



Trimestrale diretto da Fausto Capelli

2010

Editoriale Scientifica



DIRITTO COMUNITARIO E DEGLI SCAMBI INTERNAZIONALI

Trimestrale diretto da *F. Capelli*

INDICE 2010

ARTICOLI

- Elisa Baroncini* - L'articolo XX GATT e il rapporto tra commercio e ambiente nell'interpretazione dell'Organo d'appello dell'OMC Pag. 617
- Fausto Capelli* - La Corte di giustizia, in via interpretativa, attribuisce all'Unione europea una competenza esclusiva in materia di riconoscimento delle denominazioni di origine e delle indicazioni geografiche protette, riferite ai prodotti agroalimentari, mediante la sentenza *Bud II* motivata in modo affrettato, contraddittorio e per nulla convincente » 401
- Federico Forni* - La pubblicità sui medicinali nella disciplina comunitaria: libertà di espressione, diritto di informazione o tutela del consumatore? » 203
- Fabio Gencarelli* - 50 anni di Politica agricola comune: dalla Conferenza di Stresa all'*Health Check* » 1

COMMENTI

- Enrica Adobati* - Gli Stati membri non possono adottare disposizioni nazionali destinate a restringere la portata e l'efficacia di una direttiva di armonizzazione totale Pag. 99
- Enrica Adobati* - L'autorità giudiziaria non può emettere una sentenza di condanna fondandola su una norma diversa da quella posta a fondamento di una sanzione amministrativa irrogata dall'autorità di controllo per violazione della normativa in materia alimentare » 309
- Tiziana Bianchi - Lorenza Ponzone* - Affidamenti *in house*: la possibilità per i privati di partecipare al capitale di una società che eroga un servizio pubblico non esclude il controllo analogo » 63
- Tiziana Bianchi - Lorenza Ponzone* - La Corte di giustizia torna sulla distinzione tra concessione di servizi e appalto di servizi » 279
- Fausto Capelli* - L'aglio è un alimento o un farmaco? » 41
- Gabriele Donà* - Il ricorso di annullamento e le novità introdotte dal Trattato di Lisbona » 567
- Giuseppe Licastro* - Verso un «sistema» europeo «di gestione integrata delle frontiere esterne» » 333
- Adriano Maffeo* - La decisione-quadro n. 2009/829/GAI: il principio del mutuo riconoscimento applicato alle decisioni sulle misure alternative alla detenzione cautelare » 113
- Silvia Marino* - L'esercizio delle competenze esterne comunitarie e la cooperazione giudiziaria in materia civile » 319
- Rosanna Meoli* - I profili di incompatibilità della legge di riordino del sistema radiotelevisivo italiano con il diritto dell'Unione secondo la Corte di giustizia » 465
- Lorenza Mola* - Il parere n. 1/08 della Corte di giustizia sulle modifiche agli impegni specifici allegati al GATS: *status quo ante* Trattato di Lisbona e prospettive in merito alla conclusione di accordi commerciali sui servizi » 675
- Daniele Pisanello* - Disciplina della produzione biologica: verso un vero inasprimento della repressione delle condotte illecite? » 747
- Vito Rubino* - Indicazioni geografiche indirette e denominazioni di origine dei prodotti alimentari nella sentenza "*Bud II*" » 255

<i>Pierluigi Salvati</i> - Il criterio dello «sviluppo economico dello Stato ospite» come elemento della nozione di investimento: riflessioni a margine del caso <i>Malaysian Historical Salvors v. Malaysia</i>	Pag. 723
<i>Maria Teresa Stile</i> - La pronuncia della Corte di giustizia come evento sopravvenuto di interruzione dell'efficacia del giudicato nel tempo	» 661
<i>Sergio Ventura</i> - Osservazioni in margine alle sentenze del Tribunale di Oviedo, del Tribunale regionale di Colonia e della Corte d'appello di Berlino relative alla protezione della DOP «Parmigiano Reggiano»	» 547
<i>Angelo Viglianisi Ferraro</i> - La sentenza delle Sezioni Unite della Corte di cassazione n. 9147/2009 e la difficile scelta degli strumenti di tutela dei medici iscritti alle scuole di specializzazione prima del 1991	» 501
<i>Wilma Viscardini</i> - Il ricorso per carenza e le novità introdotte dal Trattato di Lisbona	» 773
<i>Fabrizio Vismara</i> - La disciplina della discriminazione "al contrario" nella legge comunitaria 2008	» 141
 COMUNICAZIONI E NOTE INFORMATIVE	
<i>Roberta Bogni</i> - Il multilinguismo nell'Unione europea	» 363
<i>Fausto Capelli</i> - La giurisprudenza della Corte di giustizia in materia di qualità dei prodotti alimentari	» 339
<i>Fausto Capelli</i> - Disciplina applicabile ai porti turistici e tutela ambientale	» 789
<i>Cristina Iori</i> - L'ultima riforma del diritto societario giapponese: la controversa lettura della nuova norma sulle «pseudo foreign corporations»	» 595
<i>Luigi Vittorio Majocchi</i> - Opinioni e considerazioni di un federalista	» 151
<i>Marcello Vernola</i> - La nuova direttiva-quadro n. 2008/98/Ce sui rifiuti	» 167

GIURISPRUDENZA COMUNITARIA**I. SENTENZE E COMMENTI****L'aglio come integratore alimentare o come farmaco: ostacoli alla circolazione dei prodotti causati dalla loro diversa qualificazione nei vari Stati membri**

Sentenza della Corte di giustizia del 15 novembre 2007 in causa n. C-319/05

Commissione europea c. Repubblica federale di Germania
(con commento di *Fausto Capelli*)

Pag. 33

Contrasta con il diritto comunitario la normativa italiana sulle modalità di assegnazione delle frequenze per l'esercizio di attività di radiodiffusione televisiva

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

Centro Europa 7 Srl c. Ministero delle Comunicazioni e Autorità per le garanzie nelle comunicazioni e Direzione generale per le concessioni e le autorizzazioni del Ministero delle Comunicazioni

(con commento di *Rosanna Meoli*)

» 457

Limiti all'efficacia sostanziale del giudicato civile nel tempo per contrasto con il diritto UE

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

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

(con commento di *Maria Teresa Stile*)

» 657

La Corte di giustizia dichiara compatibile con i principi della libera circolazione delle merci l'estensione extraterritoriale della tutela di un toponimo noto nel Paese di origine

Sentenza della Corte di giustizia dell'8 settembre 2009 in causa n. C-478/07

Budějovický Budvar, národní podnik c. Rudolf Ammersin GmbH
(con commento di *Vito Rubino*)

» 241

Non contrasta con i principi del diritto comunitario l'affidamento diretto di un servizio pubblico ad una società per azioni pubblica il cui statuto preveda la partecipazione di capitale privato

Sentenza della Corte di giustizia del 10 settembre 2009 in causa n. C-573/07

Sea Srl c. Comune di Ponte Nossola, con l'intervento di: Servizi

<i>Tecnologici Comuni – Se.T.Co. SpA</i> (con commento di <i>Tiziana Bianchi</i> e <i>Lorenza Ponzone</i>)	Pag. 57
Il trasferimento del rischio di gestione del servizio in capo al concessionario costituisce l'elemento caratterizzante del contratto di concessione di servizi e lo differenzia rispetto al contratto di appalto di servizi Sentenza della Corte di giustizia del 10 settembre 2009 in causa n. C-206/08 <i>Wasser- und Abwasserzweckverband Gotha und Landkreisgemeinden (WAZV Gotha) c. Eurawasser Aufbereitungs- und Entsorgungsgesellschaft mbH</i> , con l'intervento di: <i>Stadtwirtschaft Gotha GmbH, Wasserverband Lausitz Betriebsführungs GmbH (WAL)</i> (con commento di <i>Tiziana Bianchi</i> e <i>Lorenza Ponzone</i>)	» 273
Natura della competenza esterna della Comunità europea a negoziare e concludere accordi commerciali nei settori dei servizi prima del Trattato di Lisbona Parere della Corte di giustizia n. 1/08 del 30 novembre 2009 (Grande Sezione) - Parere emesso ai sensi dell'art. 300, n. 6, CE (con commento di <i>Lorenza Mola</i>)	» 671
II. MASSIMARIO ANNOTATO (a cura di <i>Enrica Adobati</i>)	
La malafede del richiedente deve sussistere al momento del deposito della domanda di marchio comunitario Sentenza della Corte di giustizia dell'11 giugno 2009 in causa n. C-529/07 <i>Chocoladefabriken Lindt & Sprüngli Ag c. Franz Hauswirth GmbH</i>	» 79
La normativa portoghese che limita l'offerta di giochi d'azzardo tramite <i>internet</i> ad un'unica società è compatibile con la normativa sulla libera prestazione di servizi Sentenza della Corte di giustizia dell'8 settembre 2009 in causa n. C-42/07 <i>Liga Portuguesa de Futebol Profissional, Bwin International Ltd, già Baw International Ltd c. Departamento de Jogos da Santa Casa da Misericórdia de Lisboa</i>	» 81

- Il Tribunale si pronuncia sull'impedimento assoluto alla registrazione del marchio comunitario denominato «CANNABIS»**
 Sentenza del Tribunale di Primo grado (Seconda Sezione) del 19 novembre 2009 in causa n. T-234/06
Giampietro Torresan c. Ufficio per l'armonizzazione nel mercato interno (marchi, disegni e modelli) (UAMI); controinteressata nel procedimento dinanzi alla Commissione di ricorso dell'UAMI e interveniente dinanzi al Tribunale: Klosterbrauerei Weissenhohe GmbH & Co. KG Pag. 82
- La Corte di giustizia precisa i limiti della tutela del consumatore nei contratti conclusi fuori dei locali commerciali**
 Sentenza della Corte di giustizia del 17 dicembre 2009 in causa n. C-227/08
Eva Martin Martin c. EDP Editores SL » 289
- Discriminazioni fondate sull'età giustificate per alcune categorie di lavoratori: i vigili del fuoco e i dentisti**
 Sentenza della Corte di giustizia del 12 gennaio 2010 in causa n. C-229/08
Colin Wolf c. Stadt Frankfurt am Main » 84
- Sentenza della Corte di giustizia del 12 gennaio 2010 in causa n. C-341/08
Domnica Petersen c. Berufungsausschuss für Zahnärzte für den Bezirk Westfalen-Lippe, con l'intervento di: AOK Westfalen-Lippe e altri » 84
- La Corte di giustizia interpreta il regolamento (Ce) n. 1346/2003 sulle procedure di insolvenza**
 Sentenza della Corte di giustizia del 21 gennaio 2010 in causa n. C-444/07
 Procedura di insolvenza aperta c. *MG Probud Gdynia sp. z o.o.* » 86
- La Corte di giustizia precisa la differenza tra compravendita di beni e prestazione di servizi ai sensi del regolamento (Ce) n. 44/2001**
 Sentenza della Corte di giustizia del 25 febbraio 2010 in causa n. C-381/08
Car Trim GmbH c. KeySafety Systems Srl » 88
- È possibile che un soggetto diventi apolide e perda lo status di cittadino dell'Unione nel rispetto del principio di proporzionalità**

- Sentenza della Corte di giustizia del 2 marzo 2010 in causa n. C-135/08
Janko Rottmann c. Freistaat Bayern Pag. 291
- La Corte di giustizia interpreta la normativa regionale che prevede distanze minime obbligatorie fra gli impianti stradali di distribuzione di carburanti**
Sentenza della Corte di giustizia dell'11 marzo 2010 in causa n. C-384/08
Attanasio Group Srl c. Comune di Carbognano, con l'intervento di *Felgas Petroli Srl* » 90
- La Corte di giustizia non è competente a pronunciarsi su questioni puramente interne nell'ambito del riconoscimento di una rendita ad un superstite**
Ordinanza della Corte di giustizia del 17 marzo 2010 in causa n. C-217/08
Mariano c. Istituto nazionale per l'assicurazione contro gli infortuni sul lavoro (INAIL) » 92
- La Corte di giustizia interpreta la direttiva sui contratti a distanza**
Sentenza della Corte di giustizia del 15 aprile 2010 in causa n. C-511/08
Handelsgesellschaft Heinrich Heine GmbH c. Verbraucherzentrale Nordrhein-Westfalen eV » 292
- Gli Stati membri stabiliscono quali siano i beneficiari del diritto ad un corrispettivo sulle vendite di un'opera d'arte successive al decesso dell'autore**
Sentenza della Corte di giustizia del 15 aprile 2010 in causa n. C-518/08
Fundación Gala-Salvador Dalí e Visual Entidad de Gestión de Artistas Plásticos (VEGAP) c. Société des auteurs dans les arts graphiques et plastiques (ADAGP) e altri » 293
- Gli Stati membri possono offrire incentivi ai medici che prescrivono medicinali meno costosi**
Sentenza della Corte di giustizia del 22 aprile 2010 in causa n. C-62/09
The Queen, su istanza di: *Association of the British Pharmaceutical Industry c. Medicines and Healthcare Products Regulatory Agency*, con l'intervento di: *The NHS Confederation (Employers) Company Ltd* » 295

- La Corte di giustizia determina il limite di indennizzo dovuto dai vettori aerei ai passeggeri per la perdita del bagaglio**
Sentenza della Corte di giustizia del 6 maggio 2010 in causa n. C-63/09
Axel Walz c. Clickair SA Pag. 296
- Apertura di farmacie e restrizioni alla libertà di stabilimento. Turni delle farmacie e libera prestazione di servizi**
Sentenza della Corte di giustizia del 1° giugno 2010 in cause riunite n. C-570/07 e n. C-571/07
Blanco Pérez e Chao Gomez c. Consejería de Salud y Servicios Sanitarios e altri » 477
- La normativa che limita ad alcuni operatori l'offerta di servizi tramite internet non contrasta con la disciplina comunitaria sulla libera prestazione di servizi**
Sentenza della Corte di giustizia del 3 giugno 2010 in causa n. C-258/08
Ladbrokes Betting & Gaming Ltd, Ladbrokes International Ltd c. Stichting de Nationale Sporttotalisator » 298
- Sentenza della Corte di giustizia del 3 giugno 2010 in causa n. C-203/08
Sporting Exchange Ltd, operante con la denominazione «Betfair» c. Minister van Justitie, con l'intervento di: Stichting de Nationale Sporttotalisator » 299
- La normativa spagnola che consente il controllo giurisdizionale sulle clausole abusive formulate in maniera chiara e comprensibile non contrasta con la direttiva n. 93/13/Cee**
Sentenza della Corte di giustizia del 3 giugno 2010 in causa n. C-484/08
Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Madrid c. Asociación de Usuarios de Servicios Bancarios (Ausbanc) » 302
- La Corte di giustizia individua i criteri di registrazione abusiva del nome di dominio «.eu»**
Sentenza della Corte di giustizia del 3 giugno 2010 in causa n. C-569/08
Internetportal und Marketing GmbH c. Richard Schlicht » 480
- La Corte di giustizia precisa i criteri per il rimborso delle spese per cure ospedaliere ottenute in un altro Stato membro**
Sentenza della Corte di giustizia del 15 giugno 2010 in causa n. C-211/08
Commissione europea c. Spagna » 483

- Apertura di farmacie e restrizioni alla libertà di stabilimento. Turni delle farmacie e libera prestazione di servizi**
Sentenza della Corte di giustizia del 1° luglio 2010 in causa n. C-393/08
Emanuela Sbarigia c. Azienda USL RM/A, Comune di Roma, Assiprofar – Associazione Sindacale Proprietari Farmacia, Ordine dei Farmacisti della Provincia di Roma Pag. 478
- La normativa svedese sui giochi d'azzardo non contrasta con il diritto comunitario**
Sentenza della Corte di giustizia dell'8 luglio 2010 in cause riunite n. C-447/08 e n. C-444/08
Procedimenti penali a carico di *Otto Sjöberg e Anders Gerdin* » 487
- La birreria ceca Anheuser non può registrare il marchio «Budweiser» presso l'UAMI per designare la propria birra**
Sentenza della Corte di giustizia del 29 luglio 2010 in causa n. C-214/09 P
Anheuser-Busch Inc. c. UAMI e Budějovický Budvar, národní podnik » 489
- Normativa austriaca e gestione delle case da gioco**
Sentenza della Corte di giustizia del 9 settembre 2010 in causa n. C-64/08
Procedimento penale a carico di *Ernst Engelmann* » 490
- Il mattoncino della «Lego» non può essere registrato presso l'UAMI**
Sentenza della Corte di giustizia del 14 settembre 2010 in causa n. C-48/09 P
Lego Juris c. UAMI » 492
- La Corte di giustizia precisa i criteri per il rimborso delle spese per cure ospedaliere ottenute in un altro Stato membro**
Sentenza della Corte di giustizia del 5 ottobre 2010 in causa n. C-512/08
Commissione europea c. Repubblica francese » 484
- Corte di giustizia individua i criteri che rendono obbligatoria nei cantieri la nomina di un coordinatore in materia di sicurezza e di salute**
Sentenza della Corte di giustizia del 7 ottobre 2010 in causa n. C-224/09
Procedimento penale a carico di *Martha Nussbaumer* » 705

- Il principio di non discriminazione nell'ambito della cessazione del rapporto di lavoro per raggiungimento dell'età pensionabile**
Sentenza della Corte di giustizia del 12 ottobre 2010 in causa n. C-45/09
Gisela Rosenbladt c. Oellerking Gebäudereinigungsges. mbH Pag. 707
- La Corte di giustizia interpreta la direttiva n. 86/653/Cee sugli agenti commerciali**
Sentenza della Corte di giustizia del 28 ottobre 2010 in causa n. C-203/09
Volvo Car Germany GmbH c. Autohof Weidensdorf GmbH » 709
- Obblighi del giudice nazionale di esaminare d'ufficio la natura abusiva di una clausola attributiva di competenza**
Sentenza della Corte di giustizia del 9 novembre 2010 in causa n. C-137/08
VB Pénzügyi Lízing Zrt. c. Ferenc Schneider » 711
- Le lenti a contatto possono essere commercializzate via internet**
Sentenza della Corte di giustizia del 2 dicembre 2010 in causa n. C-108/09
Ker-Optika bt c. ÁNTSZ Dél-dunántúli Regionális Intézet » 713
- La competenza giurisdizionale nei contratti conclusi via internet**
Sentenza della Corte di giustizia del 7 dicembre 2010 in cause riunite n. C-585/08 e n. C-144/09
Peter Pammer c. Reederei Karl Schlüter GmbH & Co KG (causa n. C-585/08), e *Hotel Alpenhof GesmbH c. Oliver Heller* (causa n. C-144/09) » 714
- Non può essere registrata come marchio comunitario la forma di un coniglio di cioccolato con un nastro rosso in quanto non é idonea ad identificare l'origine commerciale del prodotto**
Sentenza del Tribunale di primo grado (Prima Camera) del 17 dicembre 2010 in causa n. T-336/08
Chocoladefabriken Lindt & Sprüngli AG c. Ufficio per l'Armonizzazione del mercato interno (UAMI) » 718

GIURISPRUDENZA ITALIANA E STRANIERA

La nozione di investimento internazionale nella giurisprudenza dell'ICSID

International Centre for Settlement of Investment Disputes
Washington, D.C.

Award on Jurisdiction - May 17, 2007 - ICSID Case No. ARB/05/10

Malaysian Historical Salvors Sdn, Bhd (Claimant) v. The Government of Malaysia (Respondent)

Pag. 721

International Centre for Settlement of Investment Disputes
Washington, D.C.

Decision on the application for annulment - April 16, 2009 - ICSID Case No. ARB/05/10

Malaysian Historical Salvors Sdn Bhd (Applicant) v. The Government of Malaysia (Respondent)

» 721

(con commento di *Pierluigi Salvati*)

Confezionamento e pubblicità degli alimenti: è illecito l'uso di un marchio registrato contenente il suffisso «bio» suscettibile di indurre in errore il consumatore sulle caratteristiche del prodotto

Sentenza della Corte di cassazione, sez. II civile, del 7 novembre 2008-13 marzo 2009 n. 6234

T. S. c. Camera di commercio, industria, artigianato e agricoltura di Padova

» 743

(con commento di *Daniele Pisanello*)

Le Sezioni Unite della Corte di cassazione riconducono alla responsabilità contrattuale dello Stato il diritto al risarcimento del danno per la tardiva e inesatta trasposizione delle direttive sull'obbligo di retribuzione dei medici specializzandi

Sentenza della Corte di cassazione, sezioni unite civili, del 10 marzo 2009-17 aprile 2009 n. 9147

Ministero dell'Università e della Ricerca Scientifica c. E. C.

» 495

(con commento di *Angelo Viglianisi Ferraro*)

Una tesi improponibile su portata ed efficacia delle direttive di armonizzazione totale

Sentenza del Tribunale di Perugia del 14 ottobre-4 novembre 2009 n. 1483/09

Kasch Rüdiger e Lidl Italia c. Regione dell'Umbria

» 95

(con commento di *Enrica Adobati*)

Etichettatura dei prodotti alimentari e tutela del consumatore tra diritto nazionale e diritto comunitario	
Sentenza della Corte di cassazione del 17 dicembre 2009-26 marzo 2010 n. 7296/10	
<i>Lidl Italia srl c. Comune di Arcole e Ministero delle politiche agricole</i>	Pag. 305
Sentenza del Giudice di pace di Perugia del 18 aprile-27 giugno 2005 n. 1411/2005	
<i>Kasch Rüdiger e Lidl Italia srl c. Comune di Arcole e Ministero delle politiche agricole e forestali</i>	» 306
(con commento di <i>Enrica Adobati</i>)	
«Parmeso», «Parmetta», «Parmesan»: gli ultimi tentativi di produttori europei di imitare la DOP «Parmigiano Reggiano»	
Sentenza del Tribunale commerciale di Oviedo del 5 aprile 2010 n. 65/2010	
<i>Consorzio del Formaggio Parmigiano Reggiano c. Industrias Lacteas Asturianas S.A.</i>	» 537
Sentenza del Tribunale regionale (<i>Landgericht</i>) di Colonia dell'8 giugno 2010	
<i>Consorzio del Formaggio Parmigiano Reggiano c. Fuchs Gewürze GmbH</i>	» 537
Sentenza della Corte d'appello di Berlino del 15 giugno 2010	
<i>Allgäuland-Käseereien GmbH c. Consorzio del Formaggio Parmigiano Reggiano</i>	» 538
(con commento di <i>Sergio Ventura</i>)	

ATTI DELLE ISTITUZIONI EUROPEE

Consiglio europeo

Conclusioni della Presidenza del Consiglio europeo di Bruxelles, 25-26 marzo 2010	» 133
Conclusioni della Presidenza del Consiglio europeo, 17 giugno 2010	» 561
Conclusioni della Presidenza del Consiglio europeo, 16 settembre 2010	» 763
Conclusioni della Presidenza del Consiglio europeo, 28-29 ottobre 2010	» 766
Conclusioni della Presidenza del Consiglio europeo, 16-17 dicembre 2010	» 769

Cooperazione giudiziaria civile: istituzione di una procedura di autorizzazione alla conclusione di Trattati fra Stati membri e Paesi terzi

Regolamento (Ce) n. 662/2009 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 13 luglio 2009, che istituisce una procedura per la negoziazione e la conclusione di accordi tra Stati membri e paesi terzi su particolari materie concernenti la legge applicabile alle obbligazioni contrattuali ed extracontrattuali
(con commento di *Silvia Marino*)

Pag. 315

Unione europea e cooperazione giudiziaria penale: mutuo riconoscimento delle decisioni sulle misure alternative alla custodia cautelare in carcere

Decisione quadro n. 2009/829/GAI del Consiglio, del 23 ottobre 2009, sull'applicazione tra gli Stati membri dell'Unione europea del principio del reciproco riconoscimento alle decisioni sulle misure alternative alla detenzione cautelare
(con commento di *Adriano Maffeo*)

» 105

La proposta di Regolamento sulla riforma della disciplina comunitaria in materia di prodotti agroalimentari di qualità

Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council on agricultural product quality schemes

» 553

DOCUMENTAZIONE**La legge comunitaria 2008 sancisce il principio della "parità di trattamento" dei cittadini italiani e dei cittadini comunitari stabiliti o residenti in Italia disciplinando le discriminazioni "alla rovescia"**

Legge n. 88 del 7 luglio 2009 - Disposizioni per l'adempimento di obblighi derivanti dall'appartenenza dell'Italia alle Comunità europee - Legge comunitaria 2008
(con commento di *Fabrizio Vismara*)

» 139

La gestione delle frontiere esterne nel Trattato di Lisbona

Art. 77 del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea
(con commento di *Giuseppe Licastro*)

» 331

Il controllo giurisdizionale della Corte di giustizia sugli atti delle Istituzioni nel Trattato di Lisbona

Art. 263 del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea
(con commento di *Gabriele Donà*)

» 565

Il controllo giurisdizionale della Corte di giustizia sulla legittimità dei comportamenti omissivi delle Istituzioni nel Trattato di Lisbona

Art. 265 del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea
(con commento di *Wilma Viscardini*) Pag. 771

RECENSIONI

- Rocco Antonio Cangelosi*, Il ventennio costituzionale dell'Unione Europea. Testimonianze di un Diplomatico al servizio della causa europea (*Massimo Panebianco*) » 391
- Sabino Cassese*, Il diritto globale. Giustizia e democrazia oltre lo Stato (*Francesco Buonomenna*) » 191
- Fabio Cassola* (a cura di), L'ingiustizia amministrativa. Il caso dell'autostrada Valdastico (*Eleonora Barichello*) » 609
- Ugo Draetta*, Elementi di diritto dell'Unione Europea. Parte istituzionale - Ordinamento e struttura dell'Unione Europea
- Ugo Draetta - Nicoletta Parisi* (a cura di), Elementi di diritto dell'Unione Europea. Parte speciale - Il diritto sostanziale (*Fausto Capelli*) » 797
- Dieter Grimm*, Souveränität. Herkunft und Zukunft eines Schlüsselbegriffs (*Massimo Panebianco*) » 189
- Lorenzo Ieva*, Il latino come lingua dell'Europa unita. Studio sul regime linguistico dell'U.E. (*Roberta Bogni*) » 803
- Carl-Otto Lenz* (Herausgeber) - *Klaus-Dieter Borchardt* (Herausgeber), Eu-Verträge. Kommentar nach dem Vertrag von Lissabon (*Massimo Panebianco*) » 611
- Pieralberto Mengozzi*, Il principio personalista nel diritto dell'Unione europea (*Fausto Capelli*) » 187
- Stefano Micossi - Gian Luigi Tosato*, The European Union in the 21st Century. Perspectives from the Lisbon Treaty (*Massimo Panebianco*) » 394
- Massimo Panebianco* (a cura di), Il G8 2009 - Sistema Multiregionale di Stati (*Miriam Immediato*) » 607
- Volker Röben*, Außenverfassungsrecht (*Massimo Panebianco*) » 396

<i>Giambattista Vico</i> , De Universi Juris Uno Principio, Et Fine Uno, a cura di Fabrizio Lomonaco (<i>Massimo Panebianco</i>)	Pag. 800
<i>Armin von Bodgandy - Pedro Cruz Villalón - Peter M. Huber</i> (a cura di), Handbuch Ius Publicum Europaeum (<i>Miriam Immediato</i>)	» 194
Libri ricevuti - anni 2008-2009	» 197
Hanno collaborato	201, 399, 613, 805

ARTICOLI

50 ANNI DI POLITICA AGRICOLA COMUNE: DALLA CONFERENZA DI STRESA ALL'*HEALTH CHECK*:

Sommario: *Introduzione - I. Gli obiettivi della PAC - II. Il contenuto e gli strumenti - III. Gli attori "interni" ed "esterni" - IV. Considerazioni conclusive.*

Introduzione

Cinquant'anni fa, sulla base delle conclusioni della conferenza di Stresa del luglio 1958, la Commissione elaborava il cosiddetto primo Piano Mansholt¹ che conteneva i principi generali e le linee direttrici della futura Politica Agricola Comune (PAC)². Si tratta, è appena il caso di ricordarlo, di un settore simbolo della costruzione europea ovvero della prima politica integrata a livello comunitario che, seppur oggetto di numerose e ricorrenti critiche sia all'interno sia all'esterno dell'Unione, resta tuttora la più completa delle politiche comuni³. Ciò al punto da apparire inscindibile dalla storia della costru-

¹ Sicco Mansholt, commissario europeo all'agricoltura dal 1958 al 1973, è stato uno dei Padri fondatori della PAC.

² La procedura prevista all'art. 37, n. 1 e 2, TCE (attuale art. 43 TFUE) per l'instaurazione della PAC ha comportato:

- due fasi preparatorie: una conferenza degli Stati membri per procedere al raffronto delle loro politiche agricole, tenutasi a Stresa nel 1958, ed un piano globale proposto dalla Commissione al Consiglio dei ministri alla fine del 1959, piano seguito l'anno successivo da proposte concrete di atti normativi;

- una fase definitiva, che è iniziata nell'aprile 1962 con l'adozione da parte del Consiglio del primo gruppo di regolamenti di organizzazione comune dei mercati agricoli, e che ha carattere permanente; si tratta di un'opera di "creazione continua" volta a disciplinare i vari settori dell'attività agricola e poi a modificare le decisioni prese per adattare ai mutamenti della situazione.

³ Nonostante lo sviluppo in questi ultimi 10-15 anni di nuove politiche comunitarie, la PAC è stata fino al 2007 la prima politica in termini di bilancio, assorbendo più del 40% del bilancio dell'Unione. Va inoltre rilevato che più del 60% della legislazione comunitaria riguarda il settore agricolo, mentre circa il 25% delle cause dinanzi al giudice comunitario sono attinenti all'agricoltura.

zione europea, dai suoi progressi alle sue crisi, che si tratti della politica della "sedia vuota" della Francia nel 1965⁴ e delle sue conseguenze sull'insieme dell'assetto istituzionale delle Comunità, dell'introduzione di un sistema di risorse proprie del bilancio comunitario o della riforma finanziaria decisa dal Consiglio europeo nel febbraio 1988.

Ma al di là della rilevanza di tali passaggi per il processo d'integrazione europea, la PAC ha soprattutto esercitato un'influenza decisiva sullo sviluppo e sul consolidamento del diritto comunitario in generale, sia sotto il profilo sostanziale sia sotto quello istituzionale, costituendo il banco di prova di principi e di strumenti del tutto originali e innovativi successivamente estesi a numerosi altri settori di attività delle istituzioni europee⁵.

Quanto al primo aspetto, basti pensare all'importanza del contenzioso generato dalla vastissima e complessa legislazione agricola, che ha consentito al giudice di Lussemburgo di elaborare e precisare una serie di principi generali, quali ad esempio la proporzionalità, l'uguaglianza, la sicurezza giuridica, il legittimo affidamento e la forza maggiore, progressivamente fatti propri dall'ordinamento comunitario nel suo insieme⁶. Quanto all'aspetto istituzionale, e per citare un solo esempio, la gestione dei mercati agricoli ha fornito un elemento decisivo alla definizione di un potere esecutivo comunitario attraverso la creazione d'organi del tutto originali, come i Comitati di gestione e di regolamentazione – composti da rappresentanti degli Stati membri e presieduti da un rappresentante della Commissione⁷ – che collaborano con la

⁴ In seguito alla grave crisi che oppose la Francia agli altri Stati membri sul finanziamento della PAC e sui poteri del Parlamento europeo in materia di approvazione del bilancio, inducendola a non partecipare alle riunioni del Consiglio e degli altri organi comunitari, il c.d. «compromesso di Lussemburgo» del gennaio 1966 che risolve la crisi, mediante la ricerca sistematica dell'unanimità, ha avuto gravi conseguenze sul funzionamento delle istituzioni, rallentando o paralizzando il processo decisionale ed indebolendo la Commissione. In particolare, tale compromesso ha condotto di fatto per molti anni all'adozione degli atti legislativi della PAC da parte del Consiglio all'unanimità. Solo nel 1982, per evitare il blocco della fissazione dei prezzi agricoli da parte del Regno Unito che aveva posto il veto sulle proposte della Commissione per ottenere una soluzione favorevole al problema del suo contributo al bilancio comunitario, si è finalmente applicata nella PAC la regola del voto alla maggioranza qualificata.

⁵ Sugli aspetti giuridici della PAC, vedasi in particolare G. OLMÍ, *Politique agricole commune, Commentaire Mégret*, vol. 2, Bruxelles, Ed. de l'Université de Bruxelles, 2^a ed., 1991; F. SNYDER, *Diritto agrario della Comunità europea*, Milano, Giuffrè, 1990; C. BLUMANN, *Politique agricole commune, Droit communautaire agricole et agro-alimentaire*, Paris, Litec, 1996; F. GENCARELLI, *La politica agricola comune nella giurisprudenza comunitaria*, Padova, Cedam, 2000; V. ADAM, *La réforme de la politique agricole commune de l'Union européenne*, Paris, L'Harmattan, 2001; L. COSTATO (a cura di), *Trattato breve di diritto agrario italiano e comunitario*, Padova, Cedam, 2003; A. GERMANO - E. ROOK BASILE, *Diritto agrario*, Torino, Giappichelli, 2006; D. BIANCHI, *La Politica Agricola Comune (PAC)*, Ghezano, Felici, 2007.

⁶ Vedi al riguardo G. OLMÍ, *Politique agricole commune, loc. cit.*, p. 302 ss.; S. NERI, *La jurisprudence de la Cour justice des CE relative à l'application de la législation agricole communautaire*, in *Cah. dr. eur.*, 1982, p. 519; R. BARENTS, *Recent developments in Community case law in the field of agriculture*, *CMLR*, 1997, p. 811 ss.; F. GENCARELLI, *La politica agricola comune, loc. cit.*, p. 54 ss.

⁷ Sulla comitatologia, vedi in particolare G. OLMÍ, *Politique agricole commune, loc. ult. cit.*, p. 35; C. BLUMANN, *Politique agricole commune, loc. cit.*, p. 87 ss.; F. GENCARELLI, *L'evoluzione del*

Commissione nell'esercizio di un grande numero di competenze delegate a quest'ultima dal legislatore. Questo meccanismo della c.d. «comitatologia», lungi dall'indebolirla, ha rafforzato l'autorità della Commissione, facendone un vero e proprio organo esecutivo del sistema comunitario, molto prima ancora che l'Atto unico europeo prevedesse l'obbligo, in linea di principio, per il Consiglio di conferire alla Commissione la competenza di attuazione delle norme da esso adottate (ex art. 202 TCE, terzo trattino). Tale è stato il successo dell'applicazione di questo meccanismo che la «comitatologia» si presenta oggi come sistema organizzativo della funzione esecutiva in tutti i settori dell'attività comunitaria.

Il cinquantesimo anniversario del Piano Mansholt offre allora l'occasione non solo di ripercorrere le varie tappe che hanno segnato l'evoluzione di una politica così fondamentale per l'intero processo di integrazione europea, ma anche di tentare di tracciare un bilancio della PAC. Il presente articolo si propone pertanto di analizzare gli elementi di continuità, di evoluzione e di rottura della PAC, dalla sua creazione nel 1962 ad oggi, sotto il profilo degli obiettivi, del contenuto, degli strumenti nonché delle relazioni tra gli attori di tale politica. All'esito di tale indagine, ci si chiederà se, in seguito alla serie di riforme lanciate a partire dei primi anni Novanta, che ne hanno profondamente cambiato la logica ed il contenuto, la politica agricola abbia ancora qualcosa di "comune", o se invece non si assista – come temuto da alcuni e auspicato da altri – da un lato, ad una sua "normalizzazione" e, dall'altro, alla "rinazionalizzazione" di questa politica o quantomeno alla sua diluizione in una politica "à la carte" in cui ogni Stato membro sceglie le misure che preferisce e riceve la sua dotazione nazionale per finanziarle.

I. Gli obiettivi della PAC

Gli obiettivi della PAC, enunciati all'art. 39 TFUE⁸ ed ispirati indiscutibilmente dal contesto economico e sociale della fine degli anni Cinquanta⁹,

diritto agrario comunitario, in questa *Rivista*, 2000, p. 231 ss.; D. BIANCHI, *La Politica Agricola Comune (PAC)*, cit. *supra*, nota 5, p. 164 ss.

⁸ L'art. 39 TFUE dispone che «Le finalità della politica agricola comune sono:

- a. incrementare la produttività in agricoltura, sviluppando il progresso tecnico, assicurando lo sviluppo razionale della produzione agricola, come pure un impiego migliore dei fattori di produzione, in particolare della manodopera;
- b. assicurare così un tenore di vita equo alla popolazione agricola, grazie in particolare al miglioramento del reddito individuale di coloro che lavorano in agricoltura;
- c. stabilizzare i mercati;
- d. garantire la sicurezza degli approvvigionamenti;
- e. assicurare prezzi ragionevoli nelle consegne ai consumatori».

⁹ Alla fine degli anni Cinquanta, l'agricoltura europea era ancora tecnicamente arretrata e largamente deficitaria in quasi tutti i prodotti, con una manodopera numerosa il cui reddito era molto basso (circa il 55% del reddito medio dei lavoratori salariati ed appena il 33% in Italia).

sono finalità sufficientemente generali e diverse da lasciare – come ha sottolineato a più riprese la Corte di giustizia – al legislatore comunitario un ampio potere discrezionale per quanto attiene al loro raggiungimento, «corrispondente alle responsabilità politiche che gli artt. 40 e 43 (attuali artt. 40 e 43 TFUE) gli attribuiscono»¹⁰. La Corte ha più volte rilevato l'assenza di un ordine gerarchico tra tali obiettivi e, pur ammettendo che la preminenza resa necessaria da circostanze di natura economica possa essere accordata temporaneamente ad un obiettivo, essa ha anche affermato che «le istituzioni comunitarie devono garantire la conciliazione permanente che può essere richiesta da eventuali contraddizioni fra questi obiettivi»¹¹.

D'altra parte, si ricava dalla giurisprudenza della Corte che tali obiettivi non presentano un carattere statico ed esaustivo. In effetti, mediante una loro interpretazione in chiave estensiva, secondo il metodo teleologico, la Corte non ha esitato a chiarire ed ampliare l'ambito di applicazione di questa politica dal punto di vista delle sue finalità, integrandovi esigenze d'interesse generale che non erano state previste all'origine dagli autori del Trattato nonché ponendo l'accento sull'interdipendenza tra il settore primario ed il contesto economico e sociale in cui si svolge l'attività agricola.

Ciò si è verificato in particolare per quanto riguarda la tutela della salute e dell'ambiente. In relazione al primo aspetto, con la celebre c.d. sentenza degli "ormoni" del 23 febbraio 1988¹², la Corte ha ritenuto che «il perseguimento degli obiettivi della PAC, specie nell'ambito delle organizzazioni comuni di mercato, non può prescindere da esigenze d'interesse generale quali la tutela dei consumatori o della salute e della vita delle persone e degli animali». La Corte aggiunge che le finalità della PAC devono essere concepite in modo da «permettere alle istituzioni comunitarie di assolvere i propri compiti tenendo conto degli sviluppi intervenuti nel settore agricolo e nell'economia nel suo complesso».

Più di recente, nella pronuncia relativa all'*embargo* sulle carni bovine britanniche istituito in seguito alla crisi dell'encefalopatia spongiforme bovi-

¹⁰ Cfr. sentenze del 19 marzo 1992 in causa n. C-311/90, *Hierl*, in *Raccolta*, 1992, I, p. 2061 e del 5 ottobre 1994 in causa n. C-230/93, *Germania c. Consiglio*, in *Raccolta*, 1994, I, p. 973. Si veda in dottrina, C. BLUMANN, *Politique agricole commune*, cit. supra, nota 5, p. 43 ss.; F. GENCARELLI, *La politica agricola comune*, cit. supra, nota 5, p. 47 ss.; J. LOYAT - Y. PETIT, *La politique agricole commune (PAC); un enjeu de société*, Paris, La Documentation française, 2002, p. 35 ss.; D. BIANCHI, *La Politica Agricola Comune (PAC)*, cit. supra, nota 5, p. 54 ss.

¹¹ Cfr. tra l'altro, sentenza dell'11 marzo 1987 in cause riunite n. 279, n. 280, n. 285 e n. 286/84, *Rau c. Commissione*, in *Raccolta*, 1987, p. 1069. Tuttavia, sottolinea la Corte, tale conciliazione dei diversi obiettivi non deve consentire di isolare uno degli obiettivi in modo da rendere impossibile il conseguimento degli altri. Vedi anche sentenze del 6 dicembre 1984 in causa n. 59/83, *Biovilac c. Commissione*, in *Raccolta*, 1983, p. 4057; del 5 ottobre 1994 in cause riunite n. C-133/93, n. C-300/93 e n. C-362/93, *Crispoltoni c. Fattoria Autonoma Tabacchi*, in *Raccolta*, 1994, I, p. 4863.

¹² Sentenza del 23 febbraio 1988 in causa n. 68/86, *Regno Unito c. Consiglio*, in *Raccolta*, 1988, p. 855.

na (ESB)¹³, la Corte ha confermato che «la protezione della salute contribuisce al conseguimento degli obiettivi della PAC, segnatamente quando la produzione agricola è condizionata in modo diretto dal suo smaltimento da parte di consumatori, sempre più attenti alla loro salute». Si tratta di un passaggio particolarmente emblematico di tale giurisprudenza dinamica e trasversale che, mettendo in risalto lo stretto legame intercorrente tra esigenze economiche del settore agricolo, domanda dei consumatori e aspettative della società in tema di qualità e salubrità dei prodotti alimentari, ha aperto la strada a un'intensa attività normativa in materia¹⁴.

Per quanto riguarda l'ambiente, questione del tutto assente nel Trattato originario¹⁵, la giurisprudenza "evoluzionista" della Corte ha consentito la sua progressiva e piena integrazione nella PAC, preannunciando in un certo senso l'inserimento nel Trattato di questo obiettivo trasversale destinato ad ispirare tutta l'attività comunitaria¹⁶. Com'è noto, la PAC iniziale, ispirata ad una logica "produttivista" volta ad assicurare l'autosufficienza alimentare, teneva in scarsa considerazione le preoccupazioni di ordine ambientale e, di conseguenza, prestava poco o nessuna attenzione alla questione dell'inquinamento di origine agricola, fenomeno fortemente aggravato dalla spinta a un sempre maggiore incremento della produzione. La situazione è profondamente mutata con la riforma della PAC, avviata nel 1992 e proseguita fino ad oggi, attraverso una progressiva integrazione delle esigenze connesse al miglioramento ed alla protezione dell'ambiente, riconoscendo in particolare il ruolo multifunzionale dell'agricoltura, la cui missione non è solo di produrre alimenti ma anche appunto di salvaguardare l'ambiente, le risorse naturali e la diversità dei paesaggi. Ne consegue che le preoccupazioni legate all'ambiente e allo sviluppo sostenibile nel settore agricolo sono oggi largamente presenti sia nel 1° pilastro (politica di mercato) che nel 2° pilastro (politica di sviluppo rurale) della PAC, il quale – come vedremo in seguito – si è progressivamente rafforzato in quest'ultimo decennio divenendo una vera politica a favore delle zone rurali, comprese nella loro globalità e diversità e non solo dal punto di vista della produzione agricola, ciò comportando quindi un notevole ampliamento delle finalità della PAC.

¹³ Sentenza del 5 maggio 1998 in causa n. C-180/96, *Regno Unito c. Commissione*, in *Raccolta*, 1998, I, 2265.

¹⁴ Al riguardo, vedi per tutti F. CAPELLI - B. KLAUS - V. SILANO, *Nuova disciplina del settore alimentare e autorità europea per la sicurezza alimentare*, Milano, Giuffrè, 2006, p. 81 ss.

¹⁵ Sui rapporti tra agricoltura ed ambiente, vedi in particolare C. BLUMANN, *Politique agricole*, cit. *supra*, nota 5, p. 398 ss.; F. GENCARELLI, *La PAC e le altre politiche comunitarie: la nuova frontiera*, in questa *Rivista*, 2002, p. 365.

¹⁶ Giova ricordare che il Trattato di Amsterdam del 1997 ha estratto dal capitolo consacrato all'ambiente la norma relativa all'importanza delle esigenze connesse con la tutela dell'ambiente, elevandola nell'art. 6 (attuale art.11 TFUE) a principio generale dell'Unione che deve essere integrato nella definizione e attuazione delle politiche settoriali comunitarie.

In definitiva, gli obiettivi dell'art. 39 TFUE, rimasti formalmente invariati da cinquanta anni, hanno potuto grazie, da un lato, alla loro flessibilità ed elasticità e, dall'altro, alla giurisprudenza "evoluzionista" della Corte, rendere possibile e legittimare tutta una serie di riforme che hanno profondamente trasformato la PAC, alla luce di nuove esigenze diventate nel corso degli anni prioritarie, quali ad esempio il controllo della produzione, il sostegno diretto al reddito agricolo, la promozione dello sviluppo delle zone rurali secondo un approccio multisettoriale e integrato dell'economia rurale, la tutela dell'ambiente e del paesaggio, la sicurezza alimentare, la salute umana ed animale.

II. Il contenuto e gli strumenti

La concezione dinamica ed espansiva degli obiettivi della PAC si è inevitabilmente riflessa sul contenuto ovvero sull'oggetto di tale politica nonché sui suoi strumenti. Si è passati quindi, come vedremo più avanti, da una politica principalmente indirizzata a sostenere l'offerta dei prodotti agricoli ad un approccio più orizzontale, sempre più attento ad aspetti connessi alla domanda e alle esigenze dei consumatori, con una profonda modifica degli strumenti utilizzati.

1. Occorre anzitutto tener presente che la PAC è stata istituita in un'epoca in cui l'Europa era deficitaria per la maggior parte dei prodotti alimentari e conosceva una fase di forte sviluppo economico nonché di crescita del potere d'acquisto dei consumatori. In tale contesto, la politica dei mercati e dei prezzi, realizzata attraverso le varie organizzazioni comuni di mercato (OCM) settoriali¹⁷ – che costituiscono la vera e propria pietra angolare della PAC – apparve come lo strumento più rapido ed efficace per assicurare redditi adeguati agli agricoltori ed una forte crescita della produzione nonché della produttività del settore primario. I meccanismi di tale politica erano quindi ispirati ad una logica produttivista, secondo la quale il sostegno del reddito degli agricoltori era "finanziato" dai prezzi relativamente elevati pagati dai consumatori, isolando nel contempo il mercato interno nei confronti del mercato mondiale, caratterizzato da prezzi in genere molto più bassi e fluttuanti.

Il sostegno al reddito, fondato quasi esclusivamente su garanzie di prezzo, era ottenuto mediante una serie di meccanismi d'intervento, volti alcuni

¹⁷ L'OCM non è definita nel Trattato, ma si può desumere dall'art. 40 TFUE che si tratta di un insieme di norme adottate dalla Comunità e che disciplinano il mercato nei vari prodotti agricoli, al fine di realizzare gli obiettivi dell'art. 39 TFUE. La giurisprudenza della Corte fornisce interessanti precisazioni. Vedi al riguardo sentenze del 9 luglio 1970 in causa n. 26/69, *Commissione c. Francia*, in *Raccolta*, 1970, p. 865 e del 29 novembre 1978 in causa n. 83/78, *Pigs Marketing Board c. Redmond*, in *Raccolta*, 1978, p. 2347. Occorre infine segnalare che, al fine di semplificare il contesto normativo della PAC, le varie OCM settoriali sono confluite nell'OCM unica istituita dal regolamento (Ce) n. 1234/2007 (*Gu-Ue* n. L 299 del 16 novembre 2007, p. 1).

ad operare all'interno (acquisto pubblico al prezzo garantito, detto "prezzo d'intervento"¹⁸, aiuti all'ammasso privato ecc.) ed altri destinati ad operare all'esterno, proteggendo il mercato comunitario dalle fluttuazioni esterne (prelievi all'importazione¹⁹) o consentendo l'esportazione delle eventuali eccedenze in modo da contribuire alla stabilizzazione di tale mercato (restituzioni all'esportazione). Questi meccanismi erano destinati ad orientare il prezzo di mercato verso il livello ritenuto idoneo al conseguimento degli obiettivi della PAC ed in particolare ad assicurare uno *standard* di vita equo alla popolazione agricola. Il perseguimento di tali obiettivi veniva assicurato mediante la fissazione del c.d. prezzo «indicativo»²⁰, stabilito annualmente dal Consiglio secondo la procedura dell'art. 37, par. 2, TCE (attuale art. 43 TFUE), da cui era derivato il prezzo d'intervento.

Questa prima fase della PAC è stata quindi caratterizzata dal netto predominio di strumenti di gestione dei mercati e di sostegno dei prezzi, mentre la politica di miglioramento delle strutture agrarie – che agisce non sui prodotti, ma sui fattori di produzione, sul loro combinarsi nell'azienda e sull'ambiente in cui si svolge l'attività agricola – ha ricoperto in tale fase un ruolo piuttosto marginale, sebbene già nel II Piano Mansholt del dicembre 1968²¹, la Commissione mettesse con lucidità in evidenza i limiti della politica di mercato, i problemi che lasciava irrisolti e quelli che rischiava di creare, proponendo quindi di completare tale politica con un'energica azione di riforma delle strutture di produzione e di commercializzazione²².

E infatti, il sostegno al reddito agricolo, mediante garanzie di prezzi elevati (equivalenti a circa il doppio di quelli mondiali) e secondo modalità proporzionali ai volumi prodotti, ha costituito un potente incentivo ad aumentare la produzione e ad intensificare i metodi di coltivazione, rendendo già alla fine degli anni Settanta la Comunità strutturalmente eccedentaria in numerosi prodotti, con conseguente esplosione della spesa agricola.

Questa situazione di crisi condurrà il legislatore comunitario a introdurre,

¹⁸ Il prezzo d'intervento, garantito ai produttori, era leggermente inferiore al prezzo indicativo, cioè il prezzo desiderato al cui livello avrebbero dovuto realizzarsi le transazioni commerciali.

¹⁹ Il prelievo, dazio variabile uguale alla differenza tra il prezzo d'entrata comunitario (derivato dal prezzo indicativo) ed il prezzo mondiale è stato sostituito da un dazio fisso in seguito ai negoziati dell'Uruguay Round. Ciò ha comportato la soppressione dei prezzi d'entrata per i vari prodotti.

²⁰ Sulla funzione del prezzo indicativo, cfr. sentenza del 9 settembre 2003 in causa n. C-137/00, *Milk Marque e National Farmers' Union*, in *Raccolta*, 2003, I, p. 7975.

²¹ Vedi *Memorandum sulla riforma dell'agricoltura nella CEE*, in *Boll. CE*, suppl. n. 1/1969.

²² Concretamente, il Piano Mansholt proponeva in particolare una riduzione drastica del numero di agricoltori e l'aumento delle superfici delle aziende restanti, in modo da permettere un utilizzo ottimale dei fattori di produzione ed assicurare quindi un reddito adeguato a coloro che lavorano in agricoltura. Va ricordato che il Piano provocò vive critiche da parte degli Stati membri e degli ambienti professionali sicché il risultato finale (le tre direttive socio-strutturali del 1972) è stato piuttosto modesto rispetto alle sue ambizioni. Vedi per tutti C. BLUMANN, *Politique agricole commune*, cit. *supra*, nota 5, p. 363 ss.

accanto agli strumenti d'intervento "classici" destinati a sostenere la produzione, un'ampia gamma di meccanismi di opposta tendenza volti a riassorbire le eccedenze ed a ristabilire l'equilibrio dei mercati. Vengono quindi introdotte misure di *stimolo della domanda*, ad esempio attraverso aiuti al consumo o alla trasformazione nonché azioni promozionali. Più numerose ed articolate sono le misure dirette a *limitare l'offerta* sotto forma sia d'incentivi (ad esempio premi di estirpazione di alberi da frutta e di vigneti, premi di denaturazione dei cereali panificabili e, da ultimo, aiuti alla messa a riposo dei seminativi) sia di divieti (ad esempio divieti di nuovi impianti di viti o di reimpianti) che di altre misure sanzionatorie e disincentivanti (ad esempio prelievo di corresponsabilità del latte, sistema degli "stabilizzatori" basati su una quantità massima garantita il cui superamento comporta la riduzione dei prezzi garantiti e degli aiuti, quote latte e quote di produzione per il tabacco).

2. L'inadeguatezza di queste varie misure – con la sola eccezione delle quote per il latte – a riassorbire eccedenze sempre più elevate ed a porre sotto controllo la produzione e la spesa agricola, unitamente alle difficoltà esterne legate alle sempre più vive critiche della PAC mosse dai principali *partner* commerciali, ha spinto la Comunità a compiere la grande svolta della riforma Mac Sharry del 1992.

Si è trattato di un cambiamento fondamentale di direzione, poiché il modello produttivista della PAC iniziale è ora sostituito, per le principali produzioni (cereali e riso, oleo-proteaginosi, carne bovina) da un modello più qualitativo e per la prima volta attento ai problemi di tutela dell'ambiente, che tende a sostenere il reddito agricolo mediante aiuti diretti svincolati almeno in parte dal volume della produzione. La riforma è caratterizzata dalla soppressione pura e semplice dei prezzi garantiti per alcuni prodotti (oleo-proteaginosi e tabacco) e dalla loro drastica riduzione per altri prodotti (cereali, carne bovina) in modo da avvicinarli ai prezzi mondiali, misure compensate da un aiuto diretto al reddito il cui versamento è subordinato – tranne per i piccoli produttori – alla messa a riposo di una percentuale variabile delle terre per i seminativi o ad un numero massimo di animali per azienda ammissibili al premio comunitario, in modo da realizzare un controllo flessibile della produzione. Cambia così la fisionomia del sostegno comunitario, passando, sia pure parzialmente, da un aiuto al *prodotto* ad un aiuto al *produttore*, sotto forma di un complemento di reddito²³.

I principi innovatori di tale riforma sono stati poi ripresi ed approfonditi con la successiva riforma del 1999, nel quadro dell'adozione dell'Agenda 2000²⁴, in vista dell'allargamento dell'UE e del nuovo ciclo di negoziati in-

²³ Si veda per tutti in dottrina C. BLUMANN, *Politique agricole commune, cit. supra*, nota 5, p. 328 ss.

²⁴ Agenda 2000 è un documento programmatico che comprende tre parti. La prima riguarda la riforma della politica agricola e di quella di coesione economica e sociale. La seconda è dedicata

ternazionali sulla liberalizzazione dell'agricoltura, che ha previsto nuove riduzioni dei prezzi garantiti per le grandi produzioni strategiche (cereali, carne bovina, prodotti lattiero-caseari), compensandole solo parzialmente con aiuti diretti al reddito versati agli agricoltori.

Un cambiamento di rotta ancora più radicale è stato compiuto con la riforma "a metà percorso" del 2003 (*Mid-term review*) che, oltre a riprendere i principali elementi delle precedenti riforme, ha inteso rompere il legame tra l'aiuto al reddito e l'atto stesso del produrre mediante il nuovo regime del *pagamento unico aziendale*, interamente svincolato dal volume e dal tipo di produzione²⁵. In altri termini, oltre a spezzare la spirale produttivista, si è voluto responsabilizzare pienamente l'agricoltore incitandolo a decidere cosa produrre non più in funzione del livello dei vari aiuti settoriali, ma in funzione dell'orientamento del mercato, ossia della domanda dei consumatori.

I principi direttori della riforma, contenuti nel citato regolamento (Ce) n. 1782/2003²⁶, sono stati poi estesi nel 2004 ad una seconda serie di prodotti (olio d'oliva, tabacco, luppolo e cotone), al settore dello zucchero nel 2006 ed ai settori degli ortofrutticoli e del vino nel 2007²⁷. E con il recente accordo del novembre 2008 sulla «valutazione dello stato di salute» (*health check*) della PAC, la Comunità ha completato la riforma, compiendo un nuovo passo verso una politica sempre più orientata in funzione del mercato, con un'ulteriore limitazione degli strumenti d'intervento pubblico di sostegno dei prezzi²⁸.

Dopo avere ricordato questi diversi passaggi, conviene esaminare i principali strumenti della PAC riformata.

L'elemento chiave della riforma è costituito dal regime del pagamento unico che introduce un sistema "disaccoppiato", cioè svincolato dalla produzione, d'integrazione del reddito per ogni azienda. Per poter pretendere il pagamento unico, gli agricoltori devono soddisfare due condizioni: in primo luogo, aver beneficiato di un regime di aiuto diretto nel periodo 2000/2002 (o aver ottenuto un'azienda in eredità o beneficiare di un trasferimento dalla ri-

all'allargamento dell'Unione ai Paesi dell'Est europeo. La terza infine contiene l'analisi dei bisogni finanziari e le relative raccomandazioni per il finanziamento delle politiche comuni per il periodo 2000-2006. Sulla riforma della PAC, vedi per tutti D. BIANCHI, *La politica agricola*, cit. *supra*, nota 5, p. 43.

²⁵ Il pagamento unico sostituisce una quindicina di regimi di aiuti settoriali esistenti (vedi allegato VI del regolamento (Ce) n. 1782/2003).

²⁶ Questo regolamento è stato recentemente sostituito dal regolamento (Ce) n. 73/2009 del Consiglio del 19 gennaio 2009 che stabilisce norme comuni relative ai regimi di sostegno diretto agli agricoltori nell'ambito della politica agricola comune e istituisce taluni regimi di sostegno a favore degli agricoltori, e che modifica i regolamenti (Ce) n. 1290/2005, (Ce) n. 247/2006, (Ce) n. 378/2007 e abroga il regolamento (Ce) n. 1782/2003 (*Gu-Ue* n. L 30 del 31 gennaio 2009, p. 16).

²⁷ I sostegni specifici dei vari settori sono quindi confluiti nel pagamento unico aziendale.

²⁸ Su quest'ultima tappa della riforma, v. T. GARCIA AZCARATE, *La PAC après son "bilan de santé"*, *RM CUE*, 2009, p. 301 ss.; G. ROCHDI, *Le bilan de santé de la PAC: fin ou renouveau de la PAC?*, *ivi*, p. 663 ss.

serva nazionale²⁹) e, in secondo luogo, esercitare un'attività agricola, nozione molto ampia che comprende non solo l'attività di produzione *strictu sensu*, ma anche il semplice mantenimento della terra in buone condizioni agronomiche ed ambientali³⁰. Viene in tal modo modificato l'oggetto della PAC che tradizionalmente riguarda l'attività di produzione agricola e che ora integra le missioni complementari dell'agricoltura in materia di tutela ambientale, di conservazione del paesaggio ecc.

Occorre segnalare che al fine di superare l'opposizione di molti Stati membri assai reticenti rispetto a quello che consideravano come una sorta di salto nel buio, l'accordo finale al Consiglio ha tuttavia introdotto un'ampia flessibilità nel meccanismo del pagamento unico, prevedendo la possibilità per le autorità nazionali di scegliere tra vari modelli di calcolo del pagamento (storico-individuale, regionale storico, regionale puro, regionale ibrido ecc.) nonché di limitare l'applicazione del "disaccoppiamento" per taluni aiuti, al fine di rispondere in particolare alle preoccupazioni degli Stati quanto al rischio di abbandono della produzione, soprattutto quella animale, nelle zone marginali (collinari, di montagna ecc.)³¹. Anche sotto questo profilo, rispetto agli strumenti del passato, caratterizzati dal principio dell'uniformità, viene in questo modo stabilito un modello di sostegno che consente una forte differenziazione tra gli Stati membri e le varie colture.

Altri elementi fondamentali della riforma sono, da un lato, il sistema di "modulazione"³² degli aiuti reso obbligatorio, cioè la riduzione progressiva

²⁹ La riserva nazionale è costituita al fine di risolvere problemi particolari (ad esempio, degli agricoltori che hanno iniziato la loro attività dopo il 2002 oppure nel corso di tale anno, ma senza ricevere alcun pagamento diretto o degli agricoltori che coltivano terreni sottoposti a programmi di ristrutturazione e/o di sviluppo). La riserva è alimentata da varie fonti: il prelievo lineare sui diritti all'aiuto, il prelievo sui trasferimenti, i diritti non utilizzati per tre anni (art. 42 del regolamento (Ce) n. 1782/2003).

³⁰ I diritti al pagamento unico sono caratterizzati dai principi della mobilità, della cedibilità e della patrimonialità. Vedi in dottrina V. ADAM, *Les droits au paiement, une création juridique innovante de la réforme de la politique agricole commune*, RMCUE, 2004, p. 96 ss.

³¹ Vedi in dottrina V. ADAM, *Les droits au paiement*, loc. cit.; C. BLUMANN, *La réforme de la politique agricole commune*, in *Cah. dr. eur.* 2004, p. 299; D. BIANCHI, *La politica agricola*, cit. supra, nota 5, p. 239 ss.; L. COSTATO, *La riforma della PAC del 2003*, in *Riv. dir. agr.*, 2003, p. 387 ss. F. ALBISINNI, *Regole e istituzioni nella nuova PAC*, DGAAA, 2006, p. 699. Va osservato che la recente riforma dell'*health check* della PAC ha sancito il principio del passaggio graduale, salvo alcune eccezioni, verso il *disaccoppiamento totale* degli aiuti diretti settoriali, che sono confluiti nel regime del pagamento unico.

³² Si tratta di una misura già prevista dalla riforma del 1999, ma all'epoca facoltativa e praticamente non applicata. Tutti gli importi dei pagamenti diretti alle grandi imprese sono ridotti annualmente del 3% nel 2005, del 4% nel 2006 e del 5% dal 2007 al 2012. Un tasso di riduzione del 5% libera circa 1,2 miliardi di euro supplementari l'anno per finanziare lo sviluppo rurale. Va segnalato che con il recente accordo sull'*health check* della PAC, la modulazione obbligatoria sarà aumentata gradualmente del 5% entro il 2012. Un'ulteriore riduzione del 4% è prevista per i pagamenti superiori a 300.000 € per azienda. I fondi aggiuntivi derivanti dalla modulazione supplementare saranno utilizzati per finanziare una serie di misure, le c.d. «nuove sfide», nell'ambito della politica di sviluppo rurale: cambiamenti climatici, energie rinnovabili, gestione delle risorse idriche, tutela della biodiversità, innovazione in tali settori e misure di accompagnamento nel settore lattiero-caseario in vista della fine del regime delle quote latte.

degli aiuti diretti al fine di liberare fondi per la politica di sviluppo rurale e, dall'altro, la "condizionalità"³³ degli aiuti diretti, che stabilisce un legame tra l'erogazione di tali aiuti ed il rispetto da parte dell'agricoltore di una serie di obblighi previsti da un insieme di diciotto normative comunitarie in materia ambientale, veterinaria, fitosanitaria, di salute pubblica e di benessere animale nonché dal mantenimento delle superfici agricole in «buone condizioni agro-nomiche ed ambientali»³⁴. In caso di violazione di tali obblighi, la sanzione consisterà nella riduzione o nella soppressione dell'aiuto, a seconda della gravità, della durata e della frequenza dell'inosservanza constatata.

Con il meccanismo della condizionalità viene in un certo senso stabilito un nuovo tipo di patto tra il produttore ed il contribuente, assai diverso da quello immaginato dai "Padri fondatori" della PAC, creando appunto un nesso tra l'aiuto diretto ricevuto (complemento di reddito) ed i "servizi" di pubblico interesse che l'agricoltore deve fornire alla società in termini di tutela dell'ambiente, di conservazione del patrimonio rurale, di sicurezza alimentare, di benessere animale³⁵.

3. Si deve peraltro rilevare che l'evoluzione del contenuto e degli strumenti della PAC ha riguardato non solo gli aspetti più tradizionali di tale politica (politica di mercato), ma anche la politica socio-strutturale. Al riguardo, una prima svolta importante è stata compiuta alla fine degli anni Ottanta, con la riforma dei fondi strutturali (Fondo europeo di sviluppo regionale, Fondo sociale europeo e FEAOG-Orientamento) che ha trovato il suo fondamento nell'Atto unico (artt. da 130 a 130 E) e successivamente nel c.d. pacchetto

³³ Tale principio, introdotto dalla riforma del 2003, ha carattere obbligatorio e sostituisce il principio, di applicazione facoltativa da parte degli Stati, della c.d. «ecocondizionalità», previsto dalla riforma del 1999. Vedi in dottrina D. BIANCHI, *La condizionalità dei pagamenti diretti o della responsabilità dell'agricoltore beneficiario dei pagamenti diretti nell'ambito della PAC*, DGAA, 2003, p. 597 ss.; Y. PETIT, *De la dernière à la prochaine réforme de la PAC: l'évolutionnisme permanent de la PAC*, RMCUE, 2006, p. 680 ss.

³⁴ A tal fine, il legislatore comunitario ha definito un quadro minimo all'interno del quale gli Stati adottano i criteri da rispettare, tenendo conto delle caratteristiche delle zone interessate, in particolare delle condizioni pedo-climatiche, dei modi colturali in uso e delle strutture agrarie. Ad esempio, in Italia sono previsti interventi per evitare l'erosione dei terreni, per la protezione del pascolo permanente o per la manutenzione degli oliveti.

³⁵ Sul funzionamento del sistema della condizionalità, v. sentenza 11 marzo 2008 in causa n. C-420/06, *Jager*, in *Raccolta*, 2008, I, p. 1325, nella quale il giudice comunitario ha sottolineato come «il regime di riduzioni e di esclusioni applicabile in materia di condizionalità è preordinato al fine di incoraggiare gli agricoltori a rispettare la normativa comunitaria esistente nei vari settori di detta condizionalità al fine di integrare nella PAC le norme relative, in particolare, alla sanità pubblica e alla salute degli animali, all'ambiente e al benessere degli animali» (punto 71). Va peraltro rilevato che nell'accordo sull'*health check* è stata decisa una migliore delimitazione della sfera d'applicazione della condizionalità, abolendo alcuni obblighi ritenuti non pertinenti o non legati alla responsabilità degli agricoltori (alcune misure collegate alla direttiva uccelli selvatici e alla direttiva *habitat*). D'altra parte, è stata estesa la lista delle buone pratiche agronomiche ed ambientali, in particolare per tener conto dei benefici ambientali che, con l'abolizione del regime di messa a riposo dei terreni (*set aside*), rischierebbero di perdersi. Sul regime riformato della condizionalità, vedasi L. BOUDIGUEL, *Une conditionnalité en bonne santé! A propos de la dernière réforme des aides de la PAC*, in *Rev. dr. rur.*, 2009, p. 17 ss.

Delors I del 1987. Con tale riforma, volta a conseguire l'obiettivo della coesione economica e sociale, si è invero ridefinita la missione dei tre Fondi, raddoppiandone nel contempo la dotazione finanziaria, e ponendo l'accento sul coordinamento delle loro attività, concentrate su cinque obiettivi prioritari, tra cui l'adattamento delle strutture agricole (obiettivo 5 a) e lo sviluppo delle zone rurali (obiettivo 5 b)³⁶. Dalla lettura del regolamento quadro n. 2052/88³⁷, che ha stabilito i principi della riforma nonché dei vari regolamenti d'attuazione, si delineava una visione nuova della PAC, con un contenuto più ampio del modello iniziale. I problemi degli agricoltori venivano così affrontati in una prospettiva globale che superava i confini dell'attività agricola in senso stretto e delle singole aziende, occupandosi per la prima volta delle varie sfide cui è confrontato il mondo rurale.

Un ulteriore passo nel senso della trasformazione progressiva degli aspetti "socio-strutturali" della PAC in una politica globale a favore delle zone rurali, strettamente legata agli interventi in materia di coesione economica e sociale, è stato compiuto nell'ambito della riforma del marzo 1999 che ha attuato il programma dell'Agenda 2000. Lo sviluppo rurale viene infatti riconosciuto come «secondo pilastro della PAC», a complemento della politica di mercato³⁸. Si tratta di un'ottica del tutto nuova che prende in considerazione le zone rurali al tempo stesso nella loro globalità e diversità e non più sotto il solo profilo della produzione agricola. Si vuole, in definitiva, preservare il «modello agricolo europeo», definito dal Consiglio europeo del dicembre 1997 nel modo seguente: «L'agricoltura europea deve, come settore economico, essere multifunzionale, sostenibile, competitiva, ripartita su tutto il territorio europeo (comprese le regioni svantaggiate e di montagna). Deve essere capace di conservare il paesaggio, di mantenere lo spazio naturale e fornire un contributo essenziale alla vitalità del mondo rurale. Inoltre, essa deve essere in grado di rispondere alle preoccupazioni ed alle esigenze dei consumatori in materia di qualità e di sicurezza dei prodotti alimentari, di tutela dell'ambiente e di difesa del benessere animale».

In tale contesto, il carattere globale e differenziato della nuova politica di

³⁶ Sulla riforma della politica socio-strutturale, vedi, oltre a C. BLUMANN, *Politique agricole*, cit. supra, nota 5, p. 384 ss., C. D'ALOYA - D. BIANCHI, *Le azioni sulle strutture agricole*, in L. COSTATO (a cura di), *Trattato breve*, cit. supra, nota 5, p. 979 ss.

³⁷ V. regolamento (Cee) n. 2052/88 del Consiglio, del 24 giugno 1988, relativo alla missione dei fondi a finalità strutturale, alla loro efficacia e al coordinamento dei loro interventi e di quelli della Banca europea per gli investimenti, e degli altri strumenti finanziari esistenti (*Guce* n. L 185 del 15 luglio 1988, p. 9).

³⁸ La riforma dell'Agenda 2000 ha compiuto un notevole sforzo di razionalizzazione, inserendo in un disegno organico un insieme di strumenti che prima avevano funzionato in modo frammentato. Il regolamento (Ce) n. 1257/99 ha per la prima volta riunito in un quadro unico coerente i vari strumenti dello sviluppo rurale. Vedi in dottrina N. JAZRA BANDARRA, *Agenda 2000: quelles orientations pour le développement rural?*, *RMCUE*, 1999, p. 252 ss.; G. ROCHDI, *Politique agricole commune: politique de développement rural*, in *Juris-Classeur Europe*, 2002, fasc. 1344; D. BIANCHI, *La politica agricola*, cit. supra, nota 5, p. 285 ss.

sviluppo rurale, rispetto all'approccio settoriale tradizionale della politica socio-strutturale, si articola in tre principi fondamentali:

1. un approccio *multisettoriale e integrato* dell'economia rurale che tende a promuovere la diversificazione delle attività economiche al di là del solo settore agroalimentare e quindi la creazione di nuove forme di occupazione e fonti di reddito;

2. la *multifunzionalità* dell'agricoltura, cioè il riconoscimento ed il sostegno delle varie prestazioni fornite dall'agricoltore accanto all'attività produttiva: contributo al riassetto del territorio, alla tutela dell'ambiente, alla preservazione dei paesaggi e del patrimonio rurale, alla qualità ed alla sicurezza alimentare;

3. la *flessibilità* ed il *decentramento* delle azioni di sostegno dello sviluppo rurale; tenuto conto dell'estrema diversità delle realtà rurali nell'UE ed al fine di rispondere in modo efficace alle esigenze regionali e locali, tale politica lascia agli Stati membri un notevole margine di libertà nella scelta delle misure da finanziare, in funzione delle loro priorità.

Più di recente, con la riforma "a metà percorso" e con quella del 2005, che ha assoggettato tutte le misure di sviluppo rurale – riunite nel regolamento n. 1698/2005³⁹ – ad uno strumento finanziario specifico (Fondo europeo agricolo per lo sviluppo rurale - FEASR), viene portata a termine un'evoluzione che, grazie al potenziamento delle risorse finanziarie ed all'aggiunta di nuovi strumenti che ne ampliano il raggio d'azione, tende a fare di questo secondo pilastro un elemento essenziale di una politica di riassetto del territorio che affronta i bisogni diversi del mondo rurale e le attese della società in materia di qualità e sicurezza degli alimenti, di tutela dell'ambiente e della diversità dei paesaggi. Tale politica si configura come il necessario complemento, sul piano territoriale, delle misure del primo pilastro, in quanto tiene conto delle specificità e delle esigenze locali, da soddisfare con misure selettive, nella logica della sussidiarietà⁴⁰.

La nuova politica di sviluppo rurale è inoltre caratterizzata da un approccio fortemente "strategico", consistente nella definizione di obiettivi chiari e condivisi e nell'indicazione di un'altrettanto chiara strategia d'azione. Questa politica si articola intorno a vari temi (o assi) prioritari, per ognuno dei quali gli *Orientamenti strategici comunitari*, adottati dal Consiglio nel febbraio

³⁹ 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.

⁴⁰ Sulla nuova politica di sviluppo rurale, v. per tutti N. JAZRA BANDARRA, *Devenir du monde rural face aux orientations de la politique européenne 2007-2013*, RMCUE, 2006, p. 391 ss.; D. BIANCHI, *La politica agricola*, cit. supra, nota 5, p. 288 ss.; B. GENCARELLI, *La ruralité en Europe: les instruments opérationnels*, in *Paysage, ruralité et enogastronomie*, Bruxelles, Bruylant, 2007, p. 19.

2006 con la decisione n. 2006/144/Ce⁴¹, definiscono le priorità strategiche nonché i relativi pacchetti di azioni chiave coerenti tra loro che gli Stati sono incoraggiati a sostenere per realizzare tali obiettivi. Sulla base degli Orientamenti, ogni Stato membro è chiamato ad elaborare un Piano Strategico Nazionale, per trasporre nell'ambito nazionale le priorità comunitarie e creare la cornice strategica per la programmazione vera e propria degli interventi mediante la redazione dei Programmi di sviluppo rurale, articolati secondo il livello geografico proprio degli assetti istituzionali in ogni Paese (in Italia, quello regionale).

Più precisamente, gli obiettivi prioritari riguardano:

1. *il miglioramento della competitività dei settori agricolo e forestale* (asse 1); tale asse comprende tutta una serie di misure riguardanti gli investimenti nel capitale fisico ed umano nonché il miglioramento della qualità dei prodotti alimentari (ad esempio accesso alla ricerca e sviluppo, innovazione tecnologica, sviluppo di nuovi prodotti, partecipazione degli agricoltori a regimi comunitari o nazionali di qualità alimentare, azioni di promozione dei prodotti di qualità), dato «il forte potenziale di sviluppo di prodotti di alta qualità e di elevato valore aggiunto» (vedi decisione del Consiglio citata).

2. *il miglioramento dell'ambiente e delle zone di campagna* (asse 2); si tratta di tutelare le risorse naturali dell'UE ed i paesaggi agricoli e forestali nelle zone rurali, remunerando in particolare gli agricoltori per le numerose prestazioni fornite in materia di preservazione dello spazio rurale, per l'attività svolta in zone svantaggiate o per compensare i costi risultanti dall'applicazione di determinati vincoli ambientali derivanti dalla normativa comunitaria (ad esempio, quelli derivanti nelle zone Natura 2000 dalla direttiva n. 79/409/Cee sulla conservazione degli uccelli selvatici e dalla direttiva n. 92/43/Cee riguardante la conservazione degli *habitat* naturali nonché della flora e della fauna selvatiche).

3. *il miglioramento della qualità della vita nelle zone rurali e promozione della diversificazione dell'economia rurale* (asse 3); tale asse, senz'altro il più innovatore, mira ad assicurare il mantenimento di un tessuto rurale vitale ed attraente su tutto il territorio dell'UE, mediante, da un lato, il rinnovo dei villaggi, il miglioramento delle infrastrutture locali (trasporti, telecomunicazioni ecc.) o la creazione di servizi per l'infanzia e, dall'altro, la diversificazione dell'economia rurale verso attività non agricole, attraverso il sostegno alla creazione di microimprese, la promozione dell'artigianato, lo sviluppo di infrastrutture legate al turismo nonché azioni di formazione professionale.

Questi tre assi tematici sono completati da un asse "metodologico". Gli

⁴¹ Decisione del Consiglio 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.

Stati devono infatti attuare una parte dei loro programmi di sviluppo rurale attraverso l'approccio LEADER («Liaisons entre actions de développement de l'économie rurale»), metodo ascendente e partecipativo che associa *partner* privati e pubblici in progetti pilota elaborati a livello locale e che possono integrare obiettivi dei tre assi tematici. Per assicurare l'equilibrio tra i vari tipi d'azione, la normativa CE fissa una percentuale minima di finanziamento da destinare a ciascuno degli assi.

Come si è detto, con la recente riforma dell'*health check*, sono state individuate nuove priorità, corrispondenti alle c.d. «nuove sfide», quali ad esempio i cambiamenti climatici, le energie rinnovabili o la salvaguardia della biodiversità⁴². Le misure corrispondenti saranno finanziate con i fondi ricavati dalla modulazione supplementare.

4. Da quanto precede emerge con chiarezza che la PAC uscita da questo lungo processo di riforme, si presenta oggi profondamente rinnovata nel suo contenuto e nei suoi strumenti, segnando una rottura netta con il passato. Ciò si riflette sia nell'abbandono o comunque nel significativo ridimensionamento dei meccanismi "tradizionali" (sostegno dei prezzi di vari prodotti agricoli, aiuti settoriali alla produzione, strumenti di controllo della produzione, restituzioni all'esportazione, dazi all'importazione), sia nell'adozione di strumenti del tutto nuovi, quali l'aiuto diretto "disaccoppiato" e la "condizionalità", che tendono a promuovere un'agricoltura competitiva, sostenibile, orientata verso il mercato e capace di rispondere alle nuove aspettative della società. Appare insomma smantellata la PAC degli anni Sessanta, fondata essenzialmente sul meccanismo della fissazione di prezzi elevati sostenuti da vari meccanismi d'intervento⁴³.

Infine, con il costante rafforzamento ed ampliamento dello strumento dello sviluppo rurale, la PAC investe ormai, in un'ottica "territoriale" che si proietta oltre la sola dimensione agricola, l'insieme dello spazio rurale⁴⁴ nei suoi diversi aspetti e rispetto ai suoi differenti operatori e abitanti. Ciò traduce senz'altro un nuovo modo di concepire il ruolo dell'agricoltura nelle economie rurali dell'UE, e più in generale nella società del XXI secolo, nonché una visione innovativa delle finalità degli interventi pubblici nel settore primario. La PAC appare sempre più come una politica "contrattualizzata", in cui vengono precisati, in funzione degli obiettivi prioritari dell'Unione, i comportamenti dell'agricoltore da incentivare con un sostegno finanziario⁴⁵.

⁴² V. regolamento (Ce) n. 74/2009 del Consiglio, in *Gu-Ue* n. L 30 del 31 gennaio 2009, p. 100.

⁴³ Vedi al riguardo A. FRASCARELLI, *Il futuro della PAC: sostegno dei redditi e politica ambientale*, in *Agriregionieuropa*, n. 11, dicembre 2007.

⁴⁴ Spazio rurale che, è importante ricordarlo, corrisponde al 90% del territorio comunitario in cui vive più della metà della popolazione dell'UE.

⁴⁵ Sugli aspetti giuridici della PAC riformata, vedi F. GENCARELLI, *L'evoluzione del diritto agrario comunitario*, cit. *supra*, nota 7; F. ALBISINNI, *Regole e istituzioni*, cit. *supra*, nota 31, p. 699;

Quest'approccio integrato ed orizzontale è illustrato, tra l'altro, dalla politica di *qualità* dei prodotti agroalimentari, avviata agli inizi degli anni Novanta e di cui sono state gettate le basi con tre regolamenti, il primo riguardante il metodo di produzione biologica⁴⁶ e gli altri due volte a tutelare rispettivamente le denominazioni d'origine e le indicazioni geografiche nonché le specialità tradizionali garantite⁴⁷. Lo scopo è quello di fornire ai consumatori prodotti diversificati, che presentino caratteristiche corrispondenti al gusto ed alle esigenze di un'alimentazione moderna e siano competitivi su un mercato sempre più liberalizzato, favorendo nel contempo lo sviluppo e la sostenibilità dell'economia rurale in particolare nelle zone svantaggiate. Tale politica della qualità alimentare si è peraltro notevolmente ampliata negli ultimi anni, permeando progressivamente, come si è visto, i vari aspetti della PAC e mettendo così in rilievo l'interdipendenza tra i due pilastri di tale politica⁴⁸.

III. Gli attori "interni" ed "esterni"

Si possono esaminare le relazioni tra i vari attori della PAC e la loro evoluzione nel tempo sotto un triplice profilo. Il primo riguarda i rapporti tra le istituzioni comunitarie (Consiglio, Parlamento e Commissione); il secondo attiene ai rapporti tra tali istituzioni e gli Stati membri, mentre il terzo riguarda l'affermarsi di attori "esterni" alla Comunità, che condizionano sempre più il contenuto e gli strumenti della PAC.

1. Le relazioni tra le istituzioni comunitarie risultano determinate da una serie di fattori soggetti a varie evoluzioni nel corso degli anni.

In primo luogo, occorre tener presente che l'art. 37 TCE (attuale art. 43 TFUE), che ha costituito per vari decenni la base giuridica della PAC, ha pre-

D. GADBIN, *Agriculture et droit européen des affaires: l'irréductible droit communautaire agricole*, in *Rev. Dr. Rur.*, 2009, p. 1.

⁴⁶ Regolamento (Cee) n. 2092/91 del Consiglio del 24 giugno 1991 relativo al metodo di produzione biologica dei prodotti agricoli ed all'indicazione di tale metodo sui prodotti agricoli e sulle derrate alimentari, in *Guce* n. L 198 del 22 luglio 1991, p. 1. Tale regolamento è stato sostituito a partire dal 1° gennaio 2009 dal regolamento (Ce) n. 834/2007, in *Gu-Ue* n. L 189 del 20 luglio 2007, p. 1. Sulla politica comunitaria di qualità, vedi in particolare F. CAPELLI, *La protezione giuridica dei prodotti agroalimentari di qualità e tipici in Italia e nell'UE*, in questa *Rivista*, 2001, p. 177; F. GENCARELLI, *La politica comunitaria di qualità alimentare: origine ed evoluzione*, in questa *Rivista*, 2006, p. 609 ss.; D. BIANCHI, *La politica agricola*, cit. supra, nota 5, p. 338 ss.

⁴⁷ 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 e 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. Questi due regolamenti sono stati sostituiti rispettivamente dai regolamenti (Ce) n. 510/2006, in *Gu-Ue* n. L 93 del 31 marzo 2006, p. 12 e n. 509/2006, in *Gu-Ue* n. L 93 del 31 marzo 2006, p. 1.

⁴⁸ V. al riguardo F. GENCARELLI, *La politica di qualità alimentare nella nuova PAC*, in *Riv. dir. alim.*, 2009, p. 22.

visto per l'elaborazione e l'attuazione della PAC una procedura di decisione "solenne", consistente nell'adozione degli atti normativi da parte del Consiglio, dal 1966 alla maggioranza qualificata⁴⁹, su proposta della Commissione, previo parere del Parlamento europeo. Si tratta, com'è noto, di una delle più importanti attribuzioni di competenza legislativa delle Comunità, particolarmente ampia sia per l'oggetto («la politica agricola comune», cioè l'insieme delle misure idonee a conseguire gli obiettivi dell'art. 39 TFUE) sia per la libertà di scelta di cui gode il legislatore comunitario quanto alle misure da adottare per realizzare i suoi fini.

Come emerge dall'art. 37 TCE, il ruolo del Parlamento europeo è stato a lungo limitato dalla natura semplicemente consultiva, per quanto obbligatoria, del suo parere. Il suo ruolo è risultato altresì limitato dalla distinzione, nell'ambito della procedura di adozione del bilancio (ex art. 272 TCE, par. 4, 2° comma, sostituito dall'art. 314 TFUE), tra «spese obbligatorie» (SO), tra le quali ricadono gran parte delle spese agricole, e «spese non obbligatorie» (SNO), in quanto solo relativamente a quest'ultime il Parlamento aveva il potere di adottare emendamenti al progetto di bilancio, sia pure nei limiti di un tetto massimo di aumento⁵⁰.

Al riguardo, si deve segnalare che l'estensione della procedura di codecisione alla PAC e la soppressione della distinzione tra SO e SNO⁵¹ erano antiche rivendicazioni del Parlamento che, fino ad un'epoca molto recente, non sono state accolte in occasione delle varie revisioni del Trattato CE, tranne per quanto riguarda la modifica dell'art. 152, par. 4, introdotta con il Trattato di Amsterdam, per consentire di adottare, secondo la procedura di codecisione, «in deroga all'art. 37, misure nei settori veterinario e fitosanitario il cui obiettivo primario sia la protezione della sanità pubblica»⁵².

Il Trattato di Lisbona, entrato in vigore il 1° dicembre 2009, ha dato fi-

⁴⁹ Come è indicato *supra*, nella nota 2, in seguito al compromesso di Lussemburgo del gennaio 1966, l'adozione degli atti legislativi della PAC da parte del Consiglio è avvenuta per molti anni all'unanimità e solo nel 1982 si è finalmente applicata nella PAC la regola del voto a maggioranza qualificata.

⁵⁰ Sulla distinzione tra SO e SNO, vedi per tutti, G. GALLIZIOLI, *Le finanze della Comunità*, in L. COSTATO (a cura di), *Trattato breve*, cit. *supra*, nota 5, p. 975.

⁵¹ Il Parlamento, favorevole alla soppressione della distinzione, ha tentato a più riprese di considerare talune spese agricole come «non obbligatorie», ma la Corte di giustizia non gli ha riconosciuto tale diritto. Cfr. sentenza del 7 dicembre 1995 in causa n. C-41/95, *Consiglio c. Parlamento*, in *Raccolta*, 1995, I, p. 4411. Va peraltro ricordato che ormai la distinzione tra le due categorie di spese ha perso almeno in parte, il suo carattere conflittuale, in quanto con l'Atto interistituzionale del 6 maggio 1999 sulla disciplina finanziaria ed il miglioramento della procedura d'adozione del bilancio, in *Guce* n. C 172 del 18 giugno 1999, p. 1, le istituzioni hanno convenuto di classificare una parte delle spese agricole (le spese di sviluppo rurale e le spese agricole di pre-adesione) come SNO. Il Parlamento è riuscito quindi a penetrare nel settore "riservato" del Consiglio in materia di spese agricole, sicché la soppressione della distinzione tra SO e SNO sarebbe la conclusione logica.

⁵² Vedi in dottrina C. BLUMANN, *Implications de la sécurité alimentaire dans l'évolution de la PAC*, in J. BOURRINET - F. SNYDER (a cura di), *La sécurité alimentaire dans l'Union européenne*, 2003, Bruxelles, Bruylant, p. 69.

nalmente soddisfazione al Parlamento, sottoponendo la PAC alla procedura di codecisione, denominata «procedura legislativa ordinaria», e sopprimendo la distinzione tra SO e SNO (artt. 43, n. 2 e 314 TFUE). Questo netto rafforzamento dei poteri del Parlamento europeo segna, perlomeno dal punto di vista istituzionale, la fine dell'"eccezione agricola" e l'assimilazione della PAC alle altre politiche comuni.

2. Indipendentemente dal riconoscimento di questi nuovi e rilevanti poteri, il ruolo del Parlamento europeo si è comunque progressivamente rafforzato nel corso degli ultimi decenni.

Al riguardo, si deve premettere che il legislatore comunitario ha ritenuto fin dall'origine che la procedura dell'art. 37 TCE, da seguire solo per definire i principi della PAC nonché per prendere le decisioni politicamente più importanti (ad esempio fissazione annuale dei prezzi agricoli), non si prestasse all'adozione delle numerose regole tecniche o di dettaglio e degli atti quotidiani di gestione.

Al fine di rispondere alle varie esigenze connesse all'attuazione della PAC, la Comunità si è quindi dotata di un sistema decisionale molto più articolato: oltre agli atti adottati dal Consiglio secondo la procedura suindicata⁵³, questo sistema – introdotto nel 1962 con i primi regolamenti istitutivi delle OCM – ha previsto tre tipi di procedura per l'adozione d'atti comunitari di gestione delle organizzazioni di mercato, a seconda che la decisione sia presa in base a una delle seguenti modalità.

Con la prima di queste procedure, nell'ambito della quale il Consiglio si pronuncia a maggioranza qualificata su proposta della Commissione, l'istituzione rappresentativa dei governi nazionali ha inteso riservarsi il potere di adottare, secondo una procedura semplificata e senza alcun intervento del Parlamento, norme d'applicazione di particolare rilevanza, le c.d. "regole generali" (ad esempio in materia di attuazione del regime d'intervento o di quello delle restituzioni all'esportazione).

Con la seconda procedura, in cui la Commissione statuisce secondo la procedura detta del comitato di gestione⁵⁴, si è voluto associare le ammini-

⁵³ Secondo la giurisprudenza consolidata dalla Corte, l'obbligo di consultare il Parlamento nei casi previsti dal Trattato comporta l'obbligo di una nuova consultazione ogni volta che l'atto infine adottato dal Consiglio, considerato complessivamente, sia diverso quanto alla sua stessa sostanza da quello sul quale il Parlamento è stato già consultato, eccetto i casi in cui gli emendamenti corrispondono essenzialmente al desiderio espresso dal Parlamento. Vedasi al riguardo sentenze del 16 luglio 1992 in causa n. C-65/90, *Parlamento c. Consiglio*, in *Raccolta*, 1992, I, p. 4593; del 5 ottobre 1993 in cause riunite da n. C-13/92 a n. C-16/92, *Driessen*, in *Raccolta*, 1993, I, p. 757; del 5 ottobre 1994 in causa n. C-280/93, *Germania c. Consiglio*, in *Raccolta*, 1993, I, p. 3667 e del 10 maggio 1995 in causa n. C-417/93, *Parlamento c. Consiglio*, in *Raccolta*, 1995, I, p. 1185.

⁵⁴ La procedura del *comitato di gestione* si svolge secondo le seguenti modalità: il rappresentante della Commissione, che è di diritto presidente del comitato, composto dai rappresentanti degli Stati membri, sottopone ad esso un progetto di misura che è eventualmente emendato in riunione. Gli Stati votano fino al 31 ottobre 2014 secondo il criterio di ponderazione dell'art. 3, par. 3, del Protocollo sulle disposizioni transitorie allegato ai Trattati ed il parere sul progetto è formulato con

strazioni nazionali all'attività di gestione della Commissione, prevedendo che essa decida dopo aver consultato un comitato composto dai rappresentanti di tali amministrazioni e che, in determinati casi, il Consiglio possa modificare la decisione della Commissione. La procedura in esame riguarda le modalità tecniche di attuazione (le c.d. «modalità di applicazione») e determinati atti che comportano l'esercizio di un potere discrezionale (ad esempio, fissazione delle restituzioni all'esportazione).

Infine, nell'ambito della terza procedura, la Commissione adotta da sola, senza consultare il comitato di gestione, gli atti che non comportano l'esercizio di alcun potere discrezionale nonché le misure urgenti (per esempio misure di salvaguardia o modifica delle restituzioni tra due riunioni del comitato).

Siffatto sistema decisionale, con la distinzione tra regolamenti di base, fondati direttamente sull'art. 37 TCE, e regolamenti d'esecuzione, è stato poi avallato, alcuni anni più tardi, dalla Corte che, in due sentenze del 17 dicembre 1970⁵⁵, fondandosi sull'«ordinamento legislativo del Trattato, che si desume tra l'altro dall'art. 155, ultimo trattino», sulla «prassi costante delle istituzioni comunitarie» e sulle «concezioni giuridiche prevalenti in tutti gli Stati mem-

lo stesso numero di voti necessari per le decisioni a maggioranza qualificata del Consiglio (a partire dal 1° novembre 2014, si applicano le regole di cui al combinato disposto dell'art. 16 TUE e dell'art. 3 del Protocollo citato). La Commissione adotta la misura e può eseguirla immediatamente. Essa è definitiva se il parere è favorevole o se non è stato emesso nel termine fissato dal presidente. In caso di parere contrario, la misura sarà comunicata al Consiglio che, nel termine di un mese dalla comunicazione, può adottare a maggioranza qualificata una decisione diversa. In materia veterinaria, fitosanitaria, zootecnica e di politica di qualità (denominazioni d'origine e produzione biologica), si è invece applicata la procedura del *comitato di regolamentazione*. Tale procedura è identica a quella del comitato di gestione nel caso di parere favorevole del comitato; nell'ipotesi di parere contrario o di assenza di parere, la Commissione non può adottare la misura, ma deve trasformare il progetto in proposta al Consiglio cui spetta la decisione. Se tuttavia, il Consiglio non riesce entro un certo termine a formare la maggioranza necessaria per decidere, la competenza ritorna alla Commissione che può adottare il testo iniziale. La decisione «comitatologia» n. 1999/468/Ce del 28 giugno 1999, *Guce* n. L 184 del 17 luglio 1999, p. 23, ha operato la distinzione tra misure di gestione, come quelle relative alla PAC, da adottare secondo la procedura del comitato di gestione, e le misure di portata generale, destinate ad applicare gli elementi essenziali di un atto di base, comprese le misure relative alla protezione della salute o della sicurezza delle persone, degli animali o delle piante, da adottare secondo la procedura di regolamentazione. Sul carattere non vincolante dei criteri di scelta tra le varie procedure di comitato istituite dalla decisione del 1999, vedi la sentenza del 21 gennaio 2003 in causa n. C-378/00, *Commissione c. Parlamento e Consiglio*, in *Raccolta*, 2003, I, p. 937. Sulla «comitatologia», vedi per tutti in dottrina C. D. EHLERMANN, *Compétences d'exécution, confiées à la Commission, La nouvelle décision-cadre du Conseil*, *RMC*, 1988, p. 152 e C. BLUMANN, *La politique agricole commune*, *cit. supra*, nota 5, p. 87 ss.; H. KORTENGERG, *Comitologie: le retour*, in *Rev. trim. dr. eur.*, 1998, p. 317; G. HAIBACH, *Council Decision 1999/468 - A new Comitology Decision for the XXI Century*; EIPA, Maastricht, n. 3, 1999, p. 10 ss.

⁵⁵ Cfr. sentenze del 17 dicembre 1970 in causa n. 25/70 *Einfuhr und Vorratstelle Getreide c. Köster*, in *Raccolta*, 1970, p. 1161 e del 17 dicembre 1970 in causa n. 30/70, *Einfuhr Vorratstelle c. Scheer*, *ivi*, p. 1197. Vedi anche in tal senso sentenze del 27 settembre 1979 in causa n. 230/78, *Eridania*, in *Raccolta*, 1979, p. 274; del 16 giugno 1987 in causa n. 46/86, *Romkes c. Officie van Justitie*, in *Raccolta*, 1987, p. 2671; del 20 settembre 1988 in causa n. 203/86, *Spagna c. Consiglio*, in *Raccolta*, 1988, p. 4563; del 13 ottobre 1992 in cause riunite n. C-63/90 e n. C-67/90, *Portogallo e Spagna c. Consiglio*, in *Raccolta*, I, p. 5073; del 10 maggio 1995 in causa n. C-417/93, *Parlamento c. Consiglio*, in *Raccolta*, 1995, I, p. 1185 e del 13 luglio 1995 in causa C-156/93, *Parlamento c. Commissione*, in *Raccolta*, I, p. 2041.

bri», ha riconosciuto che «non si può pretendere che tutti i particolari dei regolamenti relativi alla politica agricola comune siano fissati dal Consiglio mediante il procedimento di cui all'art. 43 (ex art. 37 TCE sostituito dall'art. 43 TFUE). Questo articolo si deve ritenere osservato qualora i punti essenziali dell'emananda disciplina siano stati stabiliti in modo conforme al procedimento ivi contemplato». La Corte ha confermato quindi che «le disposizioni di attuazione dei regolamenti di base possono essere adottate secondo un procedimento diverso da quello di cui all'art. 43, vuoi dallo stesso Consiglio, vuoi dalla Commissione in favore di un'autorizzazione ai sensi dell'art. 155»⁵⁶.

Orbene, riguardo a tale sistema decisionale, il Parlamento europeo ha mostrato fin dall'inizio una netta ostilità nei confronti sia della procedura semplificata di decisione del Consiglio sia della procedura del Comitato di gestione e soprattutto di quella più vincolante del Comitato di regolamentazione. Nel corso degli anni, il Parlamento ha quindi tentato, con un certo successo, di modificare a suo favore questo sistema decisionale, nonostante la resistenza del Consiglio.

Per quanto concerne la procedura semplificata del Consiglio, vista dal Parlamento come un ulteriore "indebolimento" del suo già limitato potere in materia di PAC, in questi ultimi anni, in seguito ad un accordo con l'assemblea di Strasburgo la Commissione si è impegnata a non proporre più al Consiglio tale procedura semplificata, anche se sussistono alcuni casi recenti di applicazione di questa procedura, come ad esempio, quello riguardante l'adozione di misure di adattamento, prevista dall'art. 11, par. 2, del regolamento (Ce) n. 1782/2003, in materia di disciplina finanziaria del sostegno diretto⁵⁷. Inoltre, quanto ai testi già esistenti, al fine di rispettare la richiesta del Parlamento di non essere escluso dal processo consultativo decisionale, si è eliminato il rinvio a tale procedura con l'abrogazione di molti regolamenti del Consiglio che stabiliscono regole generali nelle varie OCM settoriali. Occorre tuttavia rilevare che, nell'ambito del Trattato di Lisbona, gli Stati membri hanno reintrodotta tale

⁵⁶ Nella sentenza del 27 ottobre 1992 in causa n. C-240/90, *Germania c. Commissione*, in *Raccolta*, 1992, I, p. 5383 la Corte ha precisato che la qualifica di *essenziale* deve, in materia agricola, essere riservata alle disposizioni che hanno per oggetto di tradurre «gli orientamenti fondamentali della politica comunitaria». Nella fattispecie, il giudice comunitario ha ritenuto che non rientrasse tra le norme essenziali l'adozione di sanzioni comunitarie quali il pagamento di un importo che si aggiunge al rimborso, con gli interessi, di una sovvenzione pagata, o l'esclusione, per un periodo determinato, di un operatore dal beneficio di un regime di sovvenzioni. Tali sanzioni fanno parte delle competenze di esecuzione che il Consiglio può delegare alla Commissione in virtù degli artt. 202 e 211 (già artt. 145 e 155) del Trattato. Vedi anche in tal senso la sentenza del 2 maggio 1990 in causa n. C-357/88, *Hoperman c. Balm*, in *Raccolta*, 1990, I, p. 1969.

⁵⁷ Regolamento (Ce) n. 1782/2003 del Consiglio del 29 settembre 2003 che stabilisce norme comuni relative ai regimi di sostegno diretto nell'ambito della politica agricola comune e istituisce taluni regimi di sostegno a favore degli agricoltori e che modifica i regolamenti (Cee) n. 2019/93, (Ce) n. 1452/2001, (Ce) n. 1453/2001, (Ce) n. 1454/2001, (Ce) n. 1868/94, (Ce) n. 1251/1999, (Ce) n. 1254/1999, (Ce) n. 1673/2000, (Cee) n. 2358/71 e (Ce) n. 2529/2001, in *Gu-Ue* n. L 270 del 21 ottobre 2003, p. 1.

procedura semplificata a livello del Trattato stesso, con una disposizione che esclude dalla codecisione alcuni settori della PAC⁵⁸. Si tratta di una norma piuttosto ambigua, che non mancherà di creare tensioni tra il Parlamento ed il Consiglio, quando si dovrà stabilire la linea di delimitazione tra, da un lato, la procedura di codecisione e, dall'altro, quella derogatoria semplificata.

Anche il sistema della comitatologia non ha mancato di suscitare aspre critiche dal Parlamento in quanto «ogni restrizione delle competenze esecutive della Commissione comporta necessariamente una uguale restrizione del controllo parlamentare sull'esecutivo (nella misura in cui il Consiglio, in quanto esecutivo, non è sottoposto al controllo del Parlamento europeo)»⁵⁹. A tal riguardo, giova tuttavia ricordare che, con la decisione quadro del Consiglio del 28 giugno 1999⁶⁰, facente seguito, tra l'altro, alla crisi della ESB ed alla connessa esigenza di una maggiore trasparenza nel funzionamento dei comitati, il ruolo del Parlamento è stato comunque rafforzato. Esso infatti deve essere tenuto regolarmente informato dei lavori dei comitati: a tal fine, riceve gli ordini del giorno delle riunioni, i progetti sottoposti ai comitati e riguardanti misure di esecuzione di atti adottati in codecisione⁶¹ nonché i risultati delle votazioni ed i resoconti sommari delle riunioni (art. 7, par. 3, della decisione).

Inoltre, conformemente all'accordo amministrativo del 2000 concluso tra il Parlamento e la Commissione sulle modalità di applicazione della decisione del 1999⁶², il Parlamento può ricevere, a sua richiesta, i progetti di esecuzione di cui gli atti di base non sono stati adottati in codecisione, ma che presentano per lui un'importanza particolare.

Un ulteriore e notevole rafforzamento dei poteri del Parlamento si è avuto, al termine di lunghi e difficili negoziati interistituzionali, con la decisione del Consiglio del 17 luglio 2006⁶³, che ha modificato la decisione del 1999, aggiungendo una nuova procedura detta di «regolamentazione con controllo»,

⁵⁸ L'art. 43, par. 3, TFUE dispone che «Il Consiglio, su proposta della Commissione, adotta le misure relative alla fissazione dei prezzi, dei prelievi, degli aiuti e delle limitazioni quantitative nonché alla fissazione ed alla ripartizione delle possibilità di pesca».

⁵⁹ Rapporto Roumeliotis del 1990 sulle competenze esecutive della Commissione (comitatologia) e sul ruolo della Commissione nelle relazioni esterne, A.3-0310/90 del 16 novembre 1990, p. 12.

⁶⁰ Decisione del Consiglio n. 1999/468/Ce del 28 giugno 1999 recante modalità per l'esercizio delle competenze di esecuzione conferite alla Commissione, in *Guce* n. L 184 del 17 luglio 1999, p. 23. Vedi in dottrina D. BIANCHI, *La politica agricola comune*, cit. supra, nota 5, p. 164 ss.; M. SZAPIRO, *Comitologie: rétrospective et prospective après la réforme de 2006*, *RDUE*, 2006, p. 544 ss.

⁶¹ Per le misure di esecuzione degli atti adottati in codecisione, è riconosciuto per la prima volta al Parlamento un certo ruolo consultivo, con la possibilità di suonare un "campanello d'allarme", qualora ritenga che un progetto di misura esecutiva ecceda le competenze delegate alla Commissione (art. 8 della decisione).

⁶² *Guce* n. L 256 del 10 ottobre 2000, p. 19.

⁶³ Decisione del Consiglio del 17 luglio 2006 che modifica la decisione n. 1999/468/Cee recante modalità per l'esercizio delle competenze di esecuzione conferite alla Commissione, in *Gu-Ue* n. L 200 del 22 luglio 2006, p. 11. Su questa decisione, vedi M. SZAPIRO, *Comitologie*, loc. cit., p. 545; S. GOZI, *Il governo dell'Europa*, Bologna, Il Mulino, 2006, 3° ed., p. 132; P. PONZANO, *Comitologie: un point de vue de la Commission?*, *RDUE*, 2008, p. 713.

che conferisce al Parlamento un reale diritto di veto sul contenuto di talune misure dette «quasi legislative», cioè di misure di portata generale volte a modificare elementi non essenziali di un atto adottato in codecisione. Questa nuova procedura, che fino all'entrata in vigore del Trattato di Lisbona ha riguardato solo marginalmente la PAC, in quanto si applica all'esecuzione degli atti adottati in codecisione, rappresenta un successo notevole per il Parlamento che, per la prima volta nella storia della costruzione europea, può opporsi all'adozione delle misure in questione da parte della Commissione o del Consiglio, se si trova in disaccordo sul contenuto della misura di esecuzione proposta, divenendo in tal modo un attore a pieno titolo del processo decisionale nella sfera esecutiva.

3. Da quanto precede emerge con chiarezza che, tra i tre poli del triangolo istituzionale dell'Unione, l'equilibrio si è nel corso degli anni spostato nettamente a favore del Parlamento europeo, nel senso della progressiva acquisizione di un'ampia gamma di poteri legislativi, di bilancio e di controllo. Oltre a ciò, si deve sottolineare che le varie crisi sanitarie (ESB, pollo alla diossina, afta epizootica ecc.) hanno avuto un impatto notevole sul sistema istituzionale comunitario, rafforzando la posizione del Parlamento che è apparso come il garante supremo della salute e del benessere dei cittadini europei, mentre la Commissione – vivamente criticata dalla commissione parlamentare d'inchiesta sulla ESB in merito alla gestione di tale crisi – è risultata nettamente indebolita sul piano politico, tanto da dover assumere una serie d'impegni, sul piano organizzativo e delle procedure legislative, nei confronti del Parlamento per evitare l'adozione di una mozione di censura⁶⁴.

Inoltre, in questi ultimi anni il Parlamento non ha esitato ad utilizzare i suoi poteri in materia di bilancio per esercitare una forte pressione sul Consiglio e sulla Commissione al fine di indurli ad accettare la sua posizione. Un'illustrazione recente di tale atteggiamento è fornita dall'offensiva parlamentare contro la proposta di modulazione *volontaria*, volta a permettere agli Stati membri il trasferimento, oltre alla modulazione obbligatoria del 5%, d'importi complementari fino al 20% dei pagamenti diretti, proposta presentata dalla Commissione su richiesta del Consiglio europeo del dicembre 2005⁶⁵. Forte del suo peso politico, il Parlamento ha respinto per la seconda

⁶⁴ Vedi al riguardo C. BLUMANN - V. ADAM, *La politique agricole commune dans la tourmente: la crise de la "vache folle"*, in *Rev. trim. dr. eur.*, 1997, p. 239; F. GENCARELLI, *La PAC e le altre politiche comunitarie*, cit. supra, nota 15. Più in generale, sull'indebolimento della Commissione, vedi R. DEHOUSSE, *La fin de l'Europe*, Paris, Flammarion, 2005, p. 47 ss.

⁶⁵ Nel dicembre 2005, nel quadro del difficile compromesso sulle prospettive finanziarie 2007-2013 dell'Unione, il Consiglio europeo ha deciso, sotto la pressione del Regno Unito, che gli Stati membri possono trasferire, oltre alla modulazione obbligatoria, importi complementari verso i programmi di sviluppo rurale nel limite del 20% dei pagamenti diretti. Il Consiglio europeo ha quindi chiesto al Consiglio dei ministri di «definire, sulla base di una proposta della Commissione, le modalità relative a tali trasferimenti».

volta nel febbraio 2007, a larghissima maggioranza la proposta della Commissione⁶⁶. Parallelamente, per far valere il proprio punto di vista (dato che il suo parere sulla proposta di regolamento è unicamente consultivo) il Parlamento ha votato, nell'ambito della procedura di bilancio 2007, un emendamento che ha messo in riserva il 20% dei crediti per lo sviluppo rurale, rischiando così di ritardare l'avvio dei programmi di sviluppo rurale. Il braccio di ferro istituzionale si è finalmente concluso nel marzo 2007 con un compromesso tra la presidenza tedesca dell'Unione ed il Parlamento, che ha dato almeno in parte soddisfazione a quest'ultimo, prevedendo che la proposta della Commissione sia sostituita da un nuovo testo che limita l'applicazione della modulazione volontaria ai due soli Stati – il Regno Unito ed il Portogallo – che desiderano applicarla.

4. Per quanto riguarda le relazioni tra Comunità e Stati membri, occorre rilevare che anch'esse hanno conosciuto una netta evoluzione negli ultimi decenni. Tali rapporti sono stati per molto tempo condizionati dalla posizione di assoluto predominio occupata nella PAC iniziale dalla politica di mercato, attuata attraverso lo strumento delle OCM. Dato che l'ossatura di quasi tutte le OCM era costituita da un sistema di prezzi unici e da una serie di meccanismi, interni ed esterni, volti a garantire la realizzazione di tali prezzi, la PAC è stata quindi caratterizzata originariamente dal principio dell'*uniformità*. Ciò significa che in un mercato unico la normativa agricola deve presentare carattere uniforme ed essere applicata nello stesso modo su tutto il territorio della Comunità, al fine di evitare discriminazioni tra gli operatori nonché distorsioni nella libera circolazione dei prodotti. Tale principio ha avuto un'influenza notevole sulla ripartizione delle competenze tra Comunità e Stati membri nell'ambito delle OCM, comportando segnatamente un forte accentramento delle decisioni in capo alla Comunità, in quanto tutti gli aspetti della OCM venivano definiti dalle istituzioni comunitarie (Consiglio e Commissione). Da ciò è derivata, oltre ad una normativa estremamente dettagliata, l'incompetenza degli Stati membri ad esercitare poteri normativi nelle materie disciplinate dall'OCM. In altri termini, come ha confermato la giurisprudenza consolidata della Corte⁶⁷, il criterio di ripartizione delle competenze comunitarie e nazionali si esplicita nella c.d. «occupazione del terreno» da parte della norma comunitaria con conseguente cessazione della competenza nazionale.

⁶⁶ Il Parlamento ha denunciato in particolare «il rischio di discriminazione tra gli agricoltori dell'Unione» e la «rinazionalizzazione strisciante della politica agricola», ritenendo inoltre che la proposta pregiudichi sotto molti aspetti i risultati della verifica sullo «stato di salute» della riforma della PAC prevista per il 2008, «senza che il Parlamento sia pienamente associato al processo di discussione, come lo prevede l'accordo interistituzionale sulle prospettive finanziarie».

⁶⁷ Vedi per tutte le sentenze del 29 novembre 1978 in causa n. 83/78, *Pigs Marketing Board c. Redmond*, cit. *supra*, nota 17; del 26 giugno 1979 in causa n. 177/78, *Pigs and Bacon commission c. Mc. Carren*, in *Raccolta*, 1979, p. 2161; del 25 novembre 1986 in causa 218/85, *Le Champion*, in *Raccolta*, 1986, p. 3513 e del 16 novembre 1989 in causa C-281/87, *Commissione c. Grecia*, in *Raccolta*, 1987, p. 4015.

Ne consegue, in particolare, l'impossibilità per gli Stati membri di modificare gli importi dei prelievi, delle restituzioni o dei vari aiuti, di modulare le condizioni della riscossione o della concessione di tali importi, né di adottare unilateralmente misure d'intervento o alterare i meccanismi previsti dall'OCM. Il ruolo degli Stati risultava insomma limitato all'esecuzione materiale della normativa comunitaria: riscossione dei prelievi, pagamento delle restituzioni, premi ed aiuti, gestione dei meccanismi d'intervento, controllo della corretta applicazione della normativa, applicazione di sanzioni ecc.

In questa prima fase, la politica agricola appare quindi come un sistema fortemente accentrato ed integrato, ma nel contempo isolato e pertanto vulnerabile, data la mancanza di altre politiche "comuni" in settori complementari e intimamente connessi all'oggetto della PAC (ad esempio aspetti attinenti alla politica regionale, monetaria, sociale). Tale vulnerabilità si è manifestata, in particolare modo, in seguito all'instabilità monetaria che ha messo in pericolo il funzionamento stesso delle OCM ed ha condotto per molti anni all'applicazione di importi compensativi monetari negli scambi intracomunitari.

5. Nella PAC riformata, il principio d'uniformità è stato gradualmente soppiantato da quelli della *flessibilità* e della *differenziazione* tra regioni, settori produttivi e vari tipi di aziende, determinando una nuova ripartizione delle competenze tra la Comunità e gli Stati membri.

Per quanto attiene al *primo* pilastro della PAC, la stessa normativa delle OCM presenta una struttura sempre più differenziata. Infatti, mentre il sistema accentrato del prezzo d'intervento ha ormai un'importanza sempre più ridotta, il nuovo regime degli aiuti diretti al reddito, introdotto con la riforma del 1992, si distingue per la sua struttura decentralizzata e regionale⁶⁸. Tale carattere differenziato e flessibile della normativa agricola è stata fortemente accentuato dalla riforma del 1999 e soprattutto dalla riforma del 2003 che, istituendo il pagamento unico aziendale, svincolato ossia "disaccoppiato" dalla produzione, ha lasciato alle autorità nazionali un'amplissima libertà di azione nella scelta delle modalità d'applicazione del regime del pagamento unico, mediante la possibilità di calcolare il diritto al pagamento secondo vari modelli con numerose varianti ed eccezioni. Parimenti, gli Stati membri hanno la facoltà di utilizzare fino al 10% del massimale nazionale⁶⁹ per erogare pagamenti supplementari a favore di particolari tipi di agricoltura importanti per la

⁶⁸ Ai fini del calcolo delle rese medie da utilizzare per la determinazione degli aiuti compensativi al reddito, spetta alle autorità nazionali elaborare un piano di regionalizzazione che prevede criteri obiettivi e pertinenti (omogeneità geografica, irrigazione, caratteristiche strutturali specifiche, ecc.) per la definizione delle varie regioni di produzione.

⁶⁹ Per rispettare il rigoroso quadro di bilancio fissato per l'Unione fino al 2013, ogni Stato membro dispone di un «limite massimo nazionale» di sostegno che corrisponde alla media dei pagamenti versati agli agricoltori nel periodo 2000-2002. La somma totale degli aiuti (accoppiati e disaccoppiati) versati dallo Stato deve restare nei limiti di questo tetto massimo. In caso contrario, si procederà ad una riduzione lineare degli aiuti per rispettare tale limite.

tutela dell'ambiente ed il miglioramento della qualità e della distribuzione dei prodotti agricoli⁷⁰. Una forte dose di flessibilità si ritrova anche in materia di definizione delle «buone condizioni agronomiche ed ambientali», in quanto la normativa CE si limita a fissare un quadro di riferimento molto generale, lasciando alle autorità nazionali o regionali la definizione delle esigenze minime, alla luce delle peculiarità delle varie zone interessate (condizioni pedoclimatiche, modi di coltura, pratiche agricole, ecc.)⁷¹. Occorre peraltro rilevare che le scelte compiute dagli Stati nell'applicare la riforma rispecchiano in definitiva le caratteristiche delle rispettive agricolture nonché le diverse visioni del ruolo della PAC⁷².

Quanto si è detto sui caratteri della normativa attinente al primo pilastro è ancora più vero per quanto riguarda il *secondo* pilastro che, per la sua stessa natura, implica una diversificazione delle misure da applicare in funzione di criteri legati alle situazioni locali, a caratteri strutturali specifici e quindi una decentralizzazione delle responsabilità. Come ha rilevato il 14° *considerando* del regolamento (Ce) n. 1257/1999⁷³ «tenuto conto della diversità delle zone rurali della Comunità, è opportuno che la politica di sviluppo rurale applichi il principio della sussidiarietà e quindi occorre che sia la più decentralizzata possibile e metta l'accento sulla partecipazione e su un approccio a partire dalla base». Ciò significa in pratica che l'azione della Comunità si limita a fissare un quadro di riferimento unico per l'insieme dell'Unione, stabilendo le linee generali delle varie misure cofinanziate, i criteri d'eligibilità, la ripartizione delle dotazioni finanziarie tra gli Stati membri, le condizioni amministrative e finanziarie del sostegno comunitario nonché i criteri comuni d'elaborazione dei programmi che le autorità nazionali sottoporranno alla Commissione per approvazione. Spetta poi alle autorità nazionali o regionali definire le proprie priorità e quindi selezionare e dosare, tra le varie misure proposte dalla normativa CE, quelle ritenute più idonee a risolvere i problemi

⁷⁰ L'accordo sull'*health check* della PAC ha previsto nuove tipologie di misure finanziabili con i fondi prelevati dallo Stato membro, quali ad esempio il sostegno ai produttori lattieri, di carni bovine, ovine e caprine e di riso operanti in zone svantaggiate o aiuti per la gestione dei rischi. Inoltre, questi fondi non devono più essere obbligatoriamente utilizzati nei settori da cui provengono.

⁷¹ Un esempio recente di una decentralizzazione molto spinta è fornito dalla riforma dell'OCM vitivinicola (regolamento (Ce) n. 479/2008) che assegna agli Stati membri dotazioni nazionali da destinare, mediante programmi nazionali di sostegno, al finanziamento di un'ampia gamma di misure, quali la promozione dei vini europei nei Paesi terzi, la ristrutturazione e riconversione dei vigneti, la modernizzazione della filiera, le misure di gestione di crisi.

⁷² In Francia, Spagna ed Italia, che hanno optato per il modello storico di "disaccoppiamento" è evidente che la PAC conserva ancora un ruolo legato alla produttività dell'agricoltura. Invece, in molti Paesi nord-europei (Germania, Svezia, Danimarca, Finlandia, Inghilterra, ecc.) che hanno scelto il modello regionale, che ha effetti redistributivi tra le aziende, tale politica assume una funzione più legata al mantenimento del territorio, dell'ambiente e, in generale, una funzione non solo produttiva ma anche prevalentemente sociale.

⁷³ 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 29 giugno 1999, p. 80.

specifici delle proprie zone rurali⁷⁴. La nuova politica di sviluppo rurale per il periodo 2007-2013, prosegue – come si è detto – nella direzione della decentrazione, secondo un approccio "ascendente" che lascia, sia pur nell'ambito del "partenariato"⁷⁵ tra la Commissione ed i vari organismi nazionali e locali, una grande libertà di scelta agli Stati, alle regioni ed ai gruppi di azione locale per adeguare il contenuto dei programmi alle caratteristiche ed alle esigenze delle varie zone rurali, nel rispetto degli orientamenti strategici comunitari.

6. Oltre ai fattori interni che abbiamo esaminato più sopra, il rinnovamento della PAC è dovuto anche ad una serie di fattori *esterni*, peraltro strettamente connessi: da un lato, l'importanza crescente occupata nel settore che ci interessa dai negoziati commerciali internazionali nonché il peso delle posizioni assunte in tale contesto dalle principali potenze agricole e, dall'altro, l'incidenza sempre più pregnante delle regole giuridiche elaborate nell'ambito dell'Organizzazione mondiale del commercio (OMC) e dei meccanismi di risoluzione delle controversie di tale organizzazione.

Quanto al primo aspetto, occorre ricordare che nell'accordo GATT (Accordo generale sulle tariffe doganali ed il commercio) il settore agricolo beneficiava di uno statuto "speciale"⁷⁶, consentendo la legittimazione, o perlomeno l'accettazione, a livello internazionale dei meccanismi essenziali della PAC iniziale (prelievi e restituzioni), sia pure nel contesto di un'agricoltura europea non ancora autosufficiente e dietro significative contropartite (in particolare, importazione a dazio zero dei prodotti oleoproteaginosi allora scarsamente prodotti in Europa).

La situazione è però mutata man mano che la PAC, vittima in un certo senso del proprio successo, ha raggiunto i suoi obiettivi in termini di aumento della produzione nel settore primario, facendo della Comunità, già alla fine degli anni Settanta, una potenza agricola esportatrice che smaltiva, a forza di sovvenzioni sempre più elevate, le proprie eccedenze sul mercato mondiale conquistandone quote importanti a danno soprattutto degli Stati Uniti. Contestualmente, sul piano interno, si è sviluppato – a scapito delle importazioni dai Paesi terzi che sono state dimezzate in trent'anni – il commercio intracomunitario, protetto, com'era, da efficaci meccanismi dalle fluttuazioni dei

⁷⁴ Solo le misure agro-ambientali, in considerazione del loro carattere prioritario a livello europeo, devono necessariamente essere contenute nei programmi nazionali o regionali.

⁷⁵ Ai sensi dell'art. 6 del regolamento (Ce) n. 1698/2005 sul sostegno allo sviluppo rurale da parte del Fondo europeo agricolo per lo sviluppo rurale (FEASR), il finanziamento da parte del FEASR è gestito in stretta concertazione ("partenariato") tra la Commissione e gli Stati membri nonché con le autorità e gli enti designati dagli Stati conformemente alle norme ed alle prassi nazionali.

⁷⁶ Il GATT riconosceva infatti la «specificità» dell'agricoltura in particolare sotto due aspetti: erano ammesse, da un lato, entro certi limiti, le restrizioni all'importazione in quanto misure di accompagnamento delle politiche agricole interne e, dall'altro, le sovvenzioni all'esportazione di prodotti agricoli (vietate invece per i prodotti industriali), a condizione che non conferissero allo Stato che le accordava più di una «parte equa» del commercio mondiale.

mercati internazionali⁷⁷.

La PAC è stata quindi oggetto di critiche sempre più vive da parte delle potenze esportatrici tradizionali (Stati Uniti, Canada, Australia, Argentina, Brasile) che hanno accusato la Comunità di squilibrare artificialmente i mercati mondiali e di esercitare una pressione al ribasso sui corsi mondiali di varie derrate alimentari.

L'apertura degli ormai storici negoziati commerciali dell'Uruguay Round nel 1986 è precisamente dovuta ad un'iniziativa americana, nell'intento appunto di liberalizzare gli scambi internazionali, di eliminare le sovvenzioni all'esportazione e quindi di porre fine all'«eccezione agricola»⁷⁸. Il confronto sull'agricoltura tra l'UE e gli Stati Uniti, sostenuti dai Paesi del c.d. gruppo di Cairns⁷⁹, ha così dominato le varie fasi del lungo negoziato, la cui conclusione è stata facilitata dall'introduzione della riforma Mac Sharry nel 1992, che ha condotto al passaggio da un regime di sostegno dei prezzi ad un regime di sostegno, ispirato al modello americano, basato su aiuti diretti al reddito e parzialmente svincolati dalla produzione.

Gli Accordi di Marrakech dell'aprile 1994, adottati al termine dell'Uruguay Round, hanno previsto, per quanto concerne l'agricoltura, una maggiore apertura dei mercati con la trasformazione dei prelievi molto protettivi – in quanto fluttuanti in funzione del livello dei prezzi mondiali – in "semplici" dazi fissi, da ridurre in sei anni e simmetricamente una riduzione programmata delle restituzioni all'esportazione, sia in volume che in valore. L'altro aspetto fondamentale dell'accordo ha riguardato le misure di sostegno interno agli agricoltori, da sottoporre a un apposito meccanismo di valutazione al fine di una loro successiva riduzione. Gli aiuti venivano infatti classificati in tre categorie in funzione della loro pericolosità per il commercio internazionale e quindi dell'impegno di riduzione cui sono sottoposti⁸⁰.

La Comunità ha ottenuto l'importante risultato di salvaguardare – come

⁷⁷ Y. PETIT, *L'agriculture, pomme de discorde entre l'Union européenne et les Etats-Unis*, in *Rev. trim. dr. eur.*, 2004, p. 599 ss.

⁷⁸ Sullo svolgimento dei negoziati vedi per tutti C. BLUMANN, *La politique*, cit. supra, nota 5, p. 489 ss.; S. OLSEN, *The negotiation of the Agreement on Agriculture*, in B. O'CONNOR (ed.), *Agriculture in WTO law*, London, Cameron May, 2005, p. 43.

⁷⁹ Tale gruppo riunisce dei Paesi esportatori di prodotti agricoli non sovvenzionati (*fair trader*), come l'Australia, la Nuova Zelanda, il Canada, il Brasile, ecc.

⁸⁰ Gli aiuti interni sono calcolati sotto forma di una misura globale di sostegno (MGS), uguale alla differenza tra il prezzo interno ed il prezzo mondiale, moltiplicata per il volume della produzione, da ridurre del 20% in 6 anni. L'accordo classifica gli aiuti agricoli in tre "scatole" di colore diverso, in funzione dei loro effetti sugli scambi. La scatola "verde" contiene gli aiuti che hanno effetti distorsivi minimi o nulli sugli scambi e che non sono sottoposti ad alcun obbligo di riduzione (ad esempio gli aiuti agroambientali, alla formazione, alla ricerca). La scatola "blu" comprende invece gli aiuti legati ad un programma di limitazione della produzione, basati su superfici o rese fisse o erogati in funzione di un numero limitato di animali: essi sono provvisoriamente esentati dall'obbligo di riduzione. Infine, la scatola "gialla" comprende le misure basate sul sostegno dei prezzi e quindi con effetti distorsivi degli scambi, che devono essere ridotte.

del resto gli Stati Uniti ed il loro sistema dei *deficiency payment*⁸¹ – gli elementi essenziali della riforma Mac Sharry, sottraendo all'impegno di riduzione scaturito dall'accordo gli aiuti diretti agli agricoltori, classificati nella scatola "blu". È tuttavia indubbio che la soppressione del sistema dei prelievi ed i vincoli in materia di restituzioni hanno posto più direttamente l'agricoltura europea sotto la pressione della concorrenza mondiale, esponendo nel contempo le sue esportazioni ad una maggiore verità dei prezzi. L'accordo agricolo contiene quindi *in nuce* le future riforme della PAC che hanno proseguito nella direzione di un allineamento progressivo dei prezzi "istituzionali" su quelli mondiali.⁸²

L'Accordo di Marrakech non ha tuttavia posto fine al dibattito agricolo in seno all'OMC né alla contestazione dei meccanismi della PAC da parte dei principali *partner* commerciali dell'Unione.

Non risulta quindi sorprendente che l'agricoltura si trovi ancora una volta al centro del nuovo ciclo di negoziati commerciali multilaterali, il Doha Round, lanciato nel novembre 2001, anche se, più che alla tradizionale opposizione tra UE e Stati Uniti, si assiste piuttosto a uno scontro Nord-Sud. La ripresa del movimento di liberalizzazione degli scambi internazionali di prodotti agricoli rappresenta appunto uno dei principali obiettivi di questo nuovo ciclo. Com'è noto, i negoziati sull'agricoltura si trovano da vari mesi in una situazione di stallo, anche se nella conferenza ministeriale di Hong-Kong del dicembre 2005 si era raggiunto un accordo di principio sulla soppressione delle sovvenzioni all'esportazione e sulle misure di effetto equivalente (crediti all'esportazione, aiuto alimentare ecc.) entro il 2013 nonché su una riduzione sostanziale dei dazi doganali e del sostegno interno dei prodotti agricoli⁸³.

Nel corso delle discussioni in seno al Consiglio sulla riforma della PAC del 2003, la Commissione aveva già messo in evidenza come tale iniziativa, con l'introduzione del pagamento unico "disaccoppiato", rafforzasse la posizione negoziale dell'UE nell'ambito dell'OMC, permettendo in particolare di classificare gli aiuti diretti della PAC nella "scatola verde" e sottraendoli quindi ad un obbligo di riduzione nell'ambito dell'accordo commerciale da

⁸¹ Si tratta del meccanismo che garantisce agli agricoltori statunitensi un determinato prezzo "politico", mediante il pagamento della differenza tra tale prezzo e il prezzo reale ottenuto sul mercato.

⁸² Sull'accordo agricolo, vedi in dottrina L. COSTATO, *L'Accordo agricolo contenuto nel trattato di Marrakech*, in ID. (a cura di), *Trattato breve*, cit. *supra*, nota 5, p. 591 ss.; P. BORGHI, *L'agricoltura nel Trattato di Marrakech: problemi agricoli e alimentari nel diritto del commercio internazionale*, Milano, Giuffrè, 2004; G. ROCHDI, *La politique agricole commune dans le commerce mondial des produits agro-alimentaires*, in *Rev. trim. dr. eur.*, 2006, p. 37 ss.; D. BIANCHI, *La politica agricola*, cit. *supra*, nota 5, p. 357 ss.

⁸³ Sul Doha Round, vedi G. ROCHDI, *La politique agricole commune dans le commerce mondial*, loc. cit., p. 37 ss.; J.-M. PAUGAM, *Après Cancun: la double crise de l'OMC*, RMCUE, 2004, p. 230 ss.; L. DUBOIS-C. BLUMANN, *Droit matériel de l'Union européenne*, V ed., Paris, Montchrestien, 2009, p. 675 ss.

concludere. A ogni modo, in caso di esito positivo del nuovo *round* negoziale, ulteriori adattamenti della normativa comunitaria saranno probabilmente necessari⁸⁴.

Occorre tuttavia constatare che, malgrado gli sforzi notevoli compiuti dall'UE per rinnovarla, la PAC rimane nell'"occhio del ciclone" del commercio internazionale. Ciò emerge in particolare dall'intenso contenzioso relativo all'applicazione delle regole dell'OMC sviluppatosi nell'ultimo decennio e che ha messo in luce l'influenza crescente di tali regole sulla normativa agricola comunitaria. Non è questa la sede per soffermarsi su tutti gli aspetti e le vicende di un contenzioso particolarmente complesso e articolato. Si possono tuttavia ricordare brevemente, a titolo di esempi recenti ed emblematici di tale influenza, il contenzioso relativo alle banane e quello riguardante lo zucchero⁸⁵.

Nel primo caso, dal 1997 ad oggi il sistema comunitario di licenze e di contingenti tariffari d'importazione è stato più volte oggetto di condanna da parte degli organi del sistema di risoluzione delle controversie dell'OMC, nonostante gli adattamenti apportati nel corso degli anni. Al riguardo, giova in particolare ricordare che l'organo d'appello ha censurato importanti aspetti della politica di sviluppo dell'UE, ritenendo che il regime preferenziale previsto dalla Convenzione di Lomé tra l'UE ed i paesi ACP sia contrario a principi fondamentali dell'OMC quali quello del trattamento della nazione più favorita e del trattamento nazionale⁸⁶. Nel quadro del nuovo accordo di partenariato con tali Paesi, si è quindi seguito un nuovo approccio commerciale, basato su una reciprocità graduale e non più su preferenze commerciali unilaterali, ritenuto maggiormente compatibile con i principi dell'OMC.

Per quanto riguarda lo zucchero, l'organo d'appello ha contestato nel 2005 taluni elementi importanti dell'OCM dello zucchero, rimettendo in questione il sistema delle quote esistente da vari decenni: in particolare, è stato denunciato il legame tra il sostegno interno ed il sostegno all'esportazione nonché il mancato rispetto da parte dell'UE dei limiti fissati dall'Accordo di Marrakech in materia di esportazioni di zucchero sovvenzionato⁸⁷. Tale condanna ha indotto la Commissione a proporre una riforma radicale dell'OCM dello zucchero, adottata dal Consiglio nel novembre 2005, basata in particolare sulla diminuzione sia della produzione comunitaria sia del prezzo d'inter-

⁸⁴ Vedi al riguardo M. MILLET-P.GARCIA DURAN, *La PAC face aux défis du cycle de Doha*, *RMCUE*, 2006, p. 39 ss.

⁸⁵ Vedi in dottrina Y. PETIT, *L'agriculture, pomme de discorde*, *cit. supra*, nota 77, p. 599 ss.; D. BIANCHI, *La politica agricola*, *cit. supra*, nota 5, p. 363 ss. Vedi anche I. KIREEVA-B. O'CONNOR, *The Agreement on Agriculture and Dispute Settlement*, in B. O'CONNOR (ed.), *Agriculture*, *cit. supra*, nota 78, p. 91; P. VELILLA, *La PAC, l'OMC et "son gouvernement des juges"*, in *Rev. dr. rur.*, 2009, p. 23; D. GADBIN, *Agriculture et droit européen des affaires*, *cit. supra*, nota 45.

⁸⁶ Cfr. WT/DS27/RW/USA e WT/DS27/AB/RW2/ECU.

⁸⁷ Vedi il rapporto del gruppo speciale dell'OMC, la cui analisi è stata confermata dall'organo di appello il 28 aprile 2005 (WT/DS 265/AB/R, WT/DS 266/AB/R e WT/DS 283/AB/R).

vento dello zucchero nonché sul versamento di un aiuto "disaccoppiato" da integrare nel regime del pagamento unico della riforma del 2003⁸⁸.

IV. Considerazioni conclusive

In quasi cinquant'anni di esistenza, la PAC, nonostante la sostanziale immutabilità delle disposizioni "agricole" del Trattato di Roma, ha dato prova di grande capacità di adattamento e rinnovamento, trasformandosi profondamente dal punto di vista delle finalità e degli strumenti, sotto la spinta dei mutamenti dell'agricoltura europea, dei successivi allargamenti della Comunità, delle nuove esigenze dei consumatori e, più in generale, delle crescenti richieste della società nonché infine del vincolo esterno, rappresentato dai negoziati commerciali internazionali e dalle regole dell'OMC.

Sotto il profilo istituzionale, si è assistito, da un lato, ad un progressivo rafforzamento dei poteri e dell'influenza del Parlamento europeo, culminato nella recente estensione alla PAC della procedura di codecisione, e, dall'altro, ad una nuova ripartizione delle competenze tra Comunità e Stati membri sulla base dei principi della *flessibilità* e della *decentralizzazione*, che attribuiscono alle autorità nazionali (e regionali) un ruolo importante e incisivo nella definizione delle modalità di applicazione dei vari strumenti.

Sotto il profilo sostanziale, in questi ultimi quindici anni, la PAC è stata sottoposta ad un processo di riforme quasi ininterrotto la cui ultima fase si è appena conclusa nel novembre 2008 in occasione della verifica dello «stato di salute» della PAC riformata, mentre già si annuncia nei prossimi anni un riesame della PAC e dei suoi costi in vista della revisione del bilancio dell'Unione e dell'adozione delle prospettive finanziarie dopo il 2013⁸⁹. Da questo lungo processo di riforma è emersa una nuova visione della PAC, passata da un modello produttivistico, settoriale e centralizzato, volto essenzialmente a sostenere l'offerta, ad un modello profondamente diverso, più qualitativo, territoriale e profondamente decentralizzato, sempre più attento alla domanda dei consumatori e che mette l'accento sulle nuove responsabilità dell'agricoltore nella salvaguardia del contesto e del territorio in cui svolge la propria attività.

Se sembra evidente che in una Comunità allargata a 27 membri, la politica agricola non può più essere concepita ed attuata in modo uniforme, ma deve tenere conto delle notevoli differenze tra le situazioni regionali o locali, di fronte ai mutamenti radicali risultanti dal lungo processo di riforma, pare le-

⁸⁸ V. Regolamento (Ce) n. 318/2006 del Consiglio, del 20 febbraio 2006, relativo all'organizzazione comune dei mercati nel settore dello zucchero, in *Gu-Ue* n. L 58 del 28 febbraio 2006, p. 1.

⁸⁹ Vedi al riguardo F. SOTTE, *Chiuso l'Health check, apriamo una riflessione sulla PAC per dopo il 2013*, in *Agriregionieuropa*, n. 15, dicembre 2008.

gittimo chiedersi se la politica agricola sia ancora una politica "comune" o se non si assista invece ad una sua "rinazionalizzazione". In altri termini, esiste ancora nell'ambito della PAC un quadro normativo coerente e completo che stabilisce principi e criteri comuni validi per tutta la Comunità al fine di perseguire obiettivi d'interesse generale condivisi, evitando nel contempo distorsioni di concorrenza e discriminazioni tra gli operatori della Comunità⁹⁰?

A giudizio di chi scrive, la risposta a tale interrogativo sembra tuttora dover essere affermativa, anche se ormai si è raggiunto un punto di equilibrio molto delicato, oltre il quale s'intravede un rischio significativo di diluizione della PAC in una politica "à la carte" secondo cui ogni Stato membro sceglierebbe le misure e le opzioni da esso preferite ricevendo a tal fine la dotazione finanziaria da distribuire tra i propri agricoltori.

La principale ragione per cui si può ancora affermare che la politica agricola resta "comune" attiene alla conservazione di quell'impianto unitario ovvero di quell'approccio comune su cui continua a fondarsi la legislazione agricola comunitaria nell'ambito sia del primo che del secondo pilastro della PAC.

Quanto al primo pilastro, tale approccio si sostanzia ormai essenzialmente in un quadro di riferimento comune che prevede un pagamento unico forfetario per azienda, basato su criteri di ammissibilità semplici, che lasciano all'agricoltore la libertà di produrre (o di non produrre) permettendogli di orientare la produzione in funzione della domanda del mercato, senza dipendere da criteri quantitativi per ottenere l'aiuto. Sono inoltre previsti sistemi armonizzati di controllo⁹¹ e di sanzioni.

Quanto alla politica di sviluppo rurale, gli incentivi previsti dalla normativa comunitaria sono quelli ritenuti necessari per promuovere la vitalità delle zone rurali e gli altri obiettivi prioritari degli orientamenti strategici della Comunità, contribuendo più in generale al rafforzamento della coesione economica e sociale dell'Unione. Esiste quindi un quadro di riferimento unico per l'intera Comunità nel cui ambito ed in "partenariato" con la Commissione, le autorità nazionali, regionali e locali devono selezionare e scegliere le misure ritenute più idonee alla luce delle priorità nazionali e delle esigenze specifiche delle varie zone interessate e naturalmente delle disponibilità finanziarie.

Parimenti, i timori di una progressiva "normalizzazione" della PAC non ci sembrano fondati. Anche se il Trattato di Lisbona prevede l'estensione alla PAC della procedura di codecisione già applicata nell'ambito delle altre politiche comuni, la politica agricola conserva la sua specificità, in quanto politi-

⁹⁰ Vedi al riguardo D. BIANCHI, *Y a-t'il encore quelque chose de "commun" dans la nouvelle politique agricole commune?*, in *Rev. trim. dr. eur.*, 2005, p. 623.

⁹¹ Si tratta del Sistema integrato di gestione e di controllo (SIGC) istituito in occasione della riforma del 1992 e che è stato adattato e completato nel 2003 per comprendere l'insieme dei pagamenti diretti. Si vedano al riguardo gli articoli da 14 a 27 del regolamento (Ce) n. 73/2009, *cit. supra*, nota 26.

ca destinata a salvaguardare il modello agricolo europeo in cui si combinano le funzioni commerciali e non commerciali dell'attività agricola, attività che, com'è noto, presenta peculiarità che la distinguono dalle altre attività economiche. Ed è proprio in considerazione di tali peculiarità che la PAC costituisce tuttora l'unica politica comune che prevede un sostegno al reddito dei produttori, considerato come elemento fondamentale per il mantenimento dell'attività agricola in un mercato globalizzato. La specificità della PAC è stata del resto riconosciuta più volte dal giudice comunitario che ha attribuito alla normativa agricola la preminenza sulle disposizioni generali del Trattato relative all'instaurazione del mercato comune⁹².

In conclusione, la nuova PAC, profondamente rinnovata nei suoi obiettivi e nel suo contenuto, ha mantenuto la sua specificità e resta definita da un quadro generale comune che consente agli Stati membri di risolvere una serie di questioni di grande rilevanza alla luce delle peculiarità locali o settoriali. Certo, questo carattere decentrato e flessibile della PAC, e il conseguente margine di manovra lasciato agli Stati nell'applicazione dei vari strumenti, è assai ampio e richiede alle autorità nazionali, in numerose materie, scelte anche sul piano legislativo politicamente rilevanti. Tuttavia, in un'Europa a 27 membri, con situazioni economiche, sociali e geografiche estremamente diverse, solo una politica agricola che riesce a conciliare elementi di unità e di diversità può rispondere in modo efficace alle nuove sfide a cui deve far fronte il settore primario, dal cambiamento climatico all'emergenza alimentare o alla tutela della biodiversità, preservando il modello agricolo europeo.

Fabio Gencarelli*

⁹² Cfr. sentenze del 29 novembre 1978 in causa n. 83/78, *Pigs Marketing Board c. Redmond*, cit. supra, nota 17; del 26 giugno 1979 in causa n. 177/78, *Pigs and Bacon commission c. Mc. Carren*, cit. supra, nota 67 e del 23 febbraio 1988 in causa n. 68/86, *Regno Unito c. Consiglio*, cit. supra, nota 12. In tema di relazioni tra norme del Trattato sulla concorrenza e disposizioni agricole, v. sentenza del 29 ottobre 1980 in causa n. 139/79, *Maizena c. Consiglio*, in *Raccolta*, 1980, p. 3393. Più di recente, a proposito di norme sul condizionamento del prodotto di qualità nella zona d'origine, la Corte ha riconosciuto che le esigenze legate alla valorizzazione della qualità dei prodotti agricoli, nell'ambito della tutela della loro reputazione, possono prevalere sulle esigenze della libera circolazione delle merci. Cfr. sentenze del 16 maggio 2000 in causa n. C-388/95, *Belgio c. Spagna*, in *Raccolta*, 2000, I, p. 3123; del 20 maggio 2003 in causa n. C-469/00, *Ravil*, in *Raccolta*, 2003, I, p. 5053 e del 20 maggio 2003 in causa n. C-108/01, *Consorzio del Prosciutto di Parma*, in *Raccolta*, 2003, I, p. 5121. Vedi al riguardo il commento di F. MACRI, *Tutela dei prodotti agricoli e libera circolazione delle merci nella giurisprudenza comunitaria*, in *Dir. Un. Eur.*, 2003, p. 855. Sulla specificità del diritto agrario comunitario, v. in dottrina F. GENCARELLI, *La politica agricola*, cit. supra, nota 5, p. 13; L. COSTATO, *Specialità del diritto agrario*, in ID. (a cura di), *Trattato breve*, cit. supra, nota 5, p. 27.

* Avvocato del Foro di Roma; già Direttore alla Commissione europea.

GIURISPRUDENZA COMUNITARIA

I. SENTENZE E COMMENTI

L'AGLIO COME INTEGRATORE ALIMENTARE O COME FARMACO: OSTACOLI ALLA CIRCOLAZIONE DEI PRODOTTI CAUSATI DALLA LORO DIVERSA QUALIFICAZIONE NEI VARI STATI MEMBRI

Corte di giustizia

Sentenza del 15 novembre 2007 in causa n. C-319/05*

Commissione delle Comunità europee c. Repubblica federale di Germania

Art. 226 Ce - Ricorso per inadempimento - Artt. 28 e 30 CE - Libera circolazione delle merci - Direttiva n. 2001/83/Ce - Medicinali per uso umano - Preparato di aglio in forma di capsule - Nozione di medicinale «per presentazione» e «per funzione» - Preparato legalmente commercializzato come integratore alimentare in taluni Stati membri e classificato come medicinale nello Stato membro di importazione - Obbligo di autorizzazione per l'immissione in commercio - Ostacolo agli scambi intracomunitari.

Non soddisfa i criteri previsti dall'art. 1, punto 2, primo comma, della direttiva n. 2001/83 e non può essere qualificato come medicinale per presentazione ai sensi della citata direttiva un preparato di aglio in forma di capsule non descritto né raccomandato come un prodotto avente proprietà curative o profilattiche delle malattie, e ciò né sull'etichetta, né nelle informazioni riportate sulla confezione, né in qualsiasi altro modo, e la cui confezione non contenga alcun aspetto idoneo ad ispirare a un consumatore mediamente avveduto una

* In *Raccolta*, 2007, I, p. 9811 ss. In argomento v. *infra*, p. 41 ss., il commento di *FAUSTO CAPELLI*.

fiducia del tipo di quella che ispirano normalmente i medicinali, di modo che la presentazione in forma di capsule è l'unico aspetto che può deporre in senso favorevole alla classificazione del prodotto quale medicinale per presentazione.

(Omissis) **In diritto**

Giudizio della Corte

34. Dagli artt. 2 e 6, n. 1, della direttiva n. 2001/83 risulta che nessun medicinale prodotto industrialmente può essere immesso in commercio in uno Stato membro senza che sia stata rilasciata un'autorizzazione all'immissione in commercio ai sensi del regolamento (Cee) del Consiglio 22 luglio 1993, n. 2309, che stabilisce le procedure comunitarie per l'autorizzazione e la vigilanza dei medicinali per uso umano e veterinario e che istituisce un'Agenzia europea di valutazione dei medicinali (*Guce* n. L 214, p. 1).

35. Ne consegue che, se un prodotto fabbricato industrialmente ricade nella definizione di medicinale di cui all'art. 1, punto 2, della direttiva n. 2001/83, l'obbligo imposto all'importatore di tale prodotto di ottenere, preventivamente alla commercializzazione nello Stato membro d'importazione, un'autorizzazione all'immissione in commercio ai sensi della detta direttiva non può, in alcun caso, costituire una restrizione agli scambi intracomunitari vietata dall'art. 28 CE (v., in tal senso, sentenza 29 aprile 2004, causa n. C-150/00, *Commissione c. Austria*, in *Raccolta*, I, p. 3887, punto 57).

36. Si deve peraltro ricordare che la direttiva n. 2001/83, pur avendo per finalità essenziale quella di eliminare gli ostacoli agli scambi dei medicinali in seno alla Comunità e pur fornendo a tal fine, all'art. 1, una definizione di medicinale, costituisce tuttavia solo la prima tappa dell'armonizzazione delle normative nazionali in materia di produzione e di distribuzione dei medicinali (v., in tal senso, *sentenza Commissione c. Austria, cit.*, punto 58).

37. Di conseguenza è difficile evitare, finché l'armonizzazione dei provvedimenti necessari a garantire la tutela della salute non sarà più completa, che sussistano differenze fra gli Stati membri nella qualificazione dei prodotti come medicinali ovvero come alimenti. Quindi, la circostanza che un prodotto sia qualificato come alimento in un altro Stato membro non può impedire di riconoscergli, nello Stato membro di importazione, la qualità di medicinale, qualora esso ne presenti le caratteristiche (v. sentenza *HLH Warenvertrieb e Orthica, cit.*, punto 56).

38. Non è meno vero che un prodotto che risponda alla definizione della nozione di «medicinale» ai sensi della direttiva n. 2001/83 deve essere considerato un medicinale ed assoggettato alla relativa disciplina ancorché rientri nella sfera di applicazione di un'altra normativa comunitaria meno rigorosa (v., in tal senso, sentenza 28 ottobre 1992, causa n. C-219/91, *Ter Voort*, in *Raccolta*, I, p. 5485, punto 19 e giurisprudenza ivi citata).

39. Si deve di conseguenza verificare, innanzi tutto, se il prodotto controverso rappresenti un medicinale ai sensi della direttiva n. 2001/83.

40. Ai sensi dell'art. 1, punto 2, primo comma, della direttiva n. 2001/83, si intende per medicinale «ogni sostanza o associazione di sostanze presentata come avente proprietà curative o profilattiche delle malattie umane» e, ai sensi del punto 2, se-

condo comma, di tale articolo, è del pari considerata come medicinale «ogni sostanza o composizione da somministrare all'uomo allo scopo di stabilire una diagnosi medica o di ripristinare, correggere o modificare funzioni fisiologiche dell'uomo».

41. Tale direttiva fornisce così due definizioni di medicinale, vale a dire una definizione «per presentazione» e una definizione «per funzione». Un prodotto è un medicinale se rientra nell'una o nell'altra di tali definizioni (sentenza *HLH Warenvertrieb e Orthica*, cit., punto 49).

42. Occorre in proposito rilevare che, se la Commissione considera esplicitamente la nozione di medicinale per presentazione nelle sue conclusioni, essa non vi fa alcun riferimento a quella di medicinale per funzione. Nei motivi del suo ricorso, invece, come nel corso del procedimento precontenzioso, la Commissione ha sviluppato argomenti relativi a entrambe le nozioni. Nelle sue difese, sia nell'ambito del procedimento precontenzioso sia nell'ambito del presente ricorso, la Repubblica federale di Germania si è del pari espressa in merito a tali due nozioni. Si deve pertanto interpretare il ricorso della Commissione nel senso che esso nega al prodotto controverso la qualità di medicinale per presentazione nonché quella di medicinale per funzione.

Sulla definizione di medicinale per presentazione

43. Secondo una giurisprudenza costante, la nozione di «presentazione» di un prodotto deve essere interpretata estensivamente. Si deve ricordare a tal proposito che, basandosi sul criterio della presentazione del prodotto, la direttiva n. 2001/83 tende ad includere non solo i medicinali che hanno veri e propri effetti terapeutici e medicinali, ma anche i prodotti non abbastanza efficaci o che non sortirebbero gli effetti che i consumatori hanno il diritto di aspettarsi data la loro presentazione. La direttiva è volta quindi a preservare i consumatori non solo dai medicinali dannosi o tossici come tali, ma anche dai vari prodotti usati in luogo dei rimedi adeguati (sentenza *van Bennekom*, cit., punto 17).

44. In tale contesto, si deve rilevare che un prodotto è «presentato come avente proprietà curative o profilattiche» ai sensi della direttiva n. 2001/83 quando è espressamente «descritto» o «raccomandato» come tale, eventualmente tramite etichette, foglietti illustrativi o presentazioni orali (v., in tal senso, citate sentenze *van Bennekom*, punto 18, nonché *Monteil e Samanni*, punto 23).

45. Orbene, nella fattispecie emerge dal fascicolo che il preparato controverso non è descritto né raccomandato come un prodotto avente proprietà curative o profilattiche delle malattie, e ciò né sull'etichetta, né nelle informazioni riportate sulla confezione, né in qualsiasi altro modo.

46. Un prodotto è altresì «presentato come avente proprietà curative o profilattiche» ogniqualvolta appaia, anche implicitamente, ma con certezza, agli occhi di un consumatore mediamente accorto, che tale prodotto, stando alla sua presentazione, dovrebbe avere le proprietà di cui trattasi (v., in tal senso, citate sentenze *van Bennekom*, punto 18, nonché *Monteil e Samanni*, punto 23).

47. A tal proposito, occorre tener conto dell'atteggiamento del consumatore mediamente avveduto, al quale la forma data ad un prodotto potrebbe ispirare una particolare fiducia, del tipo di quella che ispirano normalmente i medicinali alla luce delle garanzie che circondano la loro fabbricazione così come la loro commercializzazio-

ne. Anche se la forma esterna data al detto prodotto può costituire un indizio serio in favore della sua qualificazione come medicinale per presentazione, tale forma deve intendersi non soltanto come propria del prodotto stesso, ma anche della sua confezione, che può mirare, per ragioni di politica commerciale, a farlo somigliare ad un medicinale (v., in tal senso, citate sentenze *van Bennekom*, punto 19, nonché *Monteil e Samanni*, punto 24).

48. Secondo le informazioni fornite alla Corte, il prodotto controverso è una polvere d'estratto d'aglio commercializzata in forma di capsule. Sulla confezione del prodotto in questione comparirebbe, segnatamente, la fotografia di una testa d'aglio, a fianco della quale si troverebbero due capsule.

49. A tal proposito, la circostanza fatta valere dalla Repubblica federale di Germania, secondo cui sul mercato tedesco vi sarebbe un gran numero di prodotti contenenti principi attivi quali la polvere o l'olio di bulbo d'aglio, confezionati in maniera analoga al prodotto controverso e classificati come medicinali, non può essere sufficiente a conferire a tale prodotto la qualità di medicinale per presentazione. Infatti, la Repubblica federale di Germania non ha fornito alcun elemento preciso a sostegno di questo argomento.

50. Di conseguenza, tenuto conto degli elementi di cui dispone la Corte, è giocoforza rilevare che nessun aspetto relativo al suo confezionamento tende a far sì che il prodotto di cui trattasi assomigli ad un medicinale, se non la presenza, sulla confezione, della fotografia di una testa d'aglio, come avverrebbe altresì per taluni prodotti commercializzati come medicinali in Germania. La presenza della fotografia di una pianta sulla confezione di un prodotto non può essere tuttavia sufficiente ad ispirare a un consumatore mediamente avveduto una fiducia del tipo di quella che ispirano normalmente i medicinali.

51. Pertanto, la presentazione in forma di capsule è l'unico aspetto che può deporre in senso favorevole alla classificazione del prodotto quale medicinale per presentazione.

52. Si deve tuttavia ricordare che, secondo una costante giurisprudenza, la forma esterna data ad un prodotto, pur rappresentando un indizio attendibile dell'intenzione del venditore o del fabbricante di metterlo in commercio come medicinale, non può costituire un indizio esclusivo e determinante, se non si vogliono comprendere taluni prodotti alimentari tradizionalmente presentati in forme analoghe a quelle dei medicinali (v., in tal senso, citate sentenze *van Bennekom*, punto 19, e *Delattre*, punto 38).

53. Come ricordato dall'Avvocato Generale al par. 51 delle sue conclusioni, la forma di capsula non è peculiare dei medicinali. Un gran numero di prodotti alimentari è infatti proposto in tale forma per rendere più agevole la loro assunzione da parte dei consumatori. A tal proposito, occorre rilevare che l'art. 2, lett. a., della direttiva n. 2002/46 fa espressamente riferimento, tra i criteri utilizzati per definire la nozione di «integratore alimentare», alla presentazione in forma di capsule. Di conseguenza, tale indizio, da solo, non può essere sufficiente ad attribuire al prodotto controverso la qualità di medicinale per presentazione.

54. Di conseguenza, occorre concludere nel senso che il prodotto controverso non soddisfa i criteri previsti dall'art. 1, punto 2, primo comma, della direttiva n. 2001/83. Pertanto, quest'ultimo non può essere qualificato come medicinale per presentazione ai sensi della citata direttiva.

Sulla definizione di medicinale per funzione

55. Per stabilire se un prodotto sia ricompreso nella definizione di medicinale per funzione ai sensi della direttiva n. 2001/83, le autorità nazionali, che agiscono sotto il controllo del giudice, devono decidere caso per caso, tenendo conto di tutte le caratteristiche del prodotto, tra le quali, in particolare, la composizione, le proprietà farmacologiche – quali possono essere stabilite allo stato attuale delle conoscenze scientifiche –, le modalità d'uso, l'ampiezza della sua diffusione, la conoscenza del preparato stesso da parte dei consumatori e i rischi che possono eventualmente derivare dalla sua utilizzazione (sentenza *HLH Warenvertrieb e Orthica, cit.*, punto 51).

56. Nella fattispecie, per giustificare la classificazione del prodotto controverso come medicinale per funzione, la Repubblica federale di Germania invoca essenzialmente il suo contenuto di allicina, i suoi effetti sulla pressione sanguigna e sul tasso di lipidi, la forma in capsule utilizzata nonché i rischi connessi alla sua ingestione.

57. Emerge dal fascicolo che il prodotto controverso è una polvere di estratto d'aglio il cui contenuto di allicina sarebbe compreso tra lo 0,95% e l'1,05%, mentre ciascuna capsula contiene l'equivalente di 7,4 g di aglio crudo fresco. L'allicina, principale componente volatile che emana dall'aglio pestato, è il risultato della trasformazione dell'alliina, un amminoacido naturalmente presente nell'aglio, quando essa si mescola all'enzima naturale che è l'alliinasi.

58. Occorre pertanto rilevare che, fatta eccezione per l'eccipiente cui è stato mescolato l'estratto d'aglio prima di essere liofilizzato, il prodotto controverso non contiene alcuna sostanza che non sia essa stessa contenuta nell'aglio allo stato naturale.

59. Le proprietà farmacologiche di un prodotto costituiscono il fattore sulla base del quale si deve valutare, basandosi sulle capacità potenziali del prodotto medesimo, se esso possa essere somministrato all'uomo, ai sensi dell'art. 1, n. 2, secondo comma, della direttiva n. 2001/83, allo scopo di stabilire una diagnosi medica o di ripristinare, correggere o modificare funzioni fisiologiche dell'uomo (sentenza *HLH Warenvertrieb e Orthica, cit.*, punto 52).

60. Se, come rilevato dall'Avvocato Generale al par. 58 delle sue conclusioni, tale definizione è sufficientemente ampia da consentire di includervi i prodotti che, pur essendo idonei ad incidere sulle funzioni organiche, hanno in realtà un altro obiettivo, tale criterio non deve condurre a qualificare come medicinale per funzione le sostanze che, nonostante abbiano un'influenza sul corpo umano, non hanno effetti significativi sul metabolismo e non modificano quindi, propriamente parlando, le condizioni del suo funzionamento (sentenza *Upjohn, cit.*, punto 22).

61. Infatti, contrariamente alla nozione di medicinale per presentazione, la cui interpretazione estensiva mira a tutelare i consumatori dai prodotti che non abbiano l'efficacia che essi potrebbero legittimamente attendersi, la nozione di medicinale per funzione mira a comprendere i prodotti le cui proprietà farmacologiche sono state accertate scientificamente e che sono realmente destinati a stabilire una diagnosi medica o a ripristinare, correggere o modificare funzioni fisiologiche.

62. Una tale interpretazione è conforme agli obiettivi della direttiva n. 2001/83 che, come emerge dai suoi "considerando" 2-5, mira a conciliare l'obiettivo di tutela della sanità pubblica col principio della libera circolazione delle merci.

63. Peraltro, se è vero che ad un prodotto che soddisfi i requisiti per essere un

medicinale si applicano le sole disposizioni di diritto comunitario specificamente concernenti i medicinali, anche qualora esso rientri nella sfera di applicazione di un'altra normativa comunitaria meno rigorosa (v., in tal senso, citate sentenze *Delatre*, punto 22; *Monteil e Samanni*, punto 17; *Ter Voort*, punto 19, nonché *HLH Warenvertrieb e Orthica*, punto 43), è giocoforza rilevare, come emerge da una combinata lettura dell'art. 1, punto 2, della direttiva n. 2001/83 con l'art. 2 della direttiva n. 2002/46, che l'effetto fisiologico non è peculiare dei medicinali, ma fa altresì parte dei criteri utilizzati per la definizione di integratore alimentare.

64. Di conseguenza, e al fine di preservare l'effetto utile di detto criterio, non è sufficiente che un prodotto abbia proprietà benefiche per la salute in generale, bensì deve, propriamente parlando, avere una funzione di profilassi o di cura.

65. Tale affermazione risulta ancor più pertinente nel caso dei prodotti che, oltre ad essere alimenti, sono riconosciuti come aventi un effetto benefico sulla salute. Come rilevato dall'Avvocato Generale al par. 60 delle sue conclusioni, esiste infatti un gran numero di prodotti generalmente riconosciuti come alimenti e che possono essere oggettivamente utilizzati a fini terapeutici. Tale circostanza non può tuttavia essere sufficiente a conferire loro la qualità di medicinale ai sensi della direttiva n. 2001/83.

66. Nella fattispecie, la Repubblica federale di Germania non contesta il fatto che gli effetti fisiologici da essa invocati, riguardanti essenzialmente la prevenzione dell'arteriosclerosi, possono del pari essere ottenuti mediante l'ingestione di 7,4 g d'aglio allo stato di alimento. A tal proposito, è significativo il fatto che gli studi su cui si fonda tale Stato membro si riferiscono sia agli effetti potenziali dell'ingestione di preparati d'aglio in forma di capsule, di polveri o di soluzioni, che a quelli del consumo d'aglio allo stato naturale.

67. È altresì pacifico che il prodotto controverso non ha effetti ulteriori rispetto a quelli che derivano dal consumo d'aglio allo stato naturale e, come rilevato dall'Avvocato Generale al par. 62 delle sue conclusioni, tali effetti non sono, senza dubbio, molto superiori a quelli di altri prodotti vegetali o animali che fanno parte dell'alimentazione quotidiana, né molto diversi rispetto a questi ultimi.

68. Di conseguenza, si deve necessariamente constatare che il prodotto di cui trattasi, la cui incidenza sulle funzioni fisiologiche non supera gli effetti che un alimento consumato in quantità ragionevole può avere su tali funzioni, non ha alcun effetto significativo sul metabolismo e non può pertanto essere qualificato come prodotto idoneo a ripristinare, correggere o modificare funzioni fisiologiche ai sensi dell'art. 1, punto 2, secondo comma, della direttiva n. 2001/83.

69. Infine, contrariamente a quanto sostenuto dalla Repubblica federale di Germania, il fatto che l'ingestione del prodotto controverso presenti un rischio per la salute non è un elemento che consente di riconoscere allo stesso un'efficacia farmacologica. Risulta infatti dalla giurisprudenza che, se è vero che il rischio per la salute deve essere preso in considerazione ai fini della classificazione di un prodotto come medicinale per funzione, esso è nondimeno un fattore autonomo (v. sentenza *HLH Warenvertrieb e Orthica*, *cit.*, punto 53).

70. La valutazione degli eventuali rischi connessi all'utilizzo del prodotto di cui trattasi deve essere svolta nell'ambito della direttiva n. 2001/83 e, in generale, alla luce dei principi del diritto comunitario.

71. Come rilevato dalla Commissione, le disposizioni comunitarie relative ai

medicinali devono garantire, oltre alla tutela della salute umana, la libera circolazione delle merci, cosicché l'interpretazione delle disposizioni della direttiva n. 2001/83 in generale e della nozione di medicinale in particolare non può comportare ostacoli alla libera circolazione delle merci che siano sproporzionati rispetto all'obiettivo perseguito in termini di tutela della salute.

72. Nella fattispecie, la Repubblica federale di Germania si richiama a casi di emorragia spontanea e di emorragia postoperatoria sopravvenuti dopo un eccessivo consumo d'aglio allo stato di alimento o in forma di preparato, ma anche all'inibizione degli effetti di taluni antiretrovirali nonché ad un'interazione con taluni anticoagulanti.

73. Occorre a tal proposito rilevare, innanzi tutto, che detti rischi derivano dall'assunzione di aglio in generale e non, specificamente, dall'ingestione del preparato controverso.

74. Peraltro, dagli esempi citati dalla Repubblica federale di Germania emerge che potrebbero insorgere rischi per la salute solamente a seguito dell'interazione con taluni medicinali, ovvero di un'eccessiva ingestione d'aglio o di un preparato d'aglio nell'ambito di circostanze particolari, quali un intervento chirurgico.

75. Come rilevato dall'Avvocato Generale al par. 65 delle sue conclusioni, dagli esempi citati risulta che i rischi e le controindicazioni indicati con riferimento al consumo di preparati d'aglio sono limitati e, soprattutto, non sono diversi da quelli collegati al consumo d'aglio allo stato di alimento.

76. Quanto al criterio delle modalità d'impiego del prodotto controverso, esso non può essere determinante nel caso in esame per le ragioni indicate al punto 53 della presente sentenza.

77. Occorre pertanto rilevare che, considerate tutte le sue caratteristiche, il prodotto controverso non può essere qualificato come medicinale per funzione ai sensi dell'art. 1, punto 2, secondo comma, della direttiva n. 2001/83.

78. Risulta dall'insieme delle considerazioni che precedono che il prodotto controverso non rientra né nella definizione di medicinale per presentazione né in quella di medicinale per funzione. Di conseguenza, quest'ultimo non può essere qualificato come medicinale ai sensi della direttiva n. 2001/83.

(Omissis)

L'AGLIO È UN ALIMENTO O UN FARMACO?

(Come risolvere il problema della circolazione nell'Unione europea dei prodotti qualificati in modo diverso nei singoli Stati membri: a. alimento/farmaco; b. integratore alimentare/farmaco; c. farmaco/prodotto alimentare nuovo; d. prodotto arricchito/farmaco)

Sommario: Osservazioni introduttive - I. Analisi della sentenza - 1. I fatti di causa - 2. La motivazione della sentenza - II. Valutazioni critiche - III. Considerazioni conclusive - 1. Prima procedura - 2. Seconda procedura.

Osservazioni introduttive

Se qualcuno avesse letto, qualche anno fa, il titolo di questo scritto, avrebbe potuto obiettare che, in fondo, il quesito in esso contenuto non aveva molto senso.

È noto, infatti, da tempo immemorabile, che l'aglio, oltre ad essere un alimento, è pure in grado di procurare effetti generalmente benefici per la salute. Nessuno, quindi, ha inventato qualcosa a questo riguardo. O, quantomeno, se inventare significa vedere quello che tutti vedono e capire quello che gli altri non capiscono, bisogna convenire che in questo caso non c'è stata alcuna effettiva invenzione.

Anche in Germania si sapeva tutto questo, ma essendo i tedeschi più precisi, o più pignoli degli altri, "viste" le proprietà dell'aglio, hanno deciso di "inventare" un nuovo farmaco: l'aglio in polvere, sottoponendolo ad autorizzazione farmaceutica¹.

Nel seguire tale indirizzo², è stata però esperita in Germania una procedura che non rispetta i principi e i criteri ai quali gli Stati membri devono oggi-

¹ Già nel 1998, in un'interrogazione scritta al Parlamento europeo, era stato segnalato il particolare indirizzo seguito in Germania che considerava come medicinale un prodotto contenente aglio orsino (cfr. la risposta della Commissione in *Guce* n. C 142 del 21 maggio 1999); sul punto v. F. FORNI, *La nozione normativa e giurisprudenziale di medicamento in ambito comunitario*, in questa *Rivista*, 2009, p. 503, spec. nota 84.

² L'indirizzo seguito in Germania di considerare l'aglio in polvere messo in capsule come medicinale era stato determinato da una sentenza del *Bundesgerichtshof* del 1995 (cfr. F. FORNI, *La nozione normativa e giurisprudenziale*, loc. cit., spec. nota 86).

giorno attenersi quando adottano, per motivi di tutela della salute, specie nel settore dei prodotti alimentari, provvedimenti suscettibili di esercitare un impatto distorsivo sulla circolazione dei prodotti nel mercato europeo. Seguendo questo indirizzo, infatti, anche il peperoncino ridotto in polvere (ed altri alimenti, di origine vegetale, che producono effetti benefici per la salute³) potrebbero essere classificati come farmaci. In effetti, se non si ponessero freni ad un tale indirizzo, le industrie farmaceutiche potrebbero arrivare ad imporre vincoli ed autorizzazioni ad un numero rilevante di prodotti, normalmente utilizzati come alimenti.

D'altra parte, le conseguenze della posizione tedesca, messe bene in evidenza nella sentenza della Corte di giustizia che ha risolto la causa qui esaminata⁴, non potevano non essere di natura distorsiva per il commercio intracomunitario.

Come risulta dagli atti di causa, la posizione tedesca è stata fatta valere nei confronti di un operatore di un Paese membro che intendeva procedere alla commercializzazione di un preparato di aglio (in polvere), classificato come integratore alimentare (e, quindi, come alimento) nel proprio Paese, all'interno del mercato tedesco dove, invece, come abbiamo visto, tale commercializzazione era sottoposta ad autorizzazione farmaceutica.

In seguito al ricorso di tale operatore, la Commissione europea ha introdotto un procedimento di infrazione, in base all'art. 226 del Trattato Ce (ora art. 258 TFUE), per far accertare che la Repubblica tedesca aveva violato gli obblighi imposti dagli artt. 28 e 30 del Trattato Ce in materia di libera circolazione delle merci (ora artt. 34 e 36 TFUE).

La Corte di giustizia, con la sentenza qui annotata, emessa il 15 novembre 2007, ha, alla fine, accertato l'inadempimento della Germania, dichiarando nel dispositivo che:

«Avendo classificato come medicinale un preparato d'aglio in forma di capsule non corrispondente alla definizione di medicinale ai sensi dell'art. 1, punto 2, della direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio 6 novembre 2001, 2001/83/Ce, recante un codice comunitario relativo ai medicinali per uso umano, la Repubblica federale di Germania è venuta meno agli obblighi

³ Su tale aspetto, v. punto 65 della sentenza qui commentata.

⁴ Cfr. la sentenza della Corte di giustizia, qui commentata, emessa il 15 novembre 2007 nella causa n. C-319/05 (*Commissione c. Germania*) in *Raccolta*, I, 2007, p. 9811. Su tale sentenza v. i commenti di F. PRETE, *Classificazione "per funzioni" degli integratori alimentari*, in *Giur. it.*, 2007, p. 2664-2665; D. TORNESELLO, *Farmaci, integratori alimentari e libera circolazione delle merci*, in www.personaedanno.it; E. BERNARD, *Relation entre denrée alimentaire et médicament*, in *Europe* 2008, Janvier Comm. n. 11, p. 18-19; C. EGGERS, *Der pharmakologischen Wirkung einen Schritt näher gekommen*, in *Zeitschrift für das gesamte Lebensmittelrecht*, 2008, p. 66 ss.; L. GONZÁLEZ VAQUÉ, *La sentencia "Comisión/Alemania" de 15 de noviembre de 2007: el TJCE precisa los límites entre las deficiones de alimento y medicamento*, in *Gaceta Jurídica de la C.E. y de la Competencia*, *Boletín* 2008, n. 2, p. 25-36; J. PEIGNÉ, *Produits de santé*, in *Revue de droit sanitaire et social*, 2008, p. 177-179; F. ZOLLA, *Per il diritto comunitario l'aglio liofilizzato in forma di capsule non è un medicinale*, in *Riv. dir. agr.*, 2008, II, p. 39 ss.

ad essa incombenti in forza degli artt. 28 CE e 30 CE».

Il tenore di tale dispositivo lascia intuire quale portata potrà avere la sentenza in Germania e all'interno del mercato unico europeo.

Il "preparato d'aglio in capsule", che in precedenza poteva circolare in tutti i Paesi dell'Unione europea, tranne che in Germania, dopo la sentenza della Corte, se risulta proveniente dagli altri Paesi membri, dovrà poter circolare anche in Germania, ma non potrà essere quivi prodotto⁵.

La sentenza della Corte ha quindi creato un classico caso di "discriminazione alla rovescia" nei confronti dei produttori tedeschi.

La discriminazione alla rovescia deriva dal fatto che sul mercato tedesco, in seguito a questa sentenza, gli operatori tedeschi dovranno subire la concorrenza dei produttori comunitari i quali potranno ora commercializzare in Germania, senza sottostare ad alcuna autorizzazione, gli stessi prodotti (preparati di aglio in capsule), per i quali gli operatori tedeschi devono invece continuare a chiedere la prescritta autorizzazione farmaceutica.

Le discriminazioni alla rovescia costituiscono un fenomeno giuridico noto che è stato ampiamente studiato in diritto comunitario⁶. In determinati casi tali discriminazioni possono anche essere ritenute vantaggiose per i produttori che le subiscono⁷. In altri casi, se le discriminazioni creano invece soltanto

⁵ È un effetto analogo a quello prodotto dalla sentenza sulla pasta alimentare emessa dalla Corte di giustizia il 14 luglio 1988 in causa n. 90/86, Procedimento penale a carico di *Zoni*, in *Raccolta*, 1988, p. 4285 ss., nella quale è stata dichiarata contraria alle norme comunitarie sulla libertà di circolazione delle merci, la normativa italiana che vietava l'ingresso in Italia della pasta alimentare non di grano duro proveniente dagli altri Paesi membri. Come risulta dal punto 25 della sentenza, la Corte ha riconosciuto che il predetto divieto poteva però continuare ad essere applicato nei confronti dei soli produttori italiani. Dalla sentenza della Corte è sorto, quindi, un caso evidente di "discriminazione alla rovescia".

⁶ Sulle "discriminazioni alla rovescia" v. R. STREINZ, *Das Problem "umgekehrter Diskriminierungen" im Bereich des Lebensmittelrechts*, in *Zeitschrift für das gesamte Lebensmittelrecht*, 1990, p. 487; F. CAPELLI, *E legittima la "discriminazione alla rovescia" imposta per tutelare la qualità della pasta alimentare italiana*, in *Alimenta*, 1994, p. 147 e in questa *Rivista*, 1994, p. 421 ss.; S. NINATTI, *"La sola alternativa praticabile": eguaglianza, discrezionalità legislativa e norme comunitarie nella sentenza 443/97 della Corte Costituzionale*, in *Riv. it. dir. pubbl. comun.*, 1998, p. 215 ss.; 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. 95 ss.; I. ZOPPI, *Le discriminazioni a rovescio*, in questa *Rivista*, 2006, p. 795 ss. nonché infine F. VISMARA, *La disciplina della discriminazione "al contrario" nella legge comunitaria 2008, infra*, p. 141 ss. Per determinare il sorgere di discriminazioni alla rovescia come conseguenza dell'applicazione di una disciplina di armonizzazione comunitaria, occorre che tale armonizzazione sia di tipo parziale e non totale. Su questi aspetti v. *infra* gli argomenti svolti nella nota 30.

⁷ In effetti, quando la normativa interna di uno Stato membro risulta particolarmente restrittiva perché adottata per tutelare o per valorizzare determinate caratteristiche qualitative di un prodotto nazionale, sottoponendo alle stesse restrizioni i prodotti simili provenienti dagli altri Stati membri, si verifica a volte che la predetta normativa, che deve essere considerata illegittima e quindi abrogata in quanto misura di effetto equivalente a restrizioni quantitative, venga mantenuta in vigore nei confronti dei soli produttori dello Stato membro considerato, con l'accordo degli stessi produttori nazionali (i soli che devono continuare ad osservarla) perché costituisce uno strumento per garantire la superiore qualità del prodotto nazionale rispetto al corrispondente prodotto estero. Ciò è stato riconosciuto, come è noto, dalla stessa sentenza della Corte di giustizia relativa alla pasta italiana di grano duro (cfr. sentenza *Zoni*, punto 25, *loc. cit.*; in argomento cfr. F. CAPELLI, *La pasta di grano duro prodotta in Italia: un successo mondiale che soltanto i giudici italiani sono in grado*

inconvenienti, è unicamente possibile eliminarle mediante provvedimenti nazionali adeguati⁸.

Nella presente fattispecie, relativa alla commercializzazione di un preparato di aglio, la Corte di giustizia non avrebbe potuto evitare di creare un caso di discriminazione alla rovescia, tenuto conto della normativa che attualmente disciplina in modo completo il settore dei prodotti alimentari e, in particolare, quello specifico degli integratori alimentari, all'interno dell'Unione europea⁹.

Prima di esaminare a fondo tale normativa, vediamo ora come la Corte di giustizia ha risolto la presente causa.

I. Analisi della sentenza

1. *I fatti di causa*

Sinteticamente riassunti, i fatti di causa possono essere così esposti.

Un operatore di uno Stato membro che aveva presentato domanda di immissione al consumo, sul mercato tedesco, di un integratore alimentare composto di aglio liofilizzato in capsule, si è visto respingere tale domanda perché, secondo il Ministero della salute tedesco, il prodotto in questione non era un integratore alimentare¹⁰ e, quindi, un alimento, ma bensì un medicinale.

In seguito al rigetto della domanda, l'operatore introduce un ricorso alla

di insidiare, in *Alimenta*, 1999, p. 99 ss.; ID., *Perché bisogna produrre la pasta utilizzando unicamente il grano duro*, in questa *Rivista*, 2001, p. 414 ss.); come pure dalla sentenza della Corte di giustizia relativa al formaggio olandese (cfr. sentenza emessa il 7 febbraio 1984 in causa n. 237/82, *Jongeneel Kaas*, in *Raccolta*, 1984, p. 483, punti 20 e 28). In modo analogo ha deciso la Corte costituzionale italiana, quando ha riconosciuto che la legge italiana che vietava lo zuccheraggio del vino italiano, discriminando i produttori italiani rispetto ai loro concorrenti comunitari i quali, invece, potevano zuccherare il proprio vino, era legittima perché tutelava la qualità del vino italiano (cfr. sentenza della Corte costituzionale dell'8-17 novembre 1982 n. 188, in *Guri* n. 324 del 24 novembre 1982, punto n. 7 *in fine* delle considerazioni in diritto).

⁸ Contro tali discriminazioni, in Italia sarebbe possibile invocare l'art. 2, par. 1, lett. *h*. della legge n. 62 del 18 aprile 2005 (legge comunitaria 2004), in *Guri* n. 96 del 27 aprile 2005, *suppl. ord.*, appositamente adottato per garantire «una effettiva parità di trattamento dei cittadini italiani rispetto a quelli degli altri Stati membri dell'Unione europea, facendo in modo di 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». Cfr. da ultimo la l. n. 88 del 7 luglio 2009 - Disposizioni per l'adempimento di obblighi derivanti dall'appartenenza dell'Italia alle Comunità europee - Legge comunitaria 2008, in *Guri* n. 161 del 14 luglio 2009, *suppl. ord.*, il cui art. 6, n. 4, lett. *d*. ha modificato la l. n. 11 del 4 febbraio 2005, inserendo l'art. 14 *bis* sulla parità di trattamento; v. il commento di F. VISMARA, *La disciplina della discriminazione "al contrario" nella legge comunitaria 2008*, *cit. supra*, nota 6.

⁹ Cfr. F. CAPELLI - B. KLAUS, *I problemi ancora aperti dopo la sentenza della Corte di giustizia che conferma la validità della direttiva comunitaria sugli integratori alimentari*, in *Alimenta*, 2005, p. 182 e in questa *Rivista*, 2005, p. 443.

¹⁰ Gli integratori alimentari sono disciplinati dalla direttiva n. 2002/46/Ce del Parlamento europeo e del Consiglio, del 10 giugno 2002, per il ravvicinamento delle legislazioni degli Stati membri relative agli integratori alimentari, in *Guce* n. L 183 del 12 luglio 2002.

Commissione europea, la quale, come già ricordato, avvia il procedimento di infrazione in base all'art. 226 del Trattato Ce, chiedendo alla Corte di giustizia di accertare la violazione, da parte della Repubblica tedesca, degli artt. 28 e 30 del Trattato Ce in materia di libertà di circolazione delle merci.

Secondo la Commissione, infatti, la prassi adottata dalle Autorità tedesche di sottoporre ad un'autorizzazione farmaceutica l'immissione in consumo in Germania di preparati d'aglio in capsule, in quanto ritenuti medicinali, costituisce un ostacolo alla libertà di circolazione delle merci nel mercato unico, vietato dall'art. 28 del Trattato Ce e non giustificabile alla luce dell'art. 30 dello stesso Trattato.

Per dimostrare che la prassi seguita dalle autorità tedesche non appare giustificata alla luce dell'art. 30 del Trattato Ce, la Commissione si basa su specifiche disposizioni della direttiva Ce n. 2001/83¹¹ che introduce un codice comunitario sui medicinali, da cui risulta che il prodotto in questione non può essere classificato come medicinale.

La Corte di giustizia, con la sua sentenza, seguendo le conclusioni dell'Avvocato Generale, accoglie la domanda della Commissione e accerta, come risulta dal dispositivo sopra riportato, che la Germania ha violato gli artt. 28 e 30 del Trattato Ce.

Nella motivazione della sentenza vengono espone con precisione le ragioni che escludono la possibilità di considerare il preparato d'aglio in capsule un medicinale, inteso sia come medicinale «*per presentazione*», sia come medicinale «*per funzione*».

2. *La motivazione della sentenza*

Gli argomenti utilizzati dalla Corte di giustizia per dimostrare che i preparati di aglio in capsule, di cui alla causa sottoposta al suo giudizio e da essa decisa, non sono medicinali, ma bensì alimenti (integratori alimentari), sono contenuti nei punti da 34 a 78 della sentenza qui esaminata.

L'analisi della Corte comincia con il riconoscimento (cfr. punto 34 della sentenza) che nei Paesi dell'Unione europea nessun medicinale può essere posto in commercio senza che sia stata preventivamente rilasciata un'apposita autorizzazione da parte della competente Autorità.

La Corte prosegue (cfr. punto 37 della sentenza) ammettendo la possibilità che in uno Stato membro possa essere considerato medicinale un prodotto che in un altro Stato membro viene invece considerato un alimento¹².

¹¹ Direttiva n. 2001/83/Ce del Parlamento europeo e del Consiglio, del 6 novembre 2001, recante un codice comunitario relativo ai medicinali per uso umano, in *Guce* n. L 311 del 28 novembre 2001, p. 67 ss.

¹² In tal senso si era già pronunciata la Corte di giustizia nella sentenza del 9 giugno 2005 in cause riunite n. C-211/03, n. C-299/03 e da n. C-316/03 a n. C-318/03, *HLH Warenvertrieb e Orthica*, in *Raccolta*, 2005, I, p. 5141, punto 56. In dottrina cfr. U. DOEPNER - A. HÜTTEBRÄUKER, *Abgrenzung*

Al punto 38 della sentenza, la Corte ugualmente riconosce che, nel caso in cui vengano sostenute interpretazioni divergenti, con riferimento al dubbio se assoggettare un determinato prodotto alla disciplina comunitaria sui medicinali o a quella sugli alimenti, deve trovare applicazione la disciplina sui medicinali, in quanto più rigorosa, in conformità a quanto stabilito dalla citata direttiva Ce n. 2001/83¹³.

Sulla base di tali considerazioni introduttive la Corte, dopo aver affermato che la sua pronuncia deve stabilire, nel caso di specie, se il prodotto in questione (preparato di aglio in capsule) sia un medicinale in base alla direttiva n. 2001/83 (cfr. punto 39), passa ad esaminare, in dettaglio, se tale prodotto possa essere qualificato come «medicinale per presentazione» (cfr. punti 43-54) oppure come «medicinale per funzione» (cfr. punti 55-78).

Come è noto, la nozione di «medicinale per presentazione» e quella di «medicinale per funzione» si ricavano, rispettivamente, dal primo e dal secondo comma dell'art. 1, par. 2, della citata direttiva n. 2001/83¹⁴.

Poiché per illustrare con precisione le differenze esistenti tra tali nozioni la Corte procede nella sentenza ad una disamina accurata e molto chiara delle disposizioni applicabili, facendo continuo riferimento alla propria precedente giurisprudenza, riteniamo opportuno invitare il lettore ad esaminare con attenzione i diversi punti riguardanti tali differenze (punti 43-78) direttamente nella sentenza qui esaminata.

Per i particolari fini del presente commento, ci limitiamo in prosieguo a precisare, in estrema sintesi, la differenza fra le due nozioni.

Un «medicinale per presentazione», secondo il primo comma dell'art. 1, par. 2, della direttiva n. 2001/83, è un prodotto che viene "presentato" come medicinale dal produttore medesimo. Tale presentazione può riguardare tanto le proprietà curative o profilattiche del prodotto, che possono essere descritte sull'etichetta o in foglietti illustrativi. Ugualmente un prodotto può considerarsi "presentato" come medicinale se in base alle modalità di commercializ-

Arzneimittel/Lebensmittel - die aktuelle gemeinschaftsrechtliche Statusbestimmung durch den EuGH, in Wettbewerb in Recht und Praxis, 2005, p. 1195 ss.; D. MAHN, Veränderungen bei der Einordnung von Nahrungsergänzungsmitteln durch das Urteil des Europäischen Gerichtshofs vom 9.6.2005 und durch das LFGB, in Zeitschrift für das gesamte Lebensmittelrecht, 2005, p. 529 ss.; A. BOUVERESSE, Relation entre denrée alimentaire et médicament, in Europe 2005, Août-Septembre Comm. n° 289, p. 19-20; C. J. BERR, Chronique de jurisprudence du Tribunal et de la Cour de justice des Communautés européennes, in Journal du droit international, 2006, p. 677-678.

¹³ Nello stesso senso cfr. la sentenza della Corte di giustizia del 28 ottobre 1992 emessa in causa n. C-219/91, *Ter Voort*, in *Raccolta*, 1992, I, p. 5480 ss., punto 19 con la giurisprudenza *ivi* citata.

¹⁴ Art. 1, par. 2, della direttiva n. 2001/83, come sostituito dalla direttiva n. 2004/27/Ce, in *Gu-Ue* n. L 136 del 30 aprile 2004, p. 34 ss.: «2. medicinale: a. ogni sostanza o associazione di sostanze presentata come avente proprietà curative o profilattiche delle malattie umane; o b. ogni sostanza o associazione di sostanze che possa essere utilizzata sull'uomo o somministrata all'uomo allo scopo di ripristinare, correggere o modificare funzioni fisiologiche, esercitando un'azione farmacologica, immunologica o metabolica, ovvero di stabilire una diagnosi medica».

zazione impiegate per essere offerto sul mercato, *lo stesso sia in grado di far credere anche implicitamente, ma con certezza, ad un consumatore mediamente accorto di possedere proprietà curative o profilattiche* (perché, ad esempio, viene venduto in capsule e in confezioni simili a quelle usate per i prodotti medicinali etc.)¹⁵.

A tale proposito con riferimento ad alcuni prodotti e, in particolare, agli integratori alimentari (cfr. punti 52 e 53 della sentenza), sulla base dell'analisi del prodotto in questione (aglio liofilizzato in capsule), la Corte giunge alla conclusione (cfr. punto 54 della sentenza) che tale prodotto non può essere qualificato come «medicinale per presentazione» in base alla direttiva n. 2001/83.

Ad analoga conclusione perviene la Corte al termine della sua analisi volta a stabilire se il prodotto in questione possa essere qualificato come «medicinale per funzione»¹⁶.

In tale analisi la Corte procede ad una verifica dettagliata delle caratteristiche del prodotto mettendo a confronto (cfr. punti 56-61 e punti 64-66) le proprietà dell'aglio liofilizzato in capsule, di cui alla fattispecie in esame, con quelle dell'aglio fresco.

Poiché per poter stabilire se un prodotto debba essere considerato un «medicinale per funzione», occorre accertare, caso per caso, se lo stesso possenga proprietà specifiche che gli consentano di produrre effetti curativi o profilattici, la Corte ha dovuto verificare gli effetti derivanti dal prodotto in questione (aglio in polvere) alla luce delle prove fornite dallo Stato tedesco.

Secondo lo Stato tedesco, l'*allicina*, contenuta in ciascuna capsula di aglio in polvere, oggetto della controversia, produce effetti sulla pressione sanguigna e sul tasso dei lipidi, con la conseguenza che il prodotto in questione può essere utilizzato per fini terapeutici per curare, tra l'altro, l'arteriosclerosi.

¹⁵ Sui medicinali per presentazione cfr. F. CAPELLI - B. KLAUS - V. SILANO, *Nuova disciplina del settore alimentare e autorità europea per la sicurezza alimentare*, Milano, Giuffrè, 2006, p. 101-102; F. CAPELLI - B. KLAUS, *I criteri che consentono di distinguere i prodotti alimentari dai medicinali con riferimento alla disciplina europea*, in *Alimenta*, 2005, p. 153; B. KLAUS, *Leitfaden zur Abgrenzung von Lebensmitteln und Arzneimitteln in der Rechtspraxis aller EU-Mitgliedstaaten auf Grundlage der gemeinschaftsrechtlich harmonisierten Begriffsbestimmungen*, in *Zeitschrift für das gesamte Lebensmittelrecht*, 2004, p. 569; P. COPPENS, *The Use of Botanicals in Food Supplements and Medicinal Products: The Co-existence of two Legal Frameworks*, in *European Food and Feed Law Review*, 2008, p. 93.

¹⁶ Sui medicinali per funzione cfr. F. CAPELLI - B. KLAUS - V. SILANO, *Nuova disciplina del settore alimentare*, loc. cit., p. 99-100; F. CAPELLI - B. KLAUS, *I criteri che consentono di distinguere i prodotti alimentari dai medicinali con riferimento alla disciplina europea*, loc. cit., p. 153; B. KLAUS, *Leitfaden zur Abgrenzung von Lebensmitteln und Arzneimitteln in der Rechtspraxis aller EU-Mitgliedstaaten auf Grundlage der gemeinschaftsrechtlich harmonisierten Begriffsbestimmungen*, loc. cit., p. 569; A. MEISTERERST - S. SCHNEIDER, *Die pharmakologische Wirkung – ein ungeeignetes Merkmal zur Abgrenzung von Lebensmitteln und Arzneimitteln? Zur Einordnung von ambivalenten Stoffen am Beispiel L-Carnitin*, in *DLR* 2004, p. 302; P. COPPENS, *The Use of Botanicals in Food Supplements and Medicinal Products: The Co-existence of two Legal Frameworks*, loc. cit., p. 93.

Sulla base dell'analisi comparata degli effetti prodotti, rispettivamente, dall'aglio in polvere e dall'aglio fresco, la Corte giunge però alla conclusione che tra gli stessi non esistono differenze sostanziali, per cui si possono ottenere gli stessi effetti tanto assumendo l'aglio in polvere quanto ingerendo l'aglio fresco.

A conclusioni simili perviene la Corte anche con riferimento ai rischi che possono derivare dall'assunzione dell'aglio in polvere (cfr. punti 72-75 della sentenza).

Secondo la Corte, anche i rischi segnalati dallo Stato tedesco per sostenere che l'aglio in polvere è un medicinale per funzione, sono ugualmente presenti in caso di ingestione di aglio fresco.

Al termine della sua analisi la Corte di giustizia conclude pertanto (cfr. punto 78 della sentenza) che «*il prodotto controverso non rientra né nella definizione di medicinale per presentazione né in quella di medicinale per funzione. Di conseguenza, quest'ultimo non può essere qualificato come medicinale ai sensi della direttiva 2001/83*».

II. Valutazioni critiche

La sentenza qui commentata, rimanendo nel solco della giurisprudenza della Corte di giustizia pronunciata sia in epoca precedente sia in epoca successiva alla data della sua emissione¹⁷ è indicativa, in modo emblematico, dell'indirizzo che deve essere seguito per risolvere casi concreti di conflitto tra le posizioni tenute da Stati membri diversi sull'effettiva qualificazione da attribuire ad un determinato prodotto che viene considerato, ad esempio, medicinale in uno Stato membro e alimento in un altro Stato membro.

Come in precedenza ricordato, sulla base della normativa applicabile¹⁸ e della giurisprudenza della Corte di giustizia¹⁹, in caso di controversia, la deci-

¹⁷ Per quanto riguarda la giurisprudenza della Corte di giustizia pronunciata in materia, v. sentenze del 16 ottobre 2008 in causa n. C-452/06, *The Queen su richiesta di Synthon BV c. Licensing Authority of the Department of Health*, in *Raccolta*, 2008, I, p. 7681; del 15 gennaio 2009 in causa n. C-140/07, *Hecht-Pharma GmbH c. Staatliches Gewerbeaufsichtsamt Lüneburg*, in *Raccolta*, 2009, I, p. 41 (v. il commento di L. GONZÁLEZ VAQUÉ, *Criterios diferenciales relativos a las definiciones de medicamento y complemento alimenticio*, in *Riv. dir. alim.*, aprile-giugno 2009, p. 37 ss.); del 5 marzo 2009 in causa n. C-88/07, *Commissione c. Regno di Spagna*, inedita in *Raccolta*; del 30 aprile 2009 in causa n. C-27/08, *BIOS Naturprodukte GmbH c. Saarland*, inedita in *Raccolta*. Con riferimento a tale giurisprudenza cfr. l'attenta disamina di F. FORNI, *La nozione normativa e giurisprudenziale*, *cit. supra*, nota 1, p. 18-29.

¹⁸ Cfr. ad esempio, per quanto riguarda gli integratori alimentari, l'art. 4, par. 7, della direttiva Ce n. 2002/46 che consente agli Stati membri di opporsi all'applicazione del principio del mutuo riconoscimento. V. sul punto la sentenza della Corte di giustizia 12 luglio 2005 emessa in cause riunite n. C-154/04 e n. 155/04 (*Alliance for Natural Health*), in *Raccolta*, 2005, I, p. 6451, punto 57 e in questa *Rivista*, 2005, p. 437 con commento di F. CAPELLI - B. KLAUS, *I problemi ancora aperti dopo la sentenza della Corte*, *cit. supra*, nota 9.

¹⁹ Cfr. sentenza del 9 giugno 2005 in cause riunite n. C-211/03, n. C-299/03 e da n. C-316/03 a

sione se un prodotto possa essere qualificato, ad esempio, un medicinale o un alimento²⁰ dovrà essere adottata, caso per caso, dall'Autorità giudiziaria competente.

Si tratterà, quindi, della Corte di giustizia nel caso di procedimenti di infrazione ex art. 226 del Trattato Ce introdotti dalla Commissione europea contro lo Stato membro al quale venga imputata la violazione delle norme sulla libera circolazione delle merci, come nella causa di cui alla sentenza qui commentata²¹. Si tratterà, invece, dei giudici degli Stati membri in caso di controversie davanti ad essi portate, i quali potranno ovviamente adottare le loro decisioni dopo essersi rivolti, in base all'art. 234 del Trattato Ce (ora art. 267 TFUE), alla Corte di giustizia, come la stessa Corte ha avuto modo di precisare: «*spetta al giudice del rinvio procedere alla qualificazione dei prodotti [...] alla luce degli elementi interpretativi esposti dalla Corte*»²².

Come si può comprendere, se per procedere alla qualificazione di un prodotto occorre fin dall'inizio avviare una procedura giudiziaria lunga e costosa, non sarà agevole imporre in modo efficace l'osservanza dei principi e delle norme in materia di libera circolazione delle merci. In effetti, sulla base della giurisprudenza della Corte di giustizia finora pronunciata in materia, si deve riconoscere che non è possibile disporre di parametri precisi cui fare sicuro riferimento per risolvere in modo sistematico la generalità dei problemi che concretamente possono sorgere a causa dell'esistenza di posizioni nazionali contrastanti.

III. Considerazioni conclusive

Da quanto in precedenza esposto si deduce che occorrerebbe forse evitare di far intervenire l'Autorità giudiziaria fin dall'inizio, come se fosse essa stessa un organo tecnico competente a risolvere questioni di carattere scientifico connotate, spesse volte, da aspetti di indubbia complessità e difficoltà. Sarebbe invece preferibile che l'Autorità giudiziaria potesse intervenire, eventualmente, al termine di una procedura di tipo tecnico-amministrativo che consenta di risolvere, preliminarmente, in modo soddisfacente, quantomeno le questioni di carattere scientifico.

n. C-318/03, *HLH Warenvertrieb e Orthica*, cit. supra, nota 12, punto 56: «è tuttora possibile che sussistano differenze tra gli Stati membri nella qualificazione dei prodotti come medicinali ovvero come alimenti».

²⁰ Oppure un integratore alimentare o un prodotto arricchito o un prodotto nuovo.

²¹ La violazione è riferita agli artt. 28 e 30 del Trattato Ce, come risulta dal dispositivo della sentenza riportato nel testo; cfr. anche la sentenza della Corte di giustizia emessa in data 5 marzo 2009 in causa n. C-88/07, *Commissione c. Regno di Spagna*, cit. supra, nota 17.

²² Cfr. sentenza in cause riunite n. C-211/03, n. C-299/03 e da n. C-316/03 a n. C-318/03, *HLH Warenvertrieb e Orthica*, cit. supra, nota 12, punto 97.

Orbene, poiché una procedura di tipo tecnico-amministrativo, come quella appena ipotizzata, non esiste in sede comunitaria e la sua formale istituzione richiederebbe un certo tempo, occorrerebbe individuare in che modo sia possibile raggiungere l'obiettivo sopra delineato, sulla base della normativa comunitaria attualmente applicabile.

A nostro avviso, occorrerebbe far riferimento a due diverse normative comunitarie a seconda della legislazione nazionale che risulta invocata dallo Stato membro nel quale il prodotto considerato, la cui qualificazione appare controversa, dovrebbe essere immesso in consumo.

Tenuto conto dei casi risolti dalla giurisprudenza della Corte di giustizia sopra esaminata, le ipotesi di contrasto solitamente si verificano quando: *a.* uno Stato membro rifiuta di immettere in consumo sul proprio territorio un prodotto proveniente da un altro Stato membro perché risulta sprovvisto della prescritta autorizzazione farmaceutica che viene richiesta nel primo Stato membro, in quanto il prodotto è ritenuto un medicinale, mentre analoga autorizzazione non viene richiesta nel secondo Stato membro, dove lo stesso prodotto è ritenuto un alimento (ad esempio, un integratore alimentare o un prodotto nuovo)²³; *b.* uno Stato membro impedisce l'immissione in consumo sul proprio territorio di prodotti considerati alimenti o integratori alimentari in un altro Stato membro da cui provengono, perché contengono sostanze che nel primo Stato membro vengono normalmente utilizzate per produrre medicinali²⁴.

A seconda dell'ipotesi presa in considerazione, dovrebbe essere esperita una delle due procedure appena richiamate e succintamente in prosieguo descritte.

1. *Prima procedura*

Uno Stato membro, che vuol rifiutare l'immissione in consumo, sul proprio territorio, di un prodotto comunitario considerato un medicinale in base alla propria legislazione interna e alimento in base a quella di altri Stati membri, non può ovviamente ignorare l'esistenza della normativa comunitaria che ha armonizzato le legislazioni nazionali in materia di prodotti farmaceutici (direttiva Ce n. 2001/183 e successive modifiche).

In un'ipotesi del genere, in presenza di una normativa comunitaria di armonizzazione, risulta applicabile l'art. 95 del Trattato Ce (ora art. 114 TFUE), il cui par. 4 impone allo Stato membro che vuol mantenere nel proprio ordinamento «*disposizioni nazionali giustificate da esigenze importanti di cui all'art. 30*», l'obbligo di notificare «*tali disposizioni alla Commissione*

²³ Si tratta dei casi risolti con le diverse sentenze della Corte di giustizia menzionate nel testo (esempio aglio in polvere liofilizzato, etc.).

²⁴ Si tratta del caso risolto con la sentenza in data 5 marzo 2009 della Corte di giustizia emessa nella causa n. 88/07, *Commissione c. Regno di Spagna*, cit. *supra*, nota 17 e richiamata nel testo.

precisando i motivi del mantenimento delle stesse».

Il successivo par. 6 dello stesso art. 95 del Trattato Ce, prevede che la Commissione, entro sei mesi dalla notifica predetta (con possibilità di proroga di altri sei mesi), deve adottare la propria decisione che può essere positiva o negativa.

Orbene, prendendo come esempio il caso dell'aglio in capsule, di cui alla sentenza sopra esaminata, la Germania ha difeso in causa le proprie posizioni sostenendo che le disposizioni nazionali richiedenti l'autorizzazione farmaceutica per l'aglio in polvere erano necessarie per tutelare la salute dei consumatori.

La posizione della Germania era quindi quella prevista dal citato par. 4 dell'art. 95 del Trattato Ce, sopra riportato, che fa riferimento alla richiesta e al mantenimento di «*disposizioni nazionali giustificate da esigenze importanti di cui all'art. 30*» del Trattato medesimo, tra le quali espressamente rientrano, come è noto, le esigenze «*di tutela della salute e della vita delle persone*».

La Germania avrebbe quindi dovuto notificare alla Commissione le proprie disposizioni nazionali che prevedevano l'autorizzazione farmaceutica per l'aglio in polvere, come anche tutte le altre disposizioni nazionali (legislative o amministrative) che prevedono il rilascio di autorizzazioni farmaceutiche in casi simili o comparabili.

Nello stesso modo avrebbero dovuto (e dovrebbero) procedere tutti gli Stati membri che intendono applicare le proprie disposizioni interne suscettibili di determinare effetti analoghi a quelli sopra descritti.

Ovviamente, l'individuazione delle disposizioni nazionali da sottoporre a notifica, dando per scontato una comprensibile resistenza da parte degli Stati membri ad effettuare un censimento delle disposizioni predette, potrebbe essere agevolata dalle segnalazioni trasmesse dagli operatori comunitari interessati a sottrarsi all'obbligo di richiedere l'autorizzazione farmaceutica.

Procedendo in tal modo, sarebbe possibile effettuare, in tempi relativamente brevi, un censimento di tutte le disposizioni nazionali degli Stati membri suscettibili di produrre gli effetti sopra descritti, per quanto riguarda prodotti di sicura rilevanza economica.

Una volta completate le notifiche, la Commissione potrebbe raggruppare i casi che presentano evidenti analogie in modo da poterli esaminare e trattare congiuntamente, sulla base di criteri uniformi e non discriminatori.

Per quanto riguarda la procedura da porre in essere per risolvere i casi sui quali possono sorgere contestazioni, bisogna riconoscere che la stessa giurisprudenza della Corte di giustizia e la dottrina dei suoi Avvocati Generali offrono notevoli elementi di supporto dai quali possono essere ricavati utili suggerimenti per far intervenire non solo l'*Autorità europea per la sicurezza alimentare* (EFSA) e l'*Agenzia europea per i medicinali* (EMA), ma anche per rendere possibile il coinvolgimento degli stessi operatori economici inte-

ressati e delle loro Associazioni di categoria.

Con riferimento all'EFSA, la Corte di giustizia, nel dispositivo della sentenza emessa il 9 giugno 2005 in cause riunite n. C-211/03, n. C-299/03 e da n. C-316/03 a n. C-318/03²⁵, sopra citato, ha chiaramente riconosciuto l'importanza del ruolo svolto da tale Autorità nel settore alimentare.

La Corte di giustizia afferma, infatti, che i giudici nazionali di tutti gli Stati membri, pur non potendosi rivolgere direttamente all'EFSA per far risolvere quesiti specifici, relativi a casi dubbi da risolvere, sono tenuti a prendere in considerazione i pareri dell'EFSA medesima nel caso in cui tali pareri abbiano ad oggetto problemi simili a quelli che i giudici devono risolvere.

A sua volta, pur se in modo non diretto e non così esplicito, l'Avvocato Generale *Geelhoed* riconosce, nelle sue conclusioni presentate nella stessa causa²⁶, che anche l'EMEA potrebbe svolgere un ruolo di importanza analoga²⁷.

Con questi due riconoscimenti sembra doversi attribuire più importanza al ruolo svolto dagli organi tecnici (EFSA e EMEA) rispetto a quello svolto dagli organi giudiziari (Corte di giustizia e giudici nazionali) trattandosi di risolvere problemi di natura essenzialmente tecnico-scientifica²⁸.

Inoltre, relativamente agli operatori economici, interessati alla commercializzazione dei prodotti alimentari oggetto di contestazione, anch'essi dovrebbero essere coinvolti in modo adeguato nelle procedure esperite per adottare i provvedimenti amministrativi sui casi complessi destinati a suscitare dubbi e perplessità.

Lo stesso Avvocato Generale *Geelhoed*, nelle conclusioni sopra citate²⁹, aveva considerato talmente importante il coinvolgimento degli operatori economici da chiedere addirittura l'annullamento della direttiva Ce n. 2002/46, sugli integratori alimentari, perché non prevede una procedura appropriata nella quale gli operatori possano far valere i propri diritti (definendo la procedura esistente una «*scatola nera*» in quanto non trasparente).

A sua volta, la Corte di giustizia, pur non accogliendo la domanda di annullamento della direttiva Ce n. 2002/46, sostenuta dall'Avvocato Generale ha comunque riconosciuto la necessità di far partecipare più attivamente gli operatori economici (e le loro associazioni di categoria), alle procedure amministrative nelle quali i provvedimenti vengono adottati.

²⁵ Sentenza in cause riunite n. C-211/03, n. C-299/03 e da n. C-316/03 a n. C-318/03, *HLH Warenvertrieb e Orthica*, cit. *supra*, nota 12, punto n. 10 del dispositivo.

²⁶ Conclusioni in causa n. C-154/04 e n. 155/04, *Alliance for Natural Health*, in *Raccolta*, 2005, I, p. 6458 ss.

²⁷ Cfr. F. FORNI, *La nozione normativa e giurisprudenziale*, cit. *supra*, nota 1, p. 29.

²⁸ Secondo P. A. OFFIT, *When Judges Play Doctor, una Corte è «an institution established for the resolution of disputes, not arbiters of scientific truth»*, in *Wall Street Journal*, 9th February 2004 (citato da F. FORNI, *La nozione normativa e giurisprudenziale*, loc. cit., p. 31).

²⁹ Conclusioni in causa C-154/04 e 155/04, *Alliance for Natural Health*, loc. cit.

Tenuto conto del contesto sopra delineato, sembra ragionevole sostenere che la Commissione, una volta ricevute le notifiche degli Stati membri, cui sopra ci siamo riferiti e dopo aver individuato i casi simili da trattare congiuntamente, sia senz'altro in grado di avviare le indagini più opportune, sollecitando, da un lato, la presa di posizione degli operatori e delle loro associazioni, come richiesto dalla Corte di giustizia con riferimento al settore degli integratori alimentari, e, dall'altro lato, richiedendo i pareri rispettivamente all'EFSA e all'EMEA.

La Commissione, nell'ambito della procedura prevista dall'art. 95, par. 4 e par. 6, dispone, come sappiamo, di un periodo di sei mesi, prorogabile di altri sei mesi, per cui ha tutto il tempo necessario per acquisire informazioni e dati sufficienti per poter fornire una risposta agli Stati membri che hanno effettuato le notifiche sopra indicate.

In ogni caso, trattandosi di valutare dati scientifici esistenti che possono essere interpretati in modo diverso dalle parti interessate, sarebbe molto più agevole, per la Commissione, grazie all'apporto dell'EFSA e dell'EMEA, formulare una risposta sul punto in tempi molto più brevi di quelli che appaiono necessari alla Corte di giustizia per definire un intero procedimento di infrazione conformemente all'art. 226 del Trattato Ce.

Ovviamente, poiché la risposta della Commissione, tenuto conto dei pareri scientifici raccolti, sarà molto articolata, ne consegue che lo Stato membro interessato, se intende ulteriormente sostenere la propria posizione, potrà senz'altro mantenere inalterata la propria legislazione, esponendosi però all'introduzione nei suoi confronti di un procedimento sulla base del par. 9 dello stesso art. 95 del Trattato Ce, da parte della Commissione o di altri Stati membri.

È evidente che nel procedimento così instaurato, la Corte di giustizia avrebbe la possibilità di risolvere molto più rapidamente i punti in contestazione.

2. *Seconda procedura*

La seconda procedura, sopra richiamata, dovrebbe essere necessariamente esperita quando i prodotti oggetto di contestazione non fossero assoggettati ad una disciplina comunitaria armonizzata.

Infatti, in mancanza di una disciplina comunitaria armonizzata, non importa se di carattere totale o parziale³⁰, non sarebbe possibile invocare l'applicazione

³⁰ Cfr. sul punto F. CAPELLI, *Direttive di armonizzazione totale, direttive di armonizzazione parziale e direttive opzionali*, in questa *Rivista*, 2000, p. 755 ss. A tale proposito, occorre segnalare che, nel caso in cui la normativa comunitaria comportasse un'armonizzazione totale delle legislazioni nazionali, in tal caso non si verificherebbero casi di "discriminazione alla rovescia" nel senso in precedenza precisato, perché la normativa comunitaria di armonizzazione totale obbliga tutti gli Stati ad adottare la stessa disciplina con la conseguenza che il settore armonizzato risulta assoggettato alle stesse disposizioni alla stessa stregua di un settore assoggettato ad un regolamento comunitario direttamente applicabile. Ciò non potrebbe invece avvenire nel settore farmaceutico, poiché, attualmente, il settore è soltanto assoggettato ad una armonizzazione parziale (per questo possono

cazione dell'art. 95 del Trattato Ce, come invece sarebbe stato possibile fare, ad esempio, nel caso dell'aglio in polvere che, come sappiamo, viene considerato in Germania un medicinale disciplinato dalla direttiva di armonizzazione parziale n. 2001/83.

In presenza, quindi, di un prodotto non assoggettato ad una disciplina comunitaria armonizzata, che dovesse essere impiegato in uno Stato membro per produrre, ad esempio, integratori alimentari e, in un altro Stato membro, per produrre medicinali, la soluzione, in caso di contrasto, dovrebbe essere trovata applicando le regole comunitarie in materia di libera circolazione delle merci.

Di conseguenza, dovendosi stabilire se un prodotto utilizzato, ad esempio, in uno Stato membro come componente di un integratore alimentare abbia titolo per circolare, in base agli artt. 28 e 30 del Trattato Ce, anche in uno Stato membro dove tale prodotto è ritenuto invece come componente di un medicinale, occorrerà far ricorso alle regole applicabili in materia di libera circolazione delle merci e alla relativa giurisprudenza della Corte di giustizia.

Una recente sentenza della stessa Corte di giustizia, emessa in una causa nella quale sono stati esaminati i punti di diritto sopra delineati, fornisce utili indicazioni per trovare la corretta soluzione al problema.

Tale sentenza, emessa il 5 marzo 2009 nei confronti del *Regno di Spagna*³¹, mette bene in rilievo i problemi che qui interessano.

Dalla sentenza citata risulta, infatti, che in Spagna esisteva una prassi consolidata, secondo cui numerose piante e sostanze vegetali, che presentavano una qualche tossicità, venivano sistematicamente ritirate dal mercato, senza verificare, caso per caso, se il loro impiego, ad esempio in un integratore alimentare, escludesse la presenza di effetti tossici.

Nel caso di specie, deciso nella causa citata, erano stati ritirati dal mercato spagnolo anche alcuni prodotti, contenenti tali sostanze vegetali, provenienti da un altro Stato membro (Belgio), determinando così l'insorgere di una classica controversia in tema di libertà di circolazione delle merci.

Infatti, il prodotto proveniente dal Belgio (integratore alimentare), non poteva essere commercializzato sul mercato spagnolo perché conteneva una sostanza ritenuta in Spagna utilizzabile soltanto nella produzione di medicinali (a causa della sua tossicità).

Poiché per le sostanze di derivazione vegetale non è prevista alcuna disciplina comunitaria armonizzata, la questione è stata portata davanti alla Corte di giustizia in un procedimento di infrazione, ex art. 226 Trattato Ce, per far dichiarare che il Regno di Spagna aveva violato gli artt. 28 e 30 del Trattato Ce in materia di libera circolazione delle merci.

sorgere, come sopra segnalato, casi di "discriminazione alla rovescia", cfr. *supra*, note 7 e 8).

³¹ Sentenza della Corte di giustizia del 5 marzo 2009 in causa n. C-88/07, *Commissione c. Regno di Spagna*, cit. *supra*, nota 17. Cfr. A. RIETI, *La distinzione tra "medicinale per funzione" e "prodotti di frontiera" nella giurisprudenza comunitaria*, in *Sud in Europa*, aprile 2009, p. 21 ss.

Orbene, la Corte di giustizia, nella sentenza qui esaminata, avendo anche constatato che il Regno di Spagna non aveva notificato alla Commissione europea, in violazione della decisione n. 3052/95³², l'esistenza di contestazioni in tale settore, ha dichiarato che il Regno di Spagna è venuto meno agli obblighi ad esso imposti dalle norme del Trattato Ce sulla libera circolazione delle merci (artt. 28 e 30), nonché dalla citata decisione n. 3052/95, che imponeva agli Stati membri l'obbligo di notificare alla Commissione le ipotesi di contrasto suscettibili di ostacolare la libera circolazione delle merci all'interno del mercato europeo.

Come già in precedenza accennato, dalla sentenza della Corte di giustizia è possibile ricavare utili indicazioni per risolvere il nostro problema.

Nei casi caratterizzati dall'assenza di una normativa comunitaria armonizzata, non potendosi far ricorso, come nella fattispecie appena esaminata relativa al Regno di Spagna, alla procedura disciplinata dall'art. 95 del Trattato Ce sopra descritta (prima procedura), sarebbe possibile seguire la procedura nel frattempo introdotta dal regolamento n. 764/2008³³ del Parlamento europeo e del Consiglio che, tra l'altro, ha abrogato la decisione n. 3052/95 presa in esame nella sentenza della Corte di giustizia appena analizzata.

Orbene, secondo la procedura prevista dal nuovo regolamento Ce n. 764/2008, che riprende, sostanzialmente, quella disciplinata dalla citata decisione n. 3052/95, gli Stati membri, quando intendono limitare la circolazione di un prodotto proveniente da altri Stati membri, devono seguire una procedura di informazione precisa nei confronti degli operatori economici interessati e, soprattutto, devono tenere informata la Commissione europea³⁴.

Anche in occasione dell'applicazione di questa procedura, la stessa potrebbe essere avviata o direttamente dallo Stato membro interessato, oppure dalla stessa Commissione che potrebbe essere allertata dagli operatori economici interessati.

Come abbiamo in precedenza visto nel caso della procedura avviata in base all'art. 95 del Trattato Ce, anche in questa ipotesi, la Commissione, messa sull'avviso dagli operatori interessati, potrebbe sollecitare lo Stato membro

³² Decisione n. 3052/95/Ce del Parlamento europeo e del Consiglio, del 13 dicembre 1995, che istituisce una procedura d'informazione reciproca sulle misure nazionali che derogano al principio di libera circolazione delle merci all'interno della Comunità, in *Guce* n. L 321 del 30 dicembre 1995, p. 1 ss.

³³ Regolamento (Ce) n. 764/2008 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 9 luglio 2008, che stabilisce procedure relative all'applicazione di determinate regole tecniche nazionali a prodotti legalmente commercializzati in un altro Stato membro e che abroga la decisione n. 3052/95/Ce, in *Gu-Ue* n. L 218 del 13 agosto 2008, p. 21 ss.

³⁴ Cfr. W. SCHROEDER, *Gegenseitige Anerkennung im Lebensmittelsektor. Herkunft und Entwicklung des Prinzips der gegenseitigen Anerkennung unter Berücksichtigung des neuen horizontalen EU-Produktrechts*, in *Zeitschrift für das gesamte Lebensmittelrecht*, 2009, p. 275; J. A. SWINDELLS, *Un nuevo procedimiento para facilitar la libre circulación de productos alimenticios y alimentarios (reconocimiento mutuo): el Reglamento n° 764/2008*, in *Revista de Derecho Alimentario*, October 2008, p. 18.

interessato ed effettuare la necessaria notifica prevista dal regolamento n. 764/2008.

Una volta ricevuta la notifica, la Commissione ha la possibilità di verificare la fondatezza della posizione dello Stato membro interessato, richiedendo appositi pareri all'EFSA e all'EMEA come abbiamo visto con riferimento alla procedura ex art. 95 Trattato Ce.

Anche con riferimento alle verifiche da attuare in questa procedura, è evidente che, sulla base dei pareri dell'EFSA e dell'EMEA, sarà possibile alla Commissione indicare, in tempi ragionevoli, allo Stato membro interessato, l'indirizzo che la Commissione intende seguire.

A sua volta, lo Stato membro disporrà di dati sicuramente più completi ed affidabili, per decidere se seguire le indicazioni della Commissione o invece resistere in un eventuale procedimento di infrazione davanti alla Corte di giustizia.

Sembra logico concludere che lo Stato membro interessato eviterà di sostenere una tesi che, già in partenza, risulterebbe in contrasto con una posizione della Commissione fondata sui pareri scientifici dell'EFSA e dell'EMEA.

Anche questa procedura dovrebbe quindi agevolare la soluzione delle controversie relative ai conflitti tra Stati membri determinati dalle differenti interpretazioni della normativa applicabile in materia di libera circolazione delle merci, con riferimento ai prodotti suscettibili di diversa qualificazione nei vari Stati membri.

Le due procedure sopra succintamente descritte (quella fondata sull'art. 95 del Trattato Ce e quella fondata sul regolamento n. 764/2008) potrebbero quindi rendere più semplici e più spedite le regole sul funzionamento del mercato unico con riferimento a situazioni spesso caratterizzate da difficoltà e da complessità rilevanti.

Fausto Capelli

**NON CONTRASTA CON I PRINCIPI DEL DIRITTO COMUNITARIO
L’AFFIDAMENTO DIRETTO DI UN SERVIZIO PUBBLICO
AD UNA SOCIETÀ PER AZIONI PUBBLICA IL CUI STATUTO
PREVEDA LA PARTECIPAZIONE DI CAPITALE PRIVATO**

Corte di giustizia

Sentenza del 10 settembre 2009 in causa C-573/07*

Sea Srl c. Comune di Ponte Nossola, con l’intervento di: Servizi Tecnologici Comuni - Se.T.Co. SpA

Art. 234 CE - Questione pregiudiziale - Artt. 43 e 49 CE - Appalti pubblici - Affidamento diretto di un servizio locale di rilevanza economica ad una Spa pubblica - Apertura del capitale ai privati - Sussistenza del requisito del «controllo analogo».

Gli artt. 43 CE e 49 CE, i principi di parità di trattamento e di non discriminazione in base alla cittadinanza così come l’obbligo di trasparenza che ne discende non ostano all’affidamento diretto di un appalto pubblico di servizi ad una società per azioni a capitale interamente pubblico qualora l’ente pubblico che costituisce l’amministrazione aggiudicatrice eserciti su tale società un controllo analogo a quello che esercita sui propri servizi e questa società realizzi la parte più importante della propria attività con l’ente o con gli enti locali che la controllano.

Fatta salva la verifica da parte del giudice del rinvio dell’operatività delle disposizioni statutarie di cui trattasi, il controllo esercitato dagli enti azionisti sulla detta società può essere considerato analogo a quello esercitato sui propri servizi in circostanze come quelle di cui alla causa principale, in cui:

* Il testo integrale della sentenza, sopra riportata, è reperibile sul sito internet www.curia.europa.eu (n.d.r.). In argomento v. *infra*, p. 63 ss., il commento di TIZIANA BIANCHI e LORENZA PONZONE.

- l'attività di tale società è limitata al territorio di detti enti ed è esercitata fondamentalmente a beneficio di questi ultimi, e
- tramite organi statutari composti da rappresentanti di detti enti, questi ultimi esercitano un'influenza determinante sia sugli obiettivi strategici che sulle decisioni importanti di detta società.

(*Omissis*) **In diritto**

Causa principale e questione pregiudiziale

(*Omissis*)

30. [...], il Tribunale amministrativo regionale per la Lombardia ha deciso di sospendere il procedimento e di sottoporre alla Corte la seguente questione pregiudiziale:

«Se sia compatibile con il diritto comunitario ed in particolare con la libertà di stabilimento ovvero di prestazione di servizi, con il divieto di discriminazione e con gli obblighi di parità di trattamento, di trasparenza e di libera concorrenza di cui agli artt. 12 CE, 43 CE, 45 CE, 46 CE, 49 CE e 86 CE, l'affidamento diretto di un servizio di raccolta, trasporto e smaltimento di rifiuti solidi urbani ed assimilati ad una società per azioni a capitale interamente pubblico e statuto conformato – ai fini dell'art. 113 del decreto legislativo n. 267/2000 – così come esposto in motivazione».

Sulla questione pregiudiziale

31. In via preliminare si deve rilevare che l'affidamento di un servizio di raccolta, trasporto e smaltimento di rifiuti urbani, come quello di cui trattasi nella causa principale, può rientrare, secondo le specificità della contropartita di tale servizio, nella definizione di appalto pubblico di servizi o in quella di concessione di servizi pubblici ai sensi, rispettivamente, dell'art. 1, n. 2, lett. *d.*, o n. 4, della direttiva 2004/18.

32. In base agli elementi contenuti nella decisione di rinvio e nel fascicolo trasmesso alla Corte dal giudice del rinvio, il contratto in esame nella causa principale potrebbe costituire un appalto pubblico di servizi, in particolare per il fatto che il contratto intervenuto tra la Setco e il Comune di Ponte Nossola per la prestazione dei servizi in oggetto prevede che quest'ultimo versi alla Setco il corrispettivo per i servizi da essa forniti.

(*Omissis*)

44. La decisione di rinvio solleva la questione se un'amministrazione aggiudicatrice possa esercitare su una società di cui è azionista, con la quale intende concludere un contratto, un controllo analogo a quello esercitato sui propri servizi nel caso in cui esista la possibilità, sebbene non concretizzata, che investitori privati entrino nel capitale della società di cui trattasi.

45. Per risolvere tale questione va ricordato che la circostanza che l'amministrazione aggiudicatrice detenga, da sola o insieme ad altri enti pubblici, l'intero capitale di una società concessionaria potrebbe indicare, pur non essendo decisiva, che tale

amministrazione aggiudicatrice esercita su detta società un controllo analogo a quello esercitato sui propri servizi (v., in tal senso, sentenze 11 maggio 2006, causa n. C-340/04, *Carbotermo e Consorzio Alisei, Raccolta*, I, p. 4137, punto 37, nonché 13 novembre 2008, causa n. C-324/07, *Coditel Brabant*, non ancora pubblicata nella *Raccolta*, punto 31).

46. Per contro, la partecipazione, anche minoritaria, di un'impresa privata al capitale di una società alla quale partecipi anche l'amministrazione aggiudicatrice in questione esclude in ogni caso che tale amministrazione possa esercitare su detta società un controllo analogo a quello che essa esercita sui propri servizi (v., in tal senso, citate sentenze *Stadt Halle e RPL Lochau*, punto 49, nonché *Coditel Brabant*, punto 30).

47. Di regola, l'esistenza effettiva di una partecipazione privata al capitale della società aggiudicataria deve essere verificata nel momento dell'affidamento dell'appalto pubblico di cui trattasi (v., in tal senso, sentenza *Stadt Halle e RPL Lochau, cit.*, punti 15 e 52). Può anche assumere rilevanza tenere conto della circostanza che, nel momento in cui un'amministrazione aggiudicatrice affida un appalto ad una società di cui detiene l'intero capitale, la legislazione nazionale applicabile prevede l'apertura obbligatoria della società, a breve termine, ad altri capitali (v., in tal senso, citata sentenza *Parking Brixen*, punti 67 e 72).

48. In via eccezionale, circostanze particolari possono richiedere che siano presi in considerazione avvenimenti intervenuti successivamente alla data di aggiudicazione dell'appalto in esame. È quanto avviene, in particolare, nel caso in cui le quote della società aggiudicataria, precedentemente detenute interamente dall'amministrazione aggiudicatrice, vengano cedute ad un'impresa privata appena dopo l'aggiudicazione a tale società dell'appalto di cui trattasi nell'ambito di una costruzione artificiale diretta ad eludere le norme comunitarie in materia (v., in tal senso, sentenza 10 novembre 2005, causa n. C-29/04, *Commissione c. Austria, Raccolta*, I, p. 9705, punti 38-41).

49. Certamente, non può escludersi che le quote di una società vengano vendute a terzi in qualunque momento. Tuttavia, il fatto di ammettere che questa mera possibilità possa sospendere indefinitamente la valutazione sul carattere pubblico o meno del capitale di una società aggiudicataria di un appalto pubblico non sarebbe conforme al principio di certezza del diritto.

50. Se il capitale di una società è interamente detenuto dall'amministrazione aggiudicatrice, da sola o con altre autorità pubbliche, al momento in cui l'appalto in oggetto è assegnato a tale società, l'apertura del capitale di quest'ultima ad investitori privati può essere presa in considerazione solo se in quel momento esiste una prospettiva concreta e a breve termine di una siffatta apertura.

51. Ne risulta che in una situazione come quella di cui trattasi nella causa principale, in cui il capitale della società aggiudicataria è interamente pubblico e in cui non vi è alcun indizio concreto di una futura apertura del capitale di tale società ad investitori privati, la mera possibilità per i privati di partecipare al capitale di detta società non è sufficiente per concludere che la condizione relativa al controllo dell'autorità pubblica non è soddisfatta.

52. Tale conclusione non è inficiata dalle considerazioni contenute nel punto 26 della sentenza 21 luglio 2005, causa n. C-231/03, *Coname (Raccolta*, I, p. 7287), in base alle quali il fatto che una società come quella in esame nella causa all'origine della citata sentenza sia aperta ai capitali privati impedisce di considerarla come una

struttura di gestione interna di un servizio pubblico nell'ambito dei comuni che ne fanno parte. Infatti, in questa causa, il servizio pubblico era stato attribuito ad una società a prevalente capitale pubblico, e dunque misto, al momento di tale assegnazione (v. citata sentenza *Coname*, punti 5 e 28).

53. Va tuttavia precisato che, nell'ipotesi in cui un appalto fosse stato attribuito senza indizione di una gara ad una società a capitale pubblico alle condizioni stabilite nel punto 51 della presente sentenza, il fatto che, successivamente, ma sempre durante il periodo di validità di tale appalto, gli azionisti privati siano ammessi a partecipare al capitale di detta società costituirebbe un cambiamento di una condizione fondamentale dell'appalto che necessiterebbe di un'indizione di gara.

54. Bisogna capire poi se, nel caso in cui un'autorità pubblica diventi socia di minoranza di una società per azioni a capitale interamente pubblico al fine di attribuire a quest'ultima la gestione di un servizio pubblico, il controllo che le autorità pubbliche socie di detta società esercitano su quest'ultima, per essere qualificato come analogo al controllo che esse esercitano sui propri servizi, debba essere esercitato individualmente da ognuna di queste autorità o possa essere esercitato congiuntamente dalle stesse.

55. La giurisprudenza non impone che il controllo esercitato in un siffatto caso sulla società aggiudicataria sia individuale (v., in tal senso, citata sentenza *Coditel Brabant*, punto 46).

(*Omissis*)

59. Occorre quindi riconoscere che, nel caso in cui varie autorità pubbliche detengano una società cui affidano l'adempimento di una delle loro missioni di servizio pubblico, il controllo che dette autorità pubbliche esercitano sull'ente in parola può venire da loro esercitato congiuntamente (v., in tal senso, citata sentenza *Coditel Brabant*, punto 50).

60. Nel caso di un organo collegiale, la procedura utilizzata per adottare la decisione, segnatamente il ricorso alla maggioranza, non incide (v. citata sentenza *Coditel Brabant*, punto 51).

(*Omissis*)

63. Ne discende che se un'autorità pubblica diventa socia di minoranza di una società per azioni a capitale interamente pubblico al fine di attribuirle la gestione di un servizio pubblico, il controllo che le autorità pubbliche associate a detta società esercitano su quest'ultima può essere qualificato come analogo al controllo che esse esercitano sui propri servizi, qualora esso sia esercitato congiuntamente dalle stesse.

64. La questione pregiudiziale sottoposta dal giudice del rinvio è volta inoltre a determinare se strutture decisionali come quelle previste dallo statuto della Setco siano atte a consentire ai comuni azionisti di esercitare effettivamente sulla società che detengono un controllo analogo a quello esercitato sui propri servizi.

65. Per valutare se l'amministrazione aggiudicatrice eserciti sulla società aggiudicataria un controllo analogo a quello esercitato sui propri servizi è necessario tener conto di tutte le disposizioni normative e delle circostanze pertinenti. Da questo esame deve risultare che la società aggiudicataria è soggetta a un controllo che consente all'amministrazione aggiudicatrice di influenzarne le decisioni. Deve trattarsi di una possibilità di influenza determinante sia sugli obiettivi strategici che sulle de-

cisioni importanti di detta società (v., in tal senso, citate sentenze *Carbotermo* e *Consorzio Alisei*, punto 36, nonché *Coditel Brabant*, punto 28).

(*Omissis*)

79. Si deve considerare che, anche se il potere riconosciuto alla società aggiudicataria di cui trattasi nella causa principale di fornire servizi ad operatori economici privati è meramente accessorio alla sua attività principale, il che deve essere verificato dal giudice del rinvio, l'esistenza di tale potere non impedisce che l'obiettivo principale di detta società rimanga la gestione di servizi pubblici. Pertanto, l'esistenza di un potere siffatto non è sufficiente per ritenere che detta società abbia una vocazione commerciale che rende precario il controllo di enti che la detengono.

80. Tale conclusione è confermata dal fatto che la seconda condizione posta al punto 50 della citata sentenza *Teckal*, in base alla quale la società aggiudicataria deve svolgere la parte più importante della sua attività con gli enti locali che la controllano, consente che questa società eserciti un'attività avente un carattere marginale con altri operatori diversi da questi enti (v., in tal senso, citata sentenza *Carbotermo* e *Consorzio Alisei*, punto 63). Tale condizione sarebbe priva di oggetto se la prima condizione di cui al punto 50 della citata sentenza *Teckal* fosse interpretata nel senso di vietare ogni attività accessoria, anche con il settore privato.

81. Per quanto concerne i meccanismi di controllo stabiliti dallo statuto della Setco, dal fascicolo risulta che i soci, con le modifiche apportate allo statuto il 23 dicembre 2006, hanno inteso sovrapporre all'assemblea generale e al consiglio di amministrazione, quali previsti dal diritto societario italiano, strutture decisionali non esplicitamente prescritte da tale diritto, dirette a garantire sulla Setco un controllo analogo a quello che essi esercitano sui propri servizi. Si tratta, in particolare, di assicurare un controllo rafforzato, da un lato, tramite il Comitato unitario e, dall'altro, tramite un Comitato tecnico per ogni divisione responsabile delle diverse attività della Setco.

82. Come emerge dagli artt. 8 *ter* e 8 *quater* di detto statuto, il Comitato unitario e i Comitati tecnici sono formati da rappresentanti degli enti azionisti. Ognuno di questi enti possiede un voto in seno a detti Comitati, indipendentemente dalle dimensioni dell'ente di cui trattasi o dal numero di azioni che esso detiene.

83. Peraltro, gli artt. 8 *bis*-8 *quater* dello statuto della Setco attribuiscono al Comitato unitario e ai Comitati tecnici ampi poteri di controllo e di decisione.

84. Parallelamente, l'art. 14 di tale statuto limita i poteri dell'assemblea generale imponendo a quest'ultima di tener conto degli indirizzi e delle prescrizioni impartite dai Comitati summenzionati e richiedendo un parere favorevole del Comitato unitario prima che l'assemblea generale possa autorizzare l'adempimento di taluni atti da parte degli amministratori della società.

85. Parimenti, l'art. 16 di detto statuto restringe l'autonomia decisionale del consiglio di amministrazione imponendogli di rispettare i poteri riservati a detti Comitati e subordinando le sue decisioni all'osservanza delle prescrizioni emanate da questi ultimi.

86. Tenuto conto della portata dei poteri di controllo e di decisione che esse attribuiscono ai Comitati istituiti nonché della circostanza che questi ultimi sono composti da rappresentanti degli enti azionisti, le disposizioni statutarie come quelle della società aggiudicataria di cui trattasi nella causa principale devono essere intese nel

senso di mettere gli enti azionisti in grado di esercitare, tramite detti Comitati, un'influenza determinante sia sugli obiettivi strategici che sulle decisioni importanti di tale società.

87. Tuttavia, il giudice del rinvio ritiene che gli artt. 8 *bis*-8 *quater* dello statuto della Setco, laddove riguardano il Comitato unitario e i Comitati tecnici, siano assimilabili ai patti parasociali di cui all'art. 2341 *bis* del codice civile italiano. Esso ne deduce che il controllo analogo a quello che gli enti azionisti esercitano sui propri servizi, su cui verte il meccanismo di detti Comitati, potrebbe essere ininfluenza.

88. Si tratta di una questione interpretativa delle norme nazionali la cui soluzione incombe al giudice del rinvio.

89. Fatta salva la verifica da parte di quest'ultimo dell'operatività delle disposizioni statutarie in oggetto, ne risulta che in circostanze come quelle di cui alla causa principale il controllo esercitato attraverso organi statuari dagli enti azionisti sulla società aggiudicataria può essere considerato tale da consentire a tali enti di esercitare su detta società un controllo analogo a quello esercitato sui propri servizi.

90. Alla luce delle suesposte considerazioni, occorre risolvere la questione pregiudiziale sottoposta nel seguente modo:

Gli artt. 43 CE e 49 CE, i principi di parità di trattamento e di non discriminazione in base alla cittadinanza così come l'obbligo di trasparenza che ne discende non ostano all'affidamento diretto di un appalto pubblico di servizi ad una società per azioni a capitale interamente pubblico qualora l'ente pubblico che costituisce l'amministrazione aggiudicatrice eserciti su tale società un controllo analogo a quello che esercita sui propri servizi e tale società realizzi la parte più importante della propria attività con l'ente o con gli enti locali che la controllano.

Fatta salva la verifica da parte del giudice del rinvio dell'operatività delle disposizioni statutarie di cui trattasi, il controllo esercitato dagli enti azionisti sulla detta società può essere considerato analogo a quello esercitato sui propri servizi in circostanze come quelle di cui alla causa principale, in cui:

- l'attività di tale società è limitata al territorio di detti enti ed è esercitata fondamentalmente a beneficio di questi ultimi, e

- tramite organi statuari composti da rappresentanti di detti enti, questi ultimi esercitano un'influenza determinante sia sugli obiettivi strategici che sulle decisioni importanti di detta società.

(*Omissis*)

AFFIDAMENTI *IN HOUSE*: LA POSSIBILITÀ PER I PRIVATI DI PARTECIPARE AL CAPITALE DI UNA SOCIETÀ CHE EROGA UN SERVIZIO PUBBLICO NON ESCLUDE IL CONTROLLO ANALOGO*

Sommario: 1. *La nozione di controllo analogo e "l'incertezza" del diritto* - 2. *L'in house come modulo organizzativo* - 3. *L'evoluzione della giurisprudenza comunitaria* - 4. *La partecipazione "potenziale" dei privati nella sentenza in causa n. C-573/07, Sea srl c. Comune di Ponte Nossa.*

1. La nozione di controllo analogo e "l'incertezza" del diritto

L'affidamento diretto di un servizio pubblico ad una Spa, interamente pubblica, non contrasta con i principi comunitari anche quando esista la possibilità che investitori privati entrino nel capitale della società. La mera possibilità per i privati di partecipare al capitale di una società interamente pubblica non esclude che il socio pubblico eserciti sulla stessa un effettivo controllo.

Questi i principi sanciti dalla Corte di giustizia nella sentenza del 10 settembre 2009, in causa n. C-573/07, con la quale ha dichiarato la compatibilità con il diritto comunitario dell'affidamento diretto di un servizio ad una Spa pubblica, il cui Statuto preveda la possibilità di un azionariato diffuso a favore dei cittadini.

La Corte di giustizia aggiunge quindi un ulteriore tassello alla già ricca elaborazione giurisprudenziale in tema di affidamenti *in house*.

I giudici comunitari hanno precisato che l'apertura del capitale a privati rileva soltanto quando vi sia un'effettiva prospettiva di ingresso di questi nella compagine sociale, in quanto il principio di certezza del diritto esige di valutare la legittimità dell'affidamento *in house* sulla base della situazione vigente al momento della deliberazione dell'ente locale affidante.

La sentenza certamente consolida il recente indirizzo espresso dai giudici

* Le opinioni personali espresse dalle Autrici non impegnano in alcun modo l'ente di appartenenza. I par. 1 e 2 sono stati curati in particolare da *LORENZA PONZONE*, i par. 3 e 4 da *TIZIANA BIANCHI*.

europèi¹ con il quale, modificando il primo orientamento², hanno ritenuto che la legittimità di un affidamento diretto della gestione di un servizio pubblico locale di rilevanza economica non poteva essere fatta discendere dalla previsione in Statuto della obbligatoria apertura del capitale sociale a *partner* privati quanto, piuttosto, dalla effettiva situazione vigente al momento dell'affidamento.

Tuttavia, la sentenza pone dubbi ed incertezze sulla nozione del controllo analogo e sui reali confini degli affidamenti *in house* almeno per come sono stati interpretati nella giurisprudenza nazionale³.

I giudici comunitari stanno tracciando, in modo non sempre univoco, l'ambito di operatività degli affidamenti *in house*. Tale giurisprudenza costituisce certamente un punto di riferimento fondamentale per gli operatori del settore nel delineare i contorni dell'*in house*, ma la mancanza di un quadro normativo comunitario toglie sistematicità all'istituto. In effetti la Commissione europea ha cercato di offrire importanti indicazioni, dal Libro Verde relativo ai partenariati pubblico-privati al diritto comunitario degli appalti pubblici e delle concessioni (2004) fino alla Comunicazione interpretativa della Commissione sull'applicazione del diritto comunitario degli appalti pubblici e delle concessioni ai partenariati pubblico-privati istituzionalizzati (2008). Ma tali azioni rientrano nell'ambito della *soft law* e non possono rappresentare quella "certezza del diritto" necessaria per garantire il miglior funzionamento del mercato.

Proprio la sentenza in commento evidenzia che i principi affermati dalla Corte europea sono in continua evoluzione, circostanza che, inevitabilmente, finisce per ripercuotersi all'interno degli ordinamenti degli Stati membri rendendo particolarmente complesso il processo di armonizzazione della disciplina del fenomeno degli affidamenti *in house* e delle società miste.

Lo stesso legislatore nazionale si è misurato in modo non sempre chiaro ed univoco con l'*in house providing*, soprattutto nell'ambito dei servizi pubblici locali. Il Governo è ritornato recentemente sulla disciplina dei servizi pubblici locali con due interventi, la legge n. 133 del 2008, art. 23-*bis*, e il d.l. n. 135/2009, art. 15, convertito in legge n. 166/2009, che introduce numerose correzioni, ma consolida il rapporto regola (gara)/deroga (*in house*) introdotto dall'art. 23-*bis* del 2008: l'affidamento della gestione avviene di regola con gara e solo in casi eccezionali si può ricorrere alla gestione *in house*. Ne deriva che gli enti locali devono sempre motivare la scelta della gestione *in house*

¹ Cfr. sentenza della Corte di giustizia del 17 luglio in causa n. C-371/05, *Commissione c. Italia*, in *Raccolta*, 2008, p. I-110*, Publ. somm. Il testo integrale della sentenza è reperibile sul sito internet www.curia.europa.eu.

² Si veda la sentenza della Corte di giustizia del 6 aprile 2006 in causa n. C-410/04, *ANAV*, in *Raccolta*, 2006, I, p. 3303 ss.

³ Cfr. da ultimo sentenza del Consiglio di Stato, sezione V, n. 5082, del 26 agosto 2009.

e soprattutto che quella motivazione debba riguardare la situazione di mercato per quello specifico servizio⁴.

Il comma 3 dell'art. 23-*bis* prevede che, in deroga al sistema ordinario della gara pubblica, l'affidamento dei servizi pubblici locali può avvenire nel rispetto dei principi della disciplina comunitaria⁵, in presenza di situazioni eccezionali che, a causa di peculiari caratteristiche economiche, sociali, ambientali e geomorfologiche del contesto territoriale di riferimento, non permettono un efficace e utile ricorso al mercato. A queste condizioni è possibile l'affidamento diretto a società secondo il sistema comunitario dell'*in house providing*; tali società devono avere secondo le recenti modifiche alla norma le seguenti caratteristiche:

1. capitale interamente pubblico;
2. l'ente locale deve esercitare nei loro confronti un controllo analogo a quello esercitato sui propri servizi, secondo i principi comunitari;
3. devono realizzare la parte più importante della loro attività con l'ente o gli enti pubblici che le controllano.

In questi casi, l'ente affidante deve dare adeguata pubblicità alla scelta, motivandola in base ad un'analisi del mercato che dimostri le speciali situazioni derogatorie al sistema ordinario e, contestualmente, trasmettere una relazione contenente gli esiti della predetta verifica all'Autorità garante della concorrenza e del mercato. Questa esprimerà un parere preventivo rispetto alla decisione di affidare il servizio, da rendere entro sessanta giorni dalla ricezione della predetta relazione. Decorso tale termine, laddove il parere non sia stato reso, si intende espresso in senso favorevole. Il nuovo comma 4-*bis* dell'art. 23-*bis*, inserito con la legge n. 166/2009 prevede che i regolamenti attuativi dell'art. 23-*bis* medesimo definiranno soglie di valore, al di sotto delle quali il parere dell'Autorità non sarà obbligatorio.

L'ente locale deve, quindi, produrre "un'analisi di mercato" e formulare una relazione, sulla base di tale analisi, all'Autorità garante per la concorrenza ed il mercato.

Nella norma, il ricorso all'*in house* è limitato quindi oltre che dai principi comunitari anche da condizioni ulteriori in quanto si riferisce ad una condizione specifica del tutto esterna al rapporto di delegazione interorganica intercorrente tra l'ente affidante e il soggetto affidatario: condizione che, peral-

⁴ Cfr. Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici, Atto di segnalazione sulla disciplina dei servizi pubblici locali di rilevanza economica di cui all'art. 23-*bis* del d.l. 6 agosto 2008, n. 133, novembre 2008, in www.avcp.it.

⁵ L'Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici di lavori, servizi e forniture recentemente ha concluso una indagine specifica sull'affidamento del servizio idrico integrato nei casi in cui le autorità d'ambito hanno disposto lo stesso in favore di società interamente pubbliche. In questa indagine (la delibera n. 24 del 2009 è pubblicata sul sito internet www.avcp.it) l'Autorità ha analizzato gli affidamenti *in house* dal punto di vista del rispetto delle condizioni e degli orientamenti espressi dal giudice comunitario.

tro, costituisce un fattore aggiuntivo ai presupposti necessari per attuare legittimamente un affidamento diretto. Si tratta di un fattore esogeno inerente le particolari caratteristiche del contesto territoriale ed economico, sociale ed ambientale che non consentono un efficace ed utile ricorso al mercato. Sono queste le parole chiave sulla base delle quali si baserà la possibilità o meno del ricorso all'*in house*: occorre valutare se sussistono e in quale misura le condizioni per un ricorso al mercato e cioè un interesse del mercato a svolgere i servizi; se la risposta è positiva se la scelta *in house* sia comparativamente più conveniente.

Si deve tenere conto, però, che nel caso dei servizi pubblici locali, obblighi di equità e accessibilità economica del servizio da offrire possono giustificare la imposizione agli operatori di vincoli di fornitura universale dei servizi con tariffe socialmente accettabili, ma non remunerative dei costi sottostanti.

Questa è una delle ragioni – spesso addotte a parziale giustificazione – per aver preferito alla procedura di affidamento tramite gara pubblica la c.d. «autoproduzione» tramite la costituzione di società *in house*.

In realtà, anche nei casi di servizi essenziali, con vincoli di offerta a prezzi sotto costo, si potrebbero effettuare affidamenti tramite gara, aventi ad oggetto l'entità del sussidio pubblico che il regolatore deve garantire al soggetto regolato.

2. L'*in house* come modulo organizzativo

Si può affermare che sulla questione degli affidamenti *in house* convivono e sono da conciliare due principi:

1. la facoltà degli enti di auto organizzarsi e quindi scegliere se operare attraverso la propria organizzazione interna, la c.d. «autoproduzione» dei servizi, fermo restando l'ovvio rispetto dell'art. 97 della Costituzione e cioè del principio del buon andamento e, quindi, dell'efficienza ed efficacia dell'azione amministrativa;

2. il principio della concorrenza recepito nel diritto comunitario che imporrebbe una esternalizzazione del servizio a meno che non sia possibile un ricorso al mercato. È stato infatti affermato che, in astratto, l'affidamento diretto del servizio viola il principio di concorrenza sotto un duplice profilo: *a.* da una parte, sottrae al libero mercato quote di contratti pubblici, nei confronti dei quali le imprese ordinarie vengono escluse da ogni possibile accesso; *b.* dall'altra, si costituisce a favore dell'impresa affidataria una posizione di ingiusto privilegio, garantendole l'acquisizione di contratti. Il tutto si traduce nella creazione di posizioni di vantaggio economico che l'impresa *in house* può sfruttare anche nel mercato, nel quale si presenta come "particolarmente"

competitiva, con conseguente alterazione della *par condicio*⁶.

In sostanza la domanda che ci si pone è se l'*in house* rappresenti una deroga al principio comunitario della concorrenza o se si ponga come espressione di un modello organizzativo completamente diverso.

È stato affermato al riguardo⁷ che una risposta potrebbe essere trovata, nell'ordinamento costituzionale nazionale, nel principio di sussidiarietà orizzontale di cui all'art. 118, ultimo comma della Costituzione. Tale disposizione, infatti, imponendo a tutti gli enti territoriali di favorire l'autonoma iniziativa dei cittadini singoli o associati per lo svolgimento di attività di interesse generale imporrebbe un obbligo giuridico, una sorta di dovere di astensione del pubblico laddove il settore privato sia in grado di intervenire direttamente. Anche l'Autorità garante per la concorrenza, in un atto di segnalazione del 2006⁸, ha affermato che l'affidamento diretto risulta giustificato solamente quando non è possibile individuare una migliore soluzione di mercato secondo un principio di sussidiarietà che limiti l'intervento pubblico a quelle situazioni in cui non sia possibile o conveniente l'offerta dei servizi da parte di imprese individuate secondo meccanismi di mercato⁹.

Tuttavia tale lettura non è condivisa in dottrina. Non mancano interpretazioni secondo le quali la disposizione costituzionale non inciderebbe a monte della scelta, ma su come l'intervento pubblico è sviluppato: si deduce così dalla norma un dovere di intervento laddove gli individui e le forze sociali non abbiano la capacità di intervenire ma non un dovere di astensione.

La Corte costituzionale, nella recente sentenza n. 439/2008, ha censurato la legge della provincia autonoma di Bolzano sui servizi pubblici locali poiché disciplina gli affidamenti *in house* in modo difforme dagli orientamenti comunitari, con ciò violando la tutela della concorrenza, ma non facendo riferimento al principio di sussidiarietà orizzontale.

Come conferma la Corte, l'art. 86, secondo paragrafo, del Trattato CE prevede che «le imprese incaricate della gestione di servizi di interesse economico generale (...) sono sottoposte alle norme del presente Trattato, e in particolare alle regole di concorrenza, nei limiti in cui l'applicazione di tali norme non osti all'adempimento, in linea di diritto o di fatto, della specifica missione loro affidata».

Nella prospettiva comunitaria, pertanto, da un lato, è necessario che gli

⁶ Per l'analisi delle distorsioni economiche derivanti dall'affidamento diretto, e anche per la giurisprudenza comunitaria in materia, si veda Consiglio di Giustizia Amministrativa per la Regione Sicilia (C.G.A.R. Sicilia) 4 settembre 2007, n. 719.

⁷ Cfr. A. D'ATENA, *Sussidiarietà orizzontale e affidamento in house*, in *Giur. cost.*, 2008, fasc. 6, p. 4995-5012.

⁸ Cfr. AS375 del 28 dicembre 2006.

⁹ Cfr. sentenza del Consiglio di Stato, sez. V, n. 4080, 25 agosto 2008: la preferenza è accordata al mercato anche a parità di condizioni.

Stati membri attivino ampi processi di liberalizzazione finalizzati ad abbattere progressivamente le barriere all'entrata, mediante, tra l'altro, l'eliminazione di diritti speciali ed esclusivi a favore delle imprese, ed attuare la concorrenza "nel mercato"; dall'altro, si impone alle pubbliche amministrazioni di osservare, nella scelta del gestore del servizio, adeguate procedure di evidenza pubblica finalizzate a garantire il rispetto della concorrenza "per il mercato"¹⁰.

In tale contesto, la giurisprudenza della Corte di giustizia¹¹ ha, però, riconosciuto che rientra nel potere organizzativo delle autorità pubbliche "auto-produrre" beni, servizi o lavori mediante il ricorso a soggetti che, ancorché giuridicamente distinti dall'ente conferente, siano legati a quest'ultimo da una "relazione organica" (c.d. affidamento *in house*).

Nella prospettiva europea, infatti, la pubblica amministrazione può decidere di erogare direttamente prestazioni di servizi a favore degli utenti mediante proprie strutture organizzative senza dovere ricorrere, per lo svolgimento di tali prestazioni, ad operatori economici attraverso il mercato¹².

L'*in house* deve però essere "vero" e quindi non deve essere lo strumento per mascherare un affidamento diretto ad un soggetto autonomo, terzo rispetto all'ente affidante. Se il soggetto è terzo ed è quindi possibile identificare le caratteristiche di un contratto d'appalto, questo deve essere affidato rispettando le regole della concorrenza.

A questo punto, si possono esaminare i principi desumibili dalla giurisprudenza comunitaria in materia.

Come già esposto, la giurisprudenza comunitaria non entra nel merito della valutazione della opportunità da parte dell'ente di esternalizzare – sempre che ve ne siano le condizioni di mercato – o meno un servizio, ma si occupa di delineare le condizioni affinché si possa parlare di *in house* e non dell'affidamento camuffato di un appalto e quindi in violazione delle regole del Trattato.

L'istituto dell'*in house providing* nel diritto comunitario risale al Libro Bianco del 1998. In quella occasione, la Commissione europea chiarì che gli appalti *in house* erano quelli aggiudicati all'interno della Pubblica Amministrazione, ad esempio tra Amministrazione centrale e locale o, ancora, tra un'Amministrazione ed una società interamente controllata.

Ma è la sentenza *Teckal* del 18 novembre 1999, in causa C-107/98¹³, che può essere considerata il "*leading case*", ad aprire un lungo dibattito a livello

¹⁰ Cfr. sentenza della Corte costituzionale n. 401 del 23 novembre 2007, con riferimento al settore degli appalti pubblici.

¹¹ *Ex multis*, sentenza dell'11 gennaio 2005 in causa n. C-26/03, *Stadt Halle*, in *Raccolta*, 2005, I, p. 1.

¹² Cfr. V. M. LEONE, *In House: Ossia dell'autonomia decisionale della Pubblica Amministrazione*, Torino, Giappichelli, 2009.

¹³ In *Raccolta*, 1999, I, p. 8121.

comunitario sui confini dell'applicazione dell'*in house providing* ai servizi di interesse economico generale¹⁴.

Sono delineati due criteri generali cumulativi che la Corte manterrà fermi fino ad oggi. Si tratta di *in house*:

a. quando l'ente pubblico svolge sul soggetto affidatario un controllo "analogo" a quello esercitato sui propri servizi (condizione funzionale);

b. quando il soggetto affidatario «realizzi la parte più importante della propria attività» con l'ente o con gli enti che la controllano (condizione operativa).

Il dibattito e la giurisprudenza successivi si sono concentrati soprattutto sul concetto di controllo analogo ponendosi la seguente domanda: poiché il controllo analogo si è sostanziato nella giurisprudenza come un rapporto di subordinazione all'ente proprietario della società *in house* come è possibile configurare la sussistenza di un controllo analogo nei confronti di soggetti organizzati in forma societaria posto che tale modello è connaturato da una sfera di autonomia gestionale?

3. L'evoluzione della giurisprudenza comunitaria

La portata delle affermazioni del giudice comunitario nella sentenza in commento e le conseguenze sull'effettività dell'istituto dell'*in house* sono evidenti se si ripercorre la giurisprudenza della Corte di giustizia in materia¹⁵.

Anzitutto, la Corte¹⁶ ai fini della sussistenza del controllo analogo ha escluso la possibilità di partecipazione da parte del capitale privato. La Corte ha sottolineato che esso non sussiste quando la società sia partecipata da privati, atteso che «qualunque investimento di capitale privato in un'impresa obbedisce a considerazioni proprie degli interessi privati», rifuggendo da «conside-

¹⁴ Vi è copiosa dottrina sull'argomento. Cfr. G. STANCANELLI I. MOSCARDI - R. DE NICTOLIS, *Gli affidamenti in house*, in M. A. SANDULLI - R. DE NICTOLIS - R. GAROFOLI (diretto da), *Trattato sui contratti pubblici*, vol. I, *I principi generali. I contratti pubblici. I soggetti*, Milano, Giuffrè, 2008; G. GUZZO, *La nuova disciplina degli affidamenti in house e delle società miste alla luce dell'evoluzione giurisprudenziale nazionale e comunitaria più recente e dell'articolo 23-bis del d.l. n. 112/2008, convertito, con modifiche, nella legge n. 133 del 6 agosto 2008*, in www.giustizia-amministrativa.it; C. VOLPE, *In house providing, Corte di Giustizia, Consiglio di Stato e Legislazione Nazionale. Un caso di convergenze parallele?*, in *Urbanistica e Appalti*, n. 12/2008, p. 1401 ss.; G. GUZZO, *Consiglio di Stato e giurisprudenza comunitaria: prove tecniche di intesa in tema di "controllo analogo"*, in www.lexitalia.it n. 5/2007; ID., *Affidamenti in house: Corte di Giustizia e Consiglio di Stato: convergenze parallele. Extraterritorialità, regime transitorio e concorrenza delle società miste secondo la più recente teorica del giudice amministrativo e del legislatore italiano*, in www.dirittodeiservizipubblici.it, 2 agosto 2006.

¹⁵ Cfr. A. SONCINI, *Gli affidamenti in house: rassegna della giurisprudenza comunitaria sino alla sentenza Tragsa II del 2007*, in questa *Rivista*, 2007, p. 281 ss.

¹⁶ Sentenza dell'11 gennaio 2005 in causa n. C-26/03, *Stadt Halle*, *cit. supra*, nota 11. Per un commento cfr. A. CLARIZIA, *Il privato inquina: gli affidamenti in house solo a società a totale partecipazione pubblica*, in www.giustamm.it, 1/2005.

razioni ed esigenze proprie del perseguimento di obiettivi di interesse pubblico» che devono caratterizzare «il rapporto tra un'autorità pubblica (...) ed i suoi servizi».

Successivamente, tra le altre, nelle sentenze *Carbotermo* dell'11 maggio 2006 in causa n. C-340/04¹⁷ e *Parking Brixen* del 13 ottobre 2005 in causa n. C-458/03¹⁸, si è puntualizzato che ai fini del riconoscimento della sussistenza del presupposto in esame, accanto alla "dipendenza finanziaria" risultante dalla detenzione pubblica dell'intero capitale della società affidataria, rilevano profili di natura prettamente gestionale. In particolare, i giudici europei ritengono che l'ente pubblico debba essere dotato di poteri di controllo sull'attività del consiglio di amministrazione più ampi e pregnanti di quelli che normalmente il diritto societario riconosce alla maggioranza dei soci.

Il rapporto tra i due soggetti si configura come una relazione di subordinazione ove il soggetto partecipato non possiede alcuna autonomia decisionale sugli atti di gestione.

Inoltre, è stata esclusa la sussistenza del controllo analogo quando l'impresa abbia «acquisito una vocazione commerciale che rende precario il controllo» e che risulterebbe dalla presenza di elementi, quali, a titolo esemplificativo: l'ampliamento dell'oggetto sociale; l'apertura obbligatoria della società, a breve termine, ad altri capitali; l'espansione territoriale dell'attività della società¹⁹. In tale caso la sussistenza della totalità della partecipazione pubblica si configura come requisito necessario ma non sufficiente.

Nella sentenza *Mödling*²⁰ si è poi ritenuto che la totale partecipazione pubblica deve essere permanente: ai fini della valutazione della sussistenza del requisito del controllo analogo e del criterio della prevalenza occorre, in linea di massima, fermare l'attenzione sul momento in cui avveniva l'affidamento e sull'obiettivo realmente perseguito. Ciò per evitare l'elusione dei principi comunitari mediante la tecnica dell'affidamento diretto di un servizio ad un modulo societario, all'origine integralmente partecipato dall'amministrazione aggiudicatrice, che poi mutava il proprio assetto societario e il proprio pacchetto azionario attraverso l'ingresso di quote di capitale privato.

Va poi citata la sentenza della Corte di giustizia dell'11 maggio 2006 in causa n. C-340/04, *Carbotermo*, ove i giudici comunitari sono stati chiamati a definire, ancora una volta, il concetto di «controllo analogo» e di «svolgimento della parte più importante dell'attività a favore dell'ente locale». La Corte, in continuità logica con la posizione espressa nella sopracitata sentenza

¹⁷ In *Raccolta*, 2006, I, p. 4137 ss.

¹⁸ In *Raccolta*, 2005, I, p. 8585 ss.

¹⁹ Cfr. sentenza della Corte di giustizia del 13 ottobre 2005 in causa n. C-458/03, *Parking Brixen*, *loc. cit.*; così anche Consiglio di Stato, adunanza plenaria, 3 marzo 2008, n. 1.

²⁰ Sentenza della Corte di giustizia del 10 novembre 2005 in causa n. C-29/04, *Mödling o Commissione c. Austria*, in *Raccolta*, 2005, I, p. 9705.

Parking Brixen, riconduce la nozione di «controllo analogo» nell'esercizio da parte dell'ente affidante di un'influenza determinante sia sugli obiettivi strategici che sulle decisioni importanti delle società partecipate. Viene altresì precisato che la detenzione in mano pubblica dell'intero capitale sociale dell'affidataria non è elemento sufficiente e decisivo ai fini della sussistenza del requisito in parola.

Con la sentenza *ANAV*²¹ i giudici di Lussemburgo sono stati chiamati ad esaminare la compatibilità con il diritto comunitario dell'affidamento diretto di una concessione di servizi a favore di un soggetto giuridico il cui capitale era interamente detenuto dall'amministrazione affidante. Ribadita l'applicazione delle norme poste a presidio dei principi di parità di trattamento, di divieto di discriminazione e di libera concorrenza, i magistrati della Corte hanno precisato che l'istituto dell'*in house* costituisce un'eccezione alle regole generali del diritto comunitario, comportando, ciò, un'interpretazione restrittiva delle due condizioni previste dalla sentenza *Teckal*. In conseguenza, «l'onere di dimostrare l'effettiva sussistenza delle circostanze eccezionali che giustificano la deroga a quelle regole, grava su colui che intenda avvalersene»²². La Corte ha quindi ritenuto che si deve escludere la sussistenza del controllo analogo nel caso in cui vi sia la partecipazione, anche se minoritaria, di una società privata²³. Di conseguenza una società concessionaria può considerarsi *in house* solo se non è aperta al capitale privato.

Deve, infine, essere segnalata, tra le più recenti pronunce della Corte di giustizia in materia, la sentenza del 17 luglio 2008 in causa n. C-371/05, *Commissione delle Comunità europee c. Repubblica italiana*. Con detta pronuncia si è precisato che l'eventuale obbligo per l'amministrazione aggiudicatrice di procedere ad una gara di appalto deve essere valutato, in via di principio, alla luce delle condizioni esistenti alla data dell'aggiudicazione dell'appalto pubblico di cui trattasi. Nel caso di specie la Corte ha ritenuto legittimo l'affidamento *in house* anche se vi era una potenziale apertura del capitale ai privati.

La sentenza in questione costituisce un vero e proprio *revirement* della precedente posizione assunta dai magistrati della Corte, i quali, con la citata sentenza *ANAV* del 6 aprile 2006 avevano affermato che l'astratta previsione in Statuto dell'apertura, anche parziale, del capitale sociale a privati, conferiva all'affidataria una vocazione commerciale, impedendone l'individuazione del requisito del controllo analogo.

²¹ Sentenza del 6 aprile 2006 in causa n. C-410/04, *ANAV*, cit. *supra*, nota 2.

²² Sentenza del 6 aprile 2006 in causa n. C-410/04, *ANAV*, loc. cit., punto 26. Cfr. sentenze della Corte di giustizia dell'11 gennaio 2005 in causa n. C-26/03, *Stadt Halle e RPL Lochau*, cit. *supra*, nota 11, punto 46, e del 13 ottobre 2005 in causa n. C-458/03, *Parking Brixen*, cit. *supra*, nota 18, punto 63.

²³ V., in tal senso, anche le sentenze *Stadt Halle e RPL Lochau*, loc. cit., punto 49.

In relazione al secondo requisito, rappresentato, come si è precisato, dalla prevalenza dello svolgimento dell'attività a favore dell'ente pubblico conferente, va, innanzitutto chiarito come esso non impedisca che l'istituto dell'affidamento diretto sia configurabile anche in relazione al settore dei servizi pubblici. La circostanza, infatti, che tale settore si caratterizzi per il fatto che le relative prestazioni sono rivolte, diversamente da quanto accade in presenza di un contratto di appalto, a favore dell'utenza non costituisce un ostacolo alla riconduzione dell'attività all'autorità pubblica. Gli stessi giudici europei hanno sottolineato che non rileva stabilire se il destinatario dell'attività posta in essere dal gestore del servizio sia la stessa amministrazione o l'utente delle prestazioni. Si deve infatti «tener conto di tutte le attività realizzate» da tale gestore sulla base di un affidamento effettuato dall'amministrazione, «independentemente da chi remunera tale attività», potendo trattarsi della medesima amministrazione o degli utenti delle prestazioni erogate²⁴. Quanto al significato da attribuire all'espressione che identifica il requisito in esame, la giurisprudenza comunitaria ha sostanzialmente affermato che è necessario che il soggetto beneficiario dell'affidamento destini la propria attività "principalmente" a favore dell'ente. L'effettuazione di prestazioni che non siano del tutto marginali a favore di altri soggetti renderebbe quella determinata impresa "attiva sul mercato", con conseguente alterazione delle regole concorrenziali e violazione dei principi regolatori delle gare pubbliche e della legittima competizione. In altri termini, nella prospettiva comunitaria, una lettura non rigorosa della espressione «parte più importante della sua attività» inciderebbe sulla stessa nozione di soggetto *in house* alterandone il dato strutturale che lo identifica come una mera "articolazione interna" dell'ente stesso. Una consistente attività "esterna" determinerebbe, infatti, una deviazione dal rigoroso modello delineato dai giudici europei, con la conseguenza, da un lato, che verrebbe falsato il confronto concorrenziale con altre imprese che non usufruiscono dei vantaggi connessi all'affidamento diretto e più in generale dei privilegi derivanti dall'essere il soggetto affidatario parte della struttura organizzativa dell'amministrazione locale; dall'altro, che sarebbero eluse le procedure competitive di scelta del contraente, che devono essere osservate in presenza di un soggetto "terzo" (quale deve ritenersi quello che esplica rilevante attività esterna) rispetto all'amministrazione conferente.

Sul piano, poi, della verifica del rispetto del requisito in esame, la Corte di giustizia, in particolare, con la citata sentenza *Carbotermo* dell'11 maggio 2006, ha affermato che il giudice competente deve prendere in considerazione «tutte le circostanze del caso di specie, sia qualitative sia quantitative» (par. 64).

Sotto il profilo quantitativo, la stessa sentenza, al successivo par. 65, fa

²⁴ Cfr. sentenza della Corte di giustizia dell'11 maggio 2006 in causa n. C-340/04, *Carbotermo SpA*, cit. *supra*, nota 17.

espresso riferimento all'elemento del fatturato, osservando che «occorre considerare che il fatturato determinante è rappresentato da quello che l'impresa in questione realizza in virtù di decisioni di affidamento adottate dall'ente locale controllante». Inoltre, per mantenere una impostazione coerente con l'esigenza che l'indagine si svolga su un piano casistico, non sono ammesse rigide predeterminazioni connesse all'indicazione della misura percentuale di fatturato rilevante.

Sul piano qualitativo, alla luce di quanto affermato dalla giurisprudenza comunitaria (citata sentenza *Carbotermo* dell'11 maggio 2006), tale profilo incide o può incidere sulla natura dei servizi resi e, quindi, sul criterio per ritenere che una attività di impresa sia svolta in modo preponderante per l'ente pubblico conferente e solo marginalmente per il mercato perché, a prescindere dal dato quantitativo del fatturato, tale profilo può – in astratto – riverberare i suoi effetti sulla rilevanza dell'attività svolta dal soggetto al fine di considerare prevalente o solo marginale l'attività "libera" in una prospettiva di futura espansione della stessa nel mercato o in zone del territorio diverse da quelle di competenza del soggetto pubblico conferente.

Da ultimo occorre esaminare la sentenza *Coditel* del 17 novembre 2008²⁵, con la quale la Corte di giustizia ha offerto una nuova interpretazione del requisito del controllo analogo.

Il caso riguarda l'affidamento di un servizio pubblico ad una società cooperativa partecipata da più comuni. Nella parte più interessante della sentenza, la Corte evidenzia che la condizione del controllo analogo può essere parimenti soddisfatta tenendo conto del controllo esercitato congiuntamente sull'ente concessionario dalle autorità pubbliche che lo detengono.

Viene, altresì, specificato che la giurisprudenza (della medesima Corte) impone che «il controllo esercitato sull'ente concessionario da un'autorità pubblica sia analogo a quello che la medesima autorità esercita sui propri servizi, ma non identico ad esso in ogni elemento (...). L'importante è che il controllo esercitato sull'ente concessionario sia effettivo, pur non risultando indispensabile che sia individuale». La Corte rammenta inoltre che, secondo le sentenze *Carbotermo*, *Consorzio Alisei*, e *Asemfo*, nel caso di un concessionario detenuto da varie autorità pubbliche, la condizione relativa alla parte più importante della propria attività può ricorrere considerando l'attività che tale ente svolge con l'insieme di dette autorità. Allo stesso modo si può considerare soddisfatto il «controllo analogo» tenendo conto del controllo esercitato congiuntamente sull'ente concessionario dalle autorità pubbliche che lo detengono.

Dunque, la sentenza mette in reciproca relazione i due requisiti del controllo analogo e dell'attività prevalente affermando che, se da un lato si stabi-

²⁵ Sentenza del 13 novembre 2008 in causa n. C-324/07, *Coditel Brabant SA c. Commune di Uccle e al.*, in *Raccolta*, 2008, I, p. 8457.

lisce che il soggetto concessionario deve svolgere la propria attività prevalente con l'insieme delle amministrazioni concedenti, dall'altro si può corrispondentemente ammettere che si tratta di controllo analogo qualora esso possa essere esercitato congiuntamente dalle amministrazioni concedenti e non dalle singole amministrazioni.

La Corte afferma che: «D'altro canto, allorché varie autorità pubbliche scelgono di svolgere le loro missioni di servizio pubblico facendo ricorso ad un ente concessionario comune, è di norma escluso che una di tali autorità, salvo che detenga una partecipazione maggioritaria nell'ente in questione, eserciti da sola un controllo determinante sulle decisioni di tale ente. Richiedere che il controllo esercitato da un'autorità pubblica in un caso del genere sia individuale avrebbe la conseguenza d'imporre una gara di appalto nella maggior parte dei casi in cui un'autorità pubblica intendesse associarsi ad un gruppo formato da altre autorità pubbliche, come una società cooperativa intercomunale» punto (47). Trattandosi «di un organo collegiale, la procedura utilizzata per adottare la decisione, segnatamente il ricorso alla maggioranza, non incide» (punto 51). «Si deve pertanto risolvere la terza questione nel senso che, qualora un'autorità pubblica si associ ad una società cooperativa intercomunale i cui soci sono tutti autorità pubbliche, al fine di trasferirle la gestione di un servizio pubblico, il controllo che le autorità associate a detta società esercitano su quest'ultima, per poter essere qualificato come analogo al controllo che esse esercitano sui propri servizi, può essere esercitato congiuntamente dalle stesse, deliberando, eventualmente, a maggioranza» (punto 54).

La pronuncia della Corte sposta, quindi, l'attenzione sulla struttura della *governance* delle società. Il requisito del controllo analogo è garantito non tanto dalla presenza di un unico socio pubblico, quanto dalla possibilità, in caso di pluralità di soci-amministrazioni pubbliche, che tutti abbiano la possibilità di incidere sugli indirizzi e le direttive della società, anche attraverso deliberazioni adottate a maggioranza.

La sentenza permette di sciogliere alcune importanti riserve poste dalla dottrina e dalla giurisprudenza nazionale in tema di affidamenti diretti a società a partecipazione pubblica totalitaria, con particolare riferimento all'esistenza di più soci-amministrazioni pubbliche.

4. La partecipazione "potenziale" dei privati nella sentenza in causa n. C-573/07, *Sea srl c. Comune di Ponte Nossa*

La sentenza *Sea* in commento riprende ed approfondisce i principi enunciati nella più recente giurisprudenza della Corte circa la potenziale partecipazione dei privati ad una società pubblica. Al fine di comprendere la posizione dei giudici comunitari, appare opportuno riassumere il caso concreto.

Il Comune aveva affidato ad una società l'appalto per la gestione di un servizio pubblico e, successivamente, lo stesso ente, divenuto socio minoritario di una società interamente pubblica, affidava alla stessa il servizio pubblico oggetto della precedente gara d'appalto. L'impresa, quindi, impugnava gli atti del Comune relativi all'affidamento alla partecipata della gestione del servizio, ed il TAR, ritenendo che taluni elementi potessero suscitare dubbi riguardo all'esistenza di un effettivo controllo del Comune sulla partecipata, adiva ex art. 234 CE la Corte di giustizia. Secondo i giudici amministrativi, in particolare, la partecipazione di privati al capitale della società, sebbene al momento dell'affidamento soltanto potenziale, si poneva in contrasto con l'istituto dell'*in house*. Contestualmente, essi sollevavano dubbi in merito alla sussistenza del controllo analogo esercitato dall'ente sui propri servizi a fronte di una partecipazione minoritaria nel capitale della società.

La Corte di giustizia, preliminarmente, chiarisce che l'affidamento di un servizio a rilevanza economica non rende *ex se* obbligatorio l'esperimento di una gara, qualora il Comune eserciti sull'affidatario un controllo analogo a quello che lo stesso esercita sui propri servizi e, nel contempo, tale società realizzi la parte più importante della propria attività con l'ente o con gli enti locali che lo controllano (sulla base della giurisprudenza *Teckal*). I giudici europei precisano che la circostanza che l'ente locale, da solo o insieme con altri enti pubblici, possieda l'intero capitale di una società concessionaria potrebbe indicare, pur non essendo decisiva, che tale ente eserciti sulla società un controllo analogo a quello esercitato sui propri servizi. L'effettività di una partecipazione privata al capitale della società deve essere, però, verificata nel momento dell'affidamento del servizio. Secondo la Corte, comunque, «il fatto di ammettere che questa mera possibilità possa sospendere indefinitamente la valutazione sul carattere pubblico o meno del capitale di una società affidataria diretta di un servizio pubblico non sarebbe conforme al principio di certezza del diritto» (punto 49). Se il capitale di una società è interamente detenuto dall'ente affidante, o anche da altre pubbliche amministrazioni, al momento in cui è deliberato l'affidamento, l'apertura del capitale di quest'ultima ad investitori privati rileva solo se in tale momento esista una prospettiva concreta e a breve termine, di una siffatta apertura. Secondo la Corte di giustizia, ne deriva, pertanto, che se al momento dell'affidamento non vi è alcun indizio concreto di una futura apertura del capitale della società a privati, la mera possibilità per essi di partecipare al capitale della stessa, non è sufficiente per ritenere escluso il requisito del controllo analogo. Con riferimento alla sussistenza del controllo analogo nel caso di un ente socio di minoranza di società interamente pubblica, la giurisprudenza europea non impone che tale controllo debba essere esercitato individualmente dalla pubblica amministrazione e, nella circostanza in cui vari enti siano soci di una società cui abbiano affidato la gestione di un servizio pubblico, il controllo può essere esercitato

congiuntamente²⁶. Tale imposizione, infatti, non risulterebbe conforme ai principi del diritto comunitario e, come precisato dai giudici europei, in tali casi, il controllo può essere esercitato deliberando eventualmente a maggioranza²⁷.

Il TAR Lombardia aveva sollevato dubbi in merito alla legittimità dell'affidamento diretto anche in relazione al fatto che la partecipata sembrava avere una vocazione commerciale che rendeva precario il controllo degli enti pubblici. La problematica era stata sollevata in quanto l'oggetto sociale prevedeva che la società potesse svolgere servizi anche a favore di soggetti privati. Secondo la Corte di giustizia, «l'esistenza di tale potere non impedisce che l'obiettivo principale della società rimanga la gestione di servizi pubblici». Pertanto, la sussistenza di una tale previsione non è sufficiente per individuare la vocazione commerciale di una società, rendendo precario il controllo degli enti soci. Richiamando la sentenza *Teckal*, la Corte ritiene che ai fini della individuazione del requisito del controllo analogo, la società deve svolgere la parte più importante della propria attività per gli enti che la controllano, stabilendo, con tale principio, la possibilità per essa di poter svolgere un'attività a carattere marginale per operatori diversi dai soci.

Ritiene infine, la Corte di giustizia che, nel caso di specie, il controllo esercitato dagli enti soci sulla società stessa «può essere considerato analogo a quello esercitato sui propri servizi», poiché l'attività di tale società è stata, per Statuto, limitata al territorio degli enti soci ed è esercitata fondamentalmente a beneficio di questi ultimi che, avendo previsto alcuni organi statutari – "effettivamente operativi" – composti da rappresentanti degli enti, esercitano sulla società un'influenza determinante sia sugli obiettivi strategici che sulle decisioni importanti.

Le ultime sentenze analizzate e soprattutto quella in commento dimostrano la difficoltà della giurisprudenza, in specie quella comunitaria, di "stabilizzare" alcuni principi che fino a poco tempo prima venivano considerati dalla dottrina come punti fermi.

La sentenza della Corte di giustizia del 17 luglio 2008, in causa n. C-371/05, costituiva quindi solo una prima apertura nei confronti della potenziale partecipazione del capitale privato nella società pubblica *in house*: ma, con la sentenza in commento, i giudici europei hanno confermato il principio precedentemente elaborato arricchendolo di nuovi elementi.

La Corte di giustizia, infatti, ha affermato esplicitamente che la mera possibilità, prevista nello Statuto, che il privato possa partecipare ad una società il cui capitale sia interamente detenuto dalla amministrazione aggiudicatrice

²⁶ Cfr. sentenza della Corte di giustizia del 13 novembre 2008 in causa n. C-324/07, *Coditel Brabant SA c. Commune di Uccle e al.*, cit. *supra*, nota 21, punto 46.

²⁷ Cfr. sentenza della Corte di giustizia del 13 novembre 2008 in causa n. C-324/07, *Coditel Brabant SA c. Commune di Uccle e al.*, loc. cit., punto 54.

non può essere sufficiente per concludere che non sussista la condizione relativa al "controllo analogo" (punto 51). Essa, ritiene, quindi, che una diversa conclusione comporterebbe una sospensione a tempo indefinito della valutazione sul carattere pubblico o meno del capitale di una società aggiudicataria di un appalto pubblico, compromettendo così il principio della certezza del diritto (punto 49). In conseguenza, nonostante un affidamento si configuri potenzialmente lesivo dei principi comunitari, occorre in un certo senso attendere che il vizio in potenza diventi effettivo. Infatti, scrivono i giudici, se il capitale di una società è interamente detenuto dall'amministrazione aggiudicatrice, da sola o con altre autorità pubbliche, al momento in cui l'appalto in oggetto è assegnato a tale società, l'apertura del capitale di quest'ultima ad investitori privati può essere presa in considerazione solo se in quel momento esiste una prospettiva concreta e a breve termine di una siffatta apertura.

La Corte, quindi, sembra modificare il concetto stesso di vocazione commerciale espresso nella precedente giurisprudenza: non appare chiaro perché la previsione in Statuto della obbligatoria apertura del capitale sociale a terzi non sia stata ritenuta una prospettiva concreta e a breve termine tale, cioè, da incidere negativamente sulla permanenza del requisito del controllo analogo in ragione della futura, ma certa, configurazione commerciale della società affidataria.

È pur vero che i giudici europei affermano chiaramente che, nel caso di un affidamento diretto ad una società a capitale pubblico, la successiva ammissione di azionisti privati in corso di validità dell'affidamento, costituirebbe un cambiamento di una condizione fondamentale che imporrebbe l'indizione di una gara (punto 53).

In ogni caso, quindi, la Corte ribadisce che qualora vi sia una partecipazione dei privati al capitale della società pubblica, non può parlarsi di *in house*. Un altro punto fermo sembra essere, quello che indica il momento dell'affidamento come quello in cui occorre valutare se esiste concretamente una partecipazione del capitale privato nella società (*Stadt Halle*, punto 15 e 52; *Sea*, punto 47).

Come già evidenziato all'inizio del presente contributo, è sul piano operativo che appare piuttosto difficile applicare le conclusioni non sempre facilmente interpretabili della giurisprudenza (si pensi alla rilevanza del settore dei servizi pubblici locali)²⁸.

²⁸ Nell'atto di segnalazione citato l'Autorità per la Vigilanza sui Contratti Pubblici aveva sottolineato che la Commissione europea nella procedura di infrazione relativa all'affidamento della gestione di servizi idrici nella Regione Basilicata (IP/07/918), al fine di ricondurre un caso di *in house* alle condizioni legittimanti sotto il profilo comunitario ha chiesto alcune modifiche statutarie della società di gestione atte a 1. limitare lo scopo sociale della società, 2. escludere esplicitamente l'apertura del capitale a soggetti privati, 3. rafforzare i poteri dell'ente affidante in tema di controllo strutturale tale da consentire agli enti pubblici azionisti di influenzare in maniera determinante tutte le più importanti decisioni riguardanti la gestione della società. È evidente la differenza tra la posizione della Commissione e la sentenza in commento.

Peraltro, non sempre la giurisprudenza nazionale è in linea con la recente evoluzione di quella comunitaria: sulla scia della precedente giurisprudenza della Corte di giustizia, i giudici nazionali hanno affermato che la proprietà pubblica della totalità del capitale sociale dovrebbe essere garantita da appositi e stabili strumenti giuridici, quale, il divieto statutario di cedibilità delle quote di partecipazione²⁹.

Un chiarimento normativo da parte delle istituzioni comunitarie sarebbe certamente auspicabile al fine di evitare difficoltà applicative da parte degli operatori del settore.

Tiziana Bianchi - Lorenza Ponzone*****

²⁹ Si veda, da ultimo, la sentenza del *Consiglio di Stato*, Sezione V, n. 5082, del 26 agosto 2009, nella quale si è affermato che osta alla configurabilità dell'affidamento *in house* l'acquisizione, da parte dell'impresa affidataria, di una vocazione schiettamente commerciale tale da rendere precario il controllo dell'ente pubblico. Inoltre, il Consiglio di Stato ha aggiunto che detta vocazione, può, in particolare, risultare dall'ampliamento, anche progressivo, dell'oggetto sociale e dall'apertura obbligatoria della società ad altri capitali o dall'espansione territoriale dell'attività della società.

** Dirigente l'Ufficio Relazioni Internazionali e Comunitarie dell'Autorità Vigilanza Contratti Pubblici.

*** Dirigente l'Ufficio per la Regolazione dell'Autorità Vigilanza Contratti Pubblici.

II. MASSIMARIO ANNOTATO*

LA MALAFEDE DEL RICHIEDENTE DEVE SUSSISTERE AL MOMENTO DEL DEPOSITO DELLA DOMANDA DI MARCHIO COMUNITARIO

Corte di giustizia

Sentenza dell'11 giugno 2009 in causa n. C-529/07

Chooladefabriken Lindt & Sprüngli Ag c. Franz Hauswirth GmbH

Art. 234 CE - Questione pregiudiziale - Marchio comunitario tridimensionale - Domanda di registrazione - Regolamento (Ce) n. 40/94 - Art. 51, n. 1, lett. b. - Criteri pertinenti ai fini della valutazione della "malafede" del richiedente al momento del deposito della domanda di marchio comunitario - Valutazione rimessa al giudice nazionale.

Ai fini della valutazione dell'esistenza della malafede del richiedente, ai sensi dell'art. 51, n. 1, lett. b., del regolamento (Ce) del Consiglio del 20 dicembre 1993, n. 40/94, sul marchio comunitario, il giudice nazionale deve prendere in considerazione tutti i fattori pertinenti propri del caso di specie ed esistenti al momento del deposito della domanda di registrazione di un segno come marchio comunitario, in particolare: a. il fatto che il richiedente sappia o debba sapere che un terzo utilizza, in almeno uno Stato membro, un segno identico o simile per un prodotto identico o simile e confondibile con il segno di cui viene chiesta la registrazione; b. l'intenzione del richiedente di impedire a tali terzi di continuare ad utilizzare un siffatto segno, nonché c. il grado di tutela giuridica di cui godono il segno del terzo ed il segno di cui viene chiesta la registrazione¹.

* A cura di *ENRICA ADOBATI*.

¹ È la prima volta che la Corte di giustizia chiarisce la nozione di malafede ai sensi della normativa comunitaria sui marchi, in particolare alla luce del regolamento n. 40/94 (in *Guce* n. L 11 del 1994, p. 1 ss.) oggetto di interpretazione nella sentenza, sopra massimata. Il pro-

cedimento nazionale, dal quale è scaturito il rinvio pregiudiziale, trae origine da una situazione in cui diverse imprese concorrenti commercializzavano originariamente prodotti simili, aventi forma e presentazione simili. Una di tali imprese ha poi registrato come marchio comunitario tridimensionale una particolare forma e presentazione di sua proprietà. In tale situazione, è stato chiesto alla Corte di chiarire quali siano i fattori necessari e/o sufficienti per stabilire se l'impresa abbia agito in malafede nel presentare la domanda di marchio. La domanda pregiudiziale è stata presentata nell'ambito di una controversia tra la società svizzera Lindt & Sprüngli AG (di seguito: Lindt) e la società austriaca Franz Hauswirth GmbH. (di seguito: Hauswirth). Lindt ha chiesto ad Hauswirth di porre fine alla produzione e alla commercializzazione, sul territorio dell'Unione europea, di coniglietti di cioccolata che sarebbero pressoché identici a quelli tutelati dal marchio comunitario tridimensionale di cui essa è titolare (tale marchio è registrato per cioccolata e prodotti di cioccolata della classe 30, ai sensi dell'Accordo di Nizza del 15 giugno 1957 relativo alla classificazione internazionale dei prodotti e dei servizi ai fini della registrazione dei marchi).

Hauswirth, che ha presentato una domanda riconvenzionale di nullità del marchio, ha fatto valere che, ai sensi dell'art. 51, n. 1, lett. *b.*, del regolamento n. 40/94, quest'ultimo non può essere tutelato come marchio in quanto la Lindt era in malafede quando ha presentato la domanda.

Il giudice del rinvio ha ritenuto sussistere un rischio di confusione tra, da una parte, il coniglietto di cioccolata prodotto e commercializzato da Hauswirth e, dall'altra, quello prodotto e commercializzato da Lindt mediante il marchio tridimensionale, sopra citato.

La Corte di giustizia ha sottolineato come, prima della registrazione, Lindt avrebbe agito solamente contro i produttori di beni identici a quelli che hanno, in seguito, dato luogo alla registrazione del marchio. Dopo la registrazione del marchio, Lindt avrebbe invece iniziato ad agire in giudizio contro i produttori che fabbricavano prodotti simili al coniglietto tutelato da tale marchio così da creare problemi di confondibilità.

Il giudice del rinvio, l'Oberster Gerichtshof dinanzi al quale è stata presentata la domanda riconvenzionale, ha ritenuto di rivolgersi alla Corte al fine di far chiarire i criteri da prendere in considerazione per determinare se il richiedente, al momento del deposito della domanda di registrazione di un segno, ai sensi dell'art. 51, n. 1, lett. *b.*, del regolamento n. 40/94, fosse in malafede.

Lindt ha sostenuto come il marchio tridimensionale successivamente registrato era stato utilizzato come segno molto tempo prima del deposito della domanda e ha acquisito notorietà grazie a notevoli spese pubblicitarie. Per contro, Hauswirth, ha sostenuto che con la registrazione del marchio tridimensionale in questione, Lindt ha inteso eliminare i suoi concorrenti e, inoltre, che non si può far valere la notorietà acquisita prima della registrazione del marchio tridimensionale in questione per sanare un comportamento in malafede.

La Corte di giustizia, nel risolvere la questione sottoposta, ha richiamato il tenore letterale dell'art. 51, n. 1, lett. *b.*, del regolamento n. 40/94, dal quale risulta che la malafede costituisce una delle cause di nullità assoluta del marchio comunitario, tale da poter essere fatta valere sia dinanzi all'UAMI, sia nell'ambito di una domanda riconvenzionale presentata in occasione di un'azione per contraffazione. Il momento in cui va valutata l'esistenza della malafede del richiedente è quello del deposito della domanda di registrazione da parte dell'interessato.

L'esistenza della malafede del richiedente, ai sensi dell'art. 51, n. 1, lett. *b.*, del regolamento n. 40/94, dev'essere valutata alla luce di specifici criteri: 1. il fatto che il richiedente sappia o debba sapere che un terzo utilizza, in almeno uno Stato membro, un segno identico o simile per un prodotto identico o simile e confondibile con il segno di cui viene chiesta la registrazione; 2. l'intenzione del richiedente di far sì che i terzi non possano più utilizzare un tale segno, e, infine, 3. il grado di tutela giuridica di cui godono il segno del terzo ed il segno di cui viene chiesta la registrazione. L'intenzione di impedire ad un terzo di commercializzare un prodotto può, in talune circostanze, caratterizzare la malafede del richiedente. A parere della Corte di giustizia, il giudice nazionale, per valutare la malafede del richiedente dovrà, pertanto, prendere in considerazione tutti i criteri, sopra citati, ed esistenti al momento del deposito della domanda di registrazione del marchio comunitario da parte della Lindt.

**LA NORMATIVA PORTOGHESE CHE LIMITA L'OFFERTA
DI GIOCHI D'AZZARDO TRAMITE *INTERNET* AD UN'UNICA
SOCIETÀ È COMPATIBILE CON LA NORMATIVA
SULLA LIBERA PRESTAZIONE DI SERVIZI**

Corte di giustizia

Sentenza dell'8 settembre 2009 in causa n. C-42/07

Liga Portuguesa de Futebol Profissional, Bwin International Ltd, già Baw International Ltd, c. Departamento de Jogos da Santa Casa da Misericórdia de Lisboa

Art. 234 CE - Questione pregiudiziale - Art. 49 CE - Restrizioni alla libera prestazione di servizi - Esercizio del gioco d'azzardo su *internet* - Normativa di uno Stato membro che concede a un unico ente il diritto esclusivo di organizzare e gestire scommesse su *internet* - «Regola tecnica» ai sensi della direttiva n. 98/34/Ce - Restrizione alla libera prestazione dei servizi - Motivo imperativo di interesse generale - Tutela dei consumatori e dell'ordine pubblico - Idoneità della normativa nazionale a conseguire gli scopi perseguiti - Proporzionalità - Compatibilità.

L'art. 49 CE non osta ad una normativa di uno Stato membro, come quella oggetto della causa principale, che vieti ad operatori, quali la Bwin International Ltd, stabiliti in altri Stati membri in cui forniscono legittimamente servizi analoghi, di offrire giochi d'azzardo tramite Internet sul territorio del detto Stato membro¹.

¹ La domanda pregiudiziale relativa all'interpretazione della normativa comunitaria sulla libertà di stabilimento, sulla libera circolazione dei capitali e sulla libera prestazione di servizi è stata presentata nell'ambito di una controversia che ha visto contrapposti, da un lato, la Liga Portuguesa de Futebol Profissional, e la Bwin International Ltd, un'impresa che offre giochi d'azzardo *on line* con sede a Gibilterra e, dall'altro, il Departamento de Jogos da Santa Casa da Misericórdia de Lisboa (di seguito denominata: la Santa Casa) in merito ad alcune ammende inflitte dalla direzione di quest'ultima alla Liga e alla Bwin per la violazione della normativa portoghese che disciplina l'offerta dei giochi d'azzardo su *internet*. La legislazione portoghese conferisce alla Santa Casa, un ente senza scopi di lucro – la cui esistenza risale a più di cinque secoli or sono – il diritto esclusivo di organizzare e gestire lotterie e scommesse su tutto il territorio nazionale. Il diritto riconosciuto alla Santa Casa è stato esteso a tutti i mezzi di comunicazione elettronica, in particolare *internet*. Tale normativa prevede, altresì, l'irrogazione di ammende a carico di coloro che organizzano giochi d'azzardo in violazione del diritto, sopra citato, e che pubblicizzano i giochi stessi.

La Bwin International Ltd e la Liga Portuguesa sono state condannate al pagamento di un'ammenda per avere proposto scommesse elettroniche e per avere fatto pubblicità a tali scommesse. Il giudice del rinvio, dinanzi al quale la Bwin e la Liga hanno contestato tali ammende, si è interrogato sulla compatibilità con il diritto comunitario della legislazione nazionale, nella misura in cui prevede tale regime di esclusiva per le scommesse su *internet*. In sostanza, alla Corte di giustizia è stato chiesto se l'art. 49 CE contrasti con la legislazione

portoghese che vieta alla Bwin, stabilita in uno Stato membro in cui fornisce legittimamente servizi analoghi, di proporre giochi d'azzardo tramite *internet* sul territorio dello Stato membro medesimo.

La Corte di giustizia, in *primis*, ha concluso per la sussistenza di una restrizione alla libera prestazione di servizi richiamando, in proposito, la nota sentenza *Gambelli* sull'argomento (sentenza del 6 novembre 2003 in causa n. C-243/01, in *Raccolta*, 2003, I, p. 13031, e massimata in questa *Rivista*, 2004, p. 528). La Corte ha osservato, inoltre, come tale restrizione possa essere giustificata da motivi imperativi di interesse generale, richiamando l'art. 46 del Trattato CE che fa riferimento ai motivi di ordine pubblico, di pubblica sicurezza e di sanità pubblica.

In proposito, la Corte ha osservato che gli Stati membri godono di un potere discrezionale nel disciplinare i giochi d'azzardo e nel definire il grado di protezione che intendono assicurare in tale materia (cfr. sentenze 25 luglio 1991 in causa n. C-76/90, *Säger*, in *Raccolta*, 1991, I, p. 4221 e del 3 ottobre 2000 in causa n. C-58/98, *Corsten*, in *Raccolta*, 2000, I, p. 7919).

La restrizione dell'offerta di giochi d'azzardo tramite *internet* prevista dalla legislazione portoghese può essere giustificata per garantire l'obiettivo principale della lotta alla criminalità nonché quello della tutela dei consumatori contro le frodi commesse dagli operatori del settore, tenendo presente che l'organizzazione ed il funzionamento della Santa Casa sono disciplinati in base a valutazioni e ad esigenze dirette al conseguimento di obiettivi di interesse pubblico.

Il fatto che la Bwin conceda legittimamente servizi tramite *internet* in un altro Stato membro in cui sia stabilito e alla cui legislazione nazionale sia sottoposto, non può essere considerato quale garanzia sufficiente di protezione dei consumatori nazionali contro i rischi di frode e di criminalità. Ne consegue, e così ha concluso la Corte di giustizia, che le restrizioni contenute nella legislazione portoghese non contrastano con il diritto comunitario, essendo giustificate dall'obiettivo della lotta contro la frode e la criminalità.

IL TRIBUNALE SI PRONUNCIA SULL'IMPEDIMENTO ASSOLUTO ALLA REGISTRAZIONE DEL MARCHIO COMUNITARIO DENOMINATO «CANNABIS»

Tribunale di Primo grado (Seconda Sezione)

Sentenza del 19 novembre 2009 in causa n. T-234/06

Giampietro Torresan c. Ufficio per l'armonizzazione nel mercato interno (marchi, disegni e modelli) (UAMI); controinteressata nel procedimento dinanzi alla Commissione di ricorso dell'UAMI e interveniente dinanzi al Tribunale: Klosterbrauerei Weissenhohe GmbH & Co. KG

Ricorso contro la seconda commissione di ricorso dell'UAMI del 29 giugno 2006 - Marchio comunitario - Procedimento di nullità - Marchio comunitario: «CANNABIS» - Impedimento assoluto alla registrazione - Carattere descrittivo - Art. 7, n. 1, lett. c., e art. 51, n. 1, lett. a., del regolamento (Ce) n. 40/94 (divenuti art. 7, n. 1, lett. c., e art. 52, n. 1, lett. a., del regolamento (Ce) n. 207/2009).

Secondo una giurisprudenza costante, la circostanza che un termine abbia una pluralità di significati non rileva minimamente al fine di stabilire il suo carattere descrittivo. Quindi, (...), il fatto che il termine «cannabis» possa essere inteso in tre accezioni diverse non incide affatto sulla determinazione del suo carattere descrittivo. È sufficiente che sussista un collegamento diretto e concreto fra uno solo dei suoi significati ed i prodotti di cui trattasi, come si verifica nel caso di specie, affinché l'art. 7, n. 1, lett. c., del regolamento (Ce) n. 40/94 sia applicabile¹.

Il ricorso è respinto².

¹⁻² Nel 1999 il signor Torresan depositava una domanda di registrazione del segno denominativo «CANNABIS» presso l'Ufficio per l'armonizzazione nel mercato interno (marchi, disegni e modelli) di Alicante (di seguito denominato: UAMI), in forza del regolamento (Ce) n. 40/94 (in *Guce* n. L 11 del 1994, p. 1, abrogato e sostituito ora dal regolamento (Ce) n. 207/2009 (versione consolidata), in *Guce* n. L 78 del 2009, p. 1) per i seguenti prodotti: «birra»; «vini, spiriti, liquori, spumanti, vino spumante, champagne» e «servizi di ristorazione, ristoranti, ristoranti *self service*, birrerie, gelaterie, pizzerie». L'UAMI accoglieva la domanda di opposizione alla registrazione del marchio *cannabis*, da parte della Klosterbrauerei Weissenhohe GmbH & Co. KG, ritenendo che tale marchio avesse carattere descrittivo ai sensi dell'art. 7, n. 1, lett. c. del regolamento (Ce) n. 40/94. Tale opposizione veniva accolta dall'UAMI con decisione del 9 marzo 2005. Avverso tale decisione il signor Torresan, che aveva depositato la domanda di registrazione del marchio, presentava ricorso che veniva, però, respinto.

Il signor Torresan ha dedotto unicamente la violazione dell'art. 51, n. 1, lett. a., e dell'art. 7, n. 1, lett. c., del regolamento n. 40/94 sostenendo che il marchio *cannabis* ha carattere distintivo in quanto si tratterebbe di un nome comune e di un marchio di fantasia, senza alcun rapporto di associazione con la birra e le bevande in genere. Il marchio, quindi, a parere del signor Torresan, non avrebbe carattere descrittivo, in quanto il nome *cannabis* rappresenterebbe un termine evocativo, atto a trasmettere al consumatore un senso di piacere e di riposo.

Il Tribunale ha, innanzitutto, sottolineato come il termine *cannabis* abbia tre possibili significati: una pianta tessile; una sostanza stupefacente e, infine, una sostanza il cui uso terapeutico è attualmente in discussione. Inoltre, la *cannabis* può essere utilizzata nel settore alimentare in diverse forme (per esempio: oli e tisane) e in preparati alimentari.

Il Tribunale ha precisato che, secondo una giurisprudenza costante, il segno è descrittivo allorché presenta con i prodotti o servizi un nesso sufficientemente concreto e diretto, tale da consentire al pubblico di percepire senza indugio almeno una delle caratteristiche dei prodotti e servizi in questione (cfr. sentenze del Tribunale del 14 giugno 2007 in causa n. T-207/06, *Europig c. UAMI*, in *Raccolta*, 2007, II, p. 1961 e del 2 aprile 2008 in causa n. T-181/07, *Eurocopter c. UAMI*, in *Raccolta*, 2008, p. II-44*, Pub. somm.).

Il carattere descrittivo di un marchio dev'essere valutato in relazione ai prodotti per i quali il marchio è stato registrato e prendendo in considerazione la percezione presumibile di un consumatore medio della categoria dei prodotti in questione, normalmente informato e ragionevolmente attento e prudente. Nel caso in esame, si tratta di stabilire se il consumatore medio normalmente informato e ragionevolmente diligente, venga stimolato a pensare, alla sola visione di una bevanda che reca come marchio il segno denominativo *cannabis*, senza alcun ulteriore elemento aggiuntivo, che il marchio in questione costituisce una descrizione delle caratteristiche dei prodotti in causa. A parere del Tribunale, il consumatore medio, alla vista di una bevanda alcolica con il marchio *cannabis* non potrà che pensare alle caratteristiche dei prodotti in questione, in particolare a quella della *cannabis*. Pertanto, si stabilirà immediatamente un collegamento tra il segno di cui trattasi e le caratteristiche dei prodotti per i quali il marchio è stato registrato.

Appurato il carattere descrittivo del marchio *cannabis*, secondo il Tribunale, la Commissione di ricorso UAMI non ha violato l'art. 7, n. 1 lett. c. del regolamento (Ce) n. 40/94 decidendo di respingere il ricorso avverso la decisione di annullamento.

**DISCRIMINAZIONI FONDATE SULL'ETÀ GIUSTIFICATE
PER ALCUNE CATEGORIE DI LAVORATORI:
I VIGILI DEL FUOCO E I DENTISTI**

I

Corte di giustizia

Sentenza del 12 gennaio 2010 in causa n. C-229/08

Colin Wolf c. Stadt Frankfurt am Main

Art. 234 CE - Questione pregiudiziale - Direttiva n. 2000/78/Ce - Art. 4, n. 1 - Divieto di discriminazioni in base all'età - Disposizione nazionale che fissa a trenta anni l'età massima di assunzione di funzionari nell'ambito dell'impiego dei vigili del fuoco - Obiettivo perseguito - Nozione di requisito essenziale e determinante per lo svolgimento dell'attività lavorativa - Compatibilità.

L'art. 4, n. 1, della direttiva del Consiglio del 27 novembre 2000, n. 2000/78/Ce, che stabilisce un quadro generale per la parità di trattamento in materia di occupazione e di condizioni di lavoro, deve essere interpretato nel senso che esso non osta ad una normativa nazionale come quella di cui trattasi nella causa principale, la quale fissa a trenta anni l'età massima di assunzione nel servizio tecnico di medio livello dei vigili del fuoco¹.

II

Corte di giustizia

Sentenza del 12 gennaio 2010 in causa n. C-341/08

Domnica Petersen c. Berufungsausschuss für Zahnärzte für den Bezirk Westfalen-Lippe, con l'intervento di: AOK Westfalen-Lippe e altri

Art. 234 CE - Questione pregiudiziale - Direttiva n. 2000/78/Ce - Artt. 2, n. 5, e 6, n. 1 - Divieto di discriminazioni fondate sull'età - Disposizione nazionale che fissa a sessantotto anni l'età massima per l'esercizio della professione di dentista convenzionato - Obiettivo perseguito - Nozione di «misura necessaria alla tutela della salute» - Coerenza - Idoneità e adeguatezza della misura - Compatibilità.

L'art. 2, n. 5, della direttiva del Consiglio del 27 novembre 2000, n. 2000/78/Ce, che stabilisce un quadro generale per la parità di trattamento in materia di occupazione e di condizioni di lavoro, dev'essere interpretato nel senso che esso osta ad una misura nazionale, come quella controversa nella

causa principale, che fissa un limite di età massima per l'esercizio della professione di dentista convenzionato, nel caso di specie sessantotto anni, qualora tale misura abbia come solo obiettivo la tutela della salute dei pazienti a fronte di un calo delle prestazioni di tali dentisti oltre questa età, dal momento che lo stesso limite di età non è applicabile ai dentisti non convenzionati².

L'art. 6, n. 1, della direttiva n. 2000/78/Ce dev'essere interpretato nel senso che esso non osta ad una misura siffatta qualora quest'ultima abbia come obiettivo la ripartizione delle possibilità di occupazione tra le generazioni nell'ambito della professione di dentisti convenzionati se, tenuto conto della situazione del mercato del lavoro interessato, tale misura è appropriata e necessaria per raggiungere tale obiettivo³.

Spetta al giudice nazionale identificare l'obiettivo perseguito dalla misura che fissa detto limite di età individuando la ragione del mantenimento di tale misura⁴.

Qualora una normativa come quella controversa nella causa principale sia, considerato l'obiettivo che essa persegue, contraria alla direttiva n. 2000/78/Ce, spetta al giudice nazionale investito di una controversia tra un singolo e un organismo amministrativo, quale il Berufungsausschuss für Zahnärzte für den Bezirk Westfalen-Lippe, lasciare inapplicata tale normativa, anche se quest'ultima è precedente alla direttiva e il diritto nazionale non ne prevede la disapplicazione⁵.

¹⁻⁵ La Corte di giustizia con le sentenze, sopra massimate, ha chiarito come le discriminazioni fondate sull'età possano non essere vietate per talune categorie di lavoratori: per i vigili del fuoco, con riferimento alla presentazione delle candidature da parte degli interessati nella causa n. C-229/08 e per i dentisti convenzionati, relativamente alla cessazione della loro attività, nella causa n. C-341/08.

Oggetto di interpretazione in entrambe le pronunce è stata la direttiva n. 2000/78/Ce, sulla parità di trattamento in materia di occupazione e di condizioni di lavoro (in *Guce* n. L 303 del 2000, p. 16). Nel primo caso (*Wolf*) la questione pregiudiziale è scaturita nell'ambito di una controversia tra il ricorrente e il Comune di Francoforte in merito al rifiuto da parte di questo di considerare la candidatura del signor Wolf, già trentenne, per un'eventuale assunzione nel servizio dei vigili del fuoco. Con le questioni pregiudiziali presentate alla Corte di giustizia, il giudice del rinvio vuole conoscere fino a che punto il legislatore nazionale può spingersi a prevedere che le disparità di trattamento in ragione dell'età non costituiscano discriminazioni vietate dal diritto comunitario.

La Corte di giustizia ha sottolineato come lo scopo perseguito dalla normativa nazionale consista nel garantire il carattere operativo e il buon funzionamento del corpo dei vigili del fuoco professionali. Il carattere operativo del servizio in questione deve essere sempre salvaguardato ai sensi dell'art. 4, n. 1, della direttiva n. 2000/78/Ce. Inoltre, le attività del servizio tecnico di medio livello (per cui si è candidato il signor Wolf) sono caratterizzate da un impegno di natura fisica. Pertanto, e così precisa la Corte di giustizia, il fatto di possedere particolari capacità fisiche può essere considerato un requisito primario e fondamentale, ai sensi dell'art. 4, n. 1, della direttiva, per l'attività sopra specificata. Inoltre, la necessità di avere la piena capacità fisica a svolgere la professione di vigile del fuoco del servizio tecnico di medio livello è legata all'età dei membri del servizio. Infine, la Corte di giustizia ha chiarito come tale limite sia idoneo al perseguimento della finalità stessa perseguita e non ecceda quanto è necessario per il raggiungimento dello scopo della direttiva oggetto di interpretazione in quanto l'organizzazione ragionevole del corpo dei vigili del fuoco professionali richiede, per il servizio per cui si è candidato il signor Wolf, un legame tra i lavori

pesanti e non adeguati ai funzionari più anziani e i lavori meno gravosi e più appropriati a tali funzionari. Ne consegue che la disparità di trattamento è giustificata alla luce dell'art. 4, n. 1, della direttiva n. 2000/78/Ce.

Con riferimento alla causa *Peterson*, invece, la questione pregiudiziale è sorta nell'ambito di una controversia che ha visto contrapposti, da un lato la ricorrente, e, dall'altro lato la Commissione di ricorso dei dentisti della circoscrizione di Westfalen-Lippe per il rifiuto dell'abilitazione all'esercizio, oltre i sessantotto anni, della professione di dentista convenzionato.

La signora Peterson ha contestato tale decisione dinanzi al giudice del rinvio, il Berufungsausschuss für Zahnärzte für den Bezirk Westfalen-Lippe, il quale ha chiesto alla Corte di giustizia di valutare se la normativa nazionale controversa, il codice tedesco della previdenza sociale del 2003, che stabilisce che, a partire dal 1° gennaio 1999, l'abilitazione all'esercizio dell'attività di medico convenzionato cessa alla scadenza del trimestre nel quale il medico convenzionato compie i sessantotto anni di età al fine di tutelare la salute dei pazienti affiliati al regime obbligatorio di assicurazione malattia, sia in contrasto con la direttiva n. 2000/78/Ce.

La Corte di giustizia, nella propria decisione, ha in primo luogo individuato gli obiettivi che vengono fatti valere per giustificare tale limitazione. Innanzitutto, la tutela della salute dei pazienti, insieme all'equilibrio finanziario del regime pubblico obbligatorio di assicurazione malattia non sono sufficienti a pregiudicare la coerenza della normativa nazionale controversa. Tali obiettivi non possono, pertanto, a parere della Corte, giustificare siffatti limiti di età.

Il limite di età fissato dalla normativa tedesca può essere, invece, giustificato qualora esso abbia come obiettivo la ripartizione delle possibilità di occupazione tra le generazioni nell'ambito della professione di dentista convenzionato. A parere della Corte, l'età di sessantotto anni appare corretta per fissare un termine all'abilitazione ad esercitare la professione come dentista convenzionato.

Ne consegue che lo Stato tedesco può considerare necessaria la fissazione dei limiti, sopra citati, senza per questo contrastare con la normativa comunitaria.

LA CORTE DI GIUSTIZIA INTERPRETA IL REGOLAMENTO (CE) N. 1346/2003 SULLE PROCEDURE DI INSOLVENZA

Corte di giustizia

Sentenza del 21 gennaio 2010 in causa n. C-444/07

Procedura di insolvenza aperta c. MG Probud Gdynia sp. z o.o.

Art. 234 CE - Rinvio pregiudiziale - Cooperazione giudiziaria in materia civile - Regolamento (Ce) n. 1346/2000 - Procedure di insolvenza - Rifiuto di riconoscimento, da parte di uno Stato membro, della decisione di aprire una procedura di insolvenza adottata dal giudice competente di un altro Stato membro nonché delle decisioni relative allo svolgimento ed alla chiusura di tale procedura.

Il regolamento (Ce) del Consiglio del 29 maggio 2000, n. 1346, relativo alle procedure di insolvenza, segnatamente gli artt. 3, 4, 16, 17 e 25 dello stesso, devono essere interpretati nel senso che, in una situazione quale quel-

la oggetto del procedimento a quo, successivamente all'apertura di una procedura principale di insolvenza in uno Stato membro, le autorità competenti di un altro Stato membro, in cui non sia stata aperta alcuna procedura secondaria di insolvenza, sono tenute, fatti salvi i motivi di rifiuto fondati sugli artt. 25, n. 3, e 26 del medesimo regolamento, a riconoscere e ad eseguire tutte le decisioni relative alla procedura principale di insolvenza, e non hanno quindi il diritto di ordinare, applicando la legislazione di quest'altro Stato membro, provvedimenti esecutivi sui beni del debitore dichiarato insolvente situati nel territorio di quest'ultimo Stato, qualora non lo permetta la legislazione dello Stato di apertura e non siano soddisfatti i presupposti cui è subordinata l'applicazione degli artt. 5 e 10 del citato regolamento¹.

¹ Nel giugno del 2005 è stata aperta una procedura di insolvenza nei confronti dell'impresa edile polacca MG Probud, che effettuava, attraverso l'attività di una propria filiale, lavori di ricostruzione in Germania.

L'Ufficio doganale principale di Saarbrücken avviava un procedimento nei confronti del direttore della filiale tedesca della MG Probud, per presunta violazione della legislazione sul distacco dei lavoratori a causa del mancato pagamento dei salari e dei contributi sociali di operai polacchi. Venivano così pignorati i beni dell'impresa per un importo di Euro 50 683,08, nonché il sequestro conservativo di diversi crediti che l'impresa vantava nei confronti di società tedesche.

Il Tribunale distrettuale di Danzica, nell'ambito della procedura di insolvenza si è interrogato sulla legittimità dei sequestri operati dalle autorità tedesche, dal momento che il diritto polacco – il quale costituisce la legge applicabile alla procedura di insolvenza in ragione del fatto che la Repubblica di Polonia è lo Stato di apertura di tale procedura – non ammetterebbe tali sequestri successivamente alla dichiarazione dello stato di insolvenza dell'impresa.

Il giudice del rinvio, pertanto, ha chiesto ai giudici comunitari di stabilire se, nel caso di specie, le autorità tedesche fossero legittimate, da un lato, a disporre il sequestro dei beni del debitore dichiarato insolvente situati in territorio tedesco e, dall'altro, ad eseguire le decisioni relative allo svolgimento e alla chiusura della procedura di insolvenza aperta in Polonia.

La Corte di giustizia ha ricordato, innanzitutto, che l'art. 3 del regolamento (Ce) n. 1346/2000 sulle procedure di insolvenza (in *Guce* n. L 160 del 2000, p. 1) stabilisce che sono competenti ad aprire tali procedure i giudici dello Stato membro nel cui territorio è situato il centro degli interessi principali del debitore; per le società e le persone giuridiche si presume che il centro degli interessi principali sia, fino a prova contraria, il luogo in cui si trova la sede statutaria (*procedura principale*, comma 1) e qualora il centro degli interessi principali del debitore sia situato nel territorio di uno Stato membro, i giudici di un altro Stato membro sono competenti ad aprire una procedura di insolvenza nei confronti del debitore solamente se questi possiede una sede nel territorio di tale altro Stato membro (*procedura secondaria*, comma 2).

In proposito, la Corte di giustizia ha precisato che solamente l'apertura di una procedura secondaria di insolvenza può limitare la portata universale della procedura principale di insolvenza. Inoltre, entrambe le procedure, nonché i loro effetti, sono disciplinate dalla legge dello Stato membro nel cui territorio è aperta la procedura e la decisione di apertura di una procedura di insolvenza in uno Stato membro è riconosciuta in tutti gli altri Stati membri non appena essa produce effetto nello Stato in cui la procedura è aperta, e produce gli effetti previsti dalla legge dello Stato di apertura in ogni altro Stato membro.

La Corte di giustizia ha proseguito in sentenza precisando che esistono due motivi di rifiuto all'esecuzione delle decisioni relative ad una procedura di insolvenza: *a.* l'art. 25, 3° comma del regolamento, ai sensi del quale gli Stati membri non sono tenuti a riconoscere o a eseguire una decisione relativa allo svolgimento ed alla chiusura di una procedura di in-

solvenza che abbia come effetto una limitazione della libertà personale o del segreto postale; b. l'art. 26 del regolamento, qualora il riconoscimento o l'esecuzione possano produrre effetti manifestamente contrastanti con l'ordine pubblico, in particolare con i principi fondamentali o con i diritti e con le libertà personali sanciti dalla propria Costituzione.

È pacifico, secondo la Corte di giustizia che, nel caso di specie, il centro principale degli interessi si trova in Polonia e che sussistono tutti i presupposti previsti dal regolamento comunitario affinché la legge polacca trovi applicazione nella procedura di insolvenza di cui si discute.

Tuttavia, il curatore nominato dai giudici polacchi può esercitare nel territorio degli altri Stati membri, ai sensi dell'art. 18 del regolamento, tutti i poteri che gli sono attribuiti dalla legge polacca e trasferire anche i beni del debitore fuori dal territorio dello Stato membro in cui si trovano. La legge polacca deve, pertanto, disciplinare la sorte della totalità dei beni situati in altri Stati membri. È importante sottolineare, in proposito, come non consentendo la normativa polacca, successivamente all'apertura della successione, l'avvio di procedure esecutive nei confronti del debitore, le autorità tedesche non potevano avviare procedure esecutive sui beni della società polacca situati in Germania.

Ne consegue, e così ha concluso la Corte di giustizia, che la decisione di apertura della procedura di insolvenza adottata in Polonia deve essere automaticamente riconosciuta in tutti gli altri Stati membri, senza altra formalità, con tutti gli effetti previsti dalla legge polacca.

LA CORTE DI GIUSTIZIA PRECISA LA DIFFERENZA TRA COMPRAVENDITA DI BENI E PRESTAZIONE DI SERVIZI AI SENSI DEL REGOLAMENTO (CE) N. 44/2001

Corte di giustizia

Sentenza del 25 febbraio 2010 in causa n. C-381/08

Car Trim GmbH c. KeySafety Systems Srl

Art. 234 CE - Questione pregiudiziale - Competenza giurisdizionale in materia civile e commerciale - Regolamento (Ce) n. 44/2001 - Art. 5, punto 1, lett. b. - Competenza in materia contrattuale - Determinazione del luogo di esecuzione dell'obbligazione - Criteri di distinzione tra «compravendita di beni» e «prestazione di servizi».

L'art. 5, punto 1, lett. b., del regolamento (Ce) del Consiglio del 22 dicembre 2000, n. 44/2001, concernente la competenza giurisdizionale, il riconoscimento e l'esecuzione delle decisioni in materia civile e commerciale, deve essere interpretato nel senso che i contratti che hanno per oggetto la fornitura di beni da fabbricare o da produrre, benché l'acquirente abbia posto taluni requisiti relativi all'approvvigionamento, alla trasformazione e alla consegna delle merci, senza che egli abbia provveduto a fornire i materiali, e benché il fornitore sia responsabile della qualità e della conformità al con-

tratto della merce, devono essere qualificati come «compravendita di beni» ai sensi dell'art. 5, punto 1, lett. b., primo trattino, di tale regolamento¹.

L'art. 5, punto 1, lett. b., primo trattino, del regolamento (Ce) n. 44/2001 deve essere interpretato nel senso che, in caso di vendita a distanza, il luogo in cui i beni sono stati o avrebbero dovuto essere consegnati in base al contratto deve essere determinato sulla base delle disposizioni di tale contratto. Se non è possibile determinare il luogo di consegna su tale base, senza far riferimento al diritto sostanziale applicabile al contratto, tale luogo è quello della consegna materiale dei beni mediante la quale l'acquirente ha conseguito o avrebbe dovuto conseguire il potere di disporre effettivamente di tali beni alla destinazione finale dell'operazione di vendita².

¹⁻² La sentenza, sopra massimata, avente ad oggetto l'interpretazione del regolamento (Ce) n. 44/2001 (in *Guce* n. L 12 del 2001, p. 1) è scaturita da una controversia tra, da un lato la società Car Trim GmbH (di seguito denominata: Car Trim) e, dall'altro lato, l'impresa italiana KeySafety Systems Srl (di seguito denominata: KeySafety) in merito ad obbligazioni contrattuali riguardanti la fornitura di componenti per la fabbricazione di sistemi *airbag*. In particolare, la Corte è stata chiamata a chiarire la questione relativa alla distinzione tra i contratti di «compravendita di beni» e i contratti di «prestazione di servizi», nonché alla determinazione del luogo di esecuzione in caso di vendita a distanza.

La KeySafety, fornitrice di sistemi *airbag* a produttori automobilistici italiani, dal luglio 2001 al dicembre 2003, sulla base di cinque contratti di fornitura, acquistava dalla Car Trim componenti da impiegare nella fabbricazione di tali sistemi. Successivamente, la KeySafety recedeva da tali contratti alla fine del 2003 e la Car Trim, ritenendo che i contratti non fossero giunti a scadenza, presentava un ricorso per risarcimento danni dinanzi al Landgericht Chemnitz, giudice competente nel luogo di produzione dei componenti. La ricorrente, dopo aver esaurito tutti i gradi di giudizio, si rivolgeva al Bundesgerichtshof che ha chiesto alla Corte di giustizia di chiarire la distinzione tra «contratti di compravendita di beni» e «contratti di prestazione di servizi» ai sensi dell'art. 5, punto 1, lett. b., del regolamento, nell'ambito di un contratto relativo alla consegna di merci da fabbricare o da produrre quando l'acquirente abbia contribuito all'approvvigionamento, alla trasformazione e alla consegna dei beni stessi. Il fatto che la merce da consegnare debba prima essere fabbricata o prodotta non modifica la qualifica del contratto in questione come contratto di compravendita.

Sull'origine dei materiali da trasformare, la Corte di giustizia ha operato una distinzione a seconda che tali beni siano o meno stati forniti dall'acquirente: se l'acquirente ha fornito tutti o la maggior parte dei materiali impiegati nella fabbricazione della merce, si è di fronte a un «contratto di prestazione di servizi». In caso contrario, in assenza di fornitura di materiali da parte dell'acquirente, si qualifica il contratto come «contratto di compravendita di beni». Nella causa principale, la KeySafety, che pur ha indicato i fornitori presso i quali la Car Trim avrebbe dovuto acquistare i pezzi, non ha messo a disposizione di quest'ultima alcun materiale. La Corte di giustizia ha precisato, altresì, che se il venditore è responsabile della qualità e della conformità al contratto dei beni da esso prodotti, si qualificherà un «contratto di compravendita di beni»; se il venditore, invece, è responsabile soltanto della correttezza dell'esecuzione secondo le istruzioni dell'acquirente, si avrà una «prestazione di servizi».

Il giudice del rinvio, inoltre, ha chiesto alla Corte di giustizia di chiarire se, in presenza di un contratto di vendita a distanza, il luogo in cui i beni sono stati o avrebbero dovuto essere «consegnati» in base al contratto, debba essere determinato in base al luogo della consegna materiale all'acquirente. Il giudice del rinvio, ipotizzando che le parti non abbiano contrattualmente nulla statuito in proposito, ha previsto due luoghi che potrebbero rappresentare il luogo di consegna ai fini della fissazione di un siffatto criterio autonomo: *a.* la

consegna fisica dei beni all'acquirente, e *b.* l'affidamento dei beni al primo vettore ai fini della consegna all'acquirente.

A parere della Corte di giustizia, il luogo in cui i beni sono stati o avrebbero dovuto essere fisicamente consegnati all'acquirente alla destinazione finale degli stessi risponde meglio agli obiettivi del regolamento, in quanto luogo di consegna ai sensi dell'art. 5, punto 1, lett. *b.*, primo trattino, del regolamento, perché ciò consente uno stretto collegamento tra il contratto e il giudice competente a deciderne.

LA CORTE DI GIUSTIZIA INTERPRETA LA NORMATIVA REGIONALE CHE PREVEDE DISTANZE MINIME OBBLIGATORIE FRA GLI IMPIANTI STRADALI DI DISTRIBUZIONE DI CARBURANTI

Corte di giustizia

Sentenza dell'11 marzo 2010 in causa n. C-384/08

Attanasio Group Srl c. Comune di Carbognano, con l'intervento di Felgas Petroli Srl

Art. 234 CE - Questione pregiudiziale - Artt. 43 CE e 48 CE - Normativa regionale che prevede distanze minime obbligatorie fra gli impianti stradali di distribuzione di carburanti - Competenza della Corte e ricevibilità della domanda di pronuncia pregiudiziale - Libertà di stabilimento - Restrizione - Contrasto.

L'art. 43 CE, letto in combinato disposto l'art. 48 CE, deve essere interpretato nel senso che una normativa di diritto interno, come quella di cui alla causa principale, che prevede distanze minime obbligatorie fra gli impianti stradali di distribuzione di carburanti costituisce una restrizione alla libertà di stabilimento sancita dal Trattato CE. In circostanze come quelle della controversia principale, tale restrizione non appare idonea ad essere giustificata dalle finalità di sicurezza stradale, di tutela sanitaria ed ambientale e di razionalizzazione del servizio reso agli utenti, ciò che spetta al giudice del rinvio verificare¹.

¹ La domanda pregiudiziale vertente sull'interpretazione della normativa comunitaria sulla libertà di stabilimento e sulla libertà di concorrenza è stata proposta nell'ambito di una controversia tra, da un lato l'Attanasio Group Srl (di seguito denominata: Attanasio), corrente in Viterbo, e, dall'altro lato il Comune di Carbognano, relativamente alla concessione alla Felgas Petroli di una concessione edilizia per la realizzazione di un impianto di distribuzione di carburanti.

La Attanasio presentava al Comune di Caprarola una domanda di concessione per la co-

struzione di un impianto stradale di distribuzione di carburanti, lubrificanti e gas di petrolio liquefatto (GPL), lungo la strada provinciale denominata Massarella. Nel caso di specie, il Comune di Carbognano, situato al confine con il Comune di Caprarola, aveva già rilasciato alla Felgas Petroli la concessione per la costruzione di un impianto di distribuzione di carburanti a breve distanza dal sito oggetto della domanda dell'Attanasio. La domanda di quest'ultima, pertanto, ai sensi della normativa regionale n. 8/2001 (cfr. art. 13 sulle distanze minime tra i vari impianti), non poteva essere accolta.

L'Attanasio proponeva, quindi, ricorso dinanzi al giudice del rinvio, avverso la concessione dell'autorizzazione alla Felgas Petroli. Nell'ambito di tale contenzioso, il TAR del Lazio, ritenendo sussistente una possibile violazione della normativa comunitaria da parte della legge regionale controversa, ha deciso di sospendere il procedimento e di rivolgere alla Corte di giustizia una domanda pregiudiziale al fine di chiarire se l'art. 13 della legge regionale, sopra richiamata, che prevede distanze minime fra gli impianti stradali di distribuzione di carburanti contrasti con il Trattato CE.

La Corte di giustizia ha, innanzitutto, chiarito come la propria competenza non riguardi l'interpretazione di disposizioni di legge o di regolamenti nazionali, né la conformità di tali disposizioni al diritto dell'Unione (cfr. sentenze del 18 novembre 1999 in causa n. C-107/98, *Teckal*, in *Raccolta*, 1999, I, p. 8121; del 4 marzo 2004 in cause riunite n. C-19/01, n. C-50/01 e n. C-84/01, *Barsotti e a.*, in *Raccolta*, 2004, I, p. 2005 nonché del 23 marzo 2006 in causa n. C-237/04, *Enirisorse*, in *Raccolta*, 2006, I, p. 2843).

La normativa nazionale controversa che si applica indistintamente ai cittadini italiani e ai cittadini di altri Stati membri deve essere conforme alle libertà garantite dal Trattato quando trovi applicazione a situazioni che hanno un collegamento con gli scambi tra gli Stati membri. Orbene, la Corte di giustizia, ha ritenuto di esaminare la questione solamente con riferimento al contrasto con i principi sulla libertà di stabilimento.

Infatti, secondo la Corte, la realizzazione di impianti stradali di distribuzione di carburanti rientra nella nozione di «stabilimento» ai sensi del Trattato. Tale nozione è molto ampia e implica la possibilità, per un cittadino dell'Unione, di partecipare, in maniera stabile e continuativa, alla vita economica di uno Stato membro diverso dal suo Stato di origine, nonché di trarne vantaggio (v. in proposito, le sentenze del 21 giugno 1974 in causa n. 2/74, *Reyners*, in *Raccolta*, 1974, p. 631; 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 nota di E. ADOBATI, *Differenza tra libera prestazione di servizi e libertà di stabilimento per l'esercizio della professione forense secondo la sentenza della Corte di giustizia nel caso Gebhard*, p. 293 e di A. BARANI *Il caso Gebhard: un avvocato tedesco in Italia*, p. 301 e dell'11 ottobre 2007 in causa n. C-451/05, *ELISA*, in *Raccolta*, 2007, I, p. 8251).

La Corte ha dichiarato che gli effetti restrittivi della libertà di stabilimento possono prodursi quando una società, a causa di una normativa nazionale, possa essere dissuasa dal creare in altri Stati membri succursali, come un centro di attività stabile, nonché dall'esercitare le proprie attività tramite proprie succursali (cfr. le sentenze del 13 dicembre 2005 in causa n. C-446/03, *Marks & Spencer*, in *Raccolta*, 2005, I, p. 10837; del 23 febbraio 2006 in causa n. C-471/04, *Keller Holding*, in *Raccolta*, 2006, I, p. 2107, nonché del 23 febbraio 2008 in causa n. C-293/06, *Deutsche Shell*, in *Raccolta*, 2008, I, p. 1129).

La normativa regionale controversa, di fatto, che assoggetta l'apertura di nuovi impianti stradali di distribuzione di carburanti all'osservanza di distanze minime rispetto ad altri impianti analoghi, contrasta con la libertà di stabilimento. Essa, infatti, applicandosi solamente ad impianti nuovi (e non a quelli preesistenti) pone condizioni per l'accesso all'attività della distribuzione di carburanti e, favorendo quindi gli operatori già presenti sul territorio italiano, è idonea a scoraggiare, se non a fermare, l'accesso al mercato italiano degli operatori provenienti da altri Stati membri (cfr., per analogia, le sentenze del 5 ottobre 2004 in causa n. C-442/02, *CaixaBank France*, in *Raccolta*, 2004, I, p. 8961, nonché del 28 aprile 2009 in causa n. C-518/06, *Commissione c. Italia*, inedita in *Raccolta*).

La Corte di giustizia, dopo aver concluso per l'esistenza di una restrizione alla libertà di stabilimento, ha osservato che tale restrizione non può essere giustificata in quanto la normativa regionale non è idonea a perseguire finalità di sicurezza stradale, nonché di tutela ambientale e di salute. Tali finalità, infatti, possono essere raggiunte nell'ambito dei controlli che i comuni devono sviluppare, in ogni caso, per tutte le domande d'autorizzazione di

apertura di un nuovo impianto di assegnazione di carburanti.

Inoltre, anche i motivi di natura economica connessi al miglioramento del servizio offerto agli utilizzatori non possono rappresentare motivi imperativi di interesse generale atti a giustificare un impedimento alla libertà di stabilimento in quanto di fatto vengono ostacolati i nuovi operatori sul mercato e favoriti quelli già presenti sul territorio italiano (cfr. sentenza 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).

LA CORTE DI GIUSTIZIA NON È COMPETENTE A PRONUNCIARSI SU QUESTIONI PURAMENTE INTERNE NELL'AMBITO DEL RICONOSCIMENTO DI UNA RENDITA AD UN SUPERSTITE

Corte di giustizia

Ordinanza del 17 marzo 2010 in causa n. C-217/08

Mariano c. Istituto nazionale per l'assicurazione contro gli infortuni sul lavoro (INAIL)

Art. 104, n. 3, del regolamento di procedura - Parità di trattamento in materia di occupazione e di condizioni di lavoro - Artt. 12 CE e 13 CE - Concessione di una prestazione ai superstiti - Normativa nazionale che prevede differenze di trattamento tra il coniuge superstite e il convivente superstite.

Il diritto comunitario non contiene un divieto di qualsiasi discriminazione di cui i giudici degli Stati membri devono garantire l'applicazione allorché il comportamento eventualmente discriminatorio non presenti alcun nesso con il diritto comunitario. In circostanze come quelle della causa principale, gli artt. 12 CE e 13 CE non creano di per sé un tale nesso¹.

Tali articoli non ostano, in dette circostanze, ad una normativa nazionale in forza della quale, in caso di decesso di una persona a seguito di un infortunio, spetti unicamente al coniuge superstite una rendita nella misura del 50% della retribuzione percepita da tale persona prima del suo decesso, mentre il figlio minore della persona deceduta percepisce solo una rendita pari al 20% di detta retribuzione².

¹⁻² Il giudice nazionale non può invocare l'applicazione del principio di non discriminazione per essere sicuro che la Corte di giustizia si pronunci su una questione che ha aspetti puramente interni.

È quanto accaduto nei fatti che hanno portato all'ordinanza, sopra massimata, nell'ambito di una controversia che ha visto contrapposti, da un lato la signora Mariano in qualità di titolare della potestà genitoriale sul figlio minore, il signor J. P. Quartirolo e l'Istituto nazionale per l'assicurazione contro gli infortuni sul lavoro, l'INAIL, per il mancato riconosci-

mento di una rendita in seguito al decesso del proprio convivente rimasto vittima di un infortunio sul lavoro.

La signora Mariano, cittadina italiana, ha convissuto per oltre dieci anni, *more uxorio* con il signor Quartirollo (deceduto nel 2004), anch'egli cittadino italiano. Dalla loro relazione è nato un figlio. In seguito al decesso del compagno la ricorrente ha chiesto all'INAIL la corresponsione di una rendita a suo favore ed a favore del figlio sulla base dell'art. 85 del dpr n. 1124/1965. L'INAIL ha negato il riconoscimento di una rendita a favore della madre che ha impugnato tale decisione dinanzi al Tribunale ordinario di Milano. Questi, ritenendo sussistente un possibile contrasto tra l'art. 85 del decreto, sopra citato, e il diritto comunitario ha deciso di sospendere il giudizio e di chiedere alla Corte di giustizia se il principio di non discriminazione contenuto negli artt. 12 e 13 CE contrasti con l'art. 85 del decreto nella parte in cui viene disposto che in caso di decesso conseguente ad un infortunio l'INAIL corrisponde una rendita pari al cinquanta per cento alla madre e al figlio minore solamente una rendita pari al venti per cento.

L'argomentazione della signora Mariano secondo la quale sussiste un contrasto tra la normativa italiana e il principio di non discriminazione non è stata accolta dalla Corte che ha richiamato, innanzitutto, la norma di cui all'art. 104, n. 3 del regolamento di procedura secondo la quale, qualora la soluzione di una questione pregiudiziale sia identica ad una questione sulla quale la Corte ha già statuito, o qualora la soluzione di tale questione possa essere chiaramente desunta dalla giurisprudenza, la Corte, dopo aver sentito l'Avvocato Generale, può statuire in qualsiasi momento con ordinanza motivata. I giudici comunitari hanno richiamato, altresì, l'art. 12 CE che vieta ogni discriminazione basata sulla nazionalità.

Tale disposizione deve essere interpretata in collegamento con le norme relative alla cittadinanza dell'Unione. Nel caso in esame, la signora Mariano e suo figlio beneficiavano dello *status* di cittadino europeo e, in tale qualità potevano avvalersi del divieto contemplato all'art. 12 CE nell'esercizio delle libertà garantite dal Trattato (cfr. sentenze del 20 settembre 2001 in causa n. C-184/99, *Grzelczyk*, in *Raccolta*, 2001, I, p. 6193 e massimata in questa *Rivista*, 2001, p. 696; del 2 ottobre 2003 in causa n. C-184/02, *Garcia Avello*, in *Raccolta*, 2003, I, p. 11613; 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 nonché del 12 luglio 2005 in causa n. C-403/03, *Schempp*, in *Raccolta*, 2005, I, p. 6421).

Orbene, i fatti della causa principale, sopra esposti, concernono una situazione puramente interna in quanto coinvolgono solamente uno Stato membro. A parere della Corte di giustizia, i fatti che hanno riguardato la signora Mariano e il proprio figlio non possono rientrare nell'ambito dei provvedimenti adottati sulla base dell'art. 13 CE, nonché della direttiva n. 2000/78/CE che giustificerebbero l'applicazione del diritto comunitario (cfr. sentenza del 23 settembre 2008 in causa n. C-427/06, *Bartsch*, in *Raccolta*, 2008, I, p. 7245).

GIURISPRUDENZA ITALIANA E STRANIERA

UNA TESI IMPROPONIBILE SU PORTATA ED EFFICACIA DELLE DIRETTIVE DI ARMONIZZAZIONE TOTALE

Tribunale di Perugia

Sentenza del 14 ottobre-4 novembre 2009 n. 1483/09*

Kasch Rüdiger e Lidl Italia srl c. Regione dell'Umbria

Commercializzazione ed etichettatura di prodotto destinato all'alimentazione - Dlgo n. 109/92 - Recepimento della normativa comunitaria - Dpr n. 719/58 - Normativa relativa alla bevanda «gassosa» - Commercializzazione di una bevanda contenente due edulcoranti in aggiunta al saccarosio - Utilizzo del termine «gazzosa» - Etichettatura ingannevole - Efficacia delle direttive - Applicazione della norma nazionale più restrittiva.

Le direttive comunitarie, in quanto direttive, non disciplinano in maniera compiuta un determinato fenomeno giuridico ma indicano dei criteri generali che poi si traducono in dettaglio attraverso la norma nazionale. Dunque è giocoforza che la norma nazionale possa stabilire delle regole ben più restrittive di una direttiva, magari a tutela di un determinato interesse specifico, magari nazionale o locale.

(Omissis) **In diritto**

L'opposizione non può essere accolta per i motivi indicati di seguito

Procedendo dall'ultimo motivo di ricorso, va detto che appare quantomeno opinabile il principio secondo il quale, come anche sostenuto dal ricorrente, si debba

* In argomento v. *infra*, p. 99 ss., il commento di ENRICA ADOBATI.

ritenere il consumatore medio come normalmente informato e ragionevolmente attento e accorto (talché non possa ritenersi ingannato da etichette complesse, spesso incomprensibili e riportanti prodotti chimici di vario tipo, i quali presuppongono la conoscenza approfondita sia della normativa nazionale che comunitaria, nonché della relativa e sovrabbondante giurisprudenza in materia), mentre il legale rappresentante di una azienda che commercializza prodotti destinati all'alimentazione ritenga di invocare il cosiddetto «errore scusabile» per giustificare l'eventuale mancato rispetto di una normativa dallo stesso ritenuta particolarmente complessa. Per tale motivo va rigettata la domanda del ricorrente riferita alla mancanza dell'elemento soggettivo, in quanto, data la qualificazione professionale del soggetto sanzionato, non è ipotizzabile una sua incolpevole errata valutazione delle norme vigenti.

Quanto al merito va confermato, con l'amministrazione resistente, che l'utilizzo dell'aspartame e dell'acesulfame k nel prodotto non può ritenersi conforme alla normativa relativa alla bevanda "gassosa", come disciplinata dall'art. 6 del dpr n. 719/1958, la quale prevede che sia edulcorata con il solo saccarosio. Non può infatti applicarsi alla gassosa la modifica normativa apportata all'art. 1 dpr n. 230/04 in quanto, al successivo art. 2, viene ribadita la stessa composizione della gassosa con abrogazione del solo terzo comma riferito non alla composizione, quanto al residuo secco della bibita.

Ciò anche in conformità con il successivo art. 15, comma 3, del dpr n. 719/58 prevede la possibilità di utilizzare nelle bibite analcoliche anche gli additivi di cui al dm n. 209/1996, in quanto è pacifico il fatto che non sia vietato utilizzarli ma è evidente che non possono così definirsi "gassosa" secondo la previsione della stessa norma.

In questa sede infatti non si discute se una bibita gassata possa contenere gli edulcoranti di cui sopra (cosa certamente lecita), quanto se è possibile poi utilizzare per detti prodotti la definizione gassosa e/o quella di gazzosa.

Ed è certo che la etichetta che ha originato la sanzione utilizza un termine che, ad avviso dello scrivente, deve ritenersi fortemente evocativo del prodotto "gassosa" e tale da richiamare in maniera equivoca, nella mente di un consumatore italiano, quel particolare prodotto come disciplinato dall'art. 6 del dpr n. 719/58. Anzi la versione utilizzata "gazzosa", pur non facendo parte della denominazione del prodotto ma costituendo una indicazione aggiuntiva, evoca a maggior ragione la bibita medesima che, nella dizione popolare, veniva proprio indicata in tal modo.

Non può del resto ritenersi fugata tale possibilità di confusione dalla espressa indicazione in etichetta degli ingredienti utilizzati, in quanto non è pensabile che il c.d. consumatore medio, normalmente informato e ragionevolmente attento e accorto, sia a conoscenza del fatto per cui la "gassosa" debba essere dolcificata solo con il saccarosio.

Venendo poi alla tesi sostenuta dalla ricorrente e riferita alla violazione della libertà di circolazione delle merci va detto che, pur di notevole pregio giuridico, non può in alcun modo modificare la possibilità per uno Stato membro di disciplinare la produzione di alcuni prodotti. È pur vero che le norme di origine comunitaria si pongono ad un livello superiore di quelle interne, non dotate di rango costituzionale, ma, nel caso di specie, ostano almeno due motivi all'accoglimento della specifica doglianza proposta.

La prima attiene al fatto che le norme richiamate sono di diretta derivazione da

direttive comunitarie le quali, in quanto direttive, non disciplinano in maniera compiuta un determinato fenomeno giuridico ma indicano dei criteri generali che poi si traducono in dettaglio attraverso la norma nazionale. Dunque è giocoforza che la norma nazionale possa stabilire delle regole ben più restrittive di una direttiva, magari a tutela di un determinato interesse specifico, magari nazionale o locale. Nel caso di specie nulla vieta che la "gassosa" quando viene prodotta e/o commercializzata in Italia, debba essere edulcorata con il solo saccarosio, in ossequio alla originale composizione del prodotto.

Né vale il principio richiamato dalla ricorrente secondo il quale in tale modo, tollerando il fatto che la norma italiana sia più restrittiva di altre, si incorra in una sostanziale violazione dell'art. 3 della Costituzione, talché talune imprese che producono e/o commercializzano in Italia sarebbero discriminate rispetto a coloro che lo fanno nel resto d'Europa.

Ritiene questo giudicante che detti produttori, che hanno magari interessi nel solo mercato nazionale, sarebbero ben più danneggiati se, volendo produrre e/o commercializzare un prodotto nella sua configurazione originale, magari con presenza, appunto, di solo saccarosio, si vedessero sottoposti alla concorrenza di prodotti che contengono dei succedanei di minor costo e dunque maggiormente competitivi.

Dunque nessuna discriminazione per coloro che producono e/o commercializzano tali prodotti per e all'interno del mercato nazionale.

La libera circolazione delle merci non può in alcun modo condizionare le norme che sono a tutela del consumatore ed in particolare che tendono a preservarlo, anche se in una determinata area geografica, dalla possibilità di confusione. Va detto infatti che tra i due principi: tutela in senso lato del consumatore e libera circolazione deve prevalere, ad avviso dello scrivente, il primo sul secondo e non il contrario. Sarebbe come affermare che l'autorità nazionale non possa applicare un particolare disciplinare ad un prodotto (si pensi ai vini o ai formaggi o quant'altro) in quanto in contrasto con il principio della libera circolazione dei beni che è stato predisposto per tutt'altri motivi.

La bibita in questione è del resto prodotta da una ditta italiana per una ditta estera che, tramite altra società estera, la commercializza in Italia.

Quanto alla legittimazione passiva del legale rappresentante della Lidl Italia, nonché coricorrente Kasch Rüdiger, va detto che ai sensi dell'art. 6 della legge n. 68/81, obbligato in solido con l'autore della violazione è anche la persona giuridica. Nel caso di specie va rilevato che il signor Rüdiger è il legale rappresentante della società Lidl Italia srl sanzionata ed in tale veste sanzionato a sua volta.

Quanto precede nonostante la procura speciale versata in atti dal ricorrente con la quale si attesta che il signor Bertagnini Cristian sia l'effettivo responsabile della corretta informazione del consumatore per i punti vendita Lidl Italia srl, anche ai sensi della normativa n. 109/92.

Della procura depositata non si dà in alcun modo conto della avvenuta pubblicazione nel registro delle imprese, magari con il deposito della relativa visura e del resto non si fa alcun accenno di ciò negli scritti difensivi depositati ex art. 18 della legge n. 689/81, evitando in tal modo di far irrogare la sanzione nei confronti del responsabile individuato con la procura ed inoltre nei confronti dello stesso legale rappresentante.

Va da ultimo affermata la competenza in materia di applicazione delle sanzioni amministrative pecuniarie in capo alle regioni come stabilito dall'art. 18, comma 4, del dlgo n. 109/92.

Da quanto precede consegue che il ricorso deve essere rigettato per i motivi indicati sopra.

Sussistono giustificati motivi per compensare le spese di lite.

(Omissis)

**GLI STATI MEMBRI NON POSSONO ADOTTARE
DISPOSIZIONI NAZIONALI DESTINATE A RESTRINGERE
LA PORTATA E L'EFFICACIA DI UNA DIRETTIVA
DI ARMONIZZAZIONE TOTALE**

Tralasciamo le imprecisioni presenti nella sentenza in commento e concentriamo la nostra attenzione sulla massima sopra riportata.

Secondo il Tribunale di Perugia «è *giocoforza* che la norma nazionale possa stabilire delle regole ben più restrittive di una direttiva, magari a tutela di un determinato interesse specifico, magari nazionale o locale».

Se tale tesi fosse fondata occorrerebbe ("*giocoforza*") concludere che le direttive comunitarie di armonizzazione dovrebbero ritenersi perfettamente inutili e che l'intera costruzione del mercato unico europeo, essenzialmente basato su direttive di armonizzazione, non sarebbe altro che il frutto di un'errata interpretazione giuridica delle norme contenute nei Trattati.

Infatti le direttive di armonizzazione sono state adottate proprio con l'obiettivo prevalente di superare gli ostacoli alla libera circolazione delle merci (nonché delle persone, dei servizi e dei capitali) dovuti alle legislazioni nazionali degli Stati membri che risultavano tra loro divergenti.

La copiosa giurisprudenza della Corte di giustizia pronunciata in questa materia¹ dimostra che, proprio grazie all'efficacia delle direttive di armonizzazione, è stato possibile creare le condizioni per realizzare compiutamente la libera circolazione delle merci nel mercato europeo (nonché la libera circolazione delle persone e dei capitali).

Sorprende, pertanto, che dopo cinquanta anni di giurisprudenza, attualmente ormai consolidata, non solo della Corte di giustizia di Lussemburgo, ma anche di tutti i giudici interni degli Stati membri, un Tribunale della Repubblica italiana arrivi a sostenere che uno Stato membro «*possa stabilire delle regole ben più restrittive di una direttiva, magari a tutela di un determinato interesse specifico, magari nazionale o locale*».

¹ Cfr. F. CAPELLI, *Le direttive comunitarie*, Milano, Giuffrè, 1983.

La direttiva comunitaria, presa in esame nella fattispecie della causa decisa con la sentenza qui commentata, è la direttiva n. 2000/13/Ce² in materia di presentazione, di etichettatura e di pubblicità dei prodotti alimentari³ (anche se tale direttiva non viene espressamente nominata nella sentenza).

Come è noto, in base a tale direttiva (e già in base alla precedente direttiva Ce n. 79/112), tutti gli Stati membri hanno dovuto modificare le proprie legislazioni interne disciplinanti la predetta materia.

Trattandosi di una direttiva di armonizzazione totale⁴ non era (e non è) consentito agli Stati membri di adottare disposizioni interne di recepimento divergenti da quelle contenute nella direttiva medesima.

In effetti, lo Stato italiano ha recepito la normativa comunitaria in materia di presentazione e pubblicità dei prodotti alimentari, mediante il dlgs n. 109/92⁵, che, dopo varie integrazioni e adattamenti, riproduce, nella versione attualmente in vigore, la normativa vigente in sede comunitaria⁶.

Da questa premessa si possono fare le seguenti considerazioni.

Se la direttiva comunitaria alla quale occorre far riferimento è la direttiva n. 2000/13/Ce, è ovvio che, essendo stata la stessa correttamente recepita dallo Stato italiano, il Tribunale di Perugia avrebbe dovuto applicare direttamente la corrispondente norma nazionale alla fattispecie da decidere, verificando l'esistenza di un eventuale contrasto tra la norma nazionale contestata in causa e la disposizione nazionale di recepimento della direttiva.

² Direttiva n. 2000/13/Ce del Parlamento europeo e del Consiglio, del 20 marzo 2000, relativa al ravvicinamento delle legislazioni degli Stati membri concernenti l'etichettatura e la presentazione dei prodotti alimentari, nonché la relativa pubblicità, in *Guce* n. L 109 del 6 maggio 2000, p. 29 ss.

³ Cfr. G. DE GIOVANNI, *Le etichette dei prodotti alimentari*, Bologna, Edagricole, 2004.

⁴ Cfr. F. CAPELLI, *Direttive di armonizzazione totale, direttive di armonizzazione parziale e direttive opzionali*, in questa *Rivista*, 2000, p. 755 ss.

⁵ Dlgs n. 109 del 27 gennaio 1992. Attuazione della direttiva n. 89/395/Cee e della direttiva n. 89/396/Cee concernenti l'etichettatura, la presentazione e la pubblicità dei prodotti alimentari, in *Guri* n. 39 del 17 febbraio 1992, *suppl. ord.*

⁶ La direttiva n. 2000/13/Ce è stata successivamente modificata dalla direttiva n. 2003/89/Ce del Parlamento europeo e del Consiglio, del 10 novembre 2003, che modifica la direttiva n. 2000/13/Ce per quanto riguarda l'indicazione degli ingredienti contenuti nei prodotti alimentari, in *Gu-Ue* n. L 308 del 25 novembre 2003, p. 15; dalla direttiva n. 2005/26/Ce della Commissione, del 21 marzo 2005, che fissa un elenco di ingredienti o sostanze alimentari temporaneamente esclusi dall'allegato III *bis* della direttiva n. 2000/13/Ce, in *Gu-Ue* n. L 75 del 22 marzo 2005, p. 33; dalla direttiva n. 2005/63/Ce della Commissione, del 3 ottobre 2005, che rettifica la direttiva n. 2005/26/Ce per quanto riguarda l'elenco delle sostanze o ingredienti alimentari temporaneamente esclusi dall'allegato III *bis* della direttiva n. 2000/13/Ce del Parlamento europeo e del Consiglio, in *Gu-Ue* n. L 258 del 4 ottobre 2005, p. 3 nonché dalla direttiva n. 2007/68/Ce della Commissione, del 27 novembre 2007, che modifica l'allegato III *bis* della direttiva n. 2000/13/Ce del Parlamento europeo e del Consiglio per quanto concerne l'inclusione di alcuni ingredienti alimentari, in *Gu-Ue* n. L 310 del 28 novembre 2007, p. 11. In particolare la direttiva n. 2007/68/Ce ha confermato alcune specifiche esclusioni per quanto riguarda l'indicazione dei derivati da alcune sostanze allergeniche. Per completezza di informazione v. anche la direttiva n. 2008/5/Ce della Commissione del 30 gennaio 2008 relativa alla specificazione sull'etichetta di alcuni prodotti alimentari di altre indicazioni obbligatorie oltre a quelle previste dalla direttiva n. 2000/13/Ce del Parlamento europeo e del Consiglio, in *Gu-Ue* n. L 27 del 31 gennaio 2008, p. 12 ss.

Orbene, considerata la fattispecie sottoposta al giudizio del Tribunale, la norma applicabile a tale fattispecie era l'art. 4 del dlgvo n. 109/92 che riproduce esattamente il testo dell'art. 5 della direttiva n. 2000/13/Ce.

Infatti, come risulta dalla motivazione della sentenza sopra riportata, la fattispecie di causa riguardava il diritto di un produttore comunitario di utilizzare la denominazione «gazzosa» per commercializzare, anche in Italia, una bevanda contenente due edulcoranti, consentiti dalla normativa comunitaria, in aggiunta al saccarosio previsto come unico edulcorante dalla disciplina italiana per la produzione della «gassosa» (cfr. art. 6 dpr n. 719/58⁷).

In sostanza, pertanto, la controversia verteva sulle possibilità di designare legittimamente, con la denominazione «gazzosa», una bevanda, prodotta per conto di una società tedesca che assumeva la qualifica di produttore per la sua commercializzazione in tutta Europa, in considerazione del fatto che tale bevanda conteneva due edulcoranti (*aspartame* e *acesulfame* consentiti dalla normativa comunitaria) in aggiunta al saccarosio previsto come unico edulcorante dalla normativa italiana, vale a dire dall'art. 6 del dpr n. 719/58 e successive modifiche.

Poiché la contestazione sollevata dall'Autorità di controllo (con la conseguente irrogazione della sanzione) si basava sulla differente composizione del prodotto che impediva l'utilizzo del termine «gazzosa» (considerato dall'Autorità un sinonimo di «gassosa») diventava necessario un esame del dlgvo n. 109/92 (e quindi della direttiva n. 2000/13/Ce) per stabilire se la denominazione di vendita «gazzosa» (ritenuta, come appena ricordato, un sinonimo di «gassosa») potesse essere utilizzata in presenza delle differenze riscontrate e sopra indicate.

Procedendo in tal modo, il Tribunale avrebbe potuto verificare che la disposizione alla quale occorreva fare riferimento era l'art. 4 del dlgvo n. 109/92 che riproduce, quasi con le stesse parole, il testo dell'art. 5 della direttiva n. 2000/13/Ce.

Già questa semplice verifica avrebbe evitato al Tribunale di Perugia di affermare erroneamente che la norma nazionale poteva contenere «regole ben più restrittive di una direttiva». Infatti, come abbiamo precisato, la disposizione della direttiva applicabile nel caso di specie (art. 5 della direttiva n. 2000/13/Ce) era ed è esattamente uguale a quella della norma italiana di recepimento (art. 4 del dlgvo n. 109/92).

Di conseguenza, l'eventuale conflitto ipotizzabile nella fattispecie in esame poteva sorgere tra la normativa italiana del 1958 disciplinante la produzione della «gassosa» (art. 6 dpr n. 719/58) e l'art. 4 del predetto dlgvo n. 109/92

⁷ Dpr n. 230 del 2 agosto 2004. Regolamento recante modifiche del dpr 19 maggio 1958 n. 719 in materia di disciplina della produzione e del commercio delle acque gassate e delle bibite analcoliche gassate e non gassate confezionate in recipienti chiusi, in *Guri* n. 209 del 6 settembre 2004.

sulla denominazione di vendita dei prodotti alimentari in Europa.

Nella fattispecie in esame non sussisteva, dunque, alcun conflitto tra una direttiva comunitaria e una norma nazionale che ne restringeva la portata.

Il conflitto esisteva, al contrario, tra una norma nazionale del 1958 (art. 6 dpr n. 719/58) e una legge nazionale successiva (art. 4 del dlgo n. 109/92 adeguatamente modificato) che aveva recepito l'art. 5 della direttiva n. 2000/13/Ce.

Ovviamente, nell'applicare la citata disposizione nazionale contenuta nell'art. 4 del dlgo n. 109/92, il Tribunale di Perugia avrebbe dovuto tener conto dell'interpretazione riservata dalla Corte di giustizia all'art. 5 della direttiva n. 2000/13/Ce, da cui la norma nazionale deriva.

Il Tribunale di Perugia avrebbe quindi compreso che, per decidere la fattispecie sottoposta al suo giudizio, avrebbe dovuto necessariamente interpretare ed applicare una norma di diritto comunitario contenuta in una direttiva (art. 5 della direttiva n. 2000/13/Ce).

Tale norma stabilisce in particolare che: «1. La denominazione di vendita di un prodotto alimentare è la denominazione prevista per tale prodotto dalle disposizioni comunitarie ad esso applicabili.

a. In mancanza di disposizioni comunitarie, la denominazione di vendita è la denominazione prevista dalle disposizioni legislative, regolamentari o amministrative applicabili nello Stato membro nel quale si effettua la vendita al consumatore finale o alle collettività.

In assenza di queste ultime, la denominazione di vendita è costituita dal nome sancito dagli usi dello Stato membro nel quale si effettua la vendita al consumatore finale o alle collettività o da una descrizione del prodotto alimentare e, all'occorrenza, della sua utilizzazione, che sia sufficientemente precisa da consentire all'acquirente di conoscerne l'effettiva natura e di distinguerlo dai prodotti con i quali potrebbe essere confuso.

b. È parimenti autorizzata l'utilizzazione, nello Stato membro di commercializzazione, della denominazione di vendita sotto la quale il prodotto è legalmente fabbricato e commercializzato nello Stato membro di produzione.

Tuttavia, laddove l'applicazione delle altre disposizioni della presente direttiva, in particolare quelle di cui all'art. 3, non sia tale da consentire al consumatore dello Stato membro di commercializzazione di conoscere l'effettiva natura del prodotto e di distinguerlo dai prodotti con i quali esso potrebbe essere confuso, la denominazione di vendita è accompagnata da altre informazioni descrittive che devono figurare in prossimità della stessa.

c. In casi eccezionali, la denominazione di vendita dello Stato membro di produzione non è utilizzata nello Stato membro di commercializzazione, quando il prodotto che essa designa si discosta talmente, dal punto di vista della composizione o della fabbricazione, dal prodotto conosciuto sotto tale denominazione, che le disposizioni della lett. b. non sono sufficienti a garan-

tire un'informazione corretta dei consumatori nello Stato membro di commercializzazione».

Come si vede, il Tribunale di Perugia avrebbe dovuto decidere, sulla base dell'art. 5 della direttiva n. 2000/13/Ce, così come interpretata dalla giurisprudenza della Corte di giustizia, se una bevanda commercializzata da un produttore comunitario contenente due edulcoranti (consentiti) in aggiunta al saccarosio che rappresenta l'unico edulcorante previsto dalla normativa italiana disciplinante la produzione della «*gassosa*», potesse essere venduta in Italia con la denominazione «*gazzosa*».

Di conseguenza il Tribunale avrebbe dovuto stabilire se la bevanda commercializzata dal produttore comunitario con la denominazione «*gazzosa*», per il fatto di contenere, oltre al saccarosio, anche due edulcoranti consentiti dalla normativa applicabile, presentasse caratteri distintivi tali, rispetto alla bevanda conosciuta in Italia con il nome «*gassosa*» contenente il solo saccarosio, da dover essere considerata un prodotto del tutto diverso.

Questa era dunque l'indagine che il Tribunale di Perugia avrebbe dovuto condurre, pervenendo, al termine di essa, ad una sua conclusione.

Enrica Adobati*

* Avvocato in Novara; Cultore di Diritto dell'Unione europea e Diritti dell'uomo / Università Cattolica del Sacro Cuore di Milano.

ATTI DELLE ISTITUZIONI EUROPEE

UNIONE EUROPEA E COOPERAZIONE GIUDIZIARIA PENALE: MUTUO RICONOSCIMENTO DELLE DECISIONI SULLE MISURE ALTERNATIVE ALLA CUSTODIA CAUTELARE IN CARCERE

Decisione quadro n. 2009/829/GAI del Consiglio, del 23 ottobre 2009, sull'applicazione tra gli Stati membri dell'Unione europea del principio del reciproco riconoscimento alle decisioni sulle misure alternative alla detenzione cautelare*

Il Consiglio dell'Unione europea,

visto il Trattato sull'Unione europea, in particolare l'art. 31, par. 1, lett. *a.* e *c.*, e l'art. 34, par. 2, lett. *b.*,

vista la proposta della Commissione,

visto il parere del Parlamento europeo¹,

considerando quanto segue:

1. L'Unione europea si è prefissa l'obiettivo di conservare e sviluppare uno spazio di libertà, sicurezza e giustizia.

2. Conformemente alle conclusioni del Consiglio europeo riunitosi a Tampere il 15 e 16 ottobre 1999, con particolare riferimento al punto 36, il principio del reciproco riconoscimento dovrebbe applicarsi alle ordinanze preliminari. Il programma di misure intese ad attuare il principio del reciproco riconoscimento in materia penale prende in considerazione il reciproco riconoscimento delle misure cautelari alla misura n. 10.

3. Le misure di cui alla presente decisione quadro dovrebbero mirare a rafforzare la protezione dei cittadini in generale, consentendo a una persona residente in uno Stato membro ma sottoposta a procedimento penale in un secondo Stato membro di essere sorvegliata dalle autorità dello Stato in cui risiede in attesa del processo. Pertanto la presente decisione quadro si prefigge l'obiettivo della sorveglianza dei movimenti di un imputato alla luce del preminente obiettivo della protezione dei cittadini in generale nonché del rischio rappresentato per essi dal regime esistente, che prevede due sole al-

* In *Gu-Ue* n. L 294 dell'11 novembre 2009, p. 20 ss. In argomento v. *infra*, p. 113 ss., il commento di *ADRIANO MAFFEO*.

¹ Parere non ancora pubblicato sulla *Gazzetta ufficiale*.

ternative: detenzione cautelare o circolazione non sottoposta a controllo. Le misure rinforzeranno pertanto il diritto dei cittadini rispettosi della legge di vivere in sicurezza.

4. Le misure previste nella presente decisione quadro dovrebbero mirare inoltre a rafforzare il diritto alla libertà e la presunzione di innocenza nell'Unione europea nel suo complesso e assicurare la cooperazione tra gli Stati membri allorché una persona sia soggetta a obblighi o a misure cautelari durante un procedimento giudiziario. Di conseguenza, l'obiettivo della presente decisione quadro è la promozione, ove opportuno, del ricorso a misure non detentive come alternativa alla detenzione cautelare, anche quando, a norma della legislazione dello Stato membro interessato, la detenzione cautelare non potrebbe essere disposta *ab initio*.

5. Per quanto concerne la detenzione di persone sottoposte a procedimento penale, esiste il rischio di una disparità di trattamento tra coloro che risiedono e coloro che non risiedono nello Stato del processo: la persona non residente nello Stato del processo corre il rischio di essere posta in custodia cautelare in attesa di processo, laddove un residente non lo sarebbe. In uno spazio comune europeo di giustizia senza frontiere interne è necessario adottare idonee misure affinché una persona sottoposta a procedimento penale non residente nello Stato del processo non riceva un trattamento diverso da quello riservato alla persona sottoposta a procedimento penale ivi residente.

(*Omissis*)

ha adottato la presente decisione quadro:

Articolo 1 - Oggetto

La presente decisione quadro stabilisce le norme secondo le quali uno Stato membro riconosce una decisione sulle misure cautelari emessa in un altro Stato membro in alternativa alla detenzione cautelare, sorveglia le misure cautelari imposte ad una persona fisica e consegna la persona in questione allo Stato di emissione in caso di inosservanza di tali misure.

Articolo 2 - Obiettivi

1. La decisione quadro si prefigge i seguenti obiettivi:
 - a. assicurare il regolare corso della giustizia e, in particolare, la comparizione dell'interessato in giudizio;
 - b. promuovere durante il procedimento penale, ove opportuno, il ricorso a misure non detentive per le persone che non sono residenti nello Stato membro in cui ha luogo il procedimento;
 - c. migliorare la protezione delle vittime e dei cittadini in generale.
2. La presente decisione quadro non conferisce alcun diritto di ricorso, durante il procedimento penale, a misure non detentive alternative alla custodia cautelare. Questa materia è disciplinata dalla legislazione e dalle procedure dello Stato in cui ha luogo il procedimento.

Articolo 3 - Tutela dell'ordine pubblico e salvaguardia della sicurezza interna

La presente decisione quadro lascia impregiudicato l'esercizio delle responsabilità incumbenti agli Stati membri ai fini della protezione delle vittime e dei cittadini

in generale e della salvaguardia della sicurezza interna conformemente all'art. 33 del Trattato sull'Unione europea.

Articolo 4 - Definizioni

Ai fini della presente decisione quadro, si intende per:

- a.* «decisione sulle misure cautelari» una decisione esecutiva emessa durante il procedimento penale da un'autorità competente dello Stato di emissione conformemente alla legislazione e alle procedure nazionali e che impone ad una persona fisica, come alternativa alla detenzione cautelare, una o più misure cautelari;
- b.* «misure cautelari» gli obblighi e le istruzioni imposti a una persona fisica conformemente al diritto interno e alle procedure dello Stato di emissione;
- c.* «Stato di emissione» lo Stato membro in cui è stata emessa una decisione sulle misure cautelari;
- d.* «Stato di esecuzione» lo Stato membro in cui le misure cautelari sono sorvegliate.

(Omissis)

Articolo 8 - Tipi di misure cautelari

1. La presente decisione quadro si applica alle seguenti misure cautelari:

- a.* obbligo della persona di comunicare ogni cambiamento di residenza all'autorità competente dello Stato di esecuzione, in particolare al fine di ricevere la citazione a comparire a un'audizione o in giudizio nel corso del procedimento penale;
- b.* divieto di frequentare determinati luoghi, posti o zone definite nello Stato di emissione o di esecuzione;
- c.* obbligo di rimanere in un luogo determinato, eventualmente in ore stabilite;
- d.* restrizioni del diritto di lasciare il territorio dello Stato di esecuzione;
- e.* obbligo di presentarsi nelle ore stabilite presso una determinata autorità;
- f.* obbligo di evitare contatti con determinate persone in relazione con il o i presunti reati.

2. In sede di attuazione della presente decisione quadro o in una fase successiva, ogni Stato membro comunica al segretariato generale del Consiglio le misure cautelari, oltre a quelle di cui al par. 1, che è disposto a sorvegliare. Le misure possono comprendere in particolare:

- a.* divieto di esercitare determinate attività connesse con il o i presunti reati, in particolare una determinata professione o attività professionali in un determinato settore;
- b.* divieto di guida di veicoli;
- c.* obbligo di depositare una data somma di denaro o di fornire un altro tipo di garanzia, pagabile in rate stabilite oppure in un'unica soluzione;
- d.* obbligo di sottoporsi a trattamento terapeutico o di disintossicazione;
- e.* obbligo di evitare contatti con determinati oggetti in relazione con il o i presunti reati.

3. Il segretariato generale del Consiglio mette a disposizione di tutti gli Stati membri e della Commissione le informazioni ricevute ai sensi del presente articolo.

(Omissis)

Articolo 13 - Adattamento delle misure cautelari

1. Se le misure cautelari per loro natura sono incompatibili con la legislazione dello Stato di esecuzione, l'autorità competente di quest'ultimo può adattarle ai tipi di misure cautelari che si applicano nella propria legislazione a reati equivalenti. La misura cautelare adattata corrisponde, il più possibile, alla misura cautelare disposta nello Stato di emissione.

2. La misura cautelare adattata non è più severa della misura cautelare originariamente disposta.

3. In seguito alla ricezione delle informazioni di cui all'art. 20, par. 2, lett. *b.* o *f.*, l'autorità competente dello Stato di emissione può decidere di revocare il certificato purché la sorveglianza nello Stato di esecuzione non sia ancora iniziata. In ogni caso tale decisione è presa e comunicata quanto prima e al più tardi entro dieci giorni dalla relativa notifica.

Articolo 14 - Doppia incriminabilità

1. I seguenti reati, se punibili nello Stato di emissione con una pena detentiva o una misura privativa della libertà personale della durata massima non inferiore a tre anni e quali definiti dalla legge di detto Stato, danno luogo, ai sensi della presente decisione quadro e senza verifica della doppia incriminabilità del fatto, al riconoscimento della decisione sulle misure cautelari:

- partecipazione a un'organizzazione criminale,
- terrorismo,
- tratta di esseri umani,
- sfruttamento sessuale di bambini e pornografia infantile,
- traffico illecito di stupefacenti e sostanze psicotrope,
- traffico illecito di armi, munizioni ed esplosivi,
- corruzione,
- frode, compresa la frode che lede gli interessi finanziari delle Comunità europee ai sensi della Convenzione del 26 luglio 1995 relativa alla tutela degli interessi finanziari delle Comunità europee⁵,
- riciclaggio di proventi di reato,
- falsificazione e contraffazione di monete, compreso l'euro,
- criminalità informatica,
- criminalità ambientale, compreso il traffico illecito di specie animali protette e il traffico illecito di specie e di essenze vegetali protette,
- favoreggiamento dell'ingresso e del soggiorno illegali,
- omicidio volontario, lesioni personali gravi,
- traffico illecito di organi e tessuti umani,
- rapimento, sequestro e cattura di ostaggi,
- razzismo e xenofobia,
- furto organizzato o rapina a mano armata,
- traffico illecito di beni culturali, compresi gli oggetti d'antiquariato e le opere d'arte,

⁵ *Guce* n. C 316 del 27 novembre 1995, p. 49.

- truffa,
- racket ed estorsione,
- contraffazione e pirateria di prodotti,
- falsificazione di atti amministrativi e traffico di documenti falsi,
- falsificazione di mezzi di pagamento,
- traffico illecito di sostanze ormonali e altri fattori di crescita,
- traffico illecito di materie nucleari o radioattive,
- traffico di veicoli rubati,
- violenza sessuale,
- incendio,
- reati che rientrano nella competenza giurisdizionale della Corte penale internazionale,
- dirottamento aereo o di nave,
- sabotaggio.

2. Il Consiglio può decidere in qualsiasi momento, deliberando all'unanimità previa consultazione del Parlamento europeo alle condizioni stabilite dall'art. 39, par. 1, del Trattato sull'Unione europea, di aggiungere altre fattispecie di reato all'elenco di cui al par. 1. Il Consiglio esamina, alla luce della relazione sottopostagli ai sensi dell'art. 27 della presente decisione quadro, se sia opportuno estendere o modificare tale elenco.

3. Per quanto riguarda i reati diversi da quelli elencati nel par. 1, lo Stato di esecuzione può subordinare il riconoscimento della decisione sulle misure cautelari alla condizione che essa si riferisca a fatti che costituiscono reato anche ai sensi della legge dello Stato di esecuzione, indipendentemente dagli elementi costitutivi o dalla qualificazione del reato stesso.

4. All'atto dell'adozione della presente decisione quadro ciascuno Stato membro può dichiarare, mediante una dichiarazione notificata al segretariato generale del Consiglio, che, per motivi di ordine costituzionale, non applicherà il par. 1 per taluni o per tutti i reati di cui al par. 1. Tali dichiarazioni possono essere ritirate in qualsiasi momento. Tali dichiarazioni o ritiri di dichiarazioni sono pubblicati nella *Gazzetta ufficiale dell'Unione europea*.

Articolo 15 - Motivi di non riconoscimento

1. L'autorità competente dello Stato di esecuzione può rifiutare il riconoscimento della decisione sulle misure cautelari se:

a. il certificato di cui all'art. 10 è incompleto o non corrisponde manifestamente alla decisione sulle misure cautelari e non è stato completato o corretto entro un termine ragionevole fissato dall'autorità competente dello Stato di esecuzione;

b. i criteri di cui all'art. 9, par. 1 e 2, o all'art. 10, par. 4, non sono soddisfatti;

c. il riconoscimento della decisione sulle misure cautelari è in contrasto con il principio del *ne bis in idem*;

d. la decisione sulle misure cautelari si riferisce, nei casi di cui all'art. 14, par. 3, e, qualora lo Stato di esecuzione abbia fatto una dichiarazione ai sensi dell'art. 14, par. 4, nei casi di cui all'art. 14, par. 1, a un fatto che non costituirebbe reato ai sensi della legislazione dello Stato di esecuzione; tuttavia, in materia di tasse o di imposte, di dogana e di moneta, l'esecuzione della decisione non può essere rifiutata in base

al fatto che la legislazione dello Stato di esecuzione non impone lo stesso tipo di tasse o di imposte o non contiene lo stesso tipo di disciplina in materia di tasse o imposte, di dogana o di moneta della legislazione dello Stato di emissione;

e. l'azione penale si è prescritta ai sensi della legislazione dello Stato di esecuzione e si riferisce a un fatto che rientra nella competenza dello Stato di esecuzione in conformità della sua legislazione interna;

f. la legislazione dello Stato di esecuzione prevede un'immunità che rende impossibile sorvegliare le misure cautelari;

g. l'interessato, in base alla legislazione dello Stato di esecuzione, non può considerarsi, per motivi di età, penalmente responsabile dei fatti su cui si basa la decisione sulle misure cautelari;

h. in caso di inosservanza delle misure cautelari, dovrebbe rifiutare di consegnare l'interessato in conformità della decisione quadro n. 2002/584/GAI del Consiglio, del 13 giugno 2002, relativa al mandato d'arresto europeo e alle procedure di consegna tra Stati membri⁶ («decisione quadro relativa al mandato d'arresto europeo»).

2. Nei casi di cui al par. 1, lett. *a.*, *b.* e *c.*, l'autorità competente dello Stato di esecuzione, prima di decidere di non riconoscere la decisione sulle misure cautelari, consulta, con ogni mezzo appropriato, l'autorità competente dello Stato di emissione e, all'occorrenza, le chiede di fornire senza indugio tutte le ulteriori informazioni necessarie.

3. L'autorità competente dello Stato di esecuzione, se ritiene che il riconoscimento di una decisione sulle misure cautelari possa essere rifiutato ai sensi del par. 1, lett. *h.*, ma intende comunque riconoscere tale decisione e sorvegliare le misure cautelari ivi previste, ne informa l'autorità competente dello Stato di emissione illustrando i motivi del possibile rifiuto. L'autorità competente dello Stato di emissione può in tal caso decidere di revocare il certificato a norma dell'art. 13, par. 3, seconda frase. Se l'autorità competente dello Stato di emissione non revoca il certificato, l'autorità competente dello Stato di esecuzione può riconoscere la decisione sulle misure cautelari e sorvegliare le misure ivi previste, fermo restando che l'interessato potrebbe non essere consegnato in base al mandato d'arresto europeo.

Articolo 16 - Legislazione applicabile alla sorveglianza

La sorveglianza delle misure cautelari è disciplinata dalla legislazione dello Stato di esecuzione.

(Omissis)

Articolo 21 - Consegna dell'interessato

1. Se l'autorità competente dello Stato di emissione ha emesso un mandato di arresto o qualsiasi altra decisione giudiziaria esecutiva che abbia la stessa forza, l'interessato è consegnato conformemente alla decisione quadro relativa al mandato d'arresto europeo.

2. In tale contesto, l'autorità competente dello Stato di esecuzione non può invocare l'art. 2, par. 1, della decisione quadro relativa al mandato d'arresto europeo

⁶ *Guce* n. L 190 del 18 luglio 2002, p. 1.

per rifiutare di consegnare l'interessato.

3. In sede di attuazione della presente decisione quadro o in una fase successiva, ogni Stato membro può comunicare al segretariato generale del Consiglio che, nella decisione in merito alla consegna dell'interessato allo Stato di emissione, applicherà anche l'art. 2, par. 1, della decisione quadro relativa al mandato d'arresto europeo.

4. Il segretariato generale del Consiglio mette a disposizione di tutti gli Stati membri e della Commissione le informazioni ricevute ai sensi del paragrafo precedente.

Articolo 22 - Consultazioni

1. Salvo impossibilità, le autorità competenti dello Stato di emissione e dello Stato di esecuzione si consultano:

a. nella fase di elaborazione o, almeno, prima di trasmettere una decisione sulle misure cautelari unitamente al certificato di cui all'art. 10;

b. per agevolare l'efficienza e la fluidità della sorveglianza delle misure cautelari;

c. qualora l'interessato abbia compiuto una grave violazione delle misure cautelari disposte.

2. L'autorità competente dello Stato di emissione tiene debito conto di qualsiasi indicazione comunicata dall'autorità competente dello Stato di esecuzione in merito al rischio che l'interessato potrebbe costituire per le vittime e i cittadini in generale.

3. In applicazione del par. 1 le autorità competenti dello Stato di emissione e dello Stato di esecuzione si scambiano ogni informazione utile, tra cui:

a. le informazioni che consentono di accertare l'identità e il luogo di residenza dell'interessato;

b. le informazioni pertinenti estratte dal casellario giudiziario in conformità degli strumenti legislativi applicabili.

(Omissis)

LA DECISIONE QUADRO N. 2009/829/GAI: IL PRINCIPIO DEL MUTUO RICONOSCIMENTO APPLICATO ALLE DECISIONI SULLE MISURE ALTERNATIVE ALLA DETENZIONE CAUTELARE

Sommario: *Premessa - 1. L'ambito di applicazione dell'ordinanza cautelare europea - 2. Il contenuto del provvedimento - 3. I motivi di rifiuto - 4. Segue: La doppia punibilità - 5. La rivedibilità del provvedimento - 6. Le conseguenze del mancato rispetto - 7. Conflitti tra autorità competenti - 8. Conclusioni.*

Premessa

La cooperazione giudiziaria in materia penale, oggetto del c.d. «terzo pilastro»¹, si è tradotta, negli ultimi anni, in una molteplicità di interventi² che, con l'intento di «fornire ai cittadini [europei] un livello elevato di sicurezza in uno spazio di libertà, sicurezza e giustizia»³, hanno avviato una continua e costante attività di armonizzazione del diritto sostanziale e processuale degli Stati membri. Tale operazione, compiuta mediante il ricorso all'applicazione dell'ormai irrinunciabile principio del mutuo riconoscimento⁴, è chiaramente

¹ Per un quadro ricostruttivo della cooperazione in materia penale B. NASCIBENE, *Cooperazione giudiziaria penale: diritto vigente e orientamenti futuri nel quadro della Costituzione europea*, in *Dir. pen. e proc.*, 2004, p. 1295 ss., nonché, da ultimo, P. DE PASQUALE - F. FERRARO (a cura di), *Il terzo pilastro dell'Unione europea, cooperazione intergovernativa e prospettive di comunitarizzazione*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2009.

² A titolo meramente esemplificativo, si ricordano la decisione quadro n. 2003/577/GAI del Consiglio, in *Gu-Ue* n. L 196 del 2 agosto 2003, p. 45, in materia di sequestro probatorio e preventivo di beni; la decisione quadro n. 2005/214/GAI del Consiglio, in *Gu-Ue* n. L 76 del 22 marzo 2005, p. 16, in materia di esecuzione delle sanzioni pecuniarie, per una disamina approfondita della quale v. P. DE PASQUALE, *Sul reciproco riconoscimento delle sanzioni pecuniarie*, in *Dir. Un. Eur.*, 2007, p. 541 ss.; la decisione quadro n. 2006/783/GAI del Consiglio, in *Gu-Ue* n. L 328 del 24 novembre 2006, p. 59 e la decisione quadro n. 2005/212/GAI del Consiglio, in *Gu-Ue* n. L 68 del 15 marzo 2005, p. 1, relative all'applicazione del principio del reciproco riconoscimento delle decisioni di confisca, sulle quali, ampiamente, G. IUZZOLINO, *L'armonizzazione della confisca*, in AA.VV., *Diritto penale europeo e ordinamento italiano*, Milano, Giuffrè, 2006, p. 353, nonché, C. PESCE, *Il principio del mutuo riconoscimento e la sua applicazione alle decisioni di confisca*, in P. DE PASQUALE - F. FERRARO (a cura di), *Il terzo pilastro dell'Unione europea*, loc. cit., p. 213; la proposta di decisione quadro, Com(2003)688, 14 novembre 2003, in *Gu-Ue* n. C 96 del 21 aprile 2004, p. 27, in materia di ricerca ed acquisizione delle prove.

³ Art. 29 TUE. Per una disamina dettagliata degli articoli del Titolo VI, v. C. CANZI, *Art. 30*, in A. TIZZANO (a cura di), *Trattati dell'Unione europea e della Comunità europea*, Milano, Giuffrè, 2004, p. 120 ss.; D. CARDILE, *Art. 31*, *ivi*, p. 123 ss.; M. CONDINANZI, *Art. 34*, *ivi*, p. 130 ss.; M. CONDINANZI, *Art. 35*, *ivi*, p. 142 ss.; U. GUERINI, *Art. 29*, *ivi*, p. 112 ss.

⁴ Il principio del mutuo riconoscimento, elaborato dalla giurisprudenza della Corte di giustizia in materia di libera circolazione delle merci (sentenza della Corte di giustizia del 20 febbraio 1979

tutt'altro che realizzata ma, anche attraverso nuovi interventi di cui si darà conto nel presente contributo, è in continua espansione.

Orbene, tralasciando in questa sede ogni ulteriore valutazione circa l'applicazione del menzionato principio del mutuo riconoscimento in materia giudiziaria penale in applicazione del quale ogni Stato membro si impegna a riconoscere ai provvedimenti giudiziari emanati in un altro Paese i medesimi effetti attribuiti a quelli nazionali⁵, appare utile passare subito all'analisi della recente decisione quadro del Consiglio sull'applicazione tra gli Stati membri dell'Unione del principio del reciproco riconoscimento alle decisioni sulle misure alternative alla detenzione cautelare⁶.

Questo ulteriore strumento, che si inserisce nel processo avviato dalla decisione quadro sul mandato di arresto europeo⁷, si propone di effettuare un bilanciamento di interessi contrapposti: da un lato, quelli dello Stato a perseguire l'autore di un reato e a scongiurare, soprattutto, il pericolo di fuga dell'indagato, l'inquinamento del materiale probatorio nonché la commissione di ulteriori reati; dall'altro, il diritto alla libertà e la presunzione di non colpevolezza del sospettato.

La decisione quadro in parola è originata da una proposta della Commissione⁸ il cui intervento è stato indotto dalla constatazione che, nella pratica,

in causa n. 120/78, *Rewe-Zentral*, in *Raccolta*, 1979, p. 649), è stato, successivamente, individuato quale fondamento per la realizzazione di uno spazio di libertà, sicurezza e giustizia, così come si deduce chiaramente dalle conclusioni del Consiglio europeo di Tampere del 15-16 ottobre 1999, consultabili in www.consilium.europa.eu. Al punto 33 delle conclusioni, infatti, il menzionato principio è indicato quale «fondamento della cooperazione giudiziaria» nell'Unione tanto in materia civile quanto in materia penale con la consapevolezza che «il rafforzamento del reciproco riconoscimento delle decisioni giudiziarie e delle sentenze e il necessario ravvicinamento delle legislazioni faciliterebbero la cooperazione fra le autorità, come pure la tutela giudiziaria dei diritti dei singoli». Sul punto vale la pena evidenziare che, proprio accogliendo tali considerazioni, l'art. 82 TFUE che, con la ratifica del Trattato di Lisbona (in *Gu-Ue* n. C 306 del 17 dicembre 2007, p. 1; v. la versione consolidata del TFUE in *Gu-Ue* n. C 115 del 9 maggio 2008, p. 47) sostituisce il Trattato CE, prevede che «la cooperazione giudiziaria in materia penale nell'Unione è fondata sul principio di riconoscimento reciproco delle sentenze e delle decisioni giudiziarie (...)». Per una più completa analisi del principio del mutuo riconoscimento applicato a materie del terzo pilastro, v. AA.VV., *Harmonisation des sanctions penales en Europe*, Paris, Société de législation comparée, 2005.

⁵ Tale impegno può essere considerato, per certi aspetti, derivante dall'obbligo di leale collaborazione sancito dall'art. 10 TCE. In effetti, sebbene nel TUE non sia rinvenibile una norma analoga a quella dell'art. 10 TCE, l'obbligo scaturirebbe da una lettura sistematica del Titolo VI, oltre che, implicitamente, dall'art. 1 TUE che prevede un dovere di collaborazione degli Stati con le istituzioni. Sul punto si segnalano le conclusioni dell'Avvocato Generale nel caso *Pupino* (sentenza della Corte di giustizia del 16 giugno 2005 in causa n. C-105/03, *Pupino*, in *Raccolta*, 2005, I, p. 285) che, ai punti 25-26, chiarisce che anche nell'ordinamento dell'Unione, così come in quello comunitario, gli Stati membri e le istituzioni sono vincolati da un obbligo di fedeltà reciproca.

⁶ Decisione n. 2009/829/GAI, in *Gu-Ue* n. L 294 dell'11 novembre 2009.

⁷ Decisione n. 2002/584/GAI del Consiglio, in *Guce* n. L 190 del 18 luglio 2002, p. 1, che ha avuto esecuzione nel nostro ordinamento mediante l. n. 69 del 22 aprile 2005. Per un'analisi dettagliata della decisione quadro sul mandato di arresto e dell'attuazione in Italia, L. ZANNELLA, *Decisione quadro sul mandato d'arresto europeo e prassi applicative*, in P. DE PASQUALE - F. FERRARO (a cura di) *Il terzo pilastro dell'Unione europea*, cit. *supra*, nota 1, p. 241.

⁸ Com(2006)468 def., in *Gu-Ue* n. C 303 del 13 dicembre 2006, p. 96. Non è di scarsa rilevanza il fatto che l'iniziativa in parola provenga dalla Commissione. Nella fase iniziale della cooperazione nel settore del terzo pilastro la Commissione si è, infatti, dimostrata quasi "riluttante", alme-

soprattutto qualora il sospettato sia uno straniero, si registra un eccessivo ricorso alla carcerazione preventiva, che, invece, dovrebbe essere una misura di carattere eccezionale da applicarsi solo come *extrema ratio*⁹.

Una spiegazione di tale tendenza potrebbe essere individuata nell'assenza di collegamenti sufficientemente stretti tra la comunità dello Stato *commissi delicti* e l'indagato non cittadino; ciò determina una maggiore propensione dell'autorità procedente, allo scopo di scongiurare (soprattutto) il rischio della fuga del presunto reo, ad applicare la detenzione preventiva piuttosto che una misura ad essa alternativa, con la conseguenza di dar luogo ad un'inaccettabile disparità di trattamento, almeno dal punto di vista sostanziale, nei riguardi degli indagati residenti nello Stato procedente i quali, a parità di situazioni, beneficiano di misure cautelari meno gravose¹⁰.

Anche all'osservatore più sprovveduto non può sfuggire come l'indagato non residente, prima ancora di essere dichiarato colpevole, sarà, quindi, costretto a subire conseguenze, a volte spropositate rispetto al reato per il quale è chiamato a rispondere. Basti, infatti, pensare che, anche qualora non dovesse essere trattenuto in detenzione ma semplicemente obbligato a presentarsi in giorni e orari prestabiliti presso un'autorità designata dallo Stato procedente, sarà, di fatto, tenuto lontano dai suoi affetti, non potrà far ritorno nel proprio Paese e, con molta probabilità, sarà esposto all'ulteriore rischio di perdere l'impiego nello Stato di residenza abituale.

Ma vi è di più. L'eccessivo ricorso alla carcerazione preventiva¹¹ arreca non trascurabili conseguenze anche per lo Stato procedente, che, se da un lato dovrà farsi carico del mantenimento del detenuto, dall'altro, dovrà fronteggiare l'ulteriore problema del sovraffollamento delle carceri¹².

no sul piano formale, ad assumere un ruolo determinante lasciando agli Stati membri il compito di assumere l'iniziativa. Solo nella prassi più recente, invece, si è registrata un'inversione di tendenza con l'assunzione da parte dell'istituzione comunitaria di un ruolo di riferimento. Basti, infatti, pensare che alcune delle decisioni quadro dal più rilevante significato politico (tra tutte, quella sul mandato di arresto europeo) sono state adottate proprio su proposta della Commissione. Sul punto v. M. CONDINANZI, *Art. 34*, in A. TIZZANO (a cura di), *Trattati dell'Unione europea e della Comunità europea, cit. supra*, nota 3, p. 134 ss. Per una analisi del testo originario della proposta, sia consentito il rinvio a A. MAFFEO, *La (proposta) di decisione quadro sull'ordinanza cautelare europea tra incertezze e buoni propositi*, in P. DE PASQUALE - F. FERRARO (a cura di), *Il terzo pilastro dell'Unione europea, cit. supra*, nota 1, p. 297.

⁹ L'art. 5, c. 1, lett. c., CEDU, enuncia il diritto alla «libertà e alla sicurezza» prevedendo che possa essere compresso solo «quando vi sono motivi plausibili di sospettare che [l'indagato] abbia commesso un reato o vi sono motivi fondati di ritenere che sia necessario impedirgli di commettere un reato o di darsi alla fuga dopo averlo commesso».

¹⁰ Sul punto, cfr. *considerando* 5.

¹¹ Nella sua prima Relazione sulla situazione dei diritti fondamentali nell'Unione europea e negli Stati membri nel 2002, presentata al Parlamento europeo il 31 marzo del 2003, la rete di esperti indipendenti in materia di diritti dell'uomo ha evidenziato come in numerosi Paesi fosse elevata la percentuale (Lussemburgo: 39,2%, Francia: 28,5%, Grecia: 27,4%, Austria: 24,9%, Italia: 24,6% etc.) di detenuti in attesa del processo di primo grado.

¹² Anche il Parlamento europeo, nella sua risoluzione sulla situazione dei diritti fondamentali nell'Unione europea nell'anno 2002, aveva evidenziato come, per buona parte, le condizioni degra-

La decisione quadro in esame, quindi, si candida a divenire un importante strumento per rafforzare la protezione dei cittadini, da un lato, ed a consentire a chi è destinatario di un procedimento penale di attendere la decisione dello stesso senza ulteriori ed a volte spropositate restrizioni delle libertà personali, dall'altro.

1. L'ambito di applicazione dell'ordinanza cautelare europea

Fatta questa necessaria premessa, è possibile procedere nell'analisi del testo della decisione quadro¹³ che si inserisce tra le attività consentite dall'art. 34 TUE¹⁴ «al fine di conseguire il ravvicinamento delle disposizioni legislati-

danti dei detenuti erano da attribuirsi al sovraffollamento delle carceri.

¹³ La decisione quadro è uno degli atti tipici individuati dall'art. 34 TUE per la realizzazione della cooperazione giudiziaria. Per il suo requisito fondamentale di vincolare gli Stati relativamente al risultato da raggiungere può essere, in buona sostanza, accomunata alla direttiva prevista dall'art. 249 CE, a differenza della quale non potrà, tuttavia, avere efficacia diretta per esplicita previsione del Trattato (art. 34 TUE, lett. b). Tuttavia, ciò non significa che tale fonte normativa non abbia una particolare influenza sull'ordinamento nazionale. Come ha, infatti, recentemente chiarito la Corte di giustizia nel noto caso *Pupino* anche alla decisione quadro si applica il principio comunitario dell'interpretazione conforme con la conseguenza che il giudice nazionale, chiamato ad applicare le norme interne, non potrà prescindere dalla fonte comunitaria conformemente alla quale dovrà "leggere" il diritto interno. Sulla decisione quadro quale fonte normativa v. AA.Vv., *Diritto penale europeo e ordinamento italiano*, cit. supra, nota 2, passim; M. CONDINANZI, *Art.34*, in A. TIZZANO (a cura di), *Trattati dell'Unione europea e della Comunità europea*, cit. supra, nota 1, p. 135 ss.; G. IZZOLINO, *La decisione quadro come fonte di produzione del diritto dell'Unione europea nel settore della cooperazione giudiziaria penale. Il mutuo riconoscimento e i principi di legalità, eguaglianza e non discriminazione*, in *Foro it.*, 2007, 9, IV, c. 439; S. MANACORDA, *L'armonizzazione dei sistemi penali: una introduzione*, in *La giustizia penale italiana nella prospettiva internazionale*, Atti del Convegno. Courmayeur, 8-10 ottobre 1999, Milano, Giuffrè, 2000; L. SALAZAR, *La cooperazione giudiziaria in materia penale*, in N. PARISI - D. RINOLDI (a cura di), *Giustizia e Affari interni nell'Unione Europea. Il Terzo pilastro del Trattato di Maastricht*, Torino, Giappichelli, 1996, p. 140 ss.; ID., *L'Unione europea e la lotta alla criminalità organizzata da Maastricht ad Amsterdam*, in *Doc. giust.*, 1999, p. 391. Sul principio di interpretazione conforme nel diritto comunitario in generale, cfr. G. BETLEM, *The Doctrine of Consistent Interpretation - Managing Legal Uncertainty*, in *Oxford J. Legal Stud.*, 2002, p. 397 ss.; G. GAJA, *L'esigenza di interpretare le norme nazionali in conformità con il diritto comunitario*, in S. P. PANUNZIO - E. SCISO (a cura di), *Le riforme istituzionali e la partecipazione dell'Italia all'Unione europea*, Milano, Giuffrè, 2002; R. MASTROIANNI, *Direttive non attuate, rimedi alternativi e principio di uguaglianza*, in *Dir. Un. Eur.*, 1998, p. 81 ss. Sull'obbligo di interpretazione conforme applicato alle decisioni quadro v., in particolar modo, F. CHERUBINI, *L'obbligo di interpretazione conforme "sconfina" nel terzo pilastro: note a margine della sentenza Pupino*, in *Studi integr. eur.*, 2006, p. 157 ss., il quale, nell'effettuare un parallelo tra il pilastro comunitario e quello intergovernativo, sostiene che, sebbene nel titolo VI TUE non vi sia una norma analoga a quella esplicitata nell'art. 10 TCE, un obbligo di leale collaborazione sussiste comunque in quanto discenderebbe da una lettura sistematica del Titolo VI, oltre che, implicitamente, dall'art. 1 TUE che presuppone, per il raggiungimento della missione dell'Unione, la collaborazione degli Stati con le istituzioni. Sull'obbligo di interpretazione conforme delle decisioni quadro si segnalano anche G. ARMONE, *La Corte di Giustizia e il terzo pilastro. Quale futuro*, in *Foro it.*, 2006, c. 585; M. MARCHEGANI, *L'obbligo di interpretazione conforme alle decisioni-quadro: considerazioni in margine alla sentenza «Pupino»*, in *Dir. Un. Eur.*, 2006, p. 563 ss. Più in generale, sul dovere di leale collaborazione in materia penale, v. L. TERMINIELLO, *Il principio di leale collaborazione nell'ambito della cooperazione di polizia e giudiziaria in materia penale*, in P. DE PASQUALE - F. FERRARO (a cura di), *Il terzo pilastro dell'Unione europea*, cit. supra, nota 1, p. 13.

¹⁴ La numerazione, riferita ai Trattati previgenti, non tiene conto delle modifiche apportate con

ve e regolamentari degli Stati membri»¹⁵.

L'iniziativa della Commissione, che fa leva sui c.d. capisaldi del Consiglio europeo di Tampere¹⁶ nonché sul programma di misure per l'attuazione del reciproco riconoscimento delle decisioni penali¹⁷, affonda le sue radici in un processo di consultazione¹⁸ avviato nel 2003 con il chiaro intento di individuare i possibili ostacoli all'elaborazione di uno strumento di armonizzazione delle norme processuali e sostanziali in materia di misure cautelari, sfociato, poi, in un Libro Verde¹⁹.

Sulla scorta dei contributi ricevuti da Stati membri ed altri soggetti interessati²⁰, l'istituzione ha, poi, elaborato la proposta di decisione quadro che, dopo quasi tre anni di dialettica interistituzionale, non senza numerose e sostanziali modifiche, è stata approvata dal Consiglio il 23 ottobre 2009.

Un primo intervento si è, infatti, registrato in riferimento alla definizione dell'ambito di applicazione del provvedimento in parola.

Ed invero, l'art. 4 del testo adottato definisce la decisione sulle misure cautelari come una «decisione esecutiva emessa durante il procedimento penale da un'autorità competente dello Stato di emissione conformemente alla legislazione ed alle procedure nazionali e che impone ad una persona fisica, come alternativa alla detenzione cautelare, una o più misure cautelari». Detta norma, letta in combinato disposto con il *considerando* 3, consente di ritenere generalmente applicabile l'ordinanza cautelare²¹ in parola a tutti i cittadini re-

l'entrata in vigore del Trattato di Lisbona.

¹⁵ Come si desume dai punti 64-66 delle conclusioni dell'Avvocato Generale nella causa *Advocaten voor de Wereld* (sentenza della Corte di giustizia del 3 maggio 2007 in causa n. C-303/05, *Advocaten voor de Wereld*, in *Raccolta*, 2007, I, p. 3633), la decisione quadro si dimostra essere lo strumento più adeguato a raggiungere gli obiettivi indicati dall'art. 34 TUE. Conferma di ciò si ha proprio ove si consideri che il ravvicinamento delle legislazioni può essere realizzato anche mediante le convenzioni di cui all'art. 34, par. 2, lett. d., TUE ma, dovendo queste essere adottate da almeno la metà degli Stati membri per poter entrare in vigore, ben si comprende come lo strumento della decisione quadro sia più idoneo a garantire l'effetto utile del diritto comunitario. Cfr., in tal senso, V. BAZZOCCHI, *Il mandato d'arresto europeo e le Corti supreme nazionali*, in *Dir. Un. Eur.*, 2007, p. 674.

¹⁶ Al *considerando* 2 vi è un esplicito richiamo alle conclusioni del Consiglio europeo di Tampere per una approfondita disamina delle quali si rinvia a AA.VV., *Le conclusioni del Consiglio europeo di Tampere*, in *Cass. pen.*, 2000, p. 302 ss.; L. SALAZAR *La costruzione di uno spazio di libertà, sicurezza e giustizia dopo il Consiglio europeo di Tampere*, in *Cass. pen.*, 2000, p. 685 ss.

¹⁷ In *Gu-Ue* n. C 12 del 15 gennaio 2001, p. 10.

¹⁸ Il processo di consultazione ha avuto inizio con l'elaborazione e la diffusione di un questionario sulla carcerazione preventiva e sulle alternative a tale misura. Successivamente, sulla scorta delle risposte fornite da tutti gli allora quindici Stati membri, è stato redatto un documento di discussione dibattuto in una riunione di esperti tenutasi a Bruxelles il 12 maggio 2003 cui hanno preso parte, oltre ai rappresentanti dei vari Stati, numerosi esperti e rappresentanti di ONG.

¹⁹ La diffusione del Libro Verde sul reciproco riconoscimento delle misure cautelari non detentive [Com(2004)562 def.] costituisce la terza ed ultima fase del processo consultivo avviato dalla Commissione antecedente alla redazione della proposta di decisione quadro sul reciproco riconoscimento delle misure alternative.

²⁰ I contributi offerti sono consultabili sul sito internet http://ec.europa.eu/justice_home/news/consulting_public/gp_30112004/news_contributions_gp30112004_en.htm.

²¹ Si segnala che la decisione quadro, a differenza della proposta della Commissione, non parla

sidenti in uno Stato membro diverso da quello in cui sono sottoposti a procedimento penale.

Tale lettura, contrariamente al primo testo elaborato dalla Commissione, è conforme alla misura n. 10 del programma sul reciproco riconoscimento di cui *supra* che rimetteva a quest'ultima la valutazione dell'opportunità di «adottare uno strumento che consent[isse] il riconoscimento e l'esecuzione immediata delle misure di controllo, di sorveglianza o di sicurezza disposte da un'autorità anteriormente al giudizio di merito» da applicarsi a «tutte le persone oggetto di azioni penali in uno Stato membro che possono trovarsi in un altro Stato membro».

Pertanto, stupiva e suscitava qualche perplessità la previsione del testo originario elaborato dalla Commissione che, all'art. 1, definiva l'ordinanza cautelare come «un provvedimento giudiziario emesso da un'autorità competente di uno Stato membro nei confronti di un indagato ivi non residente per permettergli di fare ritorno [nelle more del processo] nello Stato membro di residenza», con l'obbligo di rispettare le misure alternative alla detenzione imposte con l'ordinanza in parola.

Contrariamente agli auspici della misura del programma per l'attuazione del reciproco riconoscimento di cui *supra*, la quale, con riferimento alla presenza dell'indagato in un Paese diverso da quello in cui è sospettato di aver commesso un reato, si esprime in termini di possibilità, lasciando implicitamente intendere che potrebbe tanto trovarsi nel territorio dello Stato procedente, tanto altrove, la proposta della Commissione sembrava, quindi, limitare l'ambito di applicazione dell'ordinanza alla mera eventualità in cui l'indagato non residente si trovasse ancora sul territorio dello Stato *commissi delicti*.

Restava, conseguentemente, da chiedersi se l'ordinanza avesse potuto trovare applicazione qualora il destinatario del provvedimento avesse già lasciato lo Stato di emissione. Le alternative immaginabili erano due: escludere *tout court* la possibilità di emettere l'ordinanza cautelare, oppure rinviare ogni valutazione al momento in cui l'indagato, eventualmente coartato mediante l'esecuzione di un mandato di arresto europeo, si fosse venuto a trovare sul territorio dello Stato procedente²².

I problemi sembrano, tuttavia, definitivamente risolti dal Consiglio che, al già ricordato *considerando* 3, chiarisce che la decisione sulle misure caute-

di "ordinanza cautelare europea" bensì di decisione sulle misure cautelari.

²² Appare, tuttavia, doveroso segnalare che dovrebbe essere tenuta distinta l'eventualità in cui il sospettato si sia allontanato dallo Stato procedente per sottrarsi all'applicazione della misura cautelare già disposta a suo carico da quella in cui, a causa di una tardiva emissione del provvedimento, si sia legittimamente recato altrove. Orbene, nella prima ipotesi soltanto assimilando il sospettato ad un latitante, potrebbe accettarsi (sussistendo i requisiti sostanziali) il ricorso ad un mandato di arresto onde rintracciare il presunto reo, condurlo sul territorio dello Stato procedente ed applicare le misure cautelari ritenute opportune; nella seconda, invece, la soluzione prospettata si porrebbe in palese contrasto con la *ratio* sottesa all'intervento della Commissione, ed imporrebbe all'indagato una inutile quanto inaccettabile compressione del diritto alla libertà.

lari emessa ai sensi della decisione quadro consente «ad una persona residente in uno Stato membro ma sottoposta a procedimento penale in un secondo Stato membro, di essere sorvegliata dalle autorità dello Stato in cui risiede». Venendo, quindi, meno ogni riferimento alla possibilità di "far ritorno" nello Stato membro di residenza, nulla vieta che una persona, che abbia legittimamente lasciato lo Stato del processo, possa essere sorvegliata dalle autorità dello Stato di residenza.

2. Il contenuto del provvedimento

Detto ciò, è possibile procedere ad una più approfondita disamina del contenuto della decisione quadro.

L'ordinanza cautelare europea si configura come una decisione esecutiva emessa da una autorità competente di uno Stato membro conformemente alla legislazione ed alle procedure nazionali²³ nei confronti di un indagato non residente che sarà sorvegliato dalle autorità dello Stato di residenza ovvero di quello eventualmente indicato, previo consenso della competente autorità nazionale²⁴.

Essa deve essere accompagnata da un apposito certificato²⁵ in cui, oltre ad ogni riferimento relativo all'autorità che ha emesso la decisione, al tipo di reato per il quale si procede ed alle informazioni sul soggetto destinatario del provvedimento, dovranno essere indicate le misure cautelari da applicare ed, eventualmente, il tempo per il quale si stima necessaria la sorveglianza.

A differenza della proposta originaria della Commissione, in cui non erano specificate le ipotesi in cui poter far ricorso al provvedimento in esame né se l'ordinanza cautelare potesse essere emessa solo nell'eventualità in cui l'autorità competente procedesse per infrazioni c.d. gravi ovvero anche per quelle c.d. minori, il Consiglio chiarisce che la decisione-quadro si applica a tutti i reati e che le misure cautelari (alternative alla detenzione) dovrebbero

²³ L'art. 6, par. 1, della decisione quadro chiarisce che ogni Stato membro informa il segretariato generale del Consiglio in merito all'autorità giudiziaria competente ad emettere e riconoscere la decisione sulle misure cautelari. Il successivo par. 2, poi, riconosce la possibilità che vengano designate autorità non giudiziarie purché competenti per l'adozione di decisioni di tipo analogo ai sensi della legislazione nazionale escludendo, tuttavia, la possibilità di emissione di un mandato di arresto europeo ai sensi dell'art. 18, lett. c.

²⁴ Cfr. art. 9, par. 2. Sul punto si segnala che la proposta originaria della Commissione non includeva la possibilità per l'indagato di indicare uno Stato diverso da quello di sua abituale residenza in cui voler ritornare nelle more del processo. L'introduzione di tale possibilità si deve, infatti, al Parlamento il quale, mediante un emendamento al testo della Commissione, recepito dal Consiglio, ha proposto di consentire al beneficiario dell'ordinanza cautelare di indicare uno Stato diverso da quello di residenza in cui essere trasferito nelle more del processo, prevedendo, quale condizione necessaria, l'accettazione dello Stato designato.

²⁵ Un prototipo del certificato è contenuto nell'Allegato I alla decisione quadro n. 2009/829/GAI.

di norma applicarsi ai reati meno gravi²⁶.

Tale scelta, pienamente condivisibile, ha come risultato quello di attuare l'obiettivo primario dell'intervento vale a dire il bilanciamento del diritto dello Stato alla sicurezza ed alla repressione dei reati con il diritto alla libertà ed alla presunzione di non colpevolezza del reo.

Procedendo oltre nell'esame del testo, appare utile soffermarsi brevemente sull'analisi delle misure alternative alla detenzione che potrebbero essere imposte all'indagato.

L'art. 8, par. 1, in aggiunta al generale obbligo di comunicare alle autorità dello Stato di esecuzione ogni cambio di residenza²⁷, enumera una serie di prescrizioni che possono essere imposte alla persona indagata e riconosciute dallo Stato di esecuzione e che, in buona sostanza, sono riassumibili nell'obbligo o nel divieto di frequentare determinati posti o determinate persone.

Il par. 2 del medesimo articolo prevede, poi, che ogni Stato comunichi, in sede di attuazione della decisione quadro o in una fase successiva, le ulteriori misure che è disposto a riconoscere ed eseguire tra le quali, a titolo meramente esemplificativo, elenca il divieto di esercitare particolari attività o professioni, il divieto di guidare veicoli, l'obbligo di sottoporsi a trattamenti terapeutici o di disintossicazione ovvero quello di depositare una somma di denaro a titolo di garanzia.

La conoscenza delle misure cautelari alternative alla detenzione che ogni Stato è disposto a riconoscere ed attuare è di fondamentale importanza per l'autorità competente dello Stato di emissione che, pertanto, potrà emettere una decisione idonea ad assolvere alle esigenze cautelari e, allo stesso tempo, rispettosa dei diritti fondamentali della persona sottoposta al procedimento penale e dell'ordinamento dello Stato di esecuzione.

Inoltre, al fine di evitare qualsivoglia incompatibilità tra la decisione adottata dallo Stato di emissione con l'ordinamento costituzionale dello Stato di esecuzione, la decisione quadro contempla la possibilità di adattare la misura cautelare con altre equipollenti con l'espresso divieto di modifiche peggiorative e fermo restando il diritto dell'autorità dello Stato di emissione di revocare il provvedimento, purché la sorveglianza nello Stato di esecuzione non abbia ancora avuto inizio²⁸.

La procedura descritta, unitamente alla previsione della necessaria consultazione tra le autorità interessate degli Stati di emissione e di esecuzione di

²⁶ Cfr. *considerando* 13.

²⁷ Tale ultima prescrizione, non presente nel testo originario della proposta, è stata sollecitata dal Parlamento sulla scorta della considerazione che, condizione preliminare per l'emissione dell'ordinanza cautelare è la certezza che l'indagato abbia una residenza permanente in un altro Stato membro, per cui, qualora successivamente all'emissione dell'ordinanza questa dovesse mutare, è di estrema importanza che le autorità competenti ne siano informate.

²⁸ In tal senso, cfr. art. 13.

cui all'art. 22, par. 1, lett. *a.* e *b.*, si mostra essere particolarmente rispettosa del generale principio di proporzionalità²⁹ consentendo la sorveglianza dell'indagato con l'applicazione della misura cautelare alternativa alla detenzione più adatta al caso di specie³⁰.

3. I motivi di rifiuto

Particolarmente delicata e meritevole di attenzione è la questione relativa ai motivi di rifiuto di riconoscimento ed esecuzione dell'ordinanza cautelare europea³¹.

In proposito, è necessaria una preliminare precisazione: la *ratio* sottesa ai motivi di rifiuto di riconoscimento ed esecuzione di un'ordinanza cautelare europea è diversa da quella dei motivi di rifiuto contemplati nella decisione quadro n. 2002/584/GAI. Se, infatti, il diniego di riconoscimento di un mandato d'arresto europeo è idoneo a scongiurare illegittime compressioni del diritto alla libertà del destinatario del provvedimento di cattura, il rifiuto opposto al riconoscimento di una decisione sulle misure cautelari alternative alla detenzione potrebbe condurre a risultati di segno contrario.

È verosimile immaginare, infatti, che l'autorità procedente, vedendosi negato il riconoscimento del proprio provvedimento, ovvero anche solo prefigurandone il rifiuto, preferisca trattenere in custodia preventiva l'indagato fino alla definizione del procedimento a suo carico.

Conseguentemente, considerata l'inopportunità di una trasposizione *sic et simpliciter* dei motivi di rifiuto contemplati per il mandato di arresto europeo al nuovo strumento sul reciproco riconoscimento ci si sarebbe attesi che il Consiglio, in accoglimento dell'impostazione della Commissione³², avesse limitato al minimo i motivi di diniego e confermato, quale unico motivo obbligatorio, la contrarietà della misura cautelare al generale principio del *ne bis*

²⁹ Il principio è accolto dalla totalità degli Stati membri. Per quanto concerne l'ordinamento nazionale, v. art. 275, c. 2, c.p.p.

³⁰ Si segnala che l'iniziale proposta della Commissione, rimettendo all'autorità competente dello Stato di emissione la scelta delle misure cautelari da applicare all'indagato e prevedendo per l'autorità competente nello Stato di esecuzione la mera possibilità di apportare modifiche nella misura strettamente necessaria a renderla compatibile con l'ordinamento nazionale, faceva sorgere non poche perplessità circa l'effettivo rispetto del principio di proporzionalità. Più opportuno sarebbe stato, infatti, rimettere all'organo emittente il compito di individuare, in maniera compiuta e dettagliata, le esigenze cautelari da fronteggiare e lasciare a quello di esecuzione, nel rispetto del proprio ordinamento nazionale, la scelta delle prescrizioni più adeguate al caso concreto.

³¹ Che si tratti di una questione delicata si desume anche dall'attenzione dedicata dalla Commissione nella fase di consultazione. Il quesito n. 4 del Libro Verde sul reciproco riconoscimento delle misure non detentive, infatti, sollecitava la valutazione dell'opportunità di prevedere motivi di non esecuzione obbligatoria nonché la pertinenza dei motivi di diniego facoltativi previsti nell'art. 4 della decisione sul mandato di arresto europeo nel contesto di una decisione di trasferimento dell'esecuzione di misure alternative.

³² Art. 10, par. 1, della proposta della Commissione.

*in idem*³³ prevedendo, poi, degli ulteriori eventuali motivi facoltativi. Ciò detto, stupisce che l'art. 15, rubricato «motivi di non riconoscimento», non individui alcuna ipotesi in cui negare obbligatoriamente l'esecuzione della decisione ed inserisca, tra i diversi e numerosi motivi facoltativi, anche la contrarietà al *ne bis in idem*³⁴.

Infatti, sebbene sia previsto un dialogo tra le autorità competenti dello Stato di emissione e di quello di esecuzione³⁵, è astrattamente prospettabile che un soggetto, già giudicato per un determinato reato in uno Stato membro, sia sottoposto, nel medesimo Stato, a misura cautelare alternativa alla detenzione per essere destinatario di un procedimento penale avviato, per lo stesso fatto, in un altro Stato membro.

Ad ogni modo, al di là della violazione del *ne bis in idem*, il diniego potrà essere opposto ancora nell'eventualità in cui il certificato, incompleto ovvero manifestamente "non corrispondente" alla decisione sulle misure cautelari, non sia stato integrato entro un termine ragionevole, ed in quella in cui difetti il consenso dell'indagato a rientrare nello Stato di residenza (in cui dovrebbe essere eseguita la misura cautelare) ovvero, qualora abbia fatto richiesta di essere sorvegliato in un diverso Stato membro, difetti il parere favorevole dell'autorità competente³⁶.

In tutti i casi menzionati, la decisione quadro prevede, a carico dell'autorità competente dello Stato di esecuzione, uno specifico obbligo³⁷ di comunicare la propria intenzione di non voler riconoscere la decisione all'autorità dello Stato di emissione che, in tempi brevi³⁸, dovrà fornire eventuali ulteriori

³³ Alcune importanti pronunce della Corte di giustizia (sentenza del 23 febbraio 2003 in cause riunite n. C-187/01 e n. C-385/01, *Götüzok e Brügge*, in *Raccolta*, 2003, I, p. 2885) hanno chiarito che il principio del *ne bis in idem*, affermato all'art. 50 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea (in *Guce* n. C 364 del 18 dicembre 2000, p. 1), «si applica anche nell'ambito di procedure di estinzione dell'azione penale (...) in forza delle quali il pubblico ministero di uno Stato membro chiude, senza l'intervento di un giudice, un procedimento penale promosso in questo Stato dopo che l'imputato ha soddisfatto certi obblighi (...) stabilit[i] dal pubblico ministero». Sul punto v. L. CORDI, *Il principio del ne bis in idem nella dimensione internazionale: profili generali e prospettive di valorizzazione nello spazio europeo di sicurezza, libertà e giustizia*, in *Indice pen.*, 2007, p. 761 ss.

³⁴ Cfr. art. 15, lett. c.

³⁵ Cfr. art. 22.

³⁶ Cfr. art. 9, par. 1 e 2.

³⁷ L'art. 15, par. 2, della decisione quadro non parla espressamente di un obbligo ma, dall'analisi della lettera della disposizione, si può desumere che il "consulto" tra le autorità non può essere meramente eventuale e, conseguentemente, può ipotizzarsi la sussistenza di un vero e proprio obbligo a carico delle competenti autorità degli Stati interessati. D'altronde, qualora ce ne fosse bisogno, una ulteriore conferma di tale interpretazione può essere desunta dalla considerazione che la *ratio* sottesa alla decisione quadro è quella di bilanciare l'interesse statale alla sicurezza con la tutela della libertà personale degli indagati che potrebbe essere, in assenza di un rapido ed esaustivo scambio di informazioni tra gli Stati, seriamente compromessa.

³⁸ La previsione che l'autorità dello Stato di emissione, appresa l'intenzione dell'autorità dello Stato di esecuzione di rifiutare il riconoscimento della decisione, comunichi «senza indugio» e «con ogni mezzo appropriato» (si pensi ad esempio al telefax od alla posta elettronica certificata) le ulteriori informazioni necessarie a consentire il riconoscimento della decisione, denota la particola-

informazioni onde scongiurare il diniego.

Oltre ai citati motivi, la decisione quadro contempla la possibilità di opporre il rifiuto qualora, nel certificato che accompagna l'ordinanza cautelare, siano indicate delle misure differenti rispetto a quelle che lo Stato di esecuzione si è dichiarato disponibile ad applicare³⁹ nonché nell'eventualità in cui la persona indagata non possa essere assoggettata a misure restrittive a causa di una immunità o di un privilegio ai sensi della legge dello Stato di esecuzione ovvero ancora se l'azione penale, purché riferita ad un fatto rientrante nella competenza dello Stato di esecuzione, si sia prescritta⁴⁰.

In aggiunta ai casi sopra menzionati, l'autorità competente nello Stato di esecuzione potrà, inoltre, rifiutare il riconoscimento della decisione sulle misure cautelari qualora, riscontrata una inosservanza delle prescrizioni imposte, si troverebbe nella condizione di dover rifiutare l'esecuzione di un eventuale mandato di arresto. Tuttavia, qualora dovesse ravvisarsi tale rischio, l'art. 15, par. 3, riconosce all'autorità competente la possibilità di dichiararsi comunque disponibile a sorvegliare l'indagato mantenendo, parallelamente, fermo il diritto dell'autorità di emissione di revocare la decisione sulle misure cautelari eventualmente già emessa.

Detto ciò, qualche perplessità sorge, infine, in riferimento ad una ulteriore ipotesi di rifiuto prevista dall'art. 15, lett. g., della decisione quadro sulla quale è opportuno soffermarsi brevemente.

La disposizione riproduce uno dei motivi di rifiuto obbligatori contemplati nella decisione quadro sul mandato di arresto europeo⁴¹ ed ammette l'opponibilità del diniego di riconoscimento per motivi legati all'età del destinatario del provvedimento. Tale evenienza potrebbe, ad esempio, registrarsi qualora la commissione del reato sia ascrivibile ad un minore. Questi, *ratione aetatis*, potrebbe essere penalmente responsabile per lo Stato *commissi delicti* ma non anche per quello di presumibile esecuzione della misura cautelare.

Ora, l'eventuale rifiuto del riconoscimento dell'ordinanza cautelare potrebbe significare o "condannare" il sospettato a subire una non irrilevante limitazione della libertà, atteso che, verosimilmente, l'autorità procedente sarà propensa a trattenerlo in detenzione, o, in alternativa, accettare la possibilità che il reo rimanga impunito. Quest'ultimo, infatti, qualora dovesse riuscire a raggiungere il territorio dello Stato di residenza, non essendo penalmente responsabile

re attenzione posta dal Consiglio a che la procedura si completi in tempi alquanto rapidi.

³⁹ Sebbene non specificato è dato supporre che, nell'ipotesi richiamata, non sia possibile adattare la misura cautelare ai sensi dell'art. 13.

⁴⁰ Si segnala che l'introduzione della possibilità di negare il riconoscimento si deve al Consiglio che ha emendato il testo della Commissione che faceva riferimento alla eventualità in cui il reato, sussistendo la competenza dello Stato opponente a perseguirlo, fosse stato oggetto di amnistia nello Stato di esecuzione.

⁴¹ Art. 3, par. 3, decisione n. 2002/584/GAI.

secondo le leggi ivi in vigore, potrebbe tranquillamente ritenersi non più esposto al rischio di sanzioni penali: anche nell'eventualità di una condanna, l'eventuale mandato di arresto spiccato a suo carico non potrebbe mai essere eseguito ostando il divieto ex art. 3, n. 3, della decisione n. 2002/584/GAI.

Da quanto illustrato, emerge, quindi, che un motivo di rifiuto fondato sull'età della responsabilità penale del destinatario del provvedimento, se si mostra idoneo a prevenire illegittime compressioni del diritto fondamentale alla libertà nel caso di un mandato di cattura, non è parimenti adeguato a tutelare i diritti del destinatario dell'ordinanza cautelare europea.

Sotto un altro punto di vista, è tuttavia anche vero che non pochi problemi di legittimità si porrebbero nel caso in cui si prevedesse in capo ad uno Stato l'obbligo di riconoscere ed eseguire *tout court* un provvedimento cautelare europeo in danno di un indagato non responsabile penalmente in ragione della sua età.

In conclusione, tanto la previsione del riconoscimento puro e semplice del provvedimento cautelare quanto l'introduzione di un motivo, obbligatorio o facoltativo, di rifiuto non si mostrano soluzioni idonee a garantire quel bilanciamento tra interessi statuali (alla sicurezza ed al perseguimento del responsabile del reato) e diritti dell'indagato (alla libertà ed alla presunzione di innocenza) sotteso alla decisione quadro.

L'unica strada percorribile per uscire dall'*impasse* consiste nel portare avanti una tutt'altro che agevole opera di armonizzazione tesa ad uniformare la soglia dell'età della responsabilità penale nei vari ordinamenti degli Stati membri⁴².

4. *Segue: La doppia punibilità*

Un ulteriore aspetto meritevole di attenzione è quello relativo alla valutazione della sussistenza della doppia incriminazione (o doppia punibilità)⁴³

⁴² Il principio del mutuo riconoscimento è un fondamentale strumento per la realizzazione di uno spazio di libertà, giustizia e sicurezza, ma, certamente, non è il solo. Ad esso va, infatti, affiancata una attività di armonizzazione delle norme e delle procedure penali dei vari Stati membri, senza, comunque, rinunciare ad adeguati *standard* di garanzia evitando di compiere l'errore di «esportare la procedura penale più repressiva, con conseguente pericolo per lo spazio di libertà». In tal senso, cfr. V. BAZZOCCHI, *Il mandato d'arresto europeo e le Corti supreme nazionali*, cit. *supra*, nota 15, p. 662 ss. Ad ulteriore conferma dell'assunto, si riportano testualmente le parole di A. VITORINO, *Vers un Traité unique pour la mise en place de l'espace de liberté, de sécurité et de justice*, in G. DE KERCHOVE - A. WEYEMBERG (a cura di), *Quelles réformes pour l'espace pénal européen?*, 2003, LGDJ, Bruxelles, p. 98 ss., secondo il quale «la reconnaissance mutuelle exige cependant une base commune de principes partagés et des normes minimales, telles que les garanties de procédure minimales harmonisées pour la protection des droits de la personne, et nécessite par conséquent des mesures d'accompagnement pour faciliter la compréhension et la confiance mutuelles».

⁴³ La doppia incriminazione costituisce uno dei presupposti su cui si fonda la disciplina tradizionale dell'extradizione. Quest'ultima, in ossequio a tale principio, non verrà concessa qualora il fatto per il quale è richiesta non sia previsto come reato tanto nell'ordinamento dello Stato richie-

quale elemento non essenziale per il riconoscimento della decisione sulle misure cautelari⁴⁴.

Ed infatti, contrariamente a quanto previsto nella proposta elaborata dalla Commissione⁴⁵, la decisione quadro in esame, collocandosi nella scia tracciata dalla decisione quadro sul mandato di arresto europeo⁴⁶, individua una serie di reati⁴⁷ per i quali, se punibili nello Stato di emissione con la pena detentiva o una misura privativa della libertà personale della durata massima non inferiore ai tre anni, lo Stato di esecuzione dovrà rinunciare al *test* sulla doppia incriminazione⁴⁸.

dente quanto in quello dello Stato richiesto. Attualmente, nel campo della cooperazione tra Stati, la doppia incriminazione può essere considerata espressione del principio di legalità. In tal senso M. DEL TUFO, *La disciplina del mandato d'arresto europeo (II) - Profili di diritto penale sostanziale* in *Dir. pen. proc.*, 2005, p. 939 ss. La Commissione, nella fase antecedente alla presentazione della proposta, si era interrogata circa l'opportunità di riconoscere all'autorità competente la facoltà di rifiutare l'esecuzione del provvedimento cautelare difettando il requisito della doppia punibilità. Sul punto, v. il quesito n. 4, lett. c., del Libro Verde sul reciproco riconoscimento delle misure cautelari non detentive.

⁴⁴ Il motivo dell'abbandono del requisito della doppia incriminazione da un lato va ricercato nella fiducia sempre crescente tra gli Stati membri, e, dall'altro, nella necessità di scongiurare il rischio che il reo, fuggendo in uno Stato in cui il reato non è perseguibile, si sottragga alla sanzione inflitta dalle autorità del Paese in cui il fatto è stato commesso. V. in tal senso, P. DE PASQUALE, *Sul reciproco riconoscimento*, cit. supra, nota 2, p. 546 e, in senso critico, M. CHIAVARIO, *Cooperazione giudiziaria e di polizia in materia penale a livello europeo*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2005, p. 978.

⁴⁵ La proposta della Commissione non prendeva affatto in esame, neanche mediante la considerazione di motivi facoltativi di non riconoscimento, la valutazione della sussistenza del requisito della doppia punibilità. In merito alle perplessità di tale impostazione, sia consentito rinviare ad A. MAFFEO, *La (proposta) di ordinanza cautelare europea*, in P. DE PASQUALE - F. FERRARO, *Il terzo pilastro dell'Unione europea*, cit. supra, nota 1, p. 307 ss..

⁴⁶ L'art. 5 della decisione quadro n. 2002/584/GAI individua un catalogo di trentanove reati, corrispondenti ad una serie di fattispecie delittuose comuni alle esperienze giuridiche dei vari Stati membri, per i quali non è richiesta la verifica della doppia punibilità ai fini dell'esecuzione dell'ordine di cattura. Per una più ampia disamina, v. S. MANACORDA, *Il mandato d'arresto europeo nella prospettiva sostanzial-penalistica: implicazioni teoriche e ricadute politico-criminali*, in *Dir. pen. proc.*, 2004, p. 789 ss.; L. PICOTTI, *Il mandato d'arresto tra principio di legalità e doppia incriminazione*, in M. BARGIS - E. SELVAGGI (a cura di), *Mandato di arresto europeo. Dall'estradizione alle procedure di consegna*, Torino, Giappichelli, 2003; E. SELVAGGI, *Le condizioni per l'esecuzione del mandato di arresto europeo*, in *Cass. pen.*, 2006, p. 3149.

⁴⁷ Si tratta di reati che sono stati oggetto di una particolare attività di armonizzazione. A titolo meramente esemplificativo, si ricordano, in tema di partecipazione ad una organizzazione criminale: azione comune n. 98/827/GAI, in *Guce* n. L 344 del 15 dicembre 1997, p. 1; azione comune n. 98/773/GAI, in *Guce* n. L 351 del 29 dicembre 1998, p. 1; posizione comune n. 1999/2357/GAI, in *Guce* n. L 87 del 31 marzo 1999, p. 1; in tema di traffico illecito di stupefacenti, azione comune n. 96/699/GAI, in *Guce* n. L 322 del 12 dicembre 1996, p. 1; decisione quadro n. 2004/757/GAI del Consiglio, in *Gu-Ue* n. L 335 dell'11 novembre 2004, p. 8. Ad ogni modo, appare utile chiarire che, secondo una parte della dottrina, proprio in conseguenza della particolare attività di armonizzazione dei reati contemplati nella lista positiva, è da escludere la realizzazione di una violazione del principio di legalità penale. V., in tal senso, G. IUZZOLINO, *La decisione-quadro*, cit. supra, nota 13, c. 442 ss.; M. PANEBIANCO, *L'approvazione parlamentare del mandato di arresto europeo*, in M. PEDRAZZI, *Mandato d'arresto europeo e garanzie della persona*, Milano, Giuffrè, 2004, p. 187 ss.; E. ROSI, *L'elenco dei reati nella decisione sul mandato d'arresto europeo: l'UE «lancia il cuore oltre l'ostacolo»*, in *Dir. pen. proc.* 2004, p. 380 ss.; L. SALAZAR, *Il mandato d'arresto europeo*, in *Dir. pen. proc.*, 2002, p. 1047; E. SELVAGGI, *Il mandato di arresto europeo alla prova dei fatti*, in *Cass. pen.*, 2002, p. 2980 ss. Relativamente ai reati oggetto di specifica armonizzazione, v. P. DE PASQUALE, *Sul reciproco riconoscimento*, cit. supra, nota 2, p. 547.

⁴⁸ Cfr. art. 14, par. 1. Vale la pena sottolineare che i reati per i quali è esclusa la doppia punibilità

Ovviamente, è lasciata la possibilità ad ogni Stato membro, in sede di esecuzione della decisione-quadro, di comunicare al segretariato generale del Consiglio i reati per i quali, per motivi di ordine costituzionale, non potrà prescindere dalla verifica della doppia punibilità⁴⁹.

Ad ogni modo, la scelta del Consiglio di riprodurre, in buona sostanza, l'impostazione della decisione sul mandato di arresto europeo è pienamente condivisibile ed idonea a fugare le perplessità che, invece, faceva sorgere la proposta originaria della Commissione che non contemplava, neanche quale motivo di diniego facoltativo, l'assenza della doppia incriminazione. Difficilmente comprensibile era, infatti, come lo Stato di esecuzione avesse potuto legittimamente imporre ad un proprio cittadino una misura restrittiva per un fatto non costituente reato secondo le leggi penali nazionali, circostanza che si sarebbe ben potuta realizzare qualora fosse stata accolta la proposta della Commissione⁵⁰.

5. La rivedibilità del provvedimento

Caratteristica intrinseca delle misure cautelari è la loro continua rivedibilità. Ciò significa che, venendo meno l'esigenza cautelare sottesa, dovrebbe essere immediatamente rimossa la limitazione alla libertà personale imposta con l'esecuzione del provvedimento.

Ciò premesso, è utile sottolineare che la decisione non riproduce la previsione contenuta nella proposta della Commissione che, all'art. 13, dopo aver sancito che «all'indagato devono essere concessi gli stessi diritti di riesame dell'ordinanza cautelare europea che egli avrebbe se le prescrizioni che essa contiene fossero contenute in una misura cautelare da eseguirsi nello Stato di emissione», introduceva una sorta di procedimento "minimo" di revisione riconoscendo il diritto, tanto per l'indagato, quanto per l'autorità di esecuzione,

e per i quali è comunque intervenuta una attività di armonizzazione sostanziale (v. nota precedente) sono per lo più "grandi reati" il cui disvalore sociale è fortemente avvertito dalla totalità degli Stati membri (cfr. M. PANEBIANCO, *L'approvazione parlamentare del mandato di arresto europeo*, loc. cit., p. 195). La situazione cambia, invece, per i reati c.d. minori che possono essere oggetto di disciplina fortemente diversificata nei vari Stati. Proprio per tale motivo, la decisione quadro prevede la possibilità che lo Stato di esecuzione, qualora il reato per il quale si proceda non sia perseguito penalmente anche dall'ordinamento nazionale, possa rifiutare l'esecuzione dell'ordinanza.

⁴⁹ Cfr. art. 14, par. 4. La dichiarazione con la quale, all'atto dell'adozione della decisione quadro, ogni Stato membro può informare che non potrà prescindere dalla verifica della doppia punibilità per alcuni o tutti i reati elencati all'art. 14, par. 1, potrà essere modificata in qualsiasi momento. Tanto le dichiarazioni quanto le modifiche saranno pubblicate sulla *Gazzetta ufficiale*. Contestualmente alla pubblicazione della decisione n. 2009/829/GAI sono state pubblicate le dichiarazioni di Germania, Polonia, Ungheria e Lituania che hanno dichiarato di non applicare l'art. 14, par. 1, per tutti i reati.

⁵⁰ La possibilità di una concreta realizzazione della situazione prospettata emerge con evidenza laddove si consideri che l'ordinanza cautelare europea potrebbe essere emessa anche per reati meno gravi che, pertanto, possono essere oggetto di disciplina differente nei vari ordinamenti statali.

di richiedere all'organo emittente, entro un termine ben preciso, la revisione del provvedimento cautelare.

Nonostante ciò, nella decisione quadro sono, comunque, contemplate delle garanzie a tutela dei diritti dell'indagato. Tra queste, va annoverato, senza dubbio, l'obbligo dell'autorità di esecuzione di comunicare, in fase di riconoscimento della decisione, il periodo massimo per il quale, nel rispetto del proprio ordinamento nazionale, è disposta a sorvegliare l'esecuzione delle misure cautelari imposte all'indagato⁵¹.

Tale previsione, potrebbe tuttavia, far sorgere, seppur apparentemente, qualche perplessità atteso che vi sono Stati membri che non prevedono un termine massimo per l'applicazione delle misure cautelari. Tali riserve, anche sulla scorta delle conclusioni cui sono recentemente pervenute la Corte di cassazione⁵² e la Corte costituzionale⁵³ in riferimento a questioni interne, possono, tuttavia, ritenersi prive di fondamento. Ed infatti, laddove difetta la previsione di un termine massimo per l'applicazione delle misure cautelari, è sempre previsto un sistema di *continuous review* con il medesimo scopo di contenere la limitazione della libertà personale entro limiti ragionevoli.

Ad ogni modo, la competenza ad assumere ogni provvedimento in ordine alla proroga, modifica o revoca delle misure cautelari imposte con l'ordinanza

⁵¹ Cfr. art. 20, par. 2, lett. b. Il *considerando* 7 chiarisce, poi, che la durata massima, per gli Stati membri in cui le misure cautelari devono essere sottoposte a revisioni periodiche, è da intendersi riferita al periodo di tempo oltre il quale la disposizione non sarà più prorogabile.

⁵² Sent. Cass., del 30 gennaio 2007, n. 4614, in *Foro it.*, 2007, c. 210 ss. con nota di G. IZZOLINO. La pronuncia della Corte opera un intervento chiarificatore in materia di esecuzione del mandato di arresto europeo risolvendo un problema sorto, relativamente al nostro ordinamento, per la previsione contenuta all'art. 18, comma 1, lett. e., della legge del 22 aprile 2005, n. 69. La norma, innovando rispetto alla decisione n. 2002/584, impone, infatti, il diniego alla consegna del destinatario del mandato di arresto qualora la legislazione dello Stato che ha emesso il provvedimento non preveda limiti massimi alla carcerazione preventiva. Con la menzionata pronuncia, la Suprema Corte rileva come il rifiuto della consegna, per ragioni relative alla durata massima della custodia cautelare, non soltanto non è previsto nella decisione-quadro, ma è incompatibile con il suo obiettivo generale, in quanto aggrava la procedura di consegna rispetto all'archetipo dell'estradizione. Soffermandosi, poi, sul significato semantico dell'espressione "limiti massimi", chiarisce che, prima ancora che possa trovare applicazione la suddetta clausola ostativa, debba essere valutata la compatibilità del limite previsto dal nostro ordinamento con le soluzioni adottate in altri Paesi. Tale interpretazione dell'art. 18, lett. e., non solo elimina il contrasto con il dettato europeo (contrasto evidenziato dalla stessa Commissione europea nel documento collegato al Rapporto sull'art. 34 della decisione n. 2002/584, Sec(2006)79, reperibile sul sito internet www.europa.eu) ma si mostra perfettamente aderente anche alla posizione della Corte europea dei diritti dell'uomo che, in diverse pronunce (sentenze del 4 maggio 2005, *Michta c. Polonia*; 6 novembre 2003, *P. c. Italia*; 28 agosto 1992, *T. c. Francia*), ha avuto modo di esprimersi a favore di ordinamenti che impongono agli organi giudiziari di vigilare che la custodia cautelare *ante iudicium* non superi il limite della ragionevolezza, eventualmente attraverso meccanismi di *continuous reviews at regular intervals* piuttosto che di sistemi basati sulla previsione di *maximum periods*, atteso che i primi si mostrano più idonei a valutare le più disparate circostanze della vicenda processuale del singolo imputato. Per una più compiuta disamina della situazione si rinvia a B. PIATTOLI, *Mandato di arresto UE: istanze di armonizzazione processuale, distonie applicative e tutela multilivello dei diritti fondamentali*, in *Dir. pen. proc.*, 2007, p. 1105; E. SELVAGGI, *Le condizioni per l'esecuzione*, cit. supra, nota 46, c. 3149 ss.

⁵³ Ord. Corte cost., del 14 aprile 2008, n. 109, reperibile sul sito internet www.giurcost.org.

cautelare, è, comunque, riconosciuta in via esclusiva all'autorità dello Stato di emissione. La decisione quadro, infatti, trasferisce all'autorità dello Stato di esecuzione esclusivamente la competenza a sorvegliare l'applicazione della decisione⁵⁴, riconoscendo, tuttavia, la possibilità di richiedere, ove ritenuto necessario e specificando il tempo ritenuto necessario, una proroga della misura cautelare.

6. Le conseguenze del mancato rispetto

Alcune brevi considerazioni vanno aggiunte in merito alle conseguenze derivanti dalla violazione degli obblighi imposti con l'ordinanza cautelare europea.

Ricevuta da parte dell'autorità di esecuzione la notizia di un'inadempienza dell'indagato⁵⁵, l'autorità di emissione avrà la possibilità di modificare il contenuto dell'ordinanza cautelare ed assumere qualunque provvedimento necessario valutando il rischio che il destinatario del provvedimento cautelare potrebbe costituire per le vittime e per i cittadini in generale⁵⁶. Non è da escludere, quindi, che l'autorità di emissione possa ritenere necessaria l'applicazione della misura della detenzione cautelare in carcere e che, pertanto, onde ricondurre l'indagato nel territorio del processo, emetta un mandato di arresto europeo.

Certamente condivisibile è la scelta del Consiglio di specificare, all'art. 21, par. 2, che l'esecuzione di quest'ultimo provvedimento non potrà essere rifiutata dallo Stato di esecuzione invocando l'art. 2, par. 1, della decisione quadro n. 2002/584/GAI.

La *ratio* di tale previsione è facilmente rilevabile laddove si consideri che il mandato di arresto europeo può essere legittimamente spiccato solo per quei fatti puniti dalla legge con una pena detentiva non inferiore nel massimo a mesi dodici (salvo il caso in cui il mandato sia emesso sulla base di una condanna per il quale la soglia è ridotta a mesi quattro). Conseguentemente, in assenza di una espressa previsione, l'arresto ed il trasferimento del sospettato sarebbe stato difficilmente attuabile ogni qualvolta, pur in presenza di una violazione degli obblighi imposti con l'ordinanza cautelare europea, il comportamento non potesse essere configurato come delittuoso o, comunque, la pena massima edittale prevista dall'ordinamento dello Stato di esecuzione

⁵⁴ Sul punto, cfr. gli artt. 16 e 18, par. 1 e 2. Quest'ultima disposizione specifica che la legislazione applicabile alle decisioni di modifica, revoca, o proroga delle misure cautelari è quella dello Stato di emissione.

⁵⁵ L'art. 22, lett. c., individua nella grave violazione delle misure cautelari una delle ipotesi in cui si impone la consultazione tra le autorità competenti nello Stato di esecuzione e di emissione.

⁵⁶ Il riferimento alla valutazione del pregiudizio che l'indagato potrebbe arrecare ai cittadini in generale impone alle autorità competenti dello Stato membro, per tutelare lo spazio di libertà e sicurezza comune, di compiere una valutazione in una "prospettiva europea" e non meramente nazionale.

per il reato contestato fosse inferiore alla soglia minima prevista per l'emissione del mandato di arresto.

La previsione della decisione quadro, quindi, rendendo non rifiutabile il mandato di arresto spiccato in conseguenza della violazione di una misura cautelare, ha come finalità quella di scongiurare l'esposizione dello Stato del processo al rischio di non poter perseguire il sospettato il quale, conscio dell'ineseguibilità del mandato di arresto europeo, ponga in essere comportamenti contrastanti con gli obblighi impostigli.

La ricordata previsione, inoltre, potrebbe favorire il ricorso all'ordinanza cautelare europea che, altrimenti, sussistendo il concreto rischio di non poter ricondurre il reo dinanzi al "proprio" giudice, potrebbe non essere emessa dallo Stato del processo che potrebbe preferire la sorveglianza diretta dell'indagato sino alla definizione del procedimento penale con una evidente vanificazione della *ratio* sottesa all'intervento del Consiglio.

Sul punto qualche perplessità suscita, tuttavia, la previsione dell'art. 21, par. 3, che riconosce agli Stati membri la facoltà di comunicare, in fase di attuazione del provvedimento, la volontà di applicare anche l'art. 2, par. 1, della decisione quadro n. 2002/584/GAI.

Probabilmente, sarebbe stato preferibile l'accoglimento della proposta originaria della Commissione che, in merito alla consegna dell'indagato conseguente alla violazione di una misura cautelare, istituiva una particolare procedura, sostanzialmente analoga a quella dettata dalla decisione quadro sul mandato di arresto europeo, ma completamente autonoma e parallela ad essa.

7. Conflitti tra autorità competenti

A completamento di quanto sin qui rilevato, appare doverosa un'ultima e rapida considerazione. Non è da escludere la possibilità che insorgano dei conflitti tra le autorità di emissione e di esecuzione.

Se, infatti, è vero che tutti gli interventi applicativi del principio del mutuo riconoscimento si fondano su una pressoché incondizionata fiducia reciproca degli Stati membri, vi sono ipotesi in cui, essendo coinvolti ulteriori interessi statuali, potrebbe determinarsi un'*impasse* dalla quale, in assenza di strumenti di risoluzione di conflitti, potrebbe essere oltremodo difficile venire fuori. È possibile, ad esempio, fare il caso in cui la violazione di uno degli obblighi imposti al destinatario di un'ordinanza cautelare europea integri, secondo le leggi penali dello Stato di esecuzione, una fattispecie delittuosa. Posto che tale comportamento potrebbe indurre l'organo di emissione dell'ordinanza cautelare a ritenere opportuno disporre l'arresto, il trasferimento e la custodia in carcere dell'indagato, resta da chiedersi fino a che punto lo Stato di esecuzione possa essere effettivamente disposto ad accantonare il proprio

interesse a perseguire il reo dando esecuzione alla richiesta dell'altro Stato.

Il problema, poi, potrebbe essere ancora più rilevante nel caso in cui il sospettato, sottoposto ad una misura alternativa alla detenzione, commetta (*recte*: sia sospettato di aver commesso) un'infrazione nello Stato di esecuzione e questa sia più grave del reato originariamente contestatogli. In siffatta ipotesi è verosimile immaginare che lo Stato membro di esecuzione preferisca perseguire l'indagato per l'infrazione commessa nel proprio territorio piuttosto che cedere a richieste di arresto e trasferimento provenienti da autorità straniera.

Pertanto, proprio al fine di risolvere e, per quanto possibile, prevenire tali "conflitti", la decisione quadro prevede, all'art. 18, par. 5, che «la competenza giurisdizionale dello Stato di emissione ai sensi del par. 1, lascia impregiudicato il procedimento che può essere avviato nello Stato di esecuzione nei confronti dell'interessato per reati, da esso commessi, diversi da quelli su cui è fondata la decisione sulle misure cautelari».

Detto ciò, ci si sarebbe, tuttavia, attesi che fosse previsto, per le ipotesi sopra richiamate, un ulteriore motivo di rifiuto facoltativo ovvero, forse più ragionevolmente, fosse previsto il coinvolgimento di Eurojust⁵⁷ onde ottenere un coordinamento tra autorità, nonché l'individuazione dell'infrazione cui dare priorità⁵⁸.

8. Conclusioni

Alla luce di quanto rilevato, è, comunque, innegabile che la decisione quadro segna un notevole passo in avanti in materia di cooperazione giudiziaria penale offrendo una tutela sostanziale ai diritti fondamentali dei cittadini europei.

Analizzando, infatti, i dati di "casa nostra" si evince che, a fronte di poco più di 40.000 posti disponibili, i detenuti in Italia sono circa 57.000, di cui il 35% è in attesa di giudizio⁵⁹. È facile rendersi conto, quindi, come la stragrande maggioranza di essi si trova a vivere in condizioni degradanti e che, tale situazione, non contribuisce minimamente alla loro riabilitazione.

L'attuazione della decisione quadro oggetto del presente contributo po-

⁵⁷ Eurojust è stato istituito con decisione n. 2002/187/GAI del 28 febbraio 2002, in *Guce* n. L 63 del 6 marzo 2002, p. 1, modificata dalla decisione n. 2003/659/GAI del 18 giugno 2003, in *Gu-Ue* del 26 settembre 2003, p. 44. Per alcune valutazioni in merito ad Eurojust si segnalano G. AMICIS, *La costruzione di Eurojust nell'ambito del «terzo pilastro» dell'Unione Europea*, in *Cass. pen.*, 2001, p. 1964 ss.; F. SPIEZIA, *Crimine transnazionale e procedura di cooperazione giudiziaria: fonti normative, soggetti e rapporti giurisdizionali con le autorità straniere*, Milano, Il Sole 24 Ore, 2006.

⁵⁸ Una disposizione analoga è prevista anche in materia di mandato di arresto europeo: art. 16 della decisione n. 2002/584/GAI.

⁵⁹ I dati sono rilevati dal *dossier* sul sovraffollamento delle carceri pubblicato dal Ministero della giustizia e reperibile sul sito internet www.giustizia.it. Dal documento si evince, tra l'altro, che l'Italia ha un indice di densità penitenziaria (133,9%) tra le più alte, superata solo dalla Grecia (156%) e dall'Ungheria (159%).

trebbe, conseguentemente, costituire uno strumento efficace per una maggiore ed effettiva tutela dei diritti dei cittadini i quali potendo ritornare, nelle more del processo, nel loro Paese non subiranno dalla detenzione cautelare un no-cumento ulteriore e, a volte, sproporzionato rispetto all'azione della quale sono chiamati a rispondere.

Resta, tuttavia, da chiedersi se questo novello strumento possa offrire un contributo effettivo anche alla risoluzione dell'ulteriore problema del sovrappollamento delle carceri.

In effetti, se è vero che circa il 37% della popolazione carceraria italiana è rappresentato da detenuti stranieri⁶⁰, è pur vero che la maggior parte di essi è formata da cittadini extracomunitari irregolari.

Pertanto, a meno che l'Unione non definisca precipui accordi⁶¹ con i Paesi terzi di origine degli indagati extracomunitari, sembra difficile ipotizzare che l'ordinanza cautelare in parola possa trovare applicazione al di fuori dei confini dell'Unione.

In ogni caso, sebbene sia innegabile che le relazioni esterne⁶² dell'Unione rivestano un ruolo fondamentale anche per il mantenimento della stabilità interna e contribuiscano, nel contempo, alla promozione dei valori di libertà, sicurezza e giustizia a livello internazionale⁶³, non bisogna dimenticare che l'obiettivo principale di quest'ulteriore strumento sul mutuo riconoscimento è quello di rafforzare una tutela effettiva dei diritti dei cittadini.

Tra l'altro, i risultati raggiunti sul piano interno, sono frutto dell'elevato

⁶⁰ I dati sono tratti dal V rapporto sulle condizioni di detenzione in Italia pubblicato dall'associazione Antigone ed aggiornato al 31 luglio 2008, reperibile sul sito internet www.osservatorio-antigone.it.

⁶¹ Gli artt. 24 e 38 TUE prevedono la possibilità per il Consiglio di concludere accordi con Stati terzi su raccomandazione della presidenza che, eventualmente assistita dalla Commissione, negozierà gli stessi. Una volta conclusi, gli accordi adottati secondo la richiamata base giuridica diventano vincolanti per gli Stati membri, ad eccezione del caso in cui il rappresentante di uno Stato membro dichiara, in sede di Consiglio, che lo stesso debba conformarsi alle procedure costituzionali interne. In tal caso l'accordo, potrà, comunque, applicarsi agli altri Stati. Mediante gli accordi assunti secondo gli artt. 24 e 38 TUE, potrebbero essere definite forme di cooperazione giudiziaria in materia penale che riproducano, nella sostanza, il contenuto della decisione quadro oggetto del presente studio. Per un esempio di cooperazione giudiziaria con Stati terzi può citarsi l'accordo sull'extradizione tra l'Unione europea e gli Stati Uniti d'America (in *Gu-Ue* n. L 181 del 19 luglio 2003, p. 37). Per un'analisi degli atti adottati sulla base degli artt. 24 e 38 TUE v. M. CONDINANZI, *Fonti del «terzo pilastro» dell'Unione europea e ruolo della Corte costituzionale*, in *Dir. Un. Eur.*, 2007, p. 523 ss.

⁶² Per un'analisi delle modifiche apportate dal Trattato di Lisbona alla materia delle relazioni esterne dell'Unione, si rinvia a F. MUNARI, *Le relazioni esterne*, relazione dell'intervento al convegno tenutosi il 19 novembre 2007 presso l'Università degli Studi Roma Tre dedicato ad una prima riflessione sul Trattato di Lisbona, in www.sudineuropa.net; nonché a M. L. TUFANO, *Il giudice comunitario e i rapporti tra diritto comunitario, diritto UE e diritto penale*, in *Studi integr. eur.*, 2008, p. 93 ss.

⁶³ Sul punto si segnala la comunicazione della Commissione su una strategia sulla dimensione esterna dello spazio di libertà, sicurezza e giustizia, Com(2005)491 def., non pubblicata in *Gu-Ue*, in cui vengono sintetizzati gli obiettivi perseguiti dall'Unione nel tentativo di "esportare" l'*acquis* relativo allo spazio di libertà sicurezza e giustizia con la consapevolezza che «aspetti interni ed esterni della sicurezza dell'UE s[on]o intrinsecamente connessi».

"livello di fiducia"⁶⁴ esistente tra gli Stati membri che non può certo ritenersi sussistente nei confronti della stragrande maggioranza dei Paesi di origine dei cittadini extracomunitari detenuti in Italia.

Ne consegue che, pur valutando positivamente la possibilità di una trasposizione dell'*acquis* relativo alla cooperazione giudiziaria penale, non sembra realizzabile l'attuazione di una identica tutela all'interno e all'esterno dell'Unione.

Comunque, anche all'interno della stessa Unione, i passi da compiere per la realizzazione di un effettivo spazio di sicurezza, libertà e giustizia sono ancora molti.

A tal fine, si spera che "l'abbattimento dei pilastri" ed il superamento della distinzione tra metodo comunitario e metodo intergovernativo attuata dal Trattato di Lisbona, determini una nuova fase di "euro-entusiasmo" che, oltre ad accelerare il processo di recepimento da parte di alcuni Stati inadempienti⁶⁵ degli strumenti giuridici già esistenti⁶⁶, solleciti nuovi interventi sostanziali, indispensabili per ravvicinare le legislazioni penali ed opporre un contrasto effettivo alla criminalità in uno spazio di giustizia e sicurezza.

D'altronde, qualche segnale incoraggiante verso la realizzazione di un diritto penale europeo⁶⁷ che lascia ben sperare è stato fornito proprio di recente con l'adozione della decisione quadro n. 2008/675/GAI⁶⁸ relativa alla considerazione delle decisioni di condanna tra gli Stati membri dell'Unione europea in occasione di un procedimento penale⁶⁹.

Adriano Maffeo*

⁶⁴ In tal senso B. PIATTOLI, *Mandato di arresto UE*, cit. supra, nota 52, p. 1106.

⁶⁵ Si vedano sul punto le comunicazioni della Commissione al Parlamento sull'attuazione del programma dell'Aja Com(2007)373 def., non pubblicata in *Gu-Ue* e Com(2006)331 def., in *Gu-Ue* n. C 184 dell'8 agosto 2006, p. 11.

⁶⁶ In effetti gli atti sin ora adottati nell'ambito del Titolo VI TUE saranno "traslati" progressivamente in atti di diritto comune dell'Unione europea (regolamenti, direttive, decisioni). Sul punto, G. CAGGIANO, *L'evoluzione dello Spazio di libertà, sicurezza e giustizia nella prospettiva di un'Unione basata sul diritto*, in *Studi integr. eur.*, 2007, p. 335 ss.

⁶⁷ Di diritto penale europeo parlano, in modo più o meno esplicito, G. ARMONE, *La Corte di Giustizia e il terzo pilastro*, cit. supra, nota 13, p. 585; E. CANNIZZARO - E. BARTOLONI, *La «costituzionalizzazione» del terzo pilastro dell'Unione europea*, in *Dir. Un. Eur.*, 2007, p. 471; J. VERVAELE, *L'europeizzazione del diritto penale e la dimensione penale dell'integrazione europea*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2005, p. 129 ss.

⁶⁸ Decisione quadro n. 2008/675/GAI del Consiglio, in *Gu-Ue* n. L 220 del 15 agosto 2008, p. 32.

⁶⁹ La decisione, come evidenziato nel *considerando* 6, non mira, a differenza di altri strumenti, a far eseguire in uno Stato membro le decisioni giudiziarie prese in altri Stati membri, ma a far sì che, qualora in uno Stato membro dovesse essere avviato un nuovo procedimento penale, il giudice possa tenere in considerazione il giudicato straniero alla stregua di quanto, secondo il diritto nazionale, avrebbe fatto per le condanne riportate nel medesimo Stato procedente. Sul punto v. E. SELVAGGI, *Con la "presa in considerazione" stessi effetti di precedenti sentenze*, in *Guida al Diritto/Diritto comunitario e internazionale*, 2008, V, p. 29 ss.

* Dottorando di ricerca in "Disciplina del mercato e della concorrenza nell'Unione europea" / Università degli Studi di Napoli "Suor Orsola Benincasa".

CONSIGLIO EUROPEO

Conclusioni della Presidenza del Consiglio europeo di Bruxelles, 25-26 marzo 2010

Il Consiglio europeo ha discusso la nuova strategia dell'Unione europea per l'occupazione e la crescita. Esso ne ha concordato gli elementi principali ed anche gli obiettivi fondamentali che ne guideranno l'attuazione e le modalità per migliorarne il monitoraggio. I Capi di Stato e di Governo hanno proceduto altresì ad uno scambio di pareri sulla competitività, un aspetto critico delle prospettive di crescita dell'Europa, ed hanno discusso lo stato di preparazione del prossimo vertice del G20. In merito ai cambiamenti climatici, il Consiglio europeo ha convenuto che adesso è necessario apportare nuovo dinamismo al negoziato ed ha delineato i prossimi passi.

I. Europa 2020: nuova strategia europea per la crescita e l'occupazione

1. Negli ultimi due anni abbiamo affrontato la peggiore crisi economica mondiale dagli anni '30 del secolo scorso. Tale crisi ha invertito la tendenza di molti progressi compiuti dal 2000.

Adesso ci troviamo di fronte a livelli di debito eccessivi, crescita strutturale fiacca e disoccupazione elevata. La situazione economica sta migliorando ma la ripresa è ancora fragile.

2. Il ripristino della stabilità macroeconomica e il ritorno delle finanze pubbliche sulla via della sostenibilità sono i presupposti della crescita e dell'occupazione come convenuto nel dicembre 2009, l'uscita dalle misure eccezionali di sostegno adottate per combattere la crisi, una volta che la ripresa sarà del tutto consolidata, sarà importante a tale riguardo.

3. Le riforme strutturali sono essenziali per una ripresa forte e sostenibile e per preservare la sostenibilità dei nostri modelli sociali. Sono in gioco posti di lavoro e servizi sociali. Se l'Europa non agisce, perderà terreno. Spetta al Consiglio europeo tracciare la via da seguire.

4. L'UE ha bisogno di una nuova strategia, fondata su un miglior coordinamento delle politiche economiche, per creare maggiore crescita ed occupazione. In seguito alla comunicazione della Commissione intitolata "Europa 2020 - Una strategia per una crescita intelligente, sostenibile e inclusiva" e alle discussioni svoltesi in sede di Consiglio, il Consiglio europeo ha concordato i seguenti elementi di questa nuova strategia, che saranno formalmente adottati a giugno.

5. I nostri sforzi devono essere meglio mirati per incentivare la competitività, la produttività, il potenziale di crescita e la convergenza economica dell'Europa:

a. La nuova strategia si concentrerà sui settori principali in cui è necessario intervenire: conoscenza e innovazione, un'economia più sostenibile, alto tasso di occupazione e inclusione sociale.

b. Il Consiglio europeo ha concordato gli obiettivi principali seguenti che costituiscono obiettivi comuni che guidano l'azione degli Stati membri e dell'Unione:

- mirare a portare al 75% il tasso di occupazione delle donne e degli uomini di età compresa tra 20 e 64 anni, anche mediante una maggiore partecipazione dei giovani, dei lavoratori più anziani e di quelli poco qualificati e una migliore integrazione dei migranti legali;

- migliorare le condizioni per la ricerca e lo sviluppo, in particolare allo scopo di portare al 3% del PIL i livelli d'investimento pubblico e privato combinati in tale settore; la Commissione elaborerà un indicatore che rifletta l'intensità in termini di R&S e di innovazione;

- ridurre le emissioni di gas a effetto serra almeno del 20% rispetto ai livelli del 1990; portare al 20% la quota delle fonti di energia rinnovabili nel consumo finale di energia e puntare a un miglioramento del 20% dell'efficienza energetica;

l'UE si è impegnata a prendere la decisione di passare entro il 2020 a una riduzione del 30% rispetto ai livelli del 1990 come offerta condizionale, nel quadro di un accordo globale e completo per il periodo successivo al 2012, a condizione che altri paesi sviluppati si impegnino ad analoghe riduzioni delle emissioni e i paesi in via di sviluppo contribuiscano adeguatamente in funzione delle loro responsabilità e capacità rispettive;

- migliorare i livelli d'istruzione, in particolare mirando a ridurre i tassi di dispersione scolastica e aumentando la percentuale delle persone che hanno completato l'istruzione terziaria o equivalente; tenendo conto della proposta della Commissione, il Consiglio europeo fisserà le percentuali numeriche di questi obiettivi nel giugno 2010;

- promuovere l'inclusione sociale in particolare attraverso la riduzione della povertà. Sono necessari ulteriori lavori sugli indicatori appropriati. Il Consiglio europeo ritornerà su tale questione nella riunione del giugno 2010.

Tali obiettivi riguardano i principali settori in cui sono necessari rapidi sforzi. Sono correlati e si rafforzano reciprocamente. Contribuiranno a quantificare i progressi compiuti nell'attuazione della strategia. Benché alcuni di questi obiettivi figurino nella legislazione dell'UE, gli altri non hanno carattere regolamentare e non implicano una ripartizione degli oneri; rappresentano un obiettivo comune da perseguire mediante un'azione mista a livello nazionale e dell'UE.

c. gli Stati membri, sulla base degli obiettivi principali, fisseranno i propri obiettivi nazionali, tenendo conto delle rispettive posizioni di partenza e situazioni nazionali. Gli Stati membri procederanno in tal senso secondo procedure decisionali proprie, consultando la Commissione per controllare la coerenza con gli obiettivi principali dell'UE. I risultati di queste consultazioni saranno esaminati dal Consiglio entro giugno 2010;

d. la nuova strategia affronterà le principali strozzature che ostacolano la crescita, a livello sia nazionale sia dell'UE, comprese quelle connesse al funzionamento del

mercato interno e alle infrastrutture;

e. gli Stati membri elaboreranno programmi nazionali di riforma in cui saranno indicate in modo dettagliato le azioni che intraprenderanno per attuare la nuova strategia, ponendo in particolare l'accento sugli sforzi per centrare gli obiettivi nazionali nonché sulle misure per rimuovere le strozzature che ostacolano la crescita a livello nazionale;

f. la Commissione elaborerà ulteriormente le azioni che propone di adottare a livello dell'UE, segnatamente attraverso iniziative faro, e le presenterà al Consiglio;

g. tutte le politiche comuni, inclusa la politica agricola comune e la politica di coesione, dovranno sostenere la strategia. Un settore agricolo sostenibile, produttivo e competitivo darà un importante contributo alla nuova strategia, considerando il potenziale in termini di crescita ed occupazione delle zone rurali assicurando nel contempo una concorrenza leale.

Il Consiglio europeo sottolinea l'importanza di promuovere la coesione economica, sociale e territoriale ed anche di sviluppare le infrastrutture al fine di contribuire al successo della nuova strategia;

h. la strategia includerà una solida dimensione esterna per far sì che gli strumenti e le politiche dell'UE siano dispiegati in modo da promuovere i suoi interessi e le sue posizioni sulla scena mondiale attraverso la partecipazione a mercati aperti ed equi in tutto il mondo.

6. Affinché la strategia sia attuata con successo sono essenziali meccanismi di monitoraggio efficaci:

a. il Consiglio europeo, sulla base del monitoraggio effettuato dalla Commissione e dei lavori svolti in seno al Consiglio, procederà una volta all'anno ad una valutazione globale dei progressi compiuti, sia a livello dell'UE sia a livello nazionale, nell'attuazione della strategia. Lo sviluppo della produttività è un essenziale indicatore di progresso. Saranno considerati contemporaneamente gli sviluppi macroeconomici, strutturali e della competitività, valutando al tempo stesso la stabilità finanziaria globale, sulla base di dati forniti dal Comitato europeo per il rischio sistemico;

b. il Consiglio europeo terrà periodicamente dibattiti dedicati agli sviluppi economici e alle principali priorità della strategia. Nell'ottobre del 2010, esaminerà la ricerca e lo sviluppo, concentrando in particolare l'attenzione su come stimolare il potenziale d'innovazione dell'Europa alla luce delle problematiche attuali. All'inizio del 2011 discuterà di politica energetica nonché di come essa può sostenere al meglio il passaggio verso un'efficiente economia a bassa emissione di CO₂ e una maggiore sicurezza dell'approvvigionamento;

c. il coordinamento generale delle politiche economiche sarà rafforzato sfruttando meglio gli strumenti di cui all'art. 121 del Trattato (TFUE);

d. si rafforzerà il coordinamento nella zona euro per fronteggiare i problemi cui è confrontata. La Commissione presenterà proposte al riguardo entro il prossimo mese di giugno 2010, avvalendosi dei nuovi strumenti per il coordinamento economico offerti dall'art. 136 dal Trattato (TFUE);

e. occorre che l'UE si concentri sulle sfide pressanti della competitività e dell'andamento della bilancia dei pagamenti. Il Consiglio europeo tornerà su questo punto nel giugno 2010;

f. le scadenze legate alle relazioni e alla valutazione dei programmi nazionali di

riforma e dei programmi di stabilità e convergenza dovrebbero essere meglio allineate per migliorare la coerenza generale della consulenza politica destinata agli Stati membri.

Tali strumenti saranno tuttavia mantenuti chiaramente separati. Si preserveranno appieno l'integrità del patto di stabilità e crescita, nonché la specifica responsabilità del Consiglio ECOFIN nel controllarne l'attuazione;

g. un assiduo dialogo tra gli Stati membri e la Commissione contribuirà a rafforzare la qualità della vigilanza e a promuovere lo scambio di migliori pratiche. Ciò potrebbe includere la realizzazione di missioni composte da esperti della Commissione e degli Stati membri per valutare la situazione;

h. è essenziale, per garantire un monitoraggio credibile ed efficace, assicurare la qualità, l'affidabilità e la tempestività dei dati statistici forniti dagli istituti nazionali di statistica.

Occorre giungere rapidamente ad una decisione sulle proposte della Commissione in questo campo;

i. si manterrà una stretta cooperazione con il Parlamento europeo ed altre istituzioni dell'UE. Saranno coinvolti i parlamenti nazionali, le parti sociali, le regioni ed altre parti interessate per aumentare la titolarità della strategia.

7. Il Consiglio europeo chiede al presidente del Consiglio europeo di istituire, in collaborazione con la Commissione, una *task force* composta di rappresentanti degli Stati membri, della presidenza di turno e della BCE incaricata di presentare al Consiglio, entro la fine dell'anno, le misure necessarie per conseguire l'obiettivo di un quadro perfezionato di soluzione delle crisi e una migliore disciplina di bilancio, esplorando tutte le opzioni per rafforzare il quadro giuridico.

8. Si impongono progressi rapidi nel rafforzamento della regolamentazione e della vigilanza finanziarie sia all'interno dell'UE sia nei consessi internazionali, ad esempio il G20, assicurando al tempo stesso parità di condizioni su scala mondiale. È particolarmente necessario compiere progressi in ordine a una serie di questioni, tra le altre: requisiti patrimoniali, istituzioni di importanza sistemica, strumenti di finanziamento per la gestione delle crisi, aumento della trasparenza nei mercati dei derivati e vaglio di misure specifiche in ordine ai *credit default swap* sovrani nonché attuazione dei principi convenuti internazionalmente per i premi nel settore dei servizi finanziari. La Commissione presenterà a breve una relazione su eventuali fonti di finanziamento innovative come il prelievo sulle transazioni finanziarie a livello mondiale.

9. A tal fine occorre che l'UE compia, a livello interno, progressi rapidi relativamente a tutti questi temi. In particolare è necessario concludere i lavori sul nuovo quadro europeo di vigilanza affinché il comitato europeo per il rischio sistemico e le tre autorità di vigilanza europee possano iniziare ad operare all'inizio del 2011.

10. Il Consiglio e la Commissione riferiranno su questi temi al Consiglio europeo di giugno 2010, prima del vertice di Toronto.

II. Cambiamenti climatici: riorientare le nostre iniziative dopo Copenaghen

11. Un accordo giuridico globale e completo resta l'unico modo efficace per conseguire l'obiettivo concertato di mantenere l'aumento delle temperature su scala mondiale al di sotto dei 2° C rispetto ai livelli preindustriali. Sulla base delle conclu-

sioni del Consiglio del 15-16 marzo 2010 e tenendo conto della comunicazione della Commissione del 9 marzo 2010, è ora necessario imprimere un nuovo impulso al processo di negoziato internazionale.

12. Muovendo dall'accordo di Copenaghen si dovrebbe seguire un approccio graduale da porre rapidamente in atto:

a. in prima battuta le prossime riunioni di Bonn dovrebbero fissare la tabella di marcia per il prosieguo dei negoziati. Occorrerebbe porre l'accento sull'integrazione degli orientamenti politici dell'accordo di Copenaghen nei vari testi negoziali;

b. la COP-16 di Cancun dovrebbe almeno fornire decisioni concrete che ancorino l'accordo di Copenaghen al processo negoziale delle Nazioni Unite e colmino le lacune rimanenti riguardo, tra l'altro, a adattamento, silvicoltura, tecnologia e controllo, rendicontazione e verifica.

13. L'UE è pronta a fare la sua parte in questo processo:

a. l'UE e gli Stati membri terranno fede all'impegno di versare annualmente 2,4 miliardi di EUR per il periodo 2010-2012 a titolo di finanziamento rapido, insieme con contributi di altri soggetti chiave e nel quadro dell'attuazione dell'accordo di Copenaghen. Sarà cruciale la realizzazione rapida di questo impegno. A tal fine, l'UE avvierà le consultazioni sulle modalità pratiche per attuare finanziamenti rapidi in settori specifici.

L'UE e gli Stati membri presenteranno uno stato di avanzamento preliminare degli impegni alla sessione dell'UNFCCC del maggio/giugno 2010 e presenteranno relazioni coordinate sull'attuazione a Cancun e, in seguito, su base annua;

b. l'UE e altri Paesi sviluppati si sono impegnati a mobilitare collettivamente 100 miliardi di USD all'anno entro il 2020 per assistere i paesi in via di sviluppo nella lotta contro i cambiamenti climatici. Occorrerà considerare i contributi finanziari a lungo termine nel contesto di azioni significative e trasparenti a cui dovranno procedere i paesi in via di sviluppo per mitigare i cambiamenti climatici, come pure dell'equilibrio generale degli sforzi effettuati su scala mondiale per contrastare i cambiamenti climatici;

c. il Consiglio europeo mantiene il fermo impegno nei confronti del processo dell'UNFCCC e appoggia gli sforzi in atto per renderlo più efficace. Considerato il poco tempo disponibile prima di Cancun questo processo potrebbe essere utilmente integrato e sostenuto con discussioni in altri consessi e su temi specifici;

d. l'UE intensificherà le relazioni con i paesi terzi, affrontando la questione dei cambiamenti climatici in tutte le riunioni regionali e bilaterali, anche a livello di vertice, come pure in altre sedi ad esempio il G20. La presidenza e la Commissione apriranno consultazioni attive con altri *partner* e riferiranno rapidamente al Consiglio;

e. dovranno essere vagliate le possibilità di cooperazione, tra l'altro con i *partner* industrializzati, in settori quali tecnologie verdi, norme e tecniche di verifica. Occorrerà identificare rapidamente gli interessi comuni con i paesi emergenti riguardo a questioni capaci di creare un effetto di leva nel dibattito sui cambiamenti climatici.

14. C'è una necessità urgente di invertire le tendenze di perdita di biodiversità e degrado dell'ecosistema. Il Consiglio europeo è impegnato nella visione a lungo termine in materia di biodiversità 2050 e nell'obiettivo 2020 fissati nelle conclusioni del Consiglio del 15 marzo 2010.

15. Il Presidente del Consiglio europeo ha annunciato che convocherà una riu-

nione speciale del Consiglio europeo nel settembre 2010 con la presenza dei ministri degli Affari esteri per discutere come l'Unione può avviare un dialogo più proficuo con i suoi *partner* strategici su tematiche globali.

Il Consiglio europeo ha nominato Vítor Constâncio vicepresidente della BCE.

Ha inoltre approvato la strategia di sicurezza interna.

ALLEGATO

Nuova strategia europea per l'occupazione e la crescita - Le prossime tappe

a. Tenendo conto degli obiettivi principali dell'UE la Commissione presenterà celermente, in conformità al Trattato, proposte di orientamenti integrati più precisi, tra cui gli orientamenti in materia di occupazione e gli indirizzi di massima per le politiche economiche. Il Consiglio discuterà questi orientamenti in modo che possano essere approvati dal Consiglio europeo del giugno 2010, previa consultazione del Parlamento europeo e di altre istituzioni sugli orientamenti in materia di occupazione.

b. La Commissione sta individuando le principali strozzature che ostacolano la crescita a livello dell'UE, e il Consiglio le discuterà; gli Stati membri faranno altrettanto a livello nazionale, in stretta cooperazione con la Commissione. Il Consiglio europeo del giugno 2010 valuterà questi lavori così da tenerne conto nell'elaborazione dei programmi nazionali di riforma.

c. Gli obiettivi nazionali, di cui al punto 5, lett. *c.* delle presenti conclusioni, dovrebbero essere presentati in tempo per tenerne conto nell'elaborazione dei programmi nazionali di riforma.

d. Nel primo anno della nuova strategia gli Stati membri presenteranno i programmi nazionali di riforma nell'autunno del 2010, specificando nei dettagli le azioni che intraprenderanno per attuare la strategia stessa. Le azioni dovrebbero essere pienamente sostenute mobilitando, come incentivi di riforma, tutti i pertinenti strumenti dell'UE, compresi strumenti di finanziamento innovativi in cooperazione con il Gruppo BEI.

e. Entro ottobre 2010 la Commissione presenterà le azioni richieste a livello dell'UE per attuare la nuova strategia, segnatamente attraverso le iniziative faro.

f. Il Consiglio affinerà il calendario dei processi al fine di rafforzare la coerenza globale delle consulenze politiche agli Stati membri.

DOCUMENTAZIONE

LA LEGGE COMUNITARIA 2008 SANCISCE IL PRINCIPIO DELLA "PARITÀ DI TRATTAMENTO" DEI CITTADINI ITALIANI E DEI CITTADINI COMUNITARI STABILITI O RESIDENTI IN ITALIA DISCIPLINANDO LE DISCRIMINAZIONI "ALLA ROVESCIA"

Legge n. 88 del 7 luglio 2009 - Disposizioni per l'adempimento di obblighi derivanti dall'appartenenza dell'Italia alle Comunità europee - Legge comunitaria 2008*

Articolo 6

Modifiche alla legge 4 febbraio 2005, n. 11¹

1. Alla legge 4 febbraio 2005, n. 11, sono apportate le seguenti modificazioni:

a. (Omissis)

d. dopo l'art. 14 è inserito il seguente:

«Articolo 14-bis

Parità di trattamento

1. Le norme italiane di recepimento e di attuazione di norme e principi della Comunità europea e dell'Unione europea assicurano la parità di trattamento dei cittadini italiani rispetto ai cittadini degli altri Stati membri dell'Unione europea residenti o stabiliti nel territorio nazionale e non possono in ogni caso comportare un trattamento sfavorevole dei cittadini italiani.

2. Nei confronti dei cittadini italiani non trovano applicazione norme dell'ordinamento giuridico italiano o prassi interne che producano effetti discriminatori rispetto alla condizione e al trattamento dei cittadini comunitari residenti o stabiliti nel territorio nazionale».

* In *Guri* n. 161 del 14 luglio 2009, *suppl. ord.* In argomento v. *infra*, p. 141 ss., il commento di *FABRIZIO VISMARA*.

¹ L. 4 febbraio 2005 n. 11 - 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.

LA DISCIPLINA DELLA DISCRIMINAZIONE "AL CONTRARIO" NELLA LEGGE COMUNITARIA 2008

Sommario: 1. *L'art. 14 bis l. n. 11/2005* - 2. *La nozione di discriminazione "al contrario". I suoi presupposti* - 3. *Rilevanza della discriminazione "al contrario" sul piano interno* - 4. *Ambito di applicazione dell'art. 14 bis l. n. 11/2005 e profili interpretativi.*

1. L'art. 14 bis l. n. 11/2005

Mediante legge comunitaria 2008 il legislatore interviene in merito al fenomeno della c.d. discriminazione "al contrario"¹. Viene infatti inserito nella legge 4 febbraio 2005, n. 11, recante «Norme generali sulla partecipazione dell'Italia al processo normativo dell'Unione europea e sulle procedure di esecuzione degli obblighi comunitari», l'art. 14 *bis*, rubricato «parità di tratta-

¹ Come è noto, sussiste tale forma di discriminazione nei casi in cui venga imposto ad un cittadino dallo Stato di appartenenza un trattamento diversificato rispetto a quello assicurato ai cittadini di altri Stati membri e tale da produrre un effetto pregiudizievole. Per una identificazione di tale nozione si veda CANNIZZARO, *Esercizio di competenze comunitarie e discriminazioni "a rovescio"*, in *Dir. Un. Eur.*, 1996, p. 351 ss. Cfr. inoltre ZOPPI, *Le discriminazioni a rovescio*, in questa *Rivista*, 2006, p. 795 ss.; CAPELLI, *L'efficacia delle direttive: due modeste proposte per risolvere un problema antico*, in questa *Rivista*, 2004, p. 755 ss.; nonché ID., *È legittima la "discriminazione alla rovescia" imposta per tutelare la qualità della pasta alimentare italiana*, in questa *Rivista*, 1994, p. 421 ss. Si veda anche NASCIBENE, *Le discriminazioni all'inverso: Corte di giustizia e Corte costituzionale a confronto*, in *Dir. Un. Eur.*, 2007, p. 717 ss. Per riferimenti bibliografici ulteriori cfr. *ivi*, p. 718, nota 1. Per riferimenti alla giurisprudenza comunitaria in argomento cfr. SPITALERI, *Le discriminazioni alla rovescia nella recente giurisprudenza comunitaria: rimedi insufficienti o esorbitanti*, *ivi*, p. 917 ss. Sulla discriminazione in ambito comunitario cfr. FAVILLI, *La non discriminazione nell'Unione europea*, Bologna, Il Mulino, 2008. Relativamente al fenomeno della discriminazione al contrario con particolare riferimento all'ambito dell'esercizio di attività commerciali e professionali, va ricordato quanto previsto dall'art. 2, comma 1, lett. *h*, l. 18 aprile 2005, n. 62, «Disposizioni per l'adempimento di obblighi derivanti dall'appartenenza dell'Italia alle Comunità europee. Legge comunitaria 2004», secondo cui «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 di 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».

mento». La previsione così introdotta risulta articolata su un duplice livello. Si prevede, in primo luogo, che le norme interne di recepimento della normativa comunitaria e dei suoi principi non possano in ogni caso comportare un trattamento sfavorevole dei cittadini italiani. Si prevede poi la disapplicazione, nei confronti dei cittadini italiani, delle norme e delle prassi interne che producano effetti discriminatori rispetto alla condizione e al trattamento dei cittadini comunitari residenti o stabiliti nel territorio nazionale. La parità di trattamento tra cittadini italiani e cittadini comunitari residenti o stabiliti nel territorio nazionale viene in tale duplice previsione realizzata sia in relazione alle norme interne che costituiscono recepimento o attuazione della normativa comunitaria, sia in relazione a norme e prassi interne che possano comunque determinare effetti discriminatori.

Con l'introduzione della norma in commento il legislatore persegue la chiara finalità di rendere omogenea l'applicazione ed attuazione, a livello nazionale, del diritto comunitario. Sicché parrebbe delinearsi un superamento del problema della legittimità comunitaria della mancanza di una regola di equiparazione tra cittadini nazionali e cittadini comunitari, problema che si delinea alla luce della prospettata configurabilità, nel diritto comunitario, di un obbligo autonomo di non discriminazione, da cui deriverebbe, sempre dal punto di vista comunitario, il divieto di discriminazione "a rovescio". Al riguardo è appena il caso di ricordare che un tale obbligo, in base alle diverse prospettazioni ricavabili dalla letteratura, potrebbe ricostruirsi alla luce del principio di leale cooperazione di cui all'art. 4, par. 3, TFUE, oppure assumersi come espressione di un principio generale di non discriminazione immanente nell'ordinamento comunitario, o infine delinearsi sull'assunto che gli Stati membri, nel trasferire parte delle proprie competenze, abbiano implicitamente formulato un principio generale di uguaglianza².

2. La nozione di discriminazione "al contrario". I suoi presupposti

Il fenomeno della discriminazione "al contrario", ovvero "a rovescio", costituisce la proiezione nell'ordinamento interno del principio comunitario di non discriminazione ed è correlato alle finalità di quest'ultimo, focalizzato sull'attuazione, a livello comunitario, delle libertà fondamentali ed alla rimozione di ogni ostacolo alla loro realizzazione. Come è stato osservato, la non discriminazione è strumento essenziale per il buon funzionamento del merca-

² Si veda CANNIZZARO, *Esercizio di competenze comunitarie e discriminazioni "a rovescio"*, cit. supra, nota 1, p. 362 ss. Rileva lo stesso Autore (cfr. p. 366 s.) come possa assumere rilievo la corretta delimitazione dell'ambito soggettivo di applicazione della normativa comunitaria, tra soggetti che godono della protezione comunitaria e soggetti che ne sono esclusi. Al fine di risultare conforme al principio di non discriminazione, ciò deve trovare razionale giustificazione nell'esigenza di realizzare finalità rilevanti del diritto comunitario.

to comune³. Ed è stato pure osservato che la discriminazione "a rovescio" costituisce un effetto indiretto dell'applicazione del diritto comunitario⁴.

È altresì noto che il principio di non discriminazione trova regolamentazione, su un piano generale, nell'art. 18 TFUE e costituisce regola fondamentale del diritto comunitario⁵. Trattasi peraltro di regola dai contenuti precisi, tanto da essere dotata di diretta applicabilità negli Stati membri⁶. Proprio in quanto principio fondamentale, esso si inquadra nel sistema generale dei trattati, di talché, per coerenza sistematica, può subire deroghe solo quando oggettivamente giustificate e previa valutazione in relazione al caso concreto⁷.

³ Vedi conclusioni dell'Avvocato Generale Jacobs in relazione alle cause riunite n. C-92/92 e n. C-326/92, *Phil Collins c. Imtrat Handelsgesellschaft mbh e Patricia im- und export verwaltungsgesellschaft mbh e Leif emanuel Kraul c. Emi Electrola GmbH*, in *Raccolta*, 1993, I, p. 5145. In argomento cfr. DONATI, *Principio fondamentale di uguaglianza e diritto comunitario*, in *Giur. cost.*, 1995, p. 1838 ss.

⁴ Cfr. Corte costituzionale, sentenza del 30 dicembre 1997 n. 443, par. 5, in *Guri* 7 gennaio 1998. Cfr. pure CAPELLI, *L'aglio è un alimento o un farmaco?*, in questa *Rivista*, *supra*, p. 41 ss., in particolare p. 43-44.

⁵ Sulla natura di principio fondamentale del principio di non discriminazione si veda SCHOCK-WEILER, *La portée du principe de non-discrimination de l'article 7 du traité*, in *Riv. dir. eur.*, 1991, p. 3 ss. Va ricordato che il principio di non discriminazione è enunciato altresì dall'art. 21, par. 2, della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, secondo cui «Nell'ambito d'applicazione dei trattati e fatte salve disposizioni specifiche in esse contenute, è vietata qualsiasi discriminazione fondata sulla nazionalità». Nel senso che il principio di non discriminazione costituisca un principio generale cfr. Corte di giustizia, sentenza 28 ottobre 1986 in causa n. 355/85, *M. Driancourt c. Michel Cognet*, in *Raccolta*, 1986, p. 3231 ss. Che peraltro la previsione di cui all'art. 12 del TCE (già art. 6 TCE ed ora art. 18 TFUE) valesse come principio residuale rispetto ad altre specifiche previsioni in tema di non discriminazione è evidenziato da Corte di giustizia, sentenza 12 maggio 1998 in causa n. C-336/96, *Coniugi Gilly c. Directeur des services fiscaux du Bas-Rhin*, in *Raccolta*, 1998, I, p. 2793 ss. Più in generale cfr. BENEDETTELLI, *Il giudizio di eguaglianza nell'ordinamento giuridico delle Comunità europee*, Padova, Cedam, 1989. Sul principio di non discriminazione con specifico riguardo ai profili fiscali, ma implicazioni valide a livello generale cfr. AVERY JONES, *The non-discrimination article in tax treaties*, in *Dir. prat. trib.*, 1991, I, p. 572 ss. Si veda inoltre ADONNINO, *Il principio di divieto di discriminazione nella fiscalità internazionale*, in *Dir. prat. trib.*, 1999, III, p. 173; ID., *Non discrimination rules in international taxation: General Report*, in *Chaiers de droit fiscal international*, 1993, p. 19 ss. Si vedano inoltre AMATUCCI, *Il principio di non discriminazione fiscale*, Padova, Cedam, 1998; ID., *Il principio di divieto di discriminazione nella fiscalità internazionale*, in *Dir. prat. trib.*, 1999, III, p. 1 ss.; HUGES, *Non discrimination: a consideration of art. 24 (5) OECD Model Convention*, in *Bull. Int. Fisc. Doc.*, 1996, p. 390 ss.; LYONS, *Discrimination Against Individuals and Enterprises on Grounds of Nationality*, in *EC Tax Jour.*, 1995/96, p. 35 ss.; VAN RAAD, *Non discrimination in international tax law*, Deventer, Kluwer Law and Taxation, 1986.

⁶ Per riferimenti alla giurisprudenza della Corte di giustizia in proposito cfr. SANNA, *Art. 12*, in TIZZANO (a cura di), *Trattati dell'Unione Europea e della Comunità Europea*, Milano, Giuffrè, 2004, p. 231 ss. Si noti che il divieto di discriminazione può essere fatto valere sia nei confronti dello Stato, sia delle autorità pubbliche, sia dei privati, tale ultimo caso verificandosi quando un potere regolamentare o amministrativo viene dal legislatore riservato a enti privati. Cfr. Corte di giustizia, sentenza 15 dicembre 1995 in causa n. C-415/93, *Union royale belge des sociétés de football association ASBL c. Jean-Marc Bosman*, in *Raccolta*, 1995, I, p. 4921, punto 83 e in questa *Rivista*, 1996, 311 con commento di TELCHINI, *Il caso Bosman: diritto comunitario e attività calcistica*, p. 323 ss.

⁷ Si osservi che il divieto per gli Stati membri di porre in essere discriminazioni in base alla cittadinanza vale sia per le discriminazioni palesi che per le discriminazioni dissimulate, che, pur essendo fondate su criteri diversi rispetto a quello della cittadinanza, conducono al medesimo risultato (cfr. Corte di giustizia, sentenza 12 febbraio 1974 in causa n. 152/73, *Giovanni Maria Sotgiu c. Deutsche Bundespost*, in *Raccolta*, 1974, p. 153). In applicazione di tale principio la Corte ha rilevato, tra l'altro, che esso osta a che uno Stato membro subordini la concessione di un diritto, ad uno dei soggetti che si trovino in una situazione disciplinata dal diritto comunitario, al requisito

Peraltro, la Corte di giustizia ha rilevato che, essendo il sistema delle disposizioni del Trattato informato al principio di uguaglianza, in base al quale situazioni simili non possono essere trattate in modo diverso a meno che la diversità di trattamento non sia oggettivamente giustificata⁸, si deve escludere che la determinazione della portata della norma comunitaria venga lasciata alla discrezionale valutazione di ciascun Stato membro.

Deve osservarsi che la Corte individua come presupposto per l'irrelevanza comunitaria delle forme di discriminazione "a rovescio" il fatto che le norme che una tale discriminazione determinano abbiano ad oggetto fattispecie puramente interne agli Stati membri. Coerentemente, esulerebbero da tale ambito, e sarebbero quindi rilevanti sul piano comunitario, quelle norme che, pur concepite come relative a situazioni interne, fossero idonee a compromettere il perseguimento degli obiettivi comunitari⁹. La nozione di situazione «puramente interna» viene chiarita dalla Corte di giustizia facendo riferimento a quelle fattispecie che non abbiano alcun nesso con una qualsiasi delle situazioni considerate dal diritto comunitario¹⁰: il che si prospetta quando uno Stato membro ritenga di adottare, sul proprio territorio, un trattamento che sfavorisca i propri cittadini rispetto a quelli degli altri Stati membri. L'irrelevanza, in linea di principio, delle situazioni puramente interne sottende la libertà del giudice nazionale di valutarne l'ammissibilità sul piano esclusivamente nazionale. Ed in proposito la Corte di giustizia sottolinea l'ovvio corollario per cui il diritto comunitario non osta a che il giudice nazionale controlli la compatibilità con la propria Costituzione di una norma interna che sfavorisca gli operatori nazionali rispetto ai cittadini di altri Stati membri¹¹.

della residenza sul suo territorio, ove detto requisito non viga per i suoi cittadini (cfr. sentenza 2 febbraio 1989 in causa n. 186/87, *Ian William Cowan c. Tresor Public*, in *Raccolta*, 1989, p. 195 e annotata in questa *Rivista*, 1991, p. 93). Nel senso che il principio di non discriminazione non è trasgredito nemmeno se uno Stato membro determina, mediante una disposizione di legge che non fa distinzioni, in modo diretto o indiretto, a seconda della nazionalità, una situazione che influisce sulla capacità concorrenziale degli operatori economici stabiliti nel suo territorio rispetto agli operatori economici stabiliti in altri Stati membri, cfr. Corte di giustizia, sentenza 14 luglio 1981 in causa n. 155/80, *Sergius Oebel*, in *Raccolta*, 1981, p. 1993.

⁸ Cfr. la sentenza 27 marzo 1980 in cause riunite n. 66, n. 127 e n. 128/79, *Amministrazione delle finanze c. srl Meridionale Industria Salumi, Fratelli Vasanelli e Fratelli Ultrocchi*, in *Raccolta*, 1980, p. 1237 ss. Nel caso di specie, il riferimento era rivolto alle disposizioni finanziarie del Trattato.

⁹ Cfr. Corte di giustizia, sentenza 7 luglio 1992 in causa n. C-370/90, *The Queen c. Immigration Appeal Tribunal e Surinder Singh, ex parte Secretary of State for Home Department*, in *Raccolta*, 1992, I, p. 4265. Nel senso che la discriminazione al contrario assume rilevanza quando il trattamento più sfavorevole relativo a fattispecie interna riguardi ambiti oggetto di armonizzazione cfr. Corte di giustizia, sentenza 18 febbraio 1987 in causa n. 98/86, *Pubblico ministero c. Arthur Mathot*, in *Raccolta*, 1987, p. 809 ss. Nel senso inoltre che l'esame della giurisprudenza della Corte di giustizia porti a concludere che la discriminazione "al contrario" sia irrilevante per il diritto comunitario cfr. Corte costituzionale, sentenza del 30 dicembre 1997, n. 443, in *Guri* 7 gennaio 1998.

¹⁰ Cfr. Corte di giustizia, sentenza 15 gennaio 1986 in causa n. 44/84, *Derrick Guy Edmund Hurd c. Kenneth Jones, Her Majesty's Inspector of Taxes*, in *Raccolta*, 1986, p. 29 ss.

¹¹ Si veda Corte di giustizia, sentenza 16 giugno 1994 in causa n. C-132/93, *Volker Steen c. Deutsche Bundespost*, in *Raccolta*, 1994, I, p. 2715 ss. e annotata in questa *Rivista*, 1995, p. 663 ss.

La nozione di fattispecie puramente interna è stata peraltro sottoposta a indagine, muovendo dalla considerazione che, nella giurisprudenza della Corte di giustizia, si indica tale fattispecie ricavandola negativamente a partire dal campo di applicazione della normativa comunitaria, essendo quindi tali le situazioni non disciplinate, né disciplinabili dal diritto comunitario¹². Tuttavia, si è osservato come, nel caso in cui la regolamentazione comunitaria concorra con quella nazionale, non possa escludersi che il Trattato determini un vincolo, sia a carico della Comunità, sia a carico degli Stati membri, ad esercitare le competenze concorrenti in modo complessivamente coerente con le rispettive finalità, evitando che ne derivino ingiustificate disparità di trattamento di fattispecie analoghe¹³.

3. Rilevanza della discriminazione "al contrario" sul piano interno

Sul piano interno la discriminazione "al contrario" è suscettibile di determinare ipotesi di incompatibilità con i principi costituzionali. Ciò, in relazione alle conseguenze che essa è destinata a produrre. A tal fine può richiamarsi, a miglior chiarimento, il consolidato orientamento della giurisprudenza della Corte di giustizia, circa l'effetto pregiudizievole che ne deve conseguire, ovvero al fatto che la disposizione di cui si assume la natura discriminatoria sia suscettibile di porre i cittadini dello Stato in una situazione di fatto o di diritto sfavorevole rispetto a quella di cui godono i cittadini di altri Stati membri¹⁴. Riportandone i contenuti alla prospettiva interna, la discriminazione "a rovescio" viene ad identificare quelle situazioni, fattuali o giuridiche, che determinano a carico del cittadino un trattamento di livello inferiore rispetto a quello riservato al non cittadino (avente cittadinanza di altro Stato membro), dovendosi a tal fine valutare non tanto e non solo l'enunciato astratto della regola cui la discriminazione viene connessa, ma gli effetti concreti che essa produce.

Le implicazioni sul piano interno sono apprezzabili a livello di regole primarie. A questo proposito, la Corte costituzionale ha evidenziato che nel giudizio di eguaglianza ad essa affidato non possano essere ignorati gli effetti discriminatori che l'applicazione del diritto comunitario è suscettibile di provocare¹⁵. Ciò per quanto tali effetti, che si generano in relazione all'applicazione a

¹² Cfr. CANNIZZARO, *Esercizio di competenze comunitarie e discriminazioni "a rovescio"*, cit. *supra*, nota 1, p. 351 ss.

¹³ Cfr. CANNIZZARO, *Esercizio di competenze comunitarie e discriminazioni "a rovescio"*, cit. *supra*, nota 1, p. 362.

¹⁴ Sul principio dell'effetto sfavorevole in fatto o in diritto cfr. Corte di giustizia, sentenza 11 maggio 1999 in causa n. C-255/97, *Pfeiffer Großhandel GmbH c. Löwa Warenhandel GmbH*, in *Raccolta*, 1999, I, p. 2835, punto 19.

¹⁵ Si veda Corte cost., sentenza 30 dicembre 1997, cit. *supra*, nota 4. Per una disamina dei profili di incostituzionalità connessi ad un'ipotesi di discriminazione al contrario cfr. Cons. Stato, sen-

livello nazionale del principio comunitario di non discriminazione, si manifestino come irrilevanti alla luce dell'ordinamento comunitario. In base a questa premessa essa ha ritenuto che la disparità di trattamento tra imprese nazionali ed imprese comunitarie, seppur irrilevante per il diritto comunitario, non lo sia per il diritto costituzionale italiano, sicché, non potendo risolversi mediante l'assoggettamento delle seconde ai medesimi vincoli che gravano sulle prime, a ciò ostando il diritto comunitario, la sola alternativa praticabile dal legislatore, in assenza di altre ragioni giustificatrici costituzionalmente fondate, sia l'equiparazione delle imprese nazionali alle imprese di altri Stati membri. Conseguentemente, in assenza di una regolamentazione uniforme in ambito comunitario, il principio costituzionale di non discriminazione viene ad operare come istanza di adeguamento del diritto interno ai principi stabiliti dal Trattato.

4. Ambito di applicazione dell'art. 14 bis l. n. 11/2005 e profili interpretativi

Sotto il profilo soggettivo, la previsione contenuta nell'art. 14 *bis* in commento è circoscritta alle persone fisiche, alla luce del riferimento alla posizione dei cittadini italiani rispetto a quella dei cittadini degli altri Stati membri dell'Unione. Relativamente a quest'ultimi, la posizione dei cittadini degli altri Stati membri residenti o stabiliti nel territorio nazionale non può assumere connotati di favore. Se per la nozione di residenza deve farsi riferimento all'art. 43 c.c., così intesa come dimora abituale, per la nozione di stabilimento occorre riferirsi alla disciplina comunitaria, ovvero all'art. 49 TFUE, sicché la relativa libertà implica il diritto di ingresso e di soggiorno in uno Stato membro diverso da quello di cui si ha la cittadinanza, estrinsecandosi, per le persone fisiche, sia nello stabilimento primario che nello stabilimento secondario¹⁶.

Va osservato che il legislatore pone la non più attuale distinzione, in relazione al recepimento ed attuazione del diritto comunitario, tra norme e principi della Comunità europea e norme e principi dell'Unione europea. Anche volendo assumere la prospettiva esistente all'entrata in vigore della norma in commento, va osservato che, se si ritenesse che l'Unione europea includeva, nell'ambito del primo pilastro, la Comunità europea, intesa così in senso

tenza 11 settembre 2006, n. 5239, in *Guida al diritto*, 2006, p. 3880 s., dove peraltro si concludeva nel senso della insussistenza delle censure di incostituzionalità in relazione all'applicazione della direttiva n. 85/384/Cee del Consiglio del 10 giugno 1985, in *Guce* n. L 223 del 21 agosto 1985, p. 15 ss., con riguardo alla disciplina della professione di ingegnere ed architetto, sull'assunto che non ne derivasse una discriminazione a rovescio. Più in generale cfr. CERRI, *L'eguaglianza nella giurisprudenza della Corte costituzionale*, Milano, Giuffrè, 1976. Si veda inoltre CALVIERI (a cura di), *Divieto di discriminazione e giurisprudenza costituzionale: atti del Seminario di Perugia del 18 marzo 2005*, Torino, Giappichelli, 2006.

¹⁶ Si rinvia a CONTALDI, *Art. 43*, in TIZZANO (a cura di), *Trattati dell'Unione europea e della Comunità europea*, Milano, Giuffrè, 2004, p. 383 ss.

complessivo, anche in relazione ai suoi profili istituzionali ed organizzativi come alle relative fonti secondarie o derivate, la distinzione non sembrerebbe correttamente impostata; dall'altro, se invece si assumesse che l'Unione europea, costituendo cornice di riferimento dei tre pilastri¹⁷, presentava comunque una veste autonoma rispetto all'ordinamento della Comunità europea, stupisce che il riferimento suddetto sia stato effettuato solo alla Comunità europea. Ne conseguirebbe, in questa seconda impostazione, che il recepimento e l'attuazione delle regole e dei principi che scaturiscono dalla Comunità europea dell'energia atomica, che pure era parte integrante del primo pilastro, resti al di fuori del principio di parità di trattamento enunciato dall'art. 14 *bis* l. n. 11/2005, sicché, in tale ambito, le forme di discriminazione a rovescio potrebbero mantenersi, salvo eventuale censura di illegittimità costituzionale.

Ulteriore rilevante profilo è costituito dalla distinzione, posta dalla norma in commento, tra norme e principi dell'ordinamento comunitario, apparendo giustificato ritenere che i principi – da tenersi distinti dalle norme di principio, cioè norme espresse che assumano un valore prioritario in quanto espressione delle esigenze di coerenza del sistema di appartenenza – siano le regole non scritte, di rango primario, che vengono ad essere ricostruite attraverso l'opera di rilevazione effettuata dalla Corte di giustizia¹⁸. Laddove peraltro l'individuazione delle norme di recepimento ed attuazione appare agevole, assumendo che l'attuazione costituisca più specificamente l'emanazione di un atto che riproduca sul piano interno i contenuti della norma comunitaria di ciò necessitante per sua espressa previsione¹⁹, mentre il recepimento costituisca, in senso più generale, ogni forma di adeguamento, anche mediante rimozione di regole incompatibili, alle previsioni dell'ordinamento comunitario, meno agevole risulta invece individuare norme di recepimento o attuazione di principi del medesimo ordinamento, trattandosi di complessa operazione di natura interpretativa e sistematica.

Il riferimento alle prassi interne sembra tuttavia doversi ridimensionare. Con particolare riguardo alle circolari amministrative, che della prassi interna sono estrinsecazione tipica, deve ricordarsi, sulla base degli orientamenti giu-

¹⁷ In argomento cfr. ADAM - TIZZANO, *Lineamenti di diritto dell'Unione europea*, Torino, Giappichelli, 2008, p. 10 ss. Per la nuova prospettiva a seguito dell'entrata in vigore del Trattato di Lisbona, cfr. ADAM - TIZZANO, *Lineamenti di diritto dell'Unione europea*, 2ª ed., Torino, Giappichelli, 2010.

¹⁸ Sulla nozione di principi del diritto comunitario si rinvia, per tutti, a TESAURO, *Diritto comunitario*, Padova, Cedam, 5ª ed., 2008, p. 77 ss.

¹⁹ Si veda l'art. 1 l. 4 febbraio 2005, n. 11, dove si prevede, al comma 2, che gli obblighi di cui al comma 1 (secondo cui «La presente legge disciplina il processo di formazione della posizione italiana nella fase di predisposizione degli atti comunitari e dell'Unione europea e garantisce l'adempimento degli obblighi derivanti dall'appartenenza dell'Italia all'Unione europea, sulla base dei principi di sussidiarietà, di proporzionalità, di efficienza, di trasparenza e di partecipazione democratica») conseguono, tra l'altro, all'emanazione di ogni atto comunitario e dell'Unione europea che vincoli la Repubblica italiana ad adottare provvedimenti di attuazione.

risprudenziali²⁰, che esse, pacificamente esclusane la natura di atti normativi, sono altresì escluse dal novero degli atti impugnabili dal giudice amministrativo o disapplicabili dal giudice in via incidentale, pacifico altresì essendo che le circolari non possano contenere disposizioni in deroga a norma di legge, possedendo efficacia esclusivamente nell'ambito dell'amministrazione all'interno della quale sono emesse. Sicché le circolari non potrebbero produrre alcun effetto giuridico nei confronti di soggetti estranei all'amministrazione²¹. In questa prospettiva, la previsione di un obbligo di disapplicazione, di cui il comma 2 dell'articolo in commento, appare superflua, nella misura in cui detto obbligo scaturisca già dal comma 1 dello stesso articolo. E ciò trova conferma nella giurisprudenza sopra richiamata laddove si rileva che la circolare non vincola gli uffici gerarchicamente sottordinati, ai quali non è vietato disattenderla, senza che per questo il provvedimento conseguentemente adottato possa essere ritenuto illegittimo, nonché laddove si evidenzia come la circolare neppure vincoli l'autorità che l'ha emanata, restando questa libera di disattenderla²².

Il principio di disapplicazione della norma nazionale trova, come è noto, compiuta e risalente elaborazione nella giurisprudenza della Corte costituzionale. Giova al riguardo ricordare come nella sua sentenza n. 170/84²³ la Corte abbia ammesso la disapplicazione di una norma di legge incompatibile con i regolamenti comunitari, sia essa anteriore o successiva. Nella sentenza n. 113/85²⁴ la stessa Corte rileva come le statuizioni interpretative rese in via pregiudiziale della Corte di giustizia assumano immediata applicabilità, così determinando l'obbligo di disapplicazione delle disposizioni interne incompatibili; a ciò dovendosi aggiungere, sulla premessa che le sentenze rese in via pregiudiziale interpretativa configurano una determinazione vincolante del contenuto della norma comunitaria interpretata, che tale statuizione pregiudiziale possiede efficacia diretta al pari della norma comunitaria della cui interpretazione si tratta²⁵.

Va peraltro aggiunto che l'obbligo di disapplicazione delle norme nazionali incompatibili con il diritto comunitario viene ritenuto gravante su tutti i soggetti cui spetta l'esecuzione delle previsioni di legge, sicché a ciò risultano tenuti non solo gli organi giurisdizionali, ma anche gli organi amministrativi²⁶.

²⁰ Cfr., da ultimo, Cass., Sez. Un., sentenza 2 novembre 2007, n. 23031, in *Riv. dir. trib.*, 2008, p. 10 ss.

²¹ Cfr. Cass., sentenza 10 novembre 2000, n. 14619, in *Dir. prat. trib.*, 2001, II, p. 482 ss.

²² Cfr. Cass., Sez. Un., 2 novembre 2007, *cit. supra*, nota 20.

²³ Cfr. sentenza 8 giugno 1984, n. 170, in *Giur. cost.*, 1984, p. 1098 ss.

²⁴ Cfr. sentenza 23 aprile 1985, n. 113, *ivi*, p. 694 ss.

²⁵ Sulla portata dell'interpretazione data dalla Corte di giustizia in sede pregiudiziale, con specifico riferimento all'art. 234 TCE (ora art. 267 TFUE), ci si permette di rinviare a VISMARA, *Interpretazione pregiudiziale comunitaria e processo tributario*, Milano, Giuffrè, 2008, p. 353 ss.

²⁶ Cfr. Corte cost., sentenza 11 luglio 1989, n. 389, in *Riv. dir. int.*, 1989, p. 404.

Nella valutazione complessiva della norma così introdotta dalla legge comunitaria 2008 si deve infine osservare come si venga a creare, nell'ambito della tutela contro forme di discriminazione che rilevino nel nostro ordinamento in quanto configgenti con regole di carattere primario, una duplicità di trattamento. In applicazione del nuovo art. 14 *bis* l. 4 febbraio 2005, n. 11, si introduce infatti un meccanismo di controllo diffuso – tale essendo la disapplicazione diretta della norma incompatibile da parte della giurisdizione o dell'autorità amministrativa nazionale – che invece non sussiste per le forme di discriminazione che, pur rilevanti in relazione a regole primarie, non siano connesse all'attuazione o recepimento delle norme comunitarie, ovvero al fenomeno della discriminazione "al contrario" che da ciò scaturisce. In altri termini, si viene così a creare una disomogeneità di trattamento per quelle ipotesi di discriminazione che siano connesse al contrasto con valori primari del nostro ordinamento e quelle ipotesi di discriminazione, riguardanti i cittadini italiani e pure connesse a valori primari, che conseguano al più favorevole trattamento accordato dal diritto comunitario ai cittadini comunitari residenti o stabiliti nel territorio nazionale.

Fabrizio Vismara*

* Professore associato di Diritto Internazionale / Università degli Studi dell'Insubria.

COMUNICAZIONI E NOTE INFORMATIVE

OPINIONI E CONSIDERAZIONI DI UN FEDERALISTA*

1. *Gli anniversari sono tempi di bilanci critici e occasioni per "messe a punto" della rotta di viaggio. Con questo spirito la redazione del Puente@Europa si accinge a farLe qualche domanda in merito alla lotta condotta per arrivare alla elezione a suffragio universale del Parlamento europeo. Prima di tutto, ci può fornire qualche dato per inquadrare la sua storia personale e il suo ruolo in quella vicenda?*

Sono diventato "europeo" quando, in casa di un compagno di scuola, ho visto un foglio federalista con la foto di una manifestazione che giovani francesi e tedeschi avevano organizzato sul ponte di Kehl, dove, dati alle fiamme simulacri di barriere di confine, si abbracciavano (tra quei giovani saprò un giorno che si trovava anche *Helmut Kohl*). Era il 1950. Avevo 13 anni. Avevo vissuto la guerra, i bombardamenti, la barbarie della guerra civile. Di fronte a quella foto provai una forte commozione e intimamente mi dissi «io sono con quei giovani. E lo sarò per sempre». Era il clima della "riconciliazione franco-tedesca", quella riconciliazione che avevano auspicato *Briand* e *Stresemann* e il cui fallimento aveva riproposto il tragico canovaccio iniziato con il conflitto franco-prussiano del 1870 e proseguito con le due guerre civili europee.

Il mio rifiuto degli orrori del nazionalismo è divenuto più maturo con la lettura di articoli di *Spinelli*, *Rossi* e *Carandini* sulle pagine de *Il Mondo* di *Pannunzio* che ho cominciato a leggere al Liceo e che mi avevano portato a schierarmi sul fronte del liberalismo di sinistra e del federalismo. Ma è stato,

* Il testo qui riprodotto è apparso, con il titolo *El federalismo: instrumento de análisis y meta de acción política. Entrevista a Luigi Vittorio Majocchi*, sulla Rivista "Puente@Europa", edita a Buenos Aires (Año VII, Diciembre 2009) che ha dedicato un numero speciale al XXX anniversario delle prime elezioni a suffragio universale diretto del Parlamento europeo. È stato di proposito mantenuto il carattere diretto che ha la trascrizione scritta del parlato, aggiungendo solo qualche nota di carattere esplicativo.

nel '55, in Ghislieri, che ho incontrato *Giulio Guderzo*¹ e *Mario Albertini*² e la mia scelta, diciamo così "culturale", è divenuta cosciente impegno politico. Ho fondato una sezione del Movimento federalista europeo (MFE)³ nella mia città natale, Vigevano, la città di *Lucio Mastronardi*, quella che *Giorgio Bocca* designò come la città delle «750 fabbriche e nessuna libreria», una città di operai e volgari "padroni"⁴, un grumo di contraddizioni, una città che non si poteva che amare per la sua storia (il castello, la torre del Bramante, la loggia di Leonardo, la meravigliosa piazza rinascimentale, il duomo barocco del Carameo) e insieme odiare per la protervia dei "ricchi", da un lato e, dall'altro, la sofferenza dei proletari e la miseria degli immigrati dal Sud, accorsi in massa al tempo del "miracolo economico" e ammassati in catapecchie o nelle stanze abbandonate delle vecchie "Tettoie" sforzesche ove vivevano in mezzo ai topi e alle pozzanghere dell'acqua che ruscellava attraverso le buche del tetto. Ma era una città di affari e commerci: la capitale della scarpa, i cui imprenditori giravano l'Europa per venderle utilizzando il dialetto vigevanese. Era anche chiamata «la Stalingrado d'Italia» perché nel quartiere Cascame, in occasione delle elezioni politiche del '48, su 950 votanti, 949 voti andarono al PCI e uno solo alla DC. Dal che s'indusse che o il parroco o la perpetua avevano votato per i rossi. Tendenzialmente mi collocavo nell'area dell'europeismo-atlantismo che si esprimeva in Italia nella DC di *De Gasperi*, nel PLI di *Einaudi* e nel PRI di *La Malfa*. Ma queste forze politiche si esprimevano a livello locale attraverso personaggi a dir poco opachi, mentre il Fronte Popolare (PCI-PSI, entrambi allora schierati sulle posizioni staliniane) reclutava vecchie e gloriose figure della Resistenza o limpidi personaggi del proletariato. Queste contraddizioni spiegano forse perché questa città avrebbe espresso, negli anni a

¹ *Giulio Guderzo* è professore emerito di Storia del Risorgimento all'Università di Pavia. Allora era segretario nazionale della Gioventù federalista europea e braccio destro di *Albertini*. Alunno "anziano" del Ghislieri aveva formato in Collegio, grazie al fascino della sua cultura e all'impegno della sua milizia federalista, un gruppo di giovani che i "trinariciuti" (largamente maggioritari in quel torno di tempo nella comunità ghislieriana) chiamavano "federasti". L'espressione irridente discendeva in larga parte dal fatto che questo gruppo – cui appartenevano *Francesco Rossolillo*, *Marco Vitale*, *Arturo Colombo*, *Alberto Rimini*, *Alberto e Luigi Vittorio Majocchi*, *Massimo Malcovati*, *Giuseppe Rossi*, *Elio Cannello*, *Antonio Padoa Schioppa* (per non menzionare che quelli che avranno negli anni a venire un ruolo dirigente nelle organizzazioni del federalismo organizzato) – diverrà presto quello maggioritario e culturalmente più vivace in Collegio.

² Grande figura di studioso ed esempio per innumerevoli leve di federalisti a Pavia, in Italia e in Europa. Del suo pensiero v'è oggi traccia preziosa nell'opera curata da NICOLETTA MOSCONI che sotto il titolo *Mario Albertini, Tutti gli scritti*, raccoglie in ben otto volumi pubblicati da Il Mulino, Bologna, 2006-2009, i suoi molteplici contributi.

³ Il Movimento federalista europeo è stato fondato a Milano, nella casa di *Mario Alberto Rollier*, in Via Poerio 37, il 27 agosto 1943 da un gruppo di antifascisti guidato da *Altiero Spinelli* ed *Ernesto Rossi*, gli stessi che, insieme a *Eugenio Colorni*, avevano scritto, al confino di Ventotene, il *Manifesto per un'Europa libera e unita*, oggi correntemente noto come Manifesto di Ventotene. Del Manifesto esistono oggi in Italia numerose edizioni.

⁴ Uno di costoro – l'ho udito con le mie orecchie e potrei ancor oggi citarne il nome – una domenica mattina in Piazza del Duomo, si vantava della propria ricchezza, con squisita raffinatezza e castigatezza vittoriana, dicendo «la mè fiola la gh'a in dote un milion par pel ad f...».

venire, ben quattro segretari nazionali del Movimento federalista europeo: mio fratello *Alberto*, *Giovanni Vigo*, *Guido Montani* nonché me stesso.

Negli anni dell'Università divenni presto un dirigente nazionale della Gioventù federalista europea e dopo la parentesi degli studi alla Harvard University, un dirigente del Movimento federalista europeo. In quella veste ho vissuto la vicenda della lotta per il riconoscimento del diritto di voto europeo⁵.

Di elezioni dirette del Parlamento europeo si era cominciato a parlare all'indomani dell'entrata in vigore dei Trattati di Roma (1° gennaio 1958). La cosa era prevista dall'art. 138⁶ del Trattato Cee e, appena insediata l'Assemblea, una Commissione presieduta da *Dehousse*⁷ aveva elaborato un progetto che trovò immediato sostegno da parte di Repubblica federale di Germania, Italia e Benelux. Si trattava però di un sostegno peloso, giacché utilizzato dai Paesi smaccatamente filo-atlantici per contrastare il progetto (ben altrimenti serio) di confederazione politica sostenuto da *de Gaulle* in nome dell'indipendenza europea nei confronti del protettore d'Oltreoceano (il Piano Fouchet). È un fatto che, caduto il Piano Fouchet, come ammise lo stesso *Dehousse*, «dopo un'ultima iniziativa italiana nel '64, il problema aveva perso ogni attualità e

⁵ Per un'analisi dettagliata delle vicende che hanno condotto alla prima elezione a suffragio universale diretto del Parlamento europeo, rinvio al mio saggio *L'azione per il riconoscimento del diritto di voto europeo* in LUIGI VITTORIO MAJOCCHI, *La difficile costruzione dell'unità europea*, Milano, Jaca book, 1996, p. 181 ss.

⁶ *Paul Delouvrier*, un esperto di chiara fama che ha prestato la sua collaborazione in parecchie vicende della cooperazione europea nel secondo dopoguerra – dopo aver rilevato che nella testa dell'esperto («che non ha la cultura che è prerogativa dei professori e non ha le responsabilità che costituiscono monopolio del ministro») è possibile distinguere una «parte professorale e una parte ministeriale del cervello» – con riferimento ai lavori preparatori del Trattato Cee, candidamente confessa che gli stessi potrebbero esser severamente criticati perché «l'aspetto monetario dei problemi risulta praticamente assente. Ma ciò non perché gli esperti di Bruxelles non fossero consapevoli della fondamentale importanza che i problemi monetari hanno per un mercato comune o per un'unione economica, bensì perché la parte ministeriale del loro cervello ebbe la meglio (...). Gli esperti si dissero: "Non parliamo di problemi monetari in questa sede; se le misure dirette alla soppressione delle tariffe doganali saranno realmente rispettate, un certo grado di unificazione monetaria dovrà necessariamente aver luogo". Si trattò forse di un atto di fede, ma anche del solo modo concreto con il quale, in quella fase dell'opera, ci si poteva occupare della questione» (cfr. *Esperienze in fatto d'integrazione europea e prospettive per il futuro*, in AA. VV. *L'integrazione europea*, Bologna, Il Mulino, 1957, p. 163-174). Si tratta a mio avviso di osservazioni acute che chiariscono molti aspetti dell'integrazione europea (compreso quello del passaggio, che molti si attendevano meccanico, dal Trattato di Maastricht alla statualità), definendo in modo scultoreo il ruolo – conservatore – dei ministri e quello – innovatore – dei professori (in verità, assai pochi, come assai pochi sono quelli non asserviti al potere). Ciò che ancor non è chiaro è quale parte del cervello degli esperti abbia prevalso quando redassero l'art. 138 del Trattato Cee.

⁷ Presidente del Comitato dei giuristi incaricato dal Consiglio d'Europa di studiare i problemi della Comunità politica, segretario del *Comité d'études pour la Constitution européenne*, istituito dal Mouvement européen international per preparare i lavori costituenti dell'Assemblea *ad hoc*, parlamentare di primissimo piano sui banchi di questa con ruoli e compiti nevralgici nella definizione degli aspetti politico-istituzionali dello Statuto della Comunità Politica europea (prevista dal ben noto art. 38 del Trattato istitutivo della Comunità europea di difesa), FERNAND DEHOUSSE, eminente giurista, senatore socialista belga e convinto federalista, ha legato il suo nome, con alterna fortuna e incostanti meriti, a gran parte della storia della costruzione europea sino alla fine degli anni Cinquanta. I suoi contributi sono in larga parte raccolti nel volume, in due tomi, dal titolo *L'Europe et le monde. Recueil d'études, de rapports et de discours. 1945-1960*, Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1960.

verrà riesumato solo alla fine del 1968»⁸.

Dehousse aveva ragione: il suo progetto venne riesumato solo alla fine del '68. Ma i federalisti avevano cominciato l'agitazione politica attorno al suo obiettivo un anno prima. Questa agitazione si fondava su due punti che potremmo dire "di principio" e su alcuni elementi di analisi politica. Il primo punto di principio era che, in democrazia, è impensabile una trasformazione profonda come la creazione di uno Stato nuovo su un'area già organizzata in Stati senza la partecipazione dei cittadini. Il secondo punto era che il Trattato di Roma prevedeva tra le diverse istituzioni un Parlamento e, in democrazia, il fatto che questo non sia eletto costituisce uno scandalo. Gli elementi di analisi politica discendevano dalla constatazione che l'integrazione europea era ormai giunta alla soglia dell'unione doganale e non sarebbe stato possibile alcun progresso senza atti di costruzione costituzionale e il diritto di voto è il primo e fondamentale atto costituzionale. A ciò deve aggiungersi che la decisione comunitaria dell'11 maggio 1966 anticipava il compimento dell'unione doganale sul terreno industriale al 1° luglio 1968 (con un anno e mezzo di anticipo rispetto a quanto previsto dal Trattato di Roma), attraverso il completo abbattimento delle tariffe interne e l'erezione di una tariffa esterna comune. I proventi di questa, previsti in 2,4 miliardi di dollari, sarebbero venuti a configurare un vero e proprio, benché esiguo, bilancio europeo che poneva il problema del suo controllo democratico. La decisione citata stabiliva anche che, sempre al 1° luglio 1968, i prodotti agricoli avrebbero liberamente circolato all'interno del mercato comune sulla base di prezzi europei, il che avrebbe implicato sostanziali avanzamenti sul terreno dell'Unione economico-monetaria. A queste considerazioni se ne affiancavano altre relative alle relazioni atlantiche che, con la guerra del Vietnam, avevano vissuto giornate turbolente grazie soprattutto alla politica di de Gaulle e, più in generale, all'ovvio fatto che la tutela americana, indispensabile e ben accetta in piena guerra fredda e a fronte dei gravosi problemi della ricostruzione, appariva sempre più pesante, per non dire nociva, una volta che il protetto da bimbo si era fatto adulto e pretendeva una libertà d'azione che il protettore stentava a riconoscergli. Infine, i fatti del '68, particolarmente vistosi nel Maggio francese, ma ricchi di tensioni e violenza un po' dappertutto, mettevano in primo piano l'urgenza di tornare a "pensare in grande": forse era un po' ingeneroso "il generale" quando li aveva definiti «chienlit»⁹, ma certo è che non era "pensare in grande" riproporre parole d'ordine che provenivano dalla Rivoluzione culturale cinese o da Berkeley riferendosi a problemi e situazioni affatto diverse da quelle eu-

⁸ FERNAND DEHOUSSE, *Introduzione* al volume Direzione generale della documentazione parlamentare e dell'informazione del Parlamento europeo (a cura di), *Per l'elezione diretta del Parlamento europeo*, Ufficio delle pubblicazioni ufficiali della Comunità europea, 1969, p. 15.

⁹ Si tratta di un'espressione gergale che, in senso proprio, si riferisce alla "cacca" che gli infanti si fanno addosso, cioè "nel letto".

ropee piuttosto che rifarsi a *Spinelli* e *Monnet*, alla Dichiarazione Schuman del 9 maggio 1950 (che definiva le istituzioni della Comunità come «les premières assises concrètes d'une Fédération européenne indispensable à la préservation de la paix») o al preambolo del Trattato Cee che interpretava la costruzione del mercato comune come un passo rilevante verso «une Union sans cesse plus étroite entre les peuples européens»¹⁰.

In quel torno di tempo, all'ombra di *Mario Albertini* – leader indiscusso del federalismo organizzato in Italia dopo che *Spinelli* aveva scelto la strada dell'entrata nelle istituzioni comunitarie – avevo la responsabilità della segreteria della Regione Lombardia, di gran lunga la più numerosa in termini di iscritti e militanti e la più attiva in seno al Movimento federalista europeo, a sua volta l'organizzazione di gran lunga più vivace sul terreno delle organizzazioni federalistiche a livello europeo. E fu proprio in Lombardia, a Milano, nella sede di Viale Maino, che nel dicembre del '66, nel corso di una delle frequenti riunioni di militanti, fu formulata la proposta di avviare una campagna per le elezioni dirette del Parlamento europeo che, tenendo conto delle difficoltà che avrebbero sollevato gli euroscettici o che sarebbero scaturite dall'indifferenza delle forze politiche e sociali, dall'ostilità più o meno mascherata dei governi, dalla presuntuosa supponenza dei mezzi d'informazione, dall'apatia dell'europesismo organizzato e, soprattutto, dell'opposizione gaulliana, avrebbe avuto come primo obiettivo quello di giungere all'elezione a suffragio universale diretto dei delegati italiani al Parlamento europeo. Per conseguire questo scopo il MFE (Bologna, 22 gennaio 1967) decise di presentare un disegno di legge di iniziativa popolare per il quale, come disposto dall'art. 71 della Costituzione, era necessario raccogliere almeno 50.000 firme di elettori. Le firme furono raccolte e l'11 giugno 1969 il disegno di legge venne presentato al Senato.

Quest'iniziativa dei federalisti italiani ridiede speranza e vigore ad altri federalisti in Belgio, Repubblica federale di Germania e Francia, sicché analoghi disegni di legge – questa volta d'iniziativa parlamentare – vennero presentati, in Belgio, da *Charles Ferdinand Nothomb*¹¹ e *Jos Chabert*¹²; nella Repubblica federale di Germania, da *Karl Mommer*¹³ e *Ernst Majonica*¹⁴; in Francia da *René Pleven*¹⁵, *André Rossi*¹⁶ e *François Mitterrand*. Queste inizia-

¹⁰ "Le Monde. Dossier et documents", avril 1987.

¹¹ Parlamentare belga del Centro democratico vallone, è stato ministro degli esteri negli anni 1980-1981 ed è noto per aver presentato, nella sua veste di Vice-presidente del Mouvement européen international un *Plan pour la paix en Belgique*.

¹² Parlamentare belga democristiano fiammingo, è stato presidente del Comitato delle Regioni dal 2000 al 2002.

¹³ Deputato SPD al *Bundestag* di cui è stato vice-presidente dal 1966 al 1969.

¹⁴ Deputato CDU al *Bundestag* e presidente, dal 1976 al 1986 del *Deutschen Rates der Europäischen Bewegung*.

¹⁵ Due volte primo ministro della IV Repubblica agli inizi degli anni Cinquanta. Noto per il Piano,

tive apersero la strada alla decisione del Vertice di Parigi del 9-10 dicembre 1974 che, sotto la presidenza di *Valery Giscard d'Estaing*, auspicava che «l'obiettivo, fissato dal Trattato, dell'elezione del Parlamento europeo dovrebbe esser realizzato al più presto possibile».

Questo indiscutibile successo dei federalisti dipendeva certo dall'iniziativa italiana, ma dipendeva anche e soprattutto dal fallimento della strada imboccata dai governi al Vertice dell'Aja del 1°-2 dicembre 1969 che si erano ripromessi di costruire l'Unione economico-monetaria secondo un calendario studiato dalla Commissione Werner¹⁷ entro il 1980, anno che avrebbe dovuto vedere la nascita contemporanea dell'Unione politica, dai connotati ancora incerti ma destinata a *chapeauter* quella economico-monetaria. Questo fallimento era imputabile alle turbolenze monetarie ed economiche seguite alla decisione di *Nixon* del 15 agosto 1971 che, buttando a gambe all'aria il sistema di Bretton Woods e affermando quello della libera fluttuazione delle monete, aveva *de facto* distrutto il mercato agricolo (che si reggeva su prezzi europei) e fortemente compromesso quello industriale, favorendo una rimarchevole rinazionalizzazione delle diverse economie europee. In quel clima la proposta dei federalisti che faceva propria la parola d'ordine «*la politique d'abord*» aveva acquisito d'acchito udienza e credito.

La vicenda si concluse, come noto, al Consiglio europeo di Palazzo Barberini (Roma, 1°-2 dicembre 1975) quando, a seguito della prima imponente manifestazione di piazza (un corteo di oltre 10.000 militanti che si adunarono in Campidoglio per approvare un appello ai Capi di Stato e di Governo, sfilarono per le vie di Roma e lo consegnarono al Presidente di turno, *Aldo Moro*) venne formalmente deciso (con una sommissa riserva di Regno Unito e Danimarca che, caduta, fece in ogni modo slittare l'elezione al giugno del '79) che le prime elezioni a suffragio diretto si sarebbero tenute possibilmente nel 1978, specificando che «il Parlamento è associato allo sviluppo della costruzione europea». Quella manifestazione fu possibile grazie soprattutto all'impegno dei federalisti lombardi (tra i quali non pochi miei allievi del Liceo Taramelli) che batterono a tappeto le scuole romane, le sedi dei partiti, sindacati, organizzazioni della società civile, bussarono alle porte di giornali nazionali e locali invitandoli a ospitare gratuitamente una pagina redatta dal MFE che diceva «C'è un partito che ha l'80% dei consensi: sono gli europei che vogliono l'Europa unita. Gli europei devono avere il diritto di votare per l'Europa. L'avranno il 1° dicembre?». Questa pagina, pubblicata a pagamento su *Corriere della Sera* e *Le Monde* grazie a un contributo di 100 milioni della FIAT, fu

che porta il suo nome, presentato all'Assemblea Nazionale francese il 24 ottobre 1950, un piano che proponeva la costruzione della Comunità europea di difesa (CED).

¹⁶ Parlamentare del Centro Repubblicano nella IV Repubblica e, nella V, del Partito Radicale; ministro del Commercio estero dal 1976 al 1978.

¹⁷ *Pierre Werner* era all'epoca primo ministro del Granducato del Lussemburgo.

pubblicata gratuitamente su quarantatrè testate in Italia. Dopo un colloquio che ebbi con Monsignor *Giacchi, Paolo VI* acconsentì a esprimere, nell'*Angelus* di domenica 30 novembre, auspicio che il Consiglio europeo volesse aderire all'appello dei federalisti. Il mio impegno in quella circostanza è stato pari a quello profuso nella preparazione di un'altra – questa volta, davvero grandiosa – manifestazione: quella svoltasi a Milano in occasione del Consiglio europeo del 30 giugno 1985 quando in gioco era il progetto di Trattato istituyente l'Unione europea, un progetto approvato a grande maggioranza dal Parlamento europeo e comunemente noto come «Progetto Spinelli». Allora ero segretario generale del Movimento federalista europeo e, insieme, del *Mouvement européen international*. Ma questa è un'altra storia.

2. *Come spiega il successo da voi ottenuto nonostante tutte le resistenze aperte o nascoste, ma non per questo meno nocive?*

Solo Dio, se c'è, conosce la storia. A noi mortali spetta solo fornire congetture. La mia discende dall'insegnamento di Machiavelli e da una glossa di *Albertini*. Da Machiavelli ho tratto il convincimento che colui che vuole «farsi capo a introdurre ordini nuovi» deve far affidamento sulla fortuna e sulla virtù. Nel nostro caso già ho cercato di illustrare quelli che considero elementi di fortuna (il corso delle cose, la situazione di potere, le contraddizioni immanenti al processo, etc.) quando ho accennato alla conclusione del periodo transitorio e al compimento dell'Unione doganale, i prezzi europei in agricoltura, il pur esiguo bilancio che esigeva un controllo democratico, i moti del '68, il deteriorarsi delle relazioni atlantiche, le turbolenze monetarie *post 15 agosto 1971*: tutti elementi che tendevano a mostrare l'insufficienza della teoria dei piccoli passi, del passaggio meccanico dall'integrazione economica all'unità politica, della cooperazione intergovernativa, della logica deterministica dell'unificazione europea come si trattasse di un processo *in vitro* avulso dalle dinamiche della politica internazionale, etc. E che rendevano urgenti atti di "costruzione costituzionale", impossibili senza il coinvolgimento dei cittadini. La virtù consisterebbe nell'iniziativa federalista, un'iniziativa estranea per assunto al processo politico normale che si muove nell'alveo dell'ordine vecchio e che non solo è vettrice dell'innovazione, ma propone anche lo strumento adeguato a introdurla: nel caso in questione, far irrompere sulla scena del processo il popolo. La glossa albertiniana consiste nel precisare che ai federalisti spetta il compito dell'iniziativa, l'esecuzione essendo rimessa per definizione a chi detiene il potere che, in determinate situazioni di crisi, può essere "forzato" all'innovazione. Nella circostanza storica di cui qui ci occupiamo sembra proprio che le cose siano andate così.

3. *La votazione a suffragio universale era considerata da Lei una tappa tattica in un percorso che, necessariamente, avrebbe dovuto condurre a uno Stato federale? In che modo pensavate che un'assemblea eletta a suffragio universale avrebbe potuto, nei fatti, aiutare a cambiare i rapporti di forza a favore di chi sosteneva l'idea di una federazione europea?*

Già all'inizio della lotta federalistica, in questo secondo dopoguerra, *Altiero Spinelli* aveva osservato come l'obiettivo dell'unità europea fosse particolarmente difficile perché non si trattava solo di spingere i governi a prendere la decisione di unire l'Europa, ma di evitare che, una volta presa la decisione, essa si snaturasse nella fase della sua definizione e gestione. La prassi corrente era infatti quella di rimettere il problema e la sua soluzione a una conferenza diplomatica tra i rappresentanti dei diversi Stati interessati. «Inevitabilmente, osservava *Spinelli*, vi si faranno sentire solo i punti di vista particolaristici nazionali. Quali che siano le aspirazioni dei ministri lì riuniti, resta il fatto che ciascuno di loro ha il preciso compito di tutelare la sovranità del proprio paese e di ciò è responsabile di fronte al proprio parlamento». Si trattava pertanto, secondo *Spinelli*, d'individuare uno strumento giuridico-politico che consentisse al punto di vista europeo unitario di esprimersi e svilupparsi¹⁸. Questo organo fu, in due circostanze, il Parlamento europeo che svolse questa funzione nel corso del primo tentativo di fondare lo Stato europeo quando i sei ministri della CECA gli affidarono, il 10 settembre 1952, un mandato costituente e la svolse ancora quando — in una situazione assai meno cogente rispetto a quella degli anni Cinquanta, in piena guerra fredda e a fronte del problema tedesco, ma con maggiori poteri perché eletto, — nel corso della prima legislatura approvò il Progetto *Spinelli*. In entrambi i casi, come temeva giustamente *Spinelli*, la conferenza intergovernativa, formata da funzionari, si mise alacremente al lavoro per disfare ciò che avevano fatto i rappresentanti del popolo. E alla fine del loro travaglio, ministri, capi di Stato e di governo si affrettarono ad approvare il loro operato. Ciò detto, non va dimenticato che le speranze dei federalisti che il Parlamento eletto potesse svolgere un'efficace azione costituente erano autorevolmente condivise. Già tre anni prima delle elezioni, salutate da Sacharov come «la prima grandiosa vittoria della democrazia internazionale»¹⁹, *Willy Brandt* disse che al Parlamento, una volta eletto, sarebbe spettato il compito di fungere da «assemblea costituente permanente»²⁰. I federalisti nutrivano la stessa fiducia, convinti che, dovendosi gli eletti ripresentare dopo cinque anni ai loro elettori, non a-

¹⁸ Cfr. ALTIERO SPINELLI, *Introduzione* al volume di IVAN MATTEO LOMBARDO, *L'Europa che sorge*, Roma, Opere nuove, 1952.

¹⁹ "Europa", inserto di *La Stampa*, *Die Zeit*, *The Times*, *Le Monde*, giugno 1979.

²⁰ Discorso di *Willy Brandt* al "Congresso dell'Europa", Bruxelles, 6 febbraio 1976. Il testo si trova in LUIGI VITTORIO MAJOCCHI - FRANCESCO ROSSOLILLO, *Il Parlamento europeo. Significato storico di un'elezione*, Napoli, Guida, 1979, pp. 217-21.

vrebbero potuto vantarsi di essersi occupati del prezzo della margarina o di altre quisquiglie del genere, ma avrebbero dovuto rispondere alla domanda «cosa hai fatto perché l'Europa parli con una sola voce nel mondo contribuendo alla costruzione della pace, alla lotta contro lo scambio ineguale, al conseguimento della coesione sociale, all'annullamento delle voragini che separano le regioni ricche e quelle povere in Europa e nel mondo, etc.». Tutte questioni che non possono ormai più porsi all'interno degli anacronistici Stati nazionali, ma che hanno senso in Europa e impongono l'urgenza della creazione di un potere europeo. Il convincimento fondamentale restava comunque quello che, una volta fatto accomodare il cane nel salotto, è impossibile mettergli la museruola. Anche perché il cane europeo, entrato nel Palazzo di Strasburgo avrebbe mostrato i denti ai vecchi padroni dell'Elysée, di Palazzo Chigi o del Bundeskanzleramt. *Spinelli* e quanti lo hanno seguito hanno saputo mostrare i denti. Malasorte volle che i padroni dei vecchi palazzi nazionali li avessero ancora più aguzzi dei loro.

4. *Vi siete mai posti, durante i dibattiti di quegli anni, il problema della rappresentanza? Chi e che cosa avrebbero rappresentato i deputati eletti a suffragio universale? La loro circoscrizione (spesso corrispondente a un intero Stato), l'idea stessa di integrazione – e, in tal caso, quale? Quella vostra, federalista, o, magari, quella funzionalista? Avrebbero dovuto invece, o anche, svolgere un'azione di bilanciamento dei poteri, nei confronti di Consiglio e Commissione? Era una rappresentanza simbolica o materiale quella a cui voi pensavate?*

I federalisti, insieme alla proposta dell'elezione diretta, hanno sempre sostenuto la piena realizzazione del disposto dell'art. 138 del Trattato Cee che prevedeva l'elezione con procedura uniforme e hanno anche formulato precise indicazioni al riguardo. Senza procedura uniforme non sarebbero nati partiti europei, non si sarebbe imposta la necessità di congressi europei dei medesimi, non sarebbe emersa nel loro seno una classe politica europea democraticamente legittimata, non vi sarebbero stati programmi europei dei partiti, non sarebbe iniziata una lotta per la conquista del potere europeo. E senza lotta europea, la lotta resta nazionale. Anche se la lotta nazionale, che non concerne ormai più le grandi questioni di civiltà, riguarda ormai solo la spartizione del bottino. Quanto accade oggi in Italia è lì a mostrarlo con solare evidenza.

Su questo terreno i federalisti sono stati sconfitti. Le elezioni del '79 – e quelle che sono seguite – si sono svolte sulla base di leggi nazionali; candidati sono risultati i trombati della vita politica nazionale o, al più, quelli che "sanno le lingue"; i gruppi parlamentari a Strasburgo non sono mai stati altro che associazioni di carattere confederale, non scaturendo le decisioni da con-

gressi democratici a livello europeo delle diverse famiglie politiche; gli eletti, anziché preoccuparsi di rispondere, al termine del mandato, ai propri elettori (purtroppo, nazionali) si sono preoccupati di rispondere a chi aveva il potere di ricandidarli e, con ciò, di assicurar loro la conservazione di un più che lauto emolumento. Certo non tutti si sono comportati così. Ma a questo spingeva la logica del meccanismo. Queste cose vanno dette per mostrare, una volta di più, la grandezza di Spinelli che, novello Socrate, è riuscito a educare una banda di *farfelus*, *fainéants*, opportunisti, euroscettici e a trascinarli passo a passo sino ad approvare il famoso Trattato che, se ratificato, avrebbe segnato un destino rivoluzionario per la costruzione europea. È sufficiente ricordare che tra coloro che lo hanno seguito compare persino il leader *pro illo tempore* del partito neo-fascista italiano, *Giorgio Almirante*! Con la sua azione, *Spinelli* ha mostrato che, pur in difetto della procedura uniforme e di ciò che essa avrebbe di necessità comportato, il Parlamento può rappresentare "il popolo europeo" nella sua interezza e nella sua varietà di posizioni, ma uno nella rivendicazione dell'unità politica, uno nella convinzione che la strada per conseguirla non è quella del funzionalismo, delle intese intergovernative, dei piccoli passi, ma è quella rivoluzionaria del costituzionalismo hamiltoniano.

5. *Dai tempi di Spinelli, era opinione comune che i partiti non sarebbero stati buoni alleati nella lotta per lo Stato federale, in quanto legati a lotte di potere nazionali. Come pensavate, stando così le cose, di poter arrivare alla creazione di una nuova polis? Come erano cambiati i rapporti con loro (i partiti) negli anni?*

Un costante convincimento dei federalisti per l'intera durata della loro lotta è stato che i governi nazionali sono insieme ostacolo e strumento. Sono ostacolo perché fare la federazione europea vuol dire che al posto di ventisette ministri degli esteri vi è un solo ministro degli esteri, che al posto di ventisette capi di Stato vi è un solo capo di Stato, che gli accordi tradizionali in Italia tra il governo e i poteri forti (al Nord la Fiat e al Sud la mafia) finiscono per contare assai poco perché il bilancio dello Stato italiano è destinato a divenir poca cosa, molte spese (e relative entrate) dislocandosi a livello europeo e molte ai livelli inferiori di governo. L'esemplificazione è solo esplicativa e non esaustiva. Che, dunque, i governi tendano a prometter l'Europa la domenica e far tutt'altro nel corso della settimana è cosa del tutto normale. Come normale è che, quando parlano di Europa, sposino sempre la strategia dei piccoli passi: cediamo oggi questo spezzone di competenza all'Europa, domani quest'altro e un giorno o l'altro l'Europa sarà fatta, dimenticando che il potere di uno Stato o sta di qua o sta di là. *Chiti Batelli* per illustrare il punto amava ricorrere a una metafora: una donna o è vergine o non lo è. *Tertium non*

datur. Ciò che vale per i governi, vale anche per i partiti: sinché il potere resta "di qua", cioè nelle mani degli Stati, si occupano del potere che c'è cercando di mantenerlo o conquistarlo e non si occupano del potere che non c'è anche se sarebbe il solo necessario per uscire dalla contraddizione tra i valori professati e i fatti della vita nazionale. Il potere europeo non c'è. Abbiamo molte cose che sono "comuni". Ma di "unico" c'è solo la moneta che, in difetto di un potere "unico" di politica economica non si sa quanto potrà durare. Governi e partiti sono propensi alla cooperazione, che non scalfisce il potere nazionale e, quindi, le loro posizioni di potere. Per l'amor del cielo, più cooperazione è sempre meglio di meno cooperazione. Ma non basta, perché non risolve i problemi ai quali gli europei sono oggi confrontati. Un esempio? Il fenomeno dell'immigrazione. In Italia si danno due risposte. La prima: i respingimenti, versione moderna del «li respingeremo sul bagnasciuga» di nefasta memoria. La seconda: «avanti c'è posto» con la conseguenza che a Palermo, dove già nulla funziona, quando si passasse da mezzo milione di abitanti a settecentomila persone lascio a voi immaginare quel che succederebbe. È ovvio ed evidente anche a un bambino che la sola risposta ragionevole è quel Piano Marshall per i Paesi rivieraschi della sponda sud del Mediterraneo e per l'Africa, di cui parlava Spinelli in *PCI, che fare?*²¹, un Piano che darebbe prospettive di vita decente per i giovani che oggi migrano con pene indicibili e buone possibilità di perder la vita e li spingerebbe a restarsene nella loro terra. Ma questo Piano non è alla portata dell'Italia e, quando questa invoca la solidarietà europea, dimentica che al più potrebbe trovare quella dei Paesi che hanno firmato il Trattato di Schengen (libera circolazione delle persone senza alcun controllo alle frontiere), ma dimentica anche che questa solidarietà cozzerebbero contro l'indifferenza degli altri membri dell'Unione per nulla interessati a quel cospicuo aumento del bilancio richiesto da un Piano di questo genere. E, anche secondo le disposizioni del Trattato di Lisbona, l'aumento del bilancio dell'Unione è sottoposto al vincolo dell'unanimità.

Ciò detto, va anche ricordato che governi e partiti sono insieme «strumento» perché sono essi a dover prendere «la decisione di fondare lo Stato europeo». *De Gasperi* è un luminoso esempio al riguardo. Era un uomo storico²² prima che segretario della DC e capo del governo italiano. *Sarkozy*, dopo i discorsi di Verdun, Nîmes e Versailles ci ha illuso di poter fare altrettanto. Oggi sappiamo che è impegnato a trovare una sistemazione dorata per il proprio figlio. Il problema della "decisione" è tanto chiaro quanto difficile ne è la soluzione. I governi hanno il potere di decidere un Patto federale mediante il

²¹ ALTIERO SPINELLI, *PCI, che fare? Riflessioni su strategia e obiettivi della sinistra*, Torino, Einaudi, 1978.

²² È stato lo stesso *De Gasperi* a darci una perspicace definizione dell'uomo storico distinguendolo dall'uomo politico: il primo «si occupa delle generazioni che verranno», il secondo «delle prossime elezioni».

quale dichiarano la propria disponibilità a cedere determinate competenze. Lo hanno fatto con il Trattato di Maastricht. Debbono farlo anche per le residue competenze che, secondo i modelli federali correnti, spettano all'Unione: grandi indirizzi della politica economica, politica estera, difesa, energia e scelte ambientali di fondo (le finanze resterebbero una competenza concorrente). Il Patto dovrebbe anche stabilire che l'organizzazione del potere europeo (la costituzione) così come la definizione della relazione tra Unione e Stati membri dovrebbe essere affidata a un'assemblea costituente com'è doveroso avvenga in regimi democratici. Tutto qui. Perché succeda occorre aspettare che la crisi finanziaria (alla quale gli Stati hanno risposto con un minimo di coordinamento, ma stanno affrontando la *exit strategy* in ordine sparso) ci regali milioni di disoccupati? Che i giochi della politica mondiale si facciano sempre più nel Pacifico piuttosto che nell'Atlantico? Che *Putin* ci chiuda i rubinetti del gas e ci costringa a scaldarci con le stufe a legna? Che le prossime ondate migratorie dal Sud e dall'Est cancellino dalla nostra memoria quelle del 476 d.C.? In questo caso lo *slogan* becero che si sente continuamente ripetere da non pochi italiani «Meno male che Silvio c'è» appare semplicemente patetico, per non dire grottesco.

Un'ultima osservazione. Il tempo utile per questa decisione sta per scadere. L'Europa – una Svizzera ipertrofica, ricca e indifferente ai drammi del mondo – è inesorabilmente avviata sul viale del tramonto. È una tragedia per noi, più ancora per i nostri figli. Ma lo è anche per il mondo. Il suo declino ridurrebbe al silenzio la Maddalena della storia che, proprio perché grande peccatrice, ha avuto la possibilità d'indicare a se stessa e a tutti la strada della redenzione: quella del superamento della nefasta formula politica dello Stato nazionale che ha sancito la divisione – concepita con i caratteri della naturalità – del genere umano e che avrebbe potuto, con la fondazione della federazione tra i grandi, tragici protagonisti della storia moderna e contemporanea, offrire all'umanità intera un grandioso modello capace di aprire la strada alla fondazione di altre federazioni di dimensione continentale che, a loro volta, avrebbero costituito, secondo la visione *Lord Lothian*, i pilastri della futura federazione mondiale²³.

²³ Sul significato storico della Federazione europea restano ancora illuminanti le pagine di *Sir John Robert Seeley*, il grande storico di Cambridge, nel breve e folgorante saggio *The United States of Europe*, apparso sul *Macmillan's Magazine* (vol. XXIII, London 1971, p. 436-48) e ripubblicato in italiano, con una mia nota introduttiva, sulla rivista *Il federalista* (anno XXXI, Pavia, 1989, n. 2, p. 164-95). In questo saggio, *Seeley* osserva che «La Federazione americana non ha impresso purtroppo alcun segno profondo nel corso della storia [...]. Se gli Americani hanno attuato ciò che ora si propone per l'Europa, le loro condizioni erano assai più favorevoli», al punto che «si può affermare che la Federazione è stata data loro dalla Provvidenza». Significato ben diverso avrebbe «stringere insieme indissolubilmente tante razze rivali, tanti Stati rivali, tante religioni rivali, Inglese e Francesi, Tedeschi e Slavi, Tedeschi e Italiani». Benché ciò possa apparire irraguardoso per i padri della Federazione americana, è un fatto che la Federazione europea costituirebbe la prima grandiosa costruzione sulla strada della pace, perché sorgerebbe «come un tempio maestoso dalla tomba della guerra. [...] L'Europa unita in un solo Stato con un esecutivo e un legislativo federali

La via per scongiurare questa tragedia esiste. È sufficiente prender atto che nell'odierna Unione esistono due filosofie: quella che concepisce il processo d'integrazione come finalizzato alla fondazione della federazione e quella che considera l'Unione esclusivamente come uno spazio per fenomeni di cooperazione economica e, entro certi limiti, politica. Il Regno Unito è in prima fila nel sostenere questa seconda posizione. Orbene, si torni alla lungimirante decisione del 9 maggio 1950. Allora, in seno al Consiglio d'Europa convivevano le due medesime filosofie. Ma Francia e Repubblica federale di Germania, con l'accordo d'Italia e Benelux, decisero di andare avanti, fondando la Comunità e lasciando la porta aperta a quanti volessero in futuro unirsi a loro. Lo stesso fu fatto per lo SME, per l'Euro e per Schengen. Cosa impedisce a «ceux qui voudront», come diceva Mitterrand, di sottoscrivere il Patto federale di cui si è detto testé, di fondare cioè la federazione che rimarrebbe membro dell'Unione la quale si configurerebbe allora come una grande area di libero scambio, di stabilizzazione della democrazia e dell'economia di mercato, insomma, un'anticamera della federazione e, come tale potrebbe, nel frattempo, allargarsi – ovviamente alle condizioni dettate da Copenhagen – ai Paesi balcanici che ancora non ne sono membri, alla Turchia e, perché no?, ai Paesi rivieraschi della sponda sud del Mediterraneo, a cominciare da Palestina e Israele. Se così si facesse gli europei mostrerebbero al mondo di sentirsi cittadini e di rifiutare un destino che li vuole soltanto impegnati a curare i propri gerani (o a imbottire le proprie banche di soldi stranieri in cerca di quieti ripari).

6. *Infine, ne Il Politico (n. 4, dicembre 1971), Mario Albertini scrisse: «Il Parlamento europeo è la sede nella quale si può varcare la soglia della irreversibilità nel processo di integrazione europea»²⁴. Cosa pensa oggi, dopo sei legislazioni di camera eletta a suffragio universale, di quell'affermazione?*

Nella storia non v'è nulla di "irreversibile". Ma *Albertini* non era così sprovveduto da non saperlo. La soglia dell'irreversibilità nel processo di costruzione europea potrebbe raggiungersi il giorno in cui nascesse lo Stato. Questo fatto si trova però ancora nel regno della *Möglichkeit*. Il Trattato di Lisbona delinea una Unione che è tutto tranne che uno Stato. Quando si dice

con una sede in una Washington centrale! Stati famosi come Inghilterra e Francia senza più il potere di arruolare eserciti, ridotte, a poco a poco, al rango di contee all'interno della federazione [...]. Una rivoluzione di tale portata nelle relazioni umane, ne sono convinto, non si è forse mai vista» (p. 189).

²⁴ MARIO ALBERTINI, *Il Parlamento europeo: profilo storico, giuridico, politico*, in *Il Politico*, n. 4, dicembre 1971.

che nell'Unione è possibile cogliere «aspetti federali» si affermano cose banali e senza senso. L'aspetto è l'apparire fenomenico di qualcosa. L'aspetto federale è dunque l'apparire fenomenico di una federazione, cioè di uno Stato. Cioè di un potere. Ora, l'Unione ha potere? Basta porre la questione in questi termini per comprendere tutta l'ambiguità che circonda l'espressione. Un'ambiguità accentuata dall'uso improprio di altre formulazioni stupide e fuorvianti. Lo sono in particolare quelle che tendono a stabilire una differenza tra «*soft power*» e «*hard power*». L'Europa «potenza tranquilla» di *Todorov* o l'Europa «potenza gentile» di *Tommaso Padoa Schioppa* sembrerebbero dire che l'Europa, pur senza bilancio ed esercito, è una potenza. Sciocchezze! Innanzi tutto, potere non è soltanto quattrini e forze armate. È certamente queste cose. Ma potere è anche stabilità dell'esecutivo, coesione sociale, saggia *leadership*, illuminata *polity*, forza della moneta, finanza pubblica in ordine, salde alleanze, etc. *tutti strumenti utili a ottenere comportamenti altrui coerenti con ciò che si vuole*. Quando nel '56 Regno Unito e Francia mandarono la flotta in Egitto per strappare a *Nasser* il Canale di Suez, *Eisenhower* ottenne che se ne tornassero a casa senza far ricorso alle cannoniere: semplicemente minacciò di gettare sul mercato le riserve che gli Usa detenevano in franchi e sterline. E Regno Unito e Francia tornarono a casa. *Eisenhower* aveva le carte in regola per ottenere quel risultato. Si trattava di *hard power* o *soft power*? A mio avviso si trattava semplicemente di «*power*». Esattamente quello che all'Unione di oggi fa difetto.

Quando i federalisti si batterono per il Parlamento eletto confidavano che esso non si sarebbe limitato ai compiti previsti dai Trattati, né, *a fortiori*, avrebbe scimmiettato i Parlamenti di veri e propri Stati, senza averne i poteri. Sinché l'Unione non sarà uno Stato, il naturale compito del Parlamento non può che esser quello di dar voce al popolo europeo il quale, ben più saggio delle classi politiche nazionali che lo tengono diviso e lo governano, sa benissimo che non c'è futuro senza l'unità e non aspetta altro se non che un organo autorevole che lo rappresenta (che rappresenta il popolo europeo e non i popoli, un popolo di nazioni, dunque un popolo già nella sua essenza federale) strappi il potere dalle mani di abusivi e illegittimi Stati nazionali e lo conferisca all'Unione. I mezzi sono molteplici: dalla strada che ha percorso *Spinelli*²⁵ a una nuova versione della Pallacorda. È noto che il Parlamento, fallito il tentativo di *Spinelli*, ha deciso di giocare a far l'organo del triangolo comunitario, si è battuto per strappare qualche competenza di dettaglio dimenticando il compito fondamentale: quello di dotare l'Unione di un'effettiva capacità d'azione, cioè del potere. Il compito era nel novero delle possibilità e, dun-

²⁵ Il riferimento è qui all'azione di *Spinelli* in seno al Parlamento europeo che ha condotto all'approvazione del «Progetto di trattato istituyente l'Unione europea» approvato a larghissima maggioranza nella seduta del 14 febbraio 1984 e correntemente noto come «Progetto *Spinelli*».

que, se fosse stato assolto, l'Unione avrebbe raggiunto la soglia di una "plausibile" irreversibilità. "Plausibile" perché nelle cose umane, a quanto ci è dato sapere, solo la morte è irreversibile. Tutto il resto può andare avanti o indietro. Quanto oggi succede nel mondo, in Italia, in Europa, nel Parlamento europeo sembra purtroppo dire che, a dispetto delle prodigiose avanzate delle scienze e della tecnica, nella politica si sta andando indietro. La fine dell'equilibrio bipolare, il fallimento del monopolismo statunitense, i disastri finanziari (e domani economico-sociali) di una globalizzazione selvaggia, un multipolarismo senza alcuna base di principi condivisi e di istituzioni partecipate non possono che far precipitare ancor più il mondo verso l'anarchia e l'avventura. Di chi è la responsabilità? Di chi queste cose le sa perché ha pagato lo scotto dell'anarchia internazionale con la propria agonia e non fa ciò che dovrebbe fare per mostrare al mondo che un analogo destino che riguardi domani l'intera umanità non ha il carattere della «ananche». Quella delle tragedie greche.

Luigi Vittorio Majocchi*

* Presidente del Centro di Studi storico-politici sul federalismo e l'unificazione europea "Mario Albertini" dell'Università degli Studi di Pavia.

LA NUOVA DIRETTIVA-QUADRO N. 2008/98/CE SUI RIFIUTI*

Sommario: 1. *L'evoluzione della normativa ambientale attraverso il processo di allargamento UE ed il Trattato di Lisbona* - 2. *Il riferimento ai principi comunitari in materia ambientale* - 3. *L'applicazione del principio di precauzione* - 4. *L'applicazione del principio di prevenzione* - 5. *L'applicazione del principio «chi inquina paga»* - 6. *L'applicazione del principio di ripristino ambientale* - 7. *L'applicazione del principio di responsabilità* - 8. *Le modifiche introdotte dalla nuova direttiva-quadro* - 9. *Conclusioni.*

1. L'evoluzione della normativa ambientale attraverso il processo di allargamento UE ed il Trattato di Lisbona

Tutela dell'ambiente e tutela della salute rappresentano oggi due temi fortemente interconnessi e condizionati dal progresso della ricerca scientifica, dalla sperimentazione sul campo e dalla verifica dell'impatto ambientale delle attività umane anche su una vasta area, su scala regionale, nazionale e anche internazionale.

Il tema dei rifiuti viene oggi affrontato grazie al confronto effettuato su scala europea fra ecosistemi diversi alla luce delle loro caratterizzazioni economico-sociali.

È innegabile che il differente livello di industrializzazione sviluppatosi negli ultimi decenni nelle diverse macro regioni europee abbia prodotto esigenze differenziate nei processi di raccolta e smaltimento dei rifiuti solidi urbani, speciali e pericolosi.

Nei Paesi del Centro-Nord Europa in cui l'industria pesante aveva già provocato i propri effetti nefasti sull'ambiente attraverso l'inquinamento dell'aria, del suolo, del sottosuolo e delle acque marine ed interne, di superficie e sotterranee, la sensibilità delle Istituzioni, dell'opinione pubblica e dei *mass media* ha fatto sì che venissero sperimentate anzitempo forme più avanzate di raccolta e smaltimento dei rifiuti superando la logica del conferimento in discarica.

* Comunicazione presentata dall'Autore al Parlamento europeo durante l'esercizio del suo mandato parlamentare nel corso dei lavori della Commissione Ambiente.

Si è capita l'importanza di una programmazione a monte delle politiche industriali, nonché della pianificazione territoriale e socio-economica impostata per prevenire e ridurre gli effetti dell'inquinamento e la produzione dei rifiuti.

Il processo di allargamento dell'Unione europea, nelle più recenti fasi del 2004 (da quindici a venticinque Paesi) e del 2007 (a ventisette Paesi), nonché attraverso i negoziati in essere con i Paesi dei Balcani occidentali e le politiche di buon vicinato, hanno reso possibile la diffusione di una nuova cultura ambientale, maturata sul campo dai Paesi maggiormente industrializzati, fra i Paesi di nuova adesione o in via di adesione.

L'Unione europea ha, infatti, una competenza concorrente con quella degli Stati membri in vari settori, tra cui quello dell'ambiente ed è, inoltre, competente a svolgere azioni intese a sostenere, coordinare o completare l'azione degli Stati membri nel settore della tutela e del miglioramento della salute umana (Trattato di Lisbona).

In particolare, l'art. 191 TFUE (già art. 174 CE), prevede che la politica dell'Unione in materia ambientale debba perseguire gli obiettivi di «*salvaguardia, tutela e miglioramento della qualità dell'ambiente*», di «*protezione della salute umana*», di «*utilizzazione accorta e razionale delle risorse naturali*» e di «*promozione sul piano internazionale di misure destinate a risolvere i problemi dell'ambiente a livello regionale o mondiale e, in particolare, a combattere i cambiamenti climatici*». Essa mira a perseguire «*un elevato livello di tutela, tenendo conto della diversità delle situazioni nelle varie regioni dell'Unione*» ed «*è fondata sui principi della precauzione e dell'azione preventiva, sul principio della correzione, in via prioritaria alla fonte, dei danni causati all'ambiente nonché sul principio "chi inquina paga"*».

Il Trattato prevede ancora che le misure di armonizzazione rispondenti alle suddette esigenze di protezione dell'ambiente comportano, nei casi opportuni, una clausola di salvaguardia che autorizzi gli Stati membri a prendere, per motivi ambientali di natura non economica, misure provvisorie soggette ad una procedura di controllo dell'Unione.

Nel predisporre la sua politica in materia ambientale, la Comunità dovrà tener conto:

- dei dati scientifici e tecnici disponibili;
- delle condizioni dell'ambiente nelle varie regioni della Comunità;
- dei vantaggi e degli oneri che possono derivare dall'azione o dall'assenza di azione;
- dello sviluppo socio-economico della Comunità nel suo insieme e dello sviluppo equilibrato delle sue singole regioni.

Infine, il Trattato ha statuito che nell'ambito delle rispettive competenze, la Comunità e gli Stati membri devono collaborare con i Paesi terzi e con le competenti organizzazioni internazionali e che le modalità della cooperazione della Comunità potranno formare oggetto di accordi tra questa ed i terzi interessati.

2. Il riferimento ai principi comunitari in materia ambientale

La protezione dell'ambiente rappresenta, oggi, una delle grandi sfide per l'Europa e, a tale titolo, rientra tra gli obiettivi prioritari dell'Unione, che si è impegnata a lottare contro i problemi ambientali su scala planetaria e secondo una strategia complessiva.

Originariamente, i Trattati istitutivi delle Comunità europee (i c.d. Trattati di Roma del '57) non prevedevano alcuna forma normativa per la tutela ambientale. In quella fase, infatti, le parti contraenti non ritennero necessaria una politica ambientale comune: il pericolo non era ancora tangibile e ben più urgenti vennero ritenute altre politiche, come quella agricola e quella industriale.

Nel 1972, di fronte alle nuove emergenze ambientali, in occasione di una riunione di Capi di Stato fu riconosciuta l'urgenza di istituire delle regole comuni in materia ambientale: da allora sono entrate in vigore più di duecento disposizioni legislative comunitarie sull'argomento.

Questi primi atti erano finalizzati per lo più al controllo e all'etichettatura di sostanze chimiche e pericolose, alla protezione delle acque di superficie, nonché al monitoraggio degli agenti inquinanti.

Tale proposta embrionale di politica ambientale fu sostenuta facendo appello all'art. 235 del Trattato comunitario (in seguito art. 308 e ora art. 352 TFUE), che conferisce poteri d'azione alla Comunità in casi non previsti dal Trattato stesso.

Le prime fasi della politica ambientale sono, quindi, caratterizzate da un approccio di tipo verticale, consistente, cioè, nell'adozione di singoli interventi settoriali; essa, se da una parte, segna i primi successi nel controllo dei fenomeni di inquinamento e contribuisce ad avviare un dibattito ed un interesse, che saranno via via crescenti negli anni successivi, ha difatti offerto risposte solo parziali ai problemi esistenti.

La graduale integrazione della questione ambientale nel complesso delle politiche sociali ed economiche dell'Unione diventa chiaramente l'unico modo per perseguire uno sviluppo durevole e sostenibile.

A partire dalla sentenza della Corte di giustizia europea del 7 febbraio 1985, che aveva affermato il carattere prioritario della protezione dell'ambiente, i passi successivi portarono verso una sempre maggiore integrazione¹.

L'Atto unico europeo² inserisce nel Trattato comunitario un vero e proprio titolo dedicato all'ambiente, conferendo così a tale politica una base giu-

¹ Sentenza del 7 febbraio 1985 in causa n. 240/83, *Procuratore della Repubblica c. Association de défense des brûleurs d'huiles usagées (ADBHU)*, in *Raccolta*, 1985, p. 531 ss.

² Atto unico europeo firmato a Lussemburgo da nove Stati membri in data 17 febbraio 1986 e da Danimarca, Italia e Grecia in data 28 febbraio 1986. Entra in vigore il 1° luglio 1987, in *Guce* n. L 169 del 29 giugno 1986.

ridica formale e fissando allo stesso tempo tre obiettivi principali in materia: tutela dell'ambiente, protezione della salute umana, utilizzazione accorta e razionale delle risorse naturali.

La politica della Comunità in materia d'ambiente è fondata sui *principi della precauzione e della azione preventiva*, sul *principio della correzione*, anzitutto alla fonte, *dei danni causati all'ambiente o ripristino ambientale*, sul *principio «chi inquina paga»* e sul *principio della responsabilità ambientale*.

3. L'applicazione del principio di precauzione

Il principio di precauzione viene invocato per garantire un elevato livello di protezione ambientale e della salute umana, animale o vegetale nei casi in cui i dati scientifici disponibili non consentano una valutazione completa del rischio³.

Il problema di come e quando applicare il principio di precauzione è stato oggetto di ampia discussione a livello europeo ed internazionale per l'esigenza di equilibrare la libertà di azione di individui, imprese ed organizzazioni con l'esigenza di ridurre i rischi per l'ambiente, la salute umana, animale e vegetale, evitando che si possa ricorrere ad esso come pretesto per azioni protezionistiche.

Nella specifica materia dei rifiuti, il principio di precauzione ha trovato concreta applicazione all'interno della scala di priorità che la normativa italiana ha elaborato ed applicato alla gestione degli stessi, in modo da ridurre al minimo lo smaltimento finale dei rifiuti in discarica e che consiste nel procedere a:

1. *Riuso del rifiuto*, che consente di utilizzare di nuovo cose già usate destinandole ad altre funzioni anche diverse dalle primitive, diventa una pratica fondamentale perché permette di diminuire il flusso dei rifiuti destinati a smaltimento finale rimettendo sul mercato un bene già usato, il cui ciclo di vita sarà allungato in accordo col principio di un uso più sostenibile delle risorse.

2. *Riciclaggio*, che consiste nel recupero di materiali di scarto o di rifiuto riutilizzabili in un nuovo ciclo produttivo dopo un processo di differenziazione dei rifiuti (da segnalare quindi che il materiale utilizzato è considerato rifiuto da chi se ne disfa).

3. *Recupero* del rifiuto come materia prima, come combustibile (CDR) o come fonte energetica.

Numerosi eventi hanno di recente dimostrato che l'opinione pubblica

³ Comunicazione della Commissione europea del 2 febbraio 2000 sul ricorso al principio di precauzione emessa a seguito di richiesta di orientamenti chiari ed efficaci da parte del Consiglio con risoluzione del 3 aprile 1999.

percepisce con maggiore intensità i rischi cui sono esposte le popolazioni ed il loro ambiente. Tale percezione è amplificata dallo straordinario sviluppo dei mezzi di comunicazione, che rendono noto l'emergere di nuovi rischi prima che le comunità scientifiche facciano piena luce sul problema.

La scelta di invocare il principio di precauzione o meno avviene in condizioni in cui le informazioni scientifiche sui rischi sono insufficienti e non conclusive e ci sono reali timori per la salute e l'ambiente.

Invocare il principio di precauzione non significa poter derogare dai principi generali previsti per la gestione del rischio, che sono:

- la proporzionalità: le misure dovrebbero essere proporzionate al livello di protezione prescelto, evitando alternative troppo restrittive per perseguire il rischio zero, difficilmente ottenibile, o non sufficientemente efficaci in relazione agli effetti di lungo periodo, che sono quelli più difficilmente valutabili in una situazione di incertezza;

- la non discriminazione: le misure adottate non devono introdurre discriminazioni basate su differenti collocazioni geografiche o differente natura del prodotto; tale principio implica anche che a situazioni diverse non vengano applicate misure identiche o a situazioni identiche misure diverse, anche se l'obiettivo è il raggiungimento di un livello di protezione equivalente;

- la coerenza: le misure adottate devono essere coerenti con quelle già adottate in precedenza in situazioni analoghe;

- l'esame dei vantaggi e degli oneri derivanti dall'azione o dalla non azione: entrambe le alternative devono essere analizzate in termini di benefici e costi per la collettività; il tipo di analisi non deve limitarsi ad una analisi costi-benefici (che è comunque una delle analisi da fare quando realizzabile) considerato che la collettività potrebbe essere disposta a pagare un costo più elevato pur di garantirsi un bene, quale la salute o l'ambiente, riconosciuto di grande valore;

- l'esame dell'evoluzione scientifica: il permanere delle misure precauzionali non deve avere un termine di tipo temporale ma deve essere esclusivamente connesso all'evoluzione della ricerca scientifica ed all'acquisizione di nuovi dati ed informazioni che riducano il margine di incertezza; le misure attivate devono, quindi, avere carattere provvisorio e sottoposte a *monitoring*, ossia verifica continua con l'obiettivo di acquisire anche in questo modo nuove informazioni sull'evoluzione del fenomeno.

4. L'applicazione del principio di prevenzione

Il principio della prevenzione consiste nell'esigenza di «evitare, sin dall'inizio, inquinamenti ed altri inconvenienti anziché combatterne successivamente gli effetti».

Esso è stato enunciato per la prima volta nel I° Programma d'Azione ambientale comunitario ed è stato sviluppato, in particolare, nel II° Programma d'Azione. Costituisce la base per i Trattati CE nonché per la direttiva quadro sui rifiuti (direttiva n. 75/442/Cee modificata dalla direttiva n. 91/156/Cee) che prevede la gerarchia di azioni: *prevenzione, recupero, smaltimento*.

In sostanza, quando emerge una minaccia imminente di danno ambientale, l'autorità competente designata da ciascuno Stato membro impone all'operatore (inquinatore potenziale) di adottare le misure preventive idonee o le prende essa stessa e recupera successivamente le spese relative a queste misure.

5. L'applicazione del principio «chi inquina paga»

Il principio «chi inquina paga» trova, nel Libro Bianco sulla responsabilità ambientale del 2000⁴, il punto di arrivo di un processo di discussione e consultazioni.

In esso sono state studiate le modalità di attuazione del principio stesso al fine di realizzare la politica ambientale della Comunità. Al termine di questa analisi, la direttiva n. 2004/35/Ce del Parlamento europeo e del Consiglio, del 21 aprile 2004, sulla responsabilità ambientale in materia di prevenzione e riparazione del danno ambientale, è risultata il mezzo migliore per instaurare un regime comunitario di responsabilità ambientale⁵.

Innanzitutto, si evidenzia come, se non è l'autore del danno a pagare per il ripristino delle condizioni iniziali, i relativi costi ricadranno sullo Stato e, quindi, sui contribuenti; inoltre, la possibilità di dover sostenere tali costi induce l'inquinatore a ridurre il livello di inquinamento fino a quando il costo marginale di riduzione dell'inquinamento supera il risarcimento. In tal modo, si favorisce la prevenzione del danno e l'internazionalizzazione dei costi ambientali incoraggiando investimenti in tecnologie pulite.

Perché il principio sia effettivamente operativo, lo Stato membro deve garantire che l'ambiente sia decontaminato, risanato e ripristinato e che il risarcimento a carico dell'inquinatore sia efficacemente utilizzato.

Il campo di applicazione generale è il danno all'ambiente mentre, nello specifico settore dei rifiuti, esso trova una concreta ed esemplificativa attuazione nell'ambito della disciplina inerente la messa in sicurezza delle discariche.

In tal senso, per dare un indirizzo comune ai Paesi membri, ci si deve riferire ai due diversi tipi di danno individuati dal Libro Bianco, e cioè:

⁴ Commissione delle Comunità europee, Bruxelles, 9 febbraio 2000 - Com(2000)66.

⁵ Per un commento alla direttiva v. F. CAPELLI, *La direttiva n. 2004/35/Ce sul danno ambientale: aspetti giuridici*, in questa *Rivista*, 2005, p. 815; con riferimento al recepimento v. B. POZZO, *La direttiva 2004/35/Ce e il suo recepimento in Italia*, in *Riv. giur. ambiente*, 2010, p. 1 ss.

- danno alla biodiversità;
- danno sotto forma di contaminazione dei siti.

Nella definizione di danno va incluso anche il c.d. *danno tradizionale*, cioè a cose e persone, che già trova piena regolamentazione nella legislazione dei Paesi, e per una questione di coerenza con il passato e perché molto spesso il danno alle cose ed alle persone è provocato dalle stesse azioni all'origine del danno ambientale.

Soggetto responsabile è da considerare la persona (o le persone) che esercitano il controllo sull'attività che causa il danno, e, considerato che la tutela dell'ambiente è interesse pubblico, è lo Stato (o altri enti pubblici) a doversi far carico *in primis* di un'azione legale contro chi ha danneggiato l'ambiente. In realtà, il problema della limitatezza delle risorse ed il principio che tutti i cittadini debbano sentirsi responsabili del proprio ambiente hanno orientato la Commissione a garantire piuttosto un migliore accesso alla giustizia per l'azione di singoli o di gruppi costituiti in difesa del bene ambiente.

Le azioni contro l'inquinatore sono intraprese dallo Stato (*primo livello*), responsabile *in primis* dell'uso delle somme risarcite per la decontaminazione ed il ripristino dei luoghi. In caso di inadempienza da parte dello Stato, le associazioni ambientaliste (riconosciute dalla legislazione nazionale) esercitano il proprio diritto di agire a titolo sussidiario (*secondo livello*) e per i ricorsi amministrativi ed ordinari sottoposti ad un organo giudiziario e per le azioni contro l'inquinatore.

Nello specifico settore dei rifiuti, il principio «chi inquina paga» viene concretamente applicato tutte le volte in cui si parla, ad esempio, della responsabilità estesa del produttore (art. 8) nonché in materia di protezione della salute umana e dell'ambiente (art. 13). Inoltre, la nuova direttiva ribadisce con chiarezza che secondo il suddetto principio (art. 14), «*i costi della gestione dei rifiuti sono sostenuti dal produttore iniziale o dai detentori del momento o dai detentori precedenti dei rifiuti*». La direttiva dà facoltà agli Stati membri di «*decidere che i costi della gestione dei rifiuti siano sostenuti parzialmente o interamente dal produttore del prodotto causa dei rifiuti e che i distributori di tale prodotto possano contribuire alla copertura di tali costi*».

6. L'applicazione del principio di ripristino ambientale

Il ripristino ambientale è il principio in virtù del quale, quando si verifica un danno, l'autorità competente impone all'operatore interessato di adottare le misure di riparazione idonee o le prende essa stessa e recupera successivamente le spese. In caso di più danni verificatisi, l'autorità competente può decidere l'ordine di priorità per il loro risarcimento.

La riparazione dei danni ambientali può assumere diverse forme secondo

il tipo di danno. Ad esempio, per i danni che interessano i suoli, è previsto che i suoli in questione siano decontaminati fino ad eliminare qualsiasi rischio significativo di causare effetti nocivi sulla salute umana. Nel caso specifico dei rifiuti poi, tale principio trova una valida applicazione nella disciplina prevista nei casi in cui si debba procedere alla bonifica di discariche potenziali fonti di contaminazione ambientale⁶.

7. L'applicazione del principio di responsabilità

Il principio di responsabilità è stato introdotto dalla direttiva n. 2004/35/Ce del Parlamento europeo e del Consiglio sulla responsabilità ambientale in materia di prevenzione e riparazione del danno ambientale⁷ e costituisce il primo atto legislativo comunitario che si pone come uno degli obiettivi principali l'applicazione del principio «chi inquina paga» su menzionato.

Tale direttiva stabilisce un quadro comune di responsabilità al fine di prevenire e riparare i danni causati agli animali, alle piante, agli *habitat* naturali e alle risorse idriche, nonché i danni arrecati ai suoli. Il regime di responsabilità si applica, da un lato, ad alcune attività professionali esplicitamente elencate e, d'altro lato, alle altre attività professionali quando l'operatore ha commesso un errore o una negligenza. Spetta comunque alle autorità pubbliche accertarsi che gli operatori responsabili adottino o finanzino le misure necessarie in materia di prevenzione e riparazione.

Ai sensi della direttiva, i danni ambientali sono definiti nel modo seguente:

- i danni, diretti o indiretti, arrecati all'ambiente acquatico, coperti dalla legislazione comunitaria in materia di gestione delle acque;
- i danni, diretti o indiretti, arrecati alle specie e agli *habitat* naturali protetti a livello comunitario dalla direttiva «Uccelli selvatici» del 1979⁸ e dalla direttiva «*Habitat*» del 1992⁹;
- la contaminazione, diretta o indiretta, dei terreni che crea un rischio significativo per la salute umana.

⁶ Dlgo n. 152 del 3 aprile 2006 - Norme in materia ambientale, parte IV, Titolo V, in *Guri* n. 88 del 14 aprile 2006.

⁷ Cfr. direttiva n. 2004/35/Ce del Parlamento europeo e del Consiglio del 21 aprile 2004 sulla responsabilità ambientale in materia di prevenzione e riparazione del danno ambientale, in *Gu-Ue* n. L. 143 del 30 aprile 2004, p. 56.

⁸ Cfr. direttiva n. 79/409/Cee del Consiglio del 6 aprile 1979, in *Gu-Ue* n. L. 103 del 25 aprile 1979 recepita in Italia con la l. n. 157 del 1992. Come è noto, la direttiva n. 79/409/Cee è stata ora abrogata e sostituita dalla direttiva n. 2009/147/Ce del Parlamento europeo e del Consiglio del 30 novembre 2009 concernente la conservazione degli uccelli selvatici (versione codificata), in *Gu-Ue* n. L. 20 del 26 gennaio 2010, p. 7 ss.

⁹ Cfr. direttiva n. 92/43/Cee del Consiglio del 21 maggio 1992 recepita in Italia con dpr n. 357 dell'8 settembre 1997 come modificato ed integrato dal dpr n. 120 del 12 marzo 2003.

La direttiva distingue due situazioni complementari cui si applica un regime di responsabilità diverso: da una parte, le attività professionali elencate nella direttiva stessa, e dall'altra, altre attività professionali.

Il primo regime si applica alle attività professionali pericolose o potenzialmente pericolose elencate dalla direttiva. Si tratta essenzialmente di attività agricole o industriali soggette ad un'autorizzazione ai sensi della direttiva sulla prevenzione e la riduzione integrate dell'inquinamento, di attività che comportano lo scarico di metalli pesanti nell'acqua o nell'aria, di impianti che producono sostanze chimiche pericolose, di attività di gestione dei rifiuti (in particolare gli scarichi e gli impianti di incenerimento) nonché di attività concernenti gli organismi geneticamente modificati e i microrganismi geneticamente modificati. Secondo questo regime, l'operatore può essere considerato responsabile anche se non ha commesso errori.

Il secondo regime di responsabilità si applica a tutte le attività professionali diverse da quelle suddette, ma solo quando un danno o una minaccia imminente di danno viene causato alle specie e agli *habitat* naturali protetti dalla legislazione comunitaria. In tal caso, la responsabilità dell'operatore sarà messa in causa solo se questo ha commesso un errore o una negligenza.

La riparazione dei danni ambientali assume diverse forme secondo il tipo di danno:

- per i danni che interessano i suoli, la direttiva impone che i suoli in questione siano decontaminati fino ad eliminare qualsiasi rischio significativo di causare effetti nocivi sulla salute umana;
- in termine di riparazione effettiva dei danni ambientali, sulla disponibilità ad un costo ragionevole e sulle condizioni delle assicurazioni e altre forme di garanzia finanziaria che disciplinano le attività.

8. Le modifiche introdotte dalla nuova direttiva-quadro

Nel cercare di individuare, per una visione d'insieme, i tratti salienti della nuova Direttiva Rifiuti n. 2008/98/Ce del 19 novembre 2008, approvata dal Parlamento europeo il 17 giugno 2008 e pubblicata sulla *Gazzetta Ufficiale dell'Unione europea* n. L 312 del 22 novembre 2008, non ci si potrà esimere dal compiere una serie di parallelismi tra i principi e gli istituti dalla stessa introdotte e l'attuale disciplina generale.

Il legislatore europeo, consapevole dei mutamenti intervenuti nella materia, interviene a breve distanza di tempo dall'emanazione dell'ultima direttiva n. 2006/12/Ce del 5 aprile 2006, sui rifiuti con un provvedimento articolato.

Ritenendo necessario procedere ad una revisione della medesima direttiva la quale, pur sostituendo la precedente direttiva n. 75/442/Cee, non ha apportato rilevanti modifiche di tipo sostanziale alla stessa, presentandosi piut-

tosto come un mero aggiornamento, cerca innanzitutto di sciogliere quei nodi nella materia in esame che apparivano da tempo irrisolti agli organi europei.

In primis, la stessa decisione n. 1600/2002/Ce istitutiva del VI Programma comunitario d'azione in materia di ambiente¹⁰, che sollecitava – tra l'altro – l'estensione o la revisione della normativa sui rifiuti, aveva posto l'attenzione sulla necessità di chiarire la distinzione tra ciò che è rifiuto e ciò che non lo è: necessità quest'ultima, che si ritrova in una risoluzione del Parlamento europeo in cui lo stesso organo chiedeva alla medesima Commissione di chiarire la predetta distinzione, nonché, nella stessa ottica, di stabilire una chiara e definitiva distinzione tra le operazioni di «recupero» e di «smaltimento».

Le necessità suddette si ritroveranno, del resto, nei *considerando* dell'attuale direttiva; in particolare il *considerando* n. 8 evidenzia la necessità della revisione della direttiva n. 2006/12/Ce oltre che per precisare tali concetti basilari anche:

- «- per rafforzare le misure da adottare per la prevenzione dei rifiuti;
- per introdurre un approccio che tenga conto dell'intero ciclo di vita dei prodotti e dei materiali, non soltanto nella fase in cui diventano rifiuti; e
- per concentrare l'attenzione sulla riduzione degli impatti ambientali connessi alla produzione e alla gestione dei rifiuti rafforzando in tal modo il valore economico di questi ultimi»;
- per fare in modo che si favorisca «il recupero dei rifiuti e l'utilizzazione dei materiali di recupero per preservare le risorse naturali».

Partendo dal presupposto che «l'obiettivo principale di qualsiasi politica in materia di rifiuti dovrebbe essere di ridurre al minimo le conseguenze negative della produzione e della gestione dei rifiuti per la salute umana e l'ambiente» (*considerando* n. 6), la direttiva nel perseguimento di tale obiettivo stabilisce misure che nella complessa materia prevenzano o riducano «gli impatti negativi della produzione e della gestione dei rifiuti» e riducano «gli impatti complessivi dell'uso delle risorse» (art. 1).

Ma vediamo nel dettaglio le novità introdotte dalla normativa comunitaria.

La direttiva (basata sull'art. 175 del Trattato CE, ora art. 192 TFUE), definisce alcuni concetti basilari, come le nozioni di rifiuto, recupero e smaltimento dei rifiuti, e va a stabilire i vari obblighi essenziali in termini di autorizzazione e di registrazione per un ente o un'impresa che effettua le operazioni di gestione dei rifiuti e l'obbligo per gli Stati membri di elaborare un piano per la gestione degli stessi.

Gli Stati membri dovranno attuare le disposizioni legislative, regolamentari e amministrative necessarie per conformarsi alla direttiva entro ventiquat-

¹⁰ Cfr. Decisione n. 1600/2002/Ce del Parlamento europeo e del Consiglio del 22 luglio 2002 che istituisce il VI° Programma comunitario di azione in materia ambientale, in *Guce* n. L 242 del 10 settembre 2002.

tro mesi dalla sua entrata in vigore¹¹.

La direttiva n. 2006/12/Ce è la versione consolidata della vecchia direttiva n. 75/442/Cee del Consiglio, del 15 luglio 1975, che era stata modificata più volte.

Le modifiche introdotte si possono raggruppare nei seguenti temi:

a. definizioni; *b.* gerarchia dei rifiuti; *c.* soglie; *d.* inceneritori; *e.* motivazioni; *f.* principi generali; *g.* rifiuti pericolosi; *h.* elenco dei rifiuti; *i.* designazione delle autorità nazionali competenti e i piani di gestione nazionali e locali; *l.* attività rimessa alla comitologia.

a. Le definizioni

Le definizioni sono contenute, per la maggior parte, nell'attuale art. 3 e rivestono una importanza particolare sotto il profilo della cultura ambientale poiché in alcuni casi rivoluzionano i concetti basilari delle politiche gestionali del ciclo integrato dei rifiuti:

1. «rifiuto»: la definizione resta invariata, cioè «qualsiasi sostanza od oggetto di cui il detentore si disfi o abbia l'intenzione o l'obbligo di disfarsi» ma scompare il riferimento all'elenco di rifiuti.

L'elenco di rifiuti nella vecchia direttiva era contenuto nell'Allegato I (sottoposto a revisione periodica della Commissione), laddove la nuova rinvia all'elenco contenuto nella decisione n. 2000/532/Ce, che sarà modificato in comitologia (v. art. 7).

2. «rifiuto pericoloso»: viene introdotta una definizione *ex novo* come «rifiuto che presenta una o più caratteristiche pericolose di cui all'allegato III», conformemente alla normativa UE sulle sostanze chimiche. L'allegato III elenca le caratteristiche di pericolo per i rifiuti.

La direttiva n. 2008/98/Ce (art. 41) ha abrogato la direttiva n. 91/689/Ce sui rifiuti pericolosi¹² integrandone le disposizioni.

3. «oli usati»: vengono ricondotti sotto il campo di applicazione della nuova direttiva, mentre la direttiva specifica sugli oli usati (n. 75/439/Cee¹³) è abrogata (v. art. 41).

4. «rifiuto organico»: è introdotta *ex novo* una definizione come «rifiuti biodegradabili di giardini e parchi, rifiuti alimentari e di cucina prodotti da nuclei domestici, ristoranti, servizi di ristorazione e punti vendita al dettaglio e rifiuti simili prodotti dagli impianti dell'industria alimentare».

¹¹ Il recepimento della direttiva è previsto dalla l. 7 luglio 2009 n. 88. Disposizioni per l'adempimento di obblighi derivanti dall'appartenenza dell'Italia alle Comunità europee - Legge comunitaria 2008, in *Guri* n. 161 del 14 luglio 2009, *suppl. ord.*

¹² Cfr. direttiva n. 91/689/Cee del Consiglio del 12 dicembre 1991 relativa ai rifiuti pericolosi, in *Guce* n. L 377 del 31 dicembre 1991.

¹³ Direttiva n. 75/439/Cee del Consiglio, del 16 giugno 1975, concernente l'eliminazione degli oli usati, in *Guce* n. L 194 del 25 luglio 1975, p. 23.

5. - 6. «produttore di rifiuti» e «detentore di rifiuti»: la definizione è sostanzialmente immutata.

7. - 8. sono introdotte le definizioni di «commerciante» e «intermediario»:

«commerciante»: *«qualsiasi impresa che agisce in qualità di committente al fine di acquistare e successivamente vendere rifiuti, compresi i commercianti che non prendono materialmente possesso dei rifiuti»;*

«intermediario»: *«qualsiasi impresa che dispone il recupero o lo smaltimento dei rifiuti per conto di altri, compresi gli intermediari che non prendono materialmente possesso dei rifiuti»;*

9. «gestione dei rifiuti»: la definizione è sostanzialmente immutata (cfr. vecchio art. 1, lett. d., ma la categoria viene estesa alle attività del commerciante o intermediario.

10. «raccolta»: la definizione è sostanzialmente immutata (cfr. vecchio art. 1, lett. g. ma si includono esplicitamente la cernita e il deposito in via preliminare.

11. «raccolta differenziata»: viene introdotta la definizione di *«raccolta in cui un flusso di rifiuti è tenuto separato in base al tipo e alla natura dei rifiuti al fine di facilitarne il trattamento specifico».*

12. «prevenzione»: viene introdotta la definizione ed un elenco esemplificativo (allegato IV). Il vecchio art. 3 non distingueva tra misure di prevenzione, riduzione dei rifiuti, recupero e utilizzo energetico.

13. - 14. «riutilizzo» e «trattamento»: sono introdotte due nuove definizioni.

«Riutilizzo»: *«qualsiasi operazione attraverso la quale prodotti o componenti che non sono rifiuti sono reimpiegati per la stessa finalità per la quale erano stati concepiti».*

La definizione di riutilizzo è stata mutuata dalla direttiva riferita agli imballaggi e ai rifiuti degli imballaggi (direttiva n. 94/62/Ce, art. 3, n. 7)¹⁴.

«trattamento»: *«operazioni di recupero o smaltimento, inclusa la preparazione prima del recupero o dello smaltimento»;*

15. «recupero»: *«qualsiasi operazione il cui principale risultato sia di permettere ai rifiuti di svolgere un ruolo utile sostituendo altri materiali che sarebbero stati altrimenti utilizzati per assolvere una particolare funzione o di prepararli ad assolvere tale funzione, all'interno dell'impianto o nell'economia in generale».* Il vecchio art. 1, lett. f., rinviava ad un elenco contenuto nell'allegato II B. Attualmente viene proposto un elenco non esaustivo (allegato II).

16. - 17. «preparazione per il riutilizzo» e «riciclaggio»: nuove definizioni.

¹⁴ Cfr. direttiva n. 94/62/Ce del Parlamento europeo e del Consiglio del 20 dicembre 1994 sugli imballaggi ed i rifiuti di imballaggi, in *Guce* n. L 365 del 31 dicembre 1994.

«preparazione per il riutilizzo»: *«le operazioni di controllo, pulizia e riparazione attraverso cui prodotti o componenti di prodotti diventati rifiuti sono preparati in modo da poter essere reimpiegati senza altro pretrattamento»;*

«riciclaggio» *«qualsiasi operazione di recupero attraverso cui i materiali di rifiuto sono ritrattati per ottenere prodotti, materiali o sostanze da utilizzare per la loro funzione originaria o per altri fini. Include il ritrattamento di materiale organico ma non il recupero di energia né il ritrattamento per ottenere materiali da utilizzare quali combustibili o in operazioni di riempimento».*

Grazie alla nuova definizione di preparazione per l'utilizzo applicata ad alcune operazioni di recupero di prodotti diventati rifiuti, si faciliterà l'applicazione della gerarchia dei rifiuti in cinque stadi consentendo una chiara distinzione tra il primo e il secondo.

18. «rigenerazione di oli usati»: la definizione viene ripresa dalla direttiva oli usati (abrogata) come *«qualsiasi operazione di riciclaggio che permetta di produrre oli di base mediante una raffinazione degli oli usati, che comporti in particolare la separazione dei contaminanti, dei prodotti di ossidazione e degli additivi contenuti in tali oli».*

19. «smaltimento»: viene fornita una definizione generale come qualsiasi operazione diversa dal recupero anche quando l'operazione ha come conseguenza secondaria il recupero di sostanze o di energia. Il vecchio art. 1, lett. e., rinvia ad un elenco contenuto nell'allegato II A. Attualmente viene proposto un elenco non esaustivo (allegato I).

20. «migliori tecniche disponibili (BAT)»: definizione introdotta *ex novo* in questo settore; viene ripresa dalla direttiva n. 96/61/Ce relativa alle emissioni industriali¹⁵.

Ulteriori definizioni sono, poi, contenute negli artt. 5 e 6 con riferimento ai sottoprodotti e ai rifiuti che cessano di essere tali.

Sono state introdotte nuove disposizioni nel tentativo di stabilire quali sostanze od oggetti possono essere considerati sottoprodotti e quando un rifiuto cessa di essere tale.

Un oggetto o una sostanza sono da considerarsi sottoprodotti quando sono soddisfatte quattro condizioni (art. 5):

- a. *è certo che la sostanza o l'oggetto sarà ulteriormente utilizzata/o;*
- b. *la sostanza o l'oggetto può essere utilizzata/o direttamente senza alcun ulteriore trattamento diverso dalla normale pratica industriale;*
- c. *la sostanza o l'oggetto è prodotta/o come parte integrante di un processo di produzione;*
- d. *l'ulteriore utilizzo è legale, ossia la sostanza o l'oggetto soddisfa, per*

¹⁵ Cfr. direttiva n. 96/61/Ce del Consiglio del 24 settembre 1996 sulla prevenzione e riduzione integrate dell'inquinamento (IPPC), in *Guce* n. L 257 del 10 ottobre 1996.

l'utilizzo specifico, tutti i requisiti pertinenti riguardanti i prodotti e la protezione della salute e dell'ambiente e non porterà a impatti complessivi negativi sull'ambiente o la salute umana».

Si definiscono, a grandi linee, le condizioni alle quali un rifiuto cessa di essere tale (art. 6):

- «a. la sostanza o l'oggetto è comunemente utilizzata/o per scopi specifici;*
- b. esiste un mercato o una domanda per tale sostanza od oggetto;*
- c. la sostanza o l'oggetto soddisfa i requisiti tecnici per gli scopi specifici e rispetta la normativa e gli standard esistenti applicabili ai prodotti; e*
- d. l'utilizzo della sostanza o dell'oggetto non porterà a impatti complessivi negativi sull'ambiente o sulla salute umana».*

Si tratterà soltanto di alcuni rifiuti specifici, che devono essere previamente sottoposti ad un'operazione di recupero, incluso il riciclaggio.

L'individuazione di tali rifiuti specifici e dei criteri per poter affermare che essi perdono la qualifica di rifiuto, è rimessa alla comitologia, alla normativa di settore su recupero e riciclaggio (direttive n. 94/62/Ce, n. 2000/53/Ce¹⁶, n. 2002/96/Ce¹⁷ e n. 2006/66/Ce¹⁸) e in via residuale agli Stati, che devono però tener conto della giurisprudenza comunitaria e osservare una procedura di notifica alla Commissione.

La nuova direttiva suggerisce di includere fra i potenziali rifiuti che cessano di essere tali le seguenti sostanze: rifiuti da costruzione e demolizione, alcune ceneri e scorie, rottami ferrosi, aggregati pneumatici, rifiuti tessili, e rifiuti di carta e vetro e oli industriali e derivati di oli particolari.

b. La gerarchia dei rifiuti

Si introduce una scala gerarchica di cinque stadi volta a enunciare gli obiettivi in ordine di priorità e semplificare i metodi di classificazione dei rifiuti stessi. La precedente direttiva nominava i vari stadi senza specificarne l'ordine gerarchico, quasi parificandoli tra loro (art. 3).

I cinque stadi sono: la prevenzione, la preparazione per il riutilizzo, il riciclaggio, il recupero ed infine lo smaltimento.

Tale classificazione può essere effettuata solo in base ad un approccio coordinato, da aggiornare regolarmente e ove sia coerente con la protezione dell'ambiente e della salute umana.

¹⁶ Cfr. direttiva n. 2000/53/Ce del Parlamento europeo e del Consiglio del 18 settembre 2000 relativa ai veicoli fuori uso, in *Guce* n. L 269 del 21 ottobre 2000, p. 34.

¹⁷ Cfr. direttiva n. 2002/96/Ce del Parlamento europeo e del Consiglio del 27 gennaio 2003 sui rifiuti di apparecchiature elettriche ed elettroniche (RAEE), in *Gu-Ue* n. L 37 del 13 febbraio 2003, p. 24.

¹⁸ Cfr. direttiva n. 2006/66/Ce del Parlamento europeo e del Consiglio del 6 settembre 2006 relativa a pile e accumulatori e che abroga la direttiva n. 91/157/Ce, in *Gu-Ue* n. L 266 del 26 settembre 2006, p. 1.

c. Le soglie

Con il nuovo art. 8 sono stati fissati i futuri obiettivi riguardanti il riciclaggio. Per la prima volta, questi obiettivi riguardano rifiuti domestici e da costruzione/demolizione.

Entro il 2020 gli obiettivi per l'utilizzo e il riciclaggio dei rifiuti domestici saranno aumentati a un minimo del 50% in peso sui rifiuti domestici e del 70% per i rifiuti di costruzioni e demolizioni e per i rifiuti industriali e di produzione. Per gli Stati membri con meno del 5% di riciclaggio in questi settori è stato concesso un periodo di cinque anni per il raggiungimento di tali obiettivi.

Per quanto riguarda le miscele e gli oli usati, la direttiva invita in maniera non vincolante gli Stati membri ad un maggiore sforzo per aumentare le loro percentuali di riciclaggio.

d. Gli inceneritori

La gerarchia dei rifiuti dimostra che il riciclaggio è da preferirsi alla valorizzazione energetica dei rifiuti. Uno degli obiettivi principali della nuova direttiva è la riduzione del numero di discariche e inceneritori, entrambi fonte di inquinamento.

Si legge nel *considerando 29*: «*gli Stati membri dovrebbero sostenere l'uso di materiali riciclati (come la carta riciclata) in linea con la gerarchia dei rifiuti e con l'obiettivo di realizzare una società del riciclaggio e non dovrebbero promuovere, laddove possibile, lo smaltimento in discarica o l'incenerimento di detti materiali riciclati*».

L'inceneritore può essere considerato come recupero solo in caso soddisfi la formula di efficienza energetica contenuta nell'allegato II (da modificare entro due anni dall'entrata in vigore della nuova direttiva). Tale allegato enumera tra le operazioni di recupero l'utilizzazione principalmente come combustibile o come altro mezzo per produrre energia.

L'art. 38 su tale formula specifica che è possibile considerare le condizioni climatiche locali, ad esempio la rigidità del clima e il bisogno di riscaldamento nella misura in cui influenzano i quantitativi di energia che possono essere tecnicamente usati o prodotti sotto forma di energia elettrica, termica, raffreddamento o vapore.

e. Le motivazioni

Gli Stati membri devono attuare programmi di prevenzione dei rifiuti entro cinque anni dall'entrata in vigore della direttiva modificata, con una riduzione graduale e costante da raggiungere in due tappe precise, la prima e meno consistente entro il 2010, la seconda e ben più significativa entro il 2020.

f. I principi generali

I principi su cui si basa la nuova direttiva sono essenzialmente quattro:

a. Chi inquina paga: principio guida a livello internazionale (art. 14). «I costi della gestione dei rifiuti sono sostenuti dal produttore iniziale o dai detentori del momento o dai detentori precedenti dei rifiuti.

Gli Stati membri possono decidere che i costi della gestione dei rifiuti siano sostenuti parzialmente o interamente dal produttore del prodotto causa dei rifiuti e che i distributori di tale prodotto possano contribuire alla copertura di tali costi».

b. responsabilità estesa del produttore (art. 8 nuova direttiva): qualsiasi persona fisica o giuridica che professionalmente sviluppi, fabbrichi, trasformi, tratti, venda o importi prodotti (produttore del prodotto) può essere soggetto ad una responsabilità estesa del produttore se così prevede la legge nazionale.

L'introduzione della responsabilità estesa del produttore nella presente direttiva è uno dei mezzi per sostenere una progettazione e una produzione dei beni che prendano pienamente in considerazione e facilitino l'utilizzo efficiente delle risorse durante l'intero ciclo di vita, comprendendone la riparazione, il riutilizzo, lo smontaggio e il riciclaggio senza compromettere la libera circolazione delle merci nel mercato interno (*considerando 29*).

Questa nuova disposizione è applicata fatta salva la legislazione esistente concernente flussi di rifiuti e prodotti specifici.

L'art. 15 parla anche di responsabilità della gestione dei rifiuti. Gli Stati membri adottano le misure necessarie per garantire che ogni produttore iniziale o altro detentore di rifiuti, provveda personalmente al loro trattamento oppure li consegni ad un commerciante o ad un ente o a un'impresa che effettua le operazioni di trattamento dei rifiuti o ad un soggetto addetto alla raccolta dei rifiuti pubblico o privato.

c. Nascita di una società del riciclaggio tesa ad evitare la produzione di rifiuti e ad utilizzare i rifiuti come una risorsa. In particolare il VI° programma comunitario di azione in materia di ambiente sollecita misure che vanno a garantire la separazione dalla fonte, la raccolta, il riciclaggio dei flussi prioritari. In linea con ciò i rifiuti dovrebbero essere raccolti in maniera separata quando possibile per permettere operazioni di recupero efficienti degli stessi (artt. 9-10-11-12).

d. Ai fini dell'attuazione dei principi della precauzione e dell'azione preventiva (art. 174, par. 2, del Trattato, ora art. 191 TFUE) occorre fissare obiettivi ambientali generali per la gestione dei rifiuti all'interno della Comunità.

g. I rifiuti pericolosi

Nella vecchia direttiva la classificazione e la regolamentazione erano pre-

senti in maniera non strutturata nei vari articoli.

Nell'attuale, gli articoli da 17 a 22 vanno ad elencare e regolamentare i rifiuti pericolosi; inoltre eccezioni e procedure straordinarie di deregolamentazione sono presenti anche nell'art. 7.

h. L'elenco dei rifiuti (art. 7)

Nella vecchia direttiva un elenco dei rifiuti era presente nell'allegato I.

Nell'attuale direttiva, l'elenco, le sue implicazioni e le procedure sono esplicitate e regolamentate dettagliatamente nell'art. 7¹⁹.

i. La designazione delle autorità nazionali competenti e i piani di gestione nazionali e locali

La designazione delle autorità nazionali competenti e i piani di gestione nazionali e locali sono regolamentati dettagliatamente dagli articoli da 23 a 37 della direttiva.

Un ente o un'impresa deve ottenere l'autorizzazione dell'autorità competente per il trattamento dei rifiuti. Ispezioni periodiche ai soggetti che partecipano al trattamento dei rifiuti sono obbligatorie. Infine gli Stati membri potranno precisare le condizioni di responsabilità e le eventuali sanzioni da applicare in caso di atti di negligenza da parte degli enti o soggetti privati che partecipano al trattamento dei rifiuti.

¹⁹ «Articolo 7 - 1. Le misure intese a modificare elementi non essenziali della presente direttiva, relative all'aggiornamento dell'elenco dei rifiuti istituito dalla decisione n. 2000/532/Ce, sono adottate secondo la procedura di regolamentazione con controllo di cui all'art. 39, par. 2. L'elenco dei rifiuti include i rifiuti pericolosi e tiene conto dell'origine e della composizione dei rifiuti e, ove necessario, dei valori limite di concentrazione delle sostanze pericolose. Esso è vincolante per quanto concerne la determinazione dei rifiuti da considerare pericolosi. L'inclusione di una sostanza o di un oggetto nell'elenco non significa che esso sia un rifiuto in tutti i casi. Una sostanza o un oggetto è considerato un rifiuto solo se rientra nella definizione di cui all'art. 3, punto 1. 2. Uno Stato membro può considerare come pericolosi i rifiuti che, pur non figurando come tali nell'elenco dei rifiuti, presentano una o più caratteristiche fra quelle elencate nell'allegato III. Lo Stato membro notifica senza indugio tali casi alla Commissione. Esso li iscrive nella relazione di cui all'art. 37, par. 1, fornendole tutte le informazioni pertinenti. Alla luce delle notifiche ricevute, l'elenco è riesaminato per deciderne l'eventuale adeguamento. 3. Uno Stato membro può considerare come non pericoloso uno specifico rifiuto che nell'elenco è indicato come pericoloso se dispone di prove che dimostrano che esso non possiede nessuna delle caratteristiche elencate nell'allegato III. Lo Stato membro notifica senza indugio tali casi alla Commissione fornendole tutte le prove necessarie. Alla luce delle notifiche ricevute, l'elenco è riesaminato per deciderne l'eventuale adeguamento. 4. La declassificazione da rifiuto pericoloso a rifiuto non pericoloso non può essere ottenuta attraverso una diluizione o una miscelazione del rifiuto che comporti una riduzione delle concentrazioni iniziali di sostanze pericolose sotto le soglie che definiscono il carattere pericoloso di un rifiuto. 5. Le misure intese a modificare elementi non essenziali della presente direttiva, relative al riesame dell'elenco per deciderne l'eventuale adeguamento in conformità dei par. 2 e 3, sono adottate secondo la procedura di regolamentazione con controllo di cui all'art. 39, par. 2. 6. Gli Stati membri possono considerare un rifiuto come non pericoloso in base all'elenco di rifiuti di cui al par. 1. 7. La Commissione provvede affinché l'elenco dei rifiuti e ogni suo eventuale riesame rispettino, se del caso, i principi di chiarezza, comprensibilità e accessibilità per gli utenti, in particolare le piccole e medie imprese (PMI)».

Rispetto alla vecchia direttiva sono specificate le condizioni di rilascio delle autorizzazioni, le deroghe e le informazioni che devono essere contenute nelle autorizzazioni. Anche le norme sui piani di gestione contengono una disciplina molto più puntuale che include l'oggetto del piano, l'ambito territoriale e la successiva valutazione.

l. Attività rimesse alla comitologia (art. 39; art. 18 vecchia direttiva)

Comitologia. Il termine «comitologia» (o «procedura dei comitati») si riferisce alle procedure in base alle quali la Commissione esercita le competenze di esecuzione che le vengono conferite dal legislatore (il Parlamento europeo e il Consiglio) assistita dai comitati, definiti «comitologia».

I comitati sono composti da un rappresentante dei servizi della Commissione che li presiede, e dai rappresentanti dei governi di ogni Stato membro. Il loro compito è esprimere un parere sui progetti di misure di esecuzione sottoposti dai servizi della Commissione. Se il parere non conferma le misure di esecuzione, il progetto viene sottoposto – in alcuni casi – al Consiglio, che decide in via definitiva.

Le procedure che seguono i comitati (che sono di tre tipi: consultiva, di gestione e di regolamentazione) sono descritte nella decisione "comitologia", in base alla quale i servizi della Commissione sottopongono i progetti di misure di esecuzione ai comitati, i quali esprimono il loro parere prima che la Commissione li adotti.

I comitati si riuniscono diverse volte l'anno (di solito a Bruxelles, presso la sede della Commissione).

Il Parlamento europeo esercita un "potere di controllo" sui progetti di misura di esecuzione che si basano sulla legislazione del Parlamento europeo e del Consiglio adottata secondo la procedura di codecisione di cui all'art. 251 CE (ora art. 294 TFUE).

I progetti di misure di esecuzione sono inviati al Parlamento europeo il quale ha un mese di tempo per esercitare il suo potere di controllo e opporsi alle misure, se ritiene che la Commissione eccederebbe le sue competenze di esecuzione. La Commissione può adottare le misure solo a scadenza del suddetto periodo.

9. Conclusioni

Per concludere, appare evidente che il principio generale su cui la nuova direttiva si fonda, è quello per cui gli Stati membri devono assumere tutte le misure necessarie al fine di (art. 13) «*garantire che la gestione dei rifiuti sia effettuata senza danneggiare la salute umana, senza recare pregiudizio*

all'ambiente e, in particolare: a. senza creare rischi per l'acqua, l'aria, il suolo, la flora o la fauna; b. senza causare inconvenienti da rumori od odori e c. senza danneggiare il paesaggio o i siti di particolare interesse». Essi devono, inoltre, garantire che all'interno del loro territorio gli stabilimenti o le imprese che provvedono alla raccolta o al trasporto di rifiuti a titolo professionale (art. 15, 4 comma) «*conferiscano i rifiuti raccolti e trasportati agli appositi impianti di trattamento*».

La direttiva *de qua* interviene, inoltre, in maniera tanto diretta quanto indiretta, sul concetto di rifiuto (in particolare precisando la distinzione tra rifiuto e non rifiuto), e ciò nel contesto di una politica finalizzata alla riduzione delle conseguenze negative della produzione e della gestione dei rifiuti, sotto il doppio profilo della salute e dell'ambiente.

Non può non osservarsi che la direttiva in parola, così come avveniva con la precedente, si pone in posizione di preminenza rispetto alle altre direttive specifiche e settoriali, quali ad esempio quella sull'incenerimento (n. 2006/76) o quella sulle discariche (n. 1999/31) ed individua due possibili "uscite di sicurezza":

a. quella sanzionatoria-penale, secondo gli adattamenti e le scelte degli Stati membri;

b. quella del mercato (prodotto e materia piuttosto che rifiuto).

Viene evidentemente esaltata l'idea di una «*società europea del riciclaggio*» (*considerando* n. 41), cercando di evitare la produzione di rifiuti e di utilizzarli come risorse) e viene riformulata la gerarchia dei rifiuti con priorità per la prevenzione, mentre il riutilizzo e il riciclaggio di materiali vengono preferiti alla valorizzazione energetica, andando a precisare quando l'incenerimento dei rifiuti solidi urbani sia efficiente dal punto di vista energetico (e quindi possa considerarsi come una operazione di recupero).

Infine, si individua come strategia generale il perseguimento della "auto-sufficienza della Comunità" sia per lo smaltimento dei rifiuti sia per il recupero dei rifiuti urbani non differenziati e ciò, allo scopo evidente di realizzare una vera e propria società del riciclaggio.

Marcello Vernola*

* Avvocato; docente di Diritto Ambientale / Università degli Studi di Cassino; docente di Legislazione dei Lavori Pubblici / Politecnico di Bari.

RECENSIONI

Pieralberto Mengozzi, *Il principio personalista nel diritto dell'Unione europea*, Cedam, 2010, pp. XII-258, € 25,00

Il francese *Robert Lecourt*, giudice alla Corte di giustizia negli anni Sessanta e Settanta, della quale è stato uno dei migliori presidenti (dal 1967 al 1976), ha scritto nella prima metà degli anni Settanta un libro dal titolo «L'Europe des juges», per raccontare le proprie esperienze vissute come giudice e come Presidente della Corte.

Il libro, che è stato scritto in modo semplice ma suggestivo, riflette le opinioni di un giudice che ha contribuito in modo determinante alla creazione dell'ordinamento giuridico comunitario, sia come membro del Collegio giudicante che ha affermato il principio della diretta applicabilità del diritto comunitario nella celebre sentenza *Van Gend en Loos* del 1963, sia come estensore dell'altrettanto celebre sentenza *Costa c. Enel* del 1966, che ha affermato il principio della prevalenza del diritto comunitario sul diritto nazionale degli Stati membri¹.

Nel suo libro, *Lecourt* sostiene che l'ordinamento giuridico comunitario è stato costruito dai giudici nazionali e dalla Corte di giustizia, grazie ad una particolare ed innovativa forma di collaborazione che nel passato non era mai stata sperimentata all'interno delle organizzazioni internazionali esistenti.

Nel passato non si era infatti mai verificato che Stati indipendenti, pur dichiarandosi del tutto sovrani, arrivassero a cooperare fra loro accettando una progressiva limitazione della loro sovranità anche in campo legislativo, unicamente sulla base dell'interpretazione, fornita dalla Corte di giustizia, delle regole imposte dai Trattati europei liberamente sottoscritti da essi.

¹ Determinante per la pronuncia delle due sentenze citate nel testo è stato pure l'apporto di *Alberto Trabucchi*, anch'egli giudice della Corte di giustizia negli anni Sessanta; cfr. P. GORI, *Quindici anni insieme ad Alberto Trabucchi alla Corte di giustizia delle Comunità europee*, in questa *Rivista*, 2009, p. 181 ss.

Come è noto, e come viene ripetutamente sottolineato da *Lecourt* nel suo libro, lo strumento che ha reso possibile questa intensa e proficua collaborazione tra la Corte di giustizia e i giudici nazionali è stato il procedimento pregiudiziale disciplinato dall'art. 177 del Trattato Cee (divenuto successivamente art. 234 del Trattato Ce ed attualmente art. 267 del TFUE).

Grazie a questo procedimento, la Corte di giustizia ha avuto modo di elaborare una giurisprudenza che ha reso possibile l'eccezionale livello di integrazione raggiunto nell'Unione europea sotto il profilo economico.

In effetti, il diritto comunitario è nato come diritto dell'economia.

A ben vedere, tale diritto è stato dagli inizi e per un lungo periodo di tempo, il diritto dell'economia per eccellenza.

Ma con l'andare del tempo si è passati da una Comunità con competenze strettamente limitate ai settori economici, ad una Comunità legittimata ad occuparsi di problemi non più confinati a tali settori.

Ciò è avvenuto perché le realizzazioni ottenute in ambito economico sono state tali da rendere evidente la necessità di estendere le competenze della Comunità europea al di là dell'ambito predetto, anche allo scopo di consentirle di gestire in modo adeguato le realizzazioni ottenute in campo economico.

Questa estensione di competenze è avvenuta attraverso fasi lente e gradualmente ma in modo progressivo, di mano in mano che i principi comuni si affermavano e le regole nazionali si armonizzavano.

È la forza delle cose che ha alla fine determinato sostanziali cambiamenti facendo avanzare l'integrazione anche in settori diversi da quello economico strettamente inteso.

L'integrazione ha in effetti spinto i cittadini europei ad intensificare a tal punto i loro rapporti, anche sotto il profilo giuridico, da rendere necessario l'intervento normativo della Comunità in settori in precedenza estranei al diritto comunitario.

La Corte di giustizia ha contribuito in modo determinante a rendere possibile questo processo tramite un'interpretazione giurisdizionale evolutiva che ha portato a risultati sicuramente impensabili agli inizi dell'esperienza comunitaria.

Al libro di *Robert Lecourt*, sopra menzionato, e al processo evolutivo appena ricordato, è andato il mio pensiero quando ho avuto tra le mani e ho cominciato a leggere l'ottimo lavoro di *Pieralberto Mengozzi* qui recensito.

Chi si occupa professionalmente di diritto comunitario, si rende subito conto, cominciando a leggere un testo, se da esso può trarre suggerimenti utili e un arricchimento culturale.

Il libro qui recensito soddisfa entrambe le esigenze, analizzando in modo accurato le sentenze più significative della Corte di giustizia che testimoniano del processo evolutivo sopra descritto.

L'A. prende sostanzialmente in considerazione, in modo specifico, tenuto conto dell'obiettivo perseguito, la giurisprudenza della Corte di giustizia che ha prodotto effetti favorevoli nei confronti dei singoli.

La relativa indagine viene condotta nei diversi settori nei quali la normativa di riferimento è stata applicata e le rispettive sentenze sono state pronunciate.

E a questo proposito è agevole elencare i settori nei quali la Corte di giustizia ha avuto modo di pronunciarsi: concorrenza, diritto societario, proprietà intellettuale e industriale, diritto del lavoro, disciplina delle banche, disciplina delle assicurazioni, disciplina dell'ambiente, disciplina delle professioni, tutela dei consumatori, diritto dei contratti, diritto di famiglia, etc.

Nel libro qui recensito vengono opportunamente analizzate, come già segnalato, le sentenze più significative pronunciate in molti dei settori sopra elencati, mettendone in evidenza le particolarità e i caratteri salienti.

In conclusione, si tratta di un libro di indubbia validità e, per di più, di facile consultazione che fornisce, con rigore scientifico, utili informazioni sia al teorico, sia al professionista sia, infine, allo studente interessato a completare le proprie conoscenze mediante opportuni approfondimenti.

Fausto Capelli

Dieter Grimm, *Souveränität. Herkunft und Zukunft eines Schlüsselbegriffs*, Berlin, Berlin University Press, 2009, pp. 9-135, €. 24,90

L'opera qui recensita si inserisce in un duplice filone dottrinale dedicato rispettivamente ai grandi concetti che hanno fatto storia in Europa e che continuano a fornire un importante contributo all'attuale fase di integrazione. Palese risulta altresì il collegamento con il *milieu* culturale da cui nasce la giurisprudenza del *Bundesverfassungsgericht* dell'ultimo ventennio, dalla sentenza "Maastricht" alla più recente decisione del 30 giugno 2009 n. 182, notoriamente dedicata al Trattato di Lisbona, sotto il profilo della compatibilità con l'ordinamento costituzionale tedesco. Troppo spesso infatti la mancata valutazione della tradizione accademica riconducibile alla teoria generale dello Stato rappresenta il necessario presupposto per comprenderne le derivazioni euro-costituzionali ed euro-internazionali. Ciò premesso, il volume risulta straordinariamente ricco nella prospettazione di vari secoli di dottrine precedenti ben richiamate nella amplissima bibliografia finale (p. 125-135, note 1-176). Come risultato ultimo, una nozione prestigiosa come quella di "sovranità" viene riesaminata attraverso una pluralità dei suoi "cicli" storici, presentandosi così come tutt'altro che fissa e determinata e suscettibile di un grande relativismo per epoche di sviluppo e contenuti variabili da essa assunti. Donde l'approdo finale all'attualità della sovranità oggi fra tradizione e nuove tendenze *post-moderne* di c.d. *new-soft sovereignty* (p. 99-123).

L'impianto dello studio monografico è tutto centrato sulla tri-fase della sovranità pre-moderna, moderna e *post-moderna*. Si prendono le mosse dalla classica opera di *J. Bodin* del 1576, dalle sue origini della «sovranità territoriale medioevale» ai suoi sviluppi della «sovranità assoluta» legata alla pri-

mazia del monarca ai suoi successivi esiti "democratici" propri della società occidentale. Con riferimento a tale quadro geografico il volume appare nettamente circoscritto al quadrilatero continentale franco-tedesco ed anglo-americano, di cui ripercorre puntigliosamente i percorsi grazie alla rilettura delle più classiche opere del costituzionalismo, assunte come esemplari per tutti i riflessi prodotti al di là dei confini della *western legal tradition* (p. 16-35, indicate nel linguaggio dell'A. come *vor Bodin - bei Bodin - nach Bodin*). Dello Stato costituzionale moderno figlio delle teorie giuridiche del giusnaturalismo europeo, l'A. esamina le radici proprie della Costituzione americana del 1776-1787 e della successiva Rivoluzione francese. Di qui Gli è facile procedere all'esame delle tre varianti della "sovranità costituzionale" rapportate alla sovranità popolare ovvero alla *democracy* anglo-americana, alla sovranità nazionale nella proiezione francese ed infine alla sovranità statale rifondata sul precedente dello Stato tedesco del 1871 (p. 35-77, indicate nel linguaggio dell'A. come *Volks - National - Staatssouveränität*). Tale esposizione appare comprensiva delle varianti confederali e federali accortamente esaminate dall'A. in un utile confronto tra gli sviluppi del costituzionalismo americano nell'epoca della "secessione" (1860-1865) e del costituzionalismo tedesco nell'epoca precedente la Costituzione di Weimar.

Di particolare interesse per l'internazionalista e l'uropeista appaiono le pagine dedicate alla c.d. "Costituzione esterna" cioè alla c.d. *äußere Souveränität* distinta dalla c.d. *innere Souveränität* (p. 77-98). L'A. interpreta l'intera storia dello Stato costituzionale moderno e contemporaneo come un interessante "gioco di scambio" (nota 142) tra internismo ed esternalismo, ovvero tra un'area di identità costituzionale forte dotata di irresistibile intensità valutativa, messa a confronto con un'area esterna suscettibile di limitazioni e rinunce da parte della sovranità nazionale. È solo all'interno della prima che si manifesta la forza di un nucleo di principi sia esclusivi sia comuni e condivisi con altri Stati, sia dell'Unione europea come dell'intera comunità internazionale. Sono essi a fare da confine rispetto all'era della c.d. «destatualizzazione» della società globalizzata, contenuta e scrutinata da parte di ciascuno Stato sulla base degli irrinunciabili principi che ne costituiscono il fondamento (nota n. 146). A tal proposito l'A. conclude in favore di vere e proprie *Rückwirkungen auf die innere Souveränität* ovvero ad un eterno ritorno alla identità costituzionale la cui reviviscenza coincide con l'attuale crisi del c.d. «diritto globale». Come vedesi, si tratta di temi fondamentali per lo studio della civiltà giuridica, cui il Maestro berlinese, autore delle presenti pagine, ha dedicato uno studio altrettanto fondamentale destinato senz'altro ad entrare nella biblioteca dei "classici" dell'epoca contemporanea.

Massimo Panebianco*

* Ordinario di diritto internazionale / Università degli Studi di Salerno.

Sabino Cassese, *Il diritto globale. Giustizia e democrazia oltre lo Stato*, Torino, Passaggi Einaudi, 2009, pp. 3-244, € 18,00

In un sistema giuridico in parte globalizzato e in parte fortemente frammentato appare sempre più evidente la necessità, concettualmente antagonista, di riconduzione ad ordine sistematico. Opere come quella qui recensita si dedicano meritoriamente a tale compito procedendo in modo implicito o esplicito a deframmentizzare una esperienza giuridica altrimenti destinata a rimanere dominio elettivo di pochi centri altamente professionalizzati e specializzati su singoli aspetti tematici e problematici. Di tale missione meritoriamente compiuta dall'A. del presente volume si ha contezza primariamente dal riordino della sterminata bibliografia opportunamente divisa in undici *topic* o settori disciplinari che spaziano nei più vari campi di quel grande continente sconosciuto altrimenti denominato diritto della globalizzazione (p. 237-242).

L'A., come è noto, si è da tempo dedicato alla definizione del c.d. diritto ultra-statale come disciplina regolatrice dei rapporti transnazionali delle società contemporanee, mediante una serie di volumi monografici già noti al pubblico dei lettori. In conformità ad analoghe tendenze della dottrina di lingua inglese ed ad una pluralità di filoni culturali presenti in più settori disciplinari, l'A. aveva già segnalato il carattere inter-disciplinare del diritto globale, come fenomeno marcante degli ultimi decenni, finalizzato alla trasformazione della sovranità statale in forme fin ora inusitate e con lo spirito degli esploratori di terre sconosciute. Pertanto, il giudice costituzionale Cassese aveva da tempo lasciato i confini del diritto amministrativo tradizionale per inoltrarsi nei territori propri del diritto amministrativo delle organizzazioni internazionali, inter-statali e intergovernative, fino al punto di porsi la provocatoria domanda di una loro riconducibilità alla costituzione globale focalizzata intorno allo statuto onusiano della Carta di San Francisco.

I risultati largamente problematici prodotti da tale operazione hanno portato l'A. ad approdi maggiormente affidabili sulla sponda della democrazia globale e della giustizia dei giudici globali cui egli affida le sorti future del sistema oggetto delle sue indagini (p. 137 e p. 155 ss.). L'opera suddivisa in VI capitoli, ciascuno corredato da preziose note bibliografiche poste nella parte finale del volume (p. 237-242), offre interessanti spunti riflessivi in ordine al rapporto di tensione tra il diritto statale e il diritto globale, delineando i limiti e i controlimiti di quella che viene definita globalizzazione giuridica. Già a partire dal primo capitolo (*Nel labirinto delle globalizzazioni*, p. 3-16) si evidenzia come la globalizzazione non ha interessato soltanto gli aspetti economici e di mercato ma anche quelle attività più tradizionali e proprie degli Stati che necessariamente debbono organizzarsi su diversa scala, si pensi ad esempio ai diversi eserciti nazionali organizzati sotto comandi unitari dell'ONU o della NATO (p. 4 ss.).

Il punto di partenza dell'analisi muove dall'assunto che problematiche globali richiedono soluzioni globali, senza peraltro sottacere la soluzione collaudata del diritto internazionale pubblico. Rispetto a ciò, la dimensione statale si confronta con la c.d. arena globale all'interno della quale confluiscono vari organismi, sia pubblici che privati, alcuni dei quali pur essendo soggetti ad una investitura iniziale statale operano in maniera differenziata e settoriale, ciascuno con il suo sistema di norme e con un apparato chiamato a farle osservare con una struttura autonoma. Ne deriva un interrogativo in relazione agli elementi identificativi dell'ordine giuridico che si delinea oltre i confini statali.

A tale indagine è dedicato il secondo capitolo (L'ordine giuridico globale, p. 17-30) nel quale vengono illustrati i tratti essenziali dell'ordine giuridico globale, identificati nella plurisoggettività, normazione, amministrazione, legittimazione e giustizia. Viene messo in rilievo (p. 18 ss.) che è possibile ricercare parte della legittimazione dell'ordine giuridico globale nelle strutture e nei modelli di organizzazioni internazionali sia universali che regionali, ivi comprese quelle unionistiche europee, che realizzano funzioni di formazione, amministrazione e giurisdizione. Tuttavia nell'ordinamento globale manca un elemento fondamentale della così definita esperienza statale (p. 25), ossia un corpo di regole generali, in quanto a regimi settoriali corrispondono norme settoriali.

Invero, però, l'A. evidenzia che l'ordine giuridico globale può far fronte al proprio limite in vario modo: il primo modo consiste proprio nella giustapposizione dei vari regimi regolatori; il secondo è dato dalla connessione dei vari regimi (c.d. *connecting regimes*) che si sviluppano all'interno di una stessa organizzazione o tra organizzazioni diverse. Il terzo modo compensativo, invece, è dato dalla garanzia della partecipazione dei soggetti interessati. Ne discende che l'ordine giuridico globale è costituito da relazioni definite orizzontali oltre che verticali e che le norme che governano tali relazioni si rappresentano settoriali, il cui limite è possibile superare seguendo un costante processo di c.d. *accretion and cumulation*, ossia connettendo i diversi corpi di regole e garantendo la partecipazione degli interessati.

Per converso, il capitolo terzo (Globalizzazione e *rule of law*, p. 31-48) è dedicato alla pervasività del fenomeno della globalizzazione giuridica, mostrando i differenti modi in cui opera la rete globale nel rapporto di tensione con lo Stato. Mediante l'analisi di casi concreti, l'A. mette in evidenza il problema del temperamento tra due opposte esigenze: da un lato l'uniformità delle regole globali e, dall'altro, le peculiarità delle norme statali. Invero, ciò emerge dalla ben nota vicenda che ha visto coinvolto il motore di ricerca Yahoo (p. 32 ss.), considerato che, suo tramite, venivano promosse aste di beni che inneggiavano al nazismo.

Rispetto a ciò le due contrapposte esigenze: da un lato quelle di far applicare, su richiesta di un'associazione studentesca di origine ebraica, la norma penale del codice francese che vieta la vendita di beni di tale natura, e, dall'altro,

l'esigenza di garantire la libera manifestazione del pensiero, così come richiesto da Yahoo alla Corte distrettuale della California per evitare l'esecuzione della decisione francese negli Stati Uniti, soluzione di seguito accolta. Questa fattispecie, come altre analizzate nel volume per individuare le caratteristiche del diritto globale, dimostra i veri limiti del menzionato ordine giuridico, che possono essere identificati, da un lato, nell'assenza di un'autorità globale decisoria e, dall'altro, nella mancanza di una propria legittimazione. Come accennato, però, tale ultimo profilo viene superato dallo stesso carattere settoriale degli ordini globali, in quanto si facilita la loro penetrazione negli ordinamenti nazionali così che nella costruzione proposta – che tiene conto del dinamismo sia verticale che orizzontale partecipativo dei poteri pubblici – gli ordinamenti nazionali operano sia come fonte di legittimazione degli apparati globali sia come destinatari delle loro decisioni secondo il modello corporativo.

Emergono, invece, nel capitolo IV (Le caratteristiche del diritto globale, p. 49-135) i principi regolatori dell'ordine giuridico globale, principi ispirati al *soft law* e principi che non possono essere ricondotti, come dichiara l'Autore, ad un vero e proprio diritto costituzionale, ma bensì agli elementi essenziali del diritto amministrativo: obbligo della trasparenza, principio della partecipazione e del contraddittorio, obbligo delle decisioni, controllo dell'adempimento. Altro elemento dell'affascinante costruzione della globalizzazione giuridica proposta è dato dal ruolo dei giudici, sia delle Corti nazionali che di altre Corti sovranazionali alle quali viene dedicato il capitolo V (Il ruolo dei giudici, p. 137-153). In tale ricostruzione le Corti svolgono una funzione di integrazione, colmando gli spazi vuoti tra i diversi regimi regolatori e contribuendo a costituire l'unità di un ordine plurale; ovviamente ciò non è esente dai rischi che vengono espressamente segnalati, rischi che derivano dalla stessa configurazione di una funzione "creativa" o sostitutiva di altri poteri.

L'opera si conclude con il capitolo concernente i profili identificativi di una democrazia globale (Verso una giustizia e una democrazia globali?, p. 155-168). Gli stessi principi della democrazia della *rule of law* a livello globale riflettono le differenze ed i limiti dovuti agli stessi caratteri dell'ordine globale, da qui discende, secondo l'Autore, che l'inesistenza di istituzioni elettive globali non può essere considerata espressione di un *deficit* democratico. Diversamente, connesso al *deficit* democratico, va ricondotto l'interrogativo, posto a conclusione del volume, concernente la legittimazione degli organismi globali di determinare *standard* e di imporre vincoli agli Stati nazionali (p. 167).

In sede di valutazione finale non si può che esprimere il più vivo apprezzamento per tale opera che in maniera altamente originale tende ad individuare i limiti di un diritto "sconfinato" ed a circoscriverne la portata riconducendolo ad una unità dinamica e differenziata. In tale contesto il rapporto di tensione tra Stato e organismi globali non muove da valutazioni concernenti il mero esautoramento della sovranità statale, ma anzi tenta, mediante la rico-

struzione di casi concreti, di individuare gli elementi identificativi della trasformazione sostanziale dello Stato nell'arena giuridica globale. Trasformazione statale che in ogni caso non può essere intesa come limite all'identità dello stesso Stato, ma, come è stato segnalato in più punti della monumentale decisione del Bundesverfassungsgericht del 30 giugno 2009 n. 182, nel senso che le funzioni primarie statali recuperano e rivendicano quella identità costituzionale nei confronti dell'ordinamento unionistico, riconducibile agli organismi globali così come identificati e definiti dall'Autore.

Francesco Buonomenna**

Armin von Bodgandy - Pedro Cruz Villalón - Peter M. Huber (a cura di), *Handbuch Ius Publicum Europaeum*, band I, Heidelberg, C. F. Müller, 2007, pp. V-VIII, 3-856, €. 231,00

Il risultato finale dell'ultimo decennio di dibattito costituzionale sulla presenza dell'Unione europea e degli Stati nazionali come "co-protagonisti" del processo di integrazione ha condotto ad un consolidato compromesso o – se si vuole – ad un'accertata *actio finium regundorum* fra le Costituzioni nazionali di ciascuno dei Paesi membri dell'Unione ed i principi costituzionali "comuni" che forgiavano l'identità costituzionale della stessa. Principi, questi ultimi, che in gran parte richiamano certamente "elementi" costituzionali propri degli Stati aderenti e che, per tale via, vengono attratti nella c.d. omogeneità europea, foriera di una compiuta "corrispondenza" tra le strutture ed i valori costituzionali degli Stati membri dell'Unione e tra le strutture ed i valori di questi ultimi e dell'entità sovranazionale a cui i medesimi danno vita. A tali risultati si riferisce il volume collettaneo qui recensito, dovuto a tre curatori tra i quali il Direttore dell'Istituto "Max Planck" di Heidelberg, A. Von Bodgandy, ed opportunamente ripartito in diversi rapporti afferenti i principali Stati aderenti all'Unione europea, riguardanti – *sub specie* – la dottrina dei prima menzionati «principi costituzionali comuni», ovvero i "pilastri" tanto dell'identità costituzionale europea, quanto delle singole identità nazionali. Pertanto, sulla base di uno stesso schema per i vari Autori, dalle singole relazioni emerge un *quid* comune di grande interesse per il pubblico degli studiosi dell'Unione europea e proprio dei peculiari elementi costitutivi dello Stato costituzionale contemporaneo, in grado di "fare sintesi" tra i contributi confluiti in tale opera (p. 3-727). Contributi, questi, "racchiusi" tra l'iniziale premessa ad opera dei tre curatori (p. V-VI) ed i finali e dettagliati indici degli A. citati (p. 779-788) ed indice analitico (p. 789-856). È giocoforza – d'altro canto – che pure il rigore sistematico e la chiarezza dell'impostazione del vo-

** Ricercatore di Diritto internazionale / Università degli Studi di Salerno.

lume giovino non poco a farne un *livre d'époque* per il divenire della costruzione europea.

I saggi nazionali, rispettivamente dedicati ai principali sistemi costituzionali, hanno firme di prestigio, trattandosi di specialisti della materia, e risultano tutti conchiusi nella *Vergleich* o comparazione o sintesi finale (p. 729-777). Da tale quadro complessivo emerge uno studio approfondito sulla questione dell'"identità costituzionale" nazionale ed europea che comporta inevitabilmente un'ulteriore riflessione sulla connessa e anch'essa primaria "questione democratica", da intendersi come capacità dello Stato nazionale di aprirsi alla società pur conservando il senso della sua specificità identitaria.

Passando all'esame dei singoli contributi nazionali, agevole ed opportuno appare il loro "raggruppamento" in tre macro-settori, concernenti rispettivamente l'area anglosassone (*Grossbritannien*, p. 217-271), l'area dell'Europa continentale occidentale (*Deutschland, Frankreich, Italien, Niederlande, Spanien, Schweiz e Schweden*, rispettivamente alle p. 3-85, 87-150, 273-325, 327-388, 625-685, 565-623, 507-564) e l'area dell'Europa centro-orientale (*Osterreich, Griechenland, Ungarn e Polen*, rispettivamente alle p. 389-449, 151-215, 687-727, 451-506).

È di immediata evidenza come il filo rosso deputato a collegare fra di loro i predetti saggi, poi "unificati" nella sintesi finale, sia rappresentato dalla speculazione teorica sulla nozione della *nationale identität* (*passim*) come elemento maggiormente qualificante della sovranità interna e della *demokratische legitimation* e come elemento garantistico della democrazia in ambito europeo. Donde l'approdo finale ad una *homogenität* costituzionale nell'Unione europea, nell'ambito di un "processo costituente" basato sul rispetto delle identità costituzionali nazionali e, per tale via, destinato parallelamente a "risolversi" nell'uropeizzazione (*europäisierung*) delle stesse, da intendersi nel senso di una "integrazione" – ove necessario su impulso degli organi costituzionali interni – dell'Europa nelle costruzioni di ogni singola identità statale. Di qui è facile procedere alla consequenziale riflessione sulla peculiare natura di un "processo costituente europeo" che, seppure in assenza di una "Costituzione" formale, risulta incentrato su di un "potere costituente", concretizzato non già in un unico "atto", bensì in un "processo" in divenire caratterizzante la c.d. «fase costituente europea».

Soffermandosi ulteriormente sui saggi nazionali, va sottolineato come l'area anglosassone (*Grossbritannien* – *M. Loughlin*) dia rilievo, com'è ovvio, all'esame della non scritta Costituzione britannica, parte dell'identità nazionale del Regno Unito di Gran Bretagna ed Irlanda del Nord (p. 96-99). In prosieguo, il gruppo europeo occidentale si apre con il contributo tedesco (a firma di *H. Dreier*) articolandosi in quattro sezioni dedicate alle origini, agli sviluppi ed alla prassi costituzionale della GG dal 1949 ad oggi nell'ottica predetta della *nationale identität* (p. 149-151) e continua con il contributo francese (*O. Jouanjan*) sulla Costituzione della V Repubblica considerata

come sistema a mezza strada tra "normalizzazione" e "specificità" (p. 110-113), seguito dal contributo italiano (di *M. Dogliani* e *C. Pinelli*) incentrato sulla Costituzione del 1948, esaminata nel suo contesto e nei suoi concetti fondamentali, e nelle sue identità strutturali (p. 145-148). Tali prime esposizioni danno l'impronta al prosieguo del volume nelle sue varie sezioni sul tema chiave della «identità giuridico-costituzionale» (*Niederlande* – *L. Besse-link*, p. 167-177), della «identità profonda» (*Spanien* – *M. M. Guerrero*, p. 78-80), degli elementi della «individualità» e dell'«identità» (*Schweiz* – *G. Biaggini*, p. 100-102) e degli elementi strutturali dell'«identità profonda» (*Schweden* – *H. H. Vogel*, p. 120-122). Per quanto concerne le Costituzioni dei Paesi dell'Europa centro-orientale, la stessa linea delle conclusioni conduce dal «mito delle identità e delle strutture profonde» (*Osterreich* – *E. Wiederin*, p. 129-136) al «sistema costituzionale delle strutture ed altre specificità» del sistema greco (*Griechenland* – *S – I. G. Koutnatzis*, p. 129-136) ed ancora alla struttura dell'«identità profonda» (*Ungarn* – *G. Halmai*, p. 87-92; *Polen* – *P. Tuleja*, p. 100-103). Alla luce di tale schema comune e di tale filiera conclusiva differenziata segue il già menzionato *Vergleich* finale. Esso si riduce ad uno schema logico quadripartito nel quale l'intero sistema costituzionale europeo (*Ius Publicum Europaeum*, come da titolo) viene ricondotto ai quattro grandi concetti sistematici di "individui" e "solidarietà" (p. 91-101) e di *demos* e *foedus* (p. 102-130) come connotazioni ineliminabili delle plurime identità nazionali.

Un'opera collettanea, quella qui recensita, destinata certamente a fare storia per le illuminanti relazioni dei Giuristi ivi contenute. E, soprattutto, meritevole di essere studiata attentamente per la straordinaria attualità presentata dai temi fondamentali in essa trattati. È, in effetti, proprio su tematiche delicate e quanto mai attuali che si misurano, in un'ottica "multi-statuale", i contributi raccolti nell'opera, della quale peraltro ci si è limitati a commentare solo il primo volume o la prima parte (*Band I*), seguiti da ulteriori volumi che si collocano in una posizione di ideale continuità con il primo.

Miriam Immediato***

*** Dottoranda di ricerca in Diritto Internazionale / Università degli Studi di Salerno.

Libri ricevuti - anni 2008-2009

(con riserva di recensione)

AA.VV. (Arena A. - Martire J. - Nocerino R. - Torino A.), *Il Codice dell'Organizzazione mondiale del Commercio*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2008

AA.VV. (a cura di Matteini Chiari S. - Allegrucci F. - Antonioli F. - Baldinelli F. - Baldinelli G. - Baleani N. - Ciufoli C. - Fiorucci C. - Fiorucci O. N. - Matteini Chiari M. E. - Marchetti M. L. - Milli G. - Minelli G. - Monacelli M. - Piergentili C. - Rosati B. - Rosimini C. - Santioni L. - Severini G.), *Energie rinnovabili e compatibilità ambientale*, Atti del Convegno nazionale di Gubbio 10-11 ottobre 2008, Santarcangelo di Romagna, Maggioli, 2009

ABI - ASSOCIAZIONE BANCARIA ITALIANA - AA.VV., *Economia & Banca tra cronaca e storia (Bancaria 1949-1979 un laboratorio di idee e innovazione)*, Roma, Bancaria Editrice, 2008

ADOBATI E. - LOCATI G., *Raccolta di sentenze della Corte Europea dei diritti dell'uomo*, Milano, EDUCatt, 2009

BARONCINI E., *Il Treaty-making power della Commissione Europea*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2008

BARUFFI M. C. - CAFARI PANICO R. (a cura di), *Le nuove competenze comunitarie. Obbligazioni alimentari e successioni*, Cedam, 2009

BARUFFI M. C. (a cura di), *Dalla Costituzione europea al Trattato di Lisbona*, Cedam, 2008

BARUFFI M. C. (a cura di), *L'evoluzione del sistema comunitario a 50 anni dalla sua istituzione*, Cedam, 2008

BOSCHIERO N. - BERTOLI P. (a cura di), *Verso un «ordine comunitario» del processo civile - Pluralità di modelli e tecniche processuali nello spazio europeo di giustizia*, Convegno interinale SIDI - Como 23 novembre 2007, Napoli, Editoriale Scientifica, 2008

- BOSCHIERO N. - LUZZATTO R. (a cura di), *I rapporti economici internazionali e l'evoluzione del loro regime giuridico - Soggetti, valori e strumenti*, XII Convegno SIDI - Milano 8-9 giugno 2007, Napoli, Editoriale Scientifica, 2008
- CARPANETO L., *Il diritto comunitario dei trasporti tra sussidiarietà e mercato. Il caso del trasporto ferroviario*, Torino, Giappichelli, 2009
- CARTEI G. F. (a cura di), *Responsabilità e concorrenza nel codice dei contratti pubblici*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2008
- CAMERA DI COMMERCIO DELL'AQUILA, *Guida al Commercio Internazionale - Integrazione economica dei sistemi produttivi transfrontalieri (Nuovo programma di Prossimità Adriatico IIIA (NPPA) INTERREG /CARDS-PHARE)*, L'Aquila, Camera di Commercio, 2008
- CAROLI G., *La Romania nella politica estera italiana 1919-1965 - Luci e ombre di un'amicizia storica*, Milano, Edizioni Nagard, 2009
- CENTRO NAZIONALE DI PREVENZIONE E DIFESA SOCIALE (a cura di CAMILLA BERIA DI ARGENTINE), *Proprietà e controllo dell'impresa: il modello italiano stabilità o contendibilità?*, Atti del Convegno di Courmayeur 5 ottobre 2007, Milano, Giuffrè, 2008
- COFRANCESCO G., *Il diritto comunitario tra liberismo e dirigismo*, Roma, Istituto Poligrafico e Zecca dello Stato, 2009
- DACLON C. M., *Geopolitica dell'ambiente - Sostenibilità, conflitti e cambiamenti globali*, Milano, Franco Angeli Editore, 2008
- DI FEDERICO G., *La riforma del procedimento comunitario antitrust e i diritti di difesa*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2008
- DRAETTA U., *Elementi di diritto dell'Unione europea - Parte istituzionale - Ordinamento e struttura dell'Unione Europea*, Milano, Giuffrè, 2009
- GENESIO U., *Le leggi dell'umanità*, Milano, Edizioni Nagard, 2009
- GIAMPAOLINO L., *Dall'attività amministrativa al mercato*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2008
- IEVA L., *Il latino come lingua dell'Europa unita. Studio sul regime linguistico dell'U.E.*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2009
- IMODA F. - PAPINI R. (eds.), *The Catholic Church and the international policy of the Holy See - L'Église Catholique et la politique internationale du Saint-Siège*, Milano, Edizioni Nagard, 2008
- MARCHISIO S. (a cura di), *La crisi del disarmo nel diritto internazionale nel quarto centenario della morte di Alberico Gentili*, XIII Convegno SIDI - Roma 26-27 giugno 2008, Napoli, Editoriale Scientifica, 2009

- MARINI L. - PALAZZANI L. (a cura di), *Il principio di precauzione tra filosofia biodiritto e biopolitica*, Roma, Edizioni Studium, 2008
- MELCHIONNI M. G. - RAVASI G., *Tra Europa e Islam: Geopolitica del Mediterraneo*, Milano, Edizioni Nagard, 2008
- PENNETTA P., *Integrazione europea ed integrazioni latino-americane e caraibiche: modelli e rapporti*, Bari, Cacucci Editore, 2009
- PERNICE I. - TANCHEV E. (eds.), *Ceci n'est pas une Constitution - Constitutionalisation without a Constitution?*, 7th International ECLN-Colloquium, Sofia, 17-19 April 2008, Baden Baden, Nomos Verlagsgesellschaft, 2009
- PESCATORE P., *Études de droit communautaire européen 1962-2007 (Avec une liste bibliographique complémentaire)*, Bruxelles, Bruylant, 2008
- PINOTTI C., *Giustizia amministrativa*, Città del Vaticano, Lateran University Press, 2009
- PIVA P., *Giudice nazionale e diritto dell'Unione Europea - I. Diretta efficacia e primato*, Napoli, Jovene Editore, 2008
- PORCHIA O., *Principi dell'ordinamento europeo - La cooperazione pluridirezionale*, Bologna, Zanichelli, 2008
- ROSATI M., *Atlas of European and non-European PDO, PGI, TSG agri-food products - Special section on International agri-food products with a Geographical Indication*, Siena, Qualivita, 2009
- ROSSI L. S. - DI FEDERICO G., *L'incidenza del diritto dell'Unione europea sullo studio delle discipline giuridiche*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2008
- SCALESE G., *La rilevanza delle scusanti nella teoria dell'illecito internazionale*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2008
- SEELER H.-J., *Geschichte und Politik der Europäischen Integration*, Baden Baden, Nomos Verlagsgesellschaft, 2008
- TARLINDANO G. - CERCHIER G., *L'abuso del diritto in generale e in materia tributaria nella giurisprudenza interna e comunitaria*, Regione del Veneto/Giunta Regionale, Venezia, 2009
- TARLINDANO G. - CERCHIER G., *La professione di avvocato in Europa*, Eurosportello del Veneto, Venezia, 2008
- TESAURO G., *Diritto comunitario*, Quinta edizione, Padova, Cedam, 2008
- TROIANIELLO P., *Lo stabilimento delle società nell'Unione europea*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2009

TUO C., *Il trasporto aereo nell'Unione europea tra libertà fondamentali e relazioni esterne - Diritto internazionale e disciplina comunitaria*, Torino, Giappichelli, 2008

VALENTI M., *Gli standard di trattamento nell'interpretazione dei trattati in materia di investimenti stranieri*, Torino, Giappichelli, 2009

ZOPPOLI L. (a cura di), *Ideologia e tecnica nella riforma del lavoro pubblico*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2009

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*

TIZIANA BIANCHI, *Dirigente l'Ufficio Relazioni Internazionali e Comunitarie dell'Autorità Vigilanza Contratti Pubblici*

FRANCESCO BUONOMENNA, *Ricercatore di Diritto internazionale / Università degli Studi di Salerno*

FAUSTO CAPELLI, *Direttore della Rivista*

FABIO GENCARELLI, *Avvocato del Foro di Roma; già Direttore alla Commissione europea*

MIRIAM IMMEDIATO, *Dottoranda di ricerca in Diritto Internazionale / Università degli Studi di Salerno*

ADRIANO MAFFEO, *Dottorando di ricerca in "Disciplina del mercato e della concorrenza nell'Unione europea" / Università degli Studi di Napoli "Suor Orsola Benincasa"*

LUIGI VITTORIO MAJOCCHI, *Presidente del Centro di Studi storico-politici sul federalismo e l'unificazione europea "Mario Albertini" dell'Università degli Studi di Pavia*

MASSIMO PANEBIANCO, *Ordinario di diritto internazionale / Università degli Studi di Salerno*

LORENZA PONZONE, *Dirigente l'Ufficio per la Regolazione dell'Autorità Vigilanza Contratti Pubblici*

MARCELLO VERNOLA, *Avvocato; docente di Diritto Ambientale / Università degli Studi di Cassino; docente di Legislazione dei Lavori Pubblici / Politecnico di Bari*

FABRIZIO VISMARA, *Professore associato di Diritto Internazionale / Università degli Studi dell'Insubria*

ARTICOLI

LA PUBBLICITÀ SUI MEDICINALI NELLA DISCIPLINA COMUNITARIA: LIBERTÀ DI ESPRESSIONE, DIRITTO DI INFORMAZIONE O TUTELA DEL CONSUMATORE?

Sommario: **1.** *La classificazione comunitaria dei medicinali ai fini della dispensazione* - **2.** *La nozione comunitaria di pubblicità nell'ambito dei medicinali* - **3.** *La pubblicità diretta sui farmaci* - **3.a** *La normativa statunitense* - **3.b** *I pareri discordanti su vantaggi e svantaggi dell'informazione diretta al paziente* - **4.** *Le proposte della Commissione: pubblicità o informazione?* - **4.a** *La difficile distinzione tra pubblicità ed informazione* - **4.b** *L'iter delle precedenti proposte della Commissione* - **4.c** *Le attuali proposte di direttiva e di regolamento sull'informazione del farmaco ai pazienti e le loro implicazioni* - **5.** *Conclusioni.*

1. La classificazione comunitaria dei medicinali ai fini della dispensazione

Al fine di analizzare la problematica relativa alla pubblicità dei medicinali all'interno del mercato unico occorre accennare in premessa alla loro classificazione amministrativa per le relazioni esistenti tra le modalità di dispensazione e la possibilità di divulgare presso i pazienti proprietà e caratteristiche dei farmaci.

In ambito comunitario, la distinzione tra i medicinali ai fini del regime di dispensazione è stata inizialmente affrontata mediante la direttiva n. 92/26/Cee¹, il cui art. 1, par. 1, distingue tra medicinali soggetti e non soggetti a prescrizione medica, intendendo, come affermato al par. 2 dello stesso articolo, «per

¹ Direttiva n. 92/26/Cee del Consiglio, del 31 marzo 1992, concernente la classificazione in materia di fornitura dei medicinali per uso umano, in *Guce* n. L 113 del 30 aprile 1992, p. 5 ss.

"prescrizione medica" (...) ogni ricetta rilasciata da un professionista abilitato a prescrivere medicinali». Il successivo art. 2, par. 1, della stessa direttiva stabiliva che sono soggetti a ricetta medica i medicinali che «possono presentare un pericolo (...) se sono usati senza controllo medico, o (...) in condizioni anormali, o contengono sostanze (...) di cui è indispensabile approfondire l'attività e/o gli effetti secondari, oppure sono (...) prescritti (...) per essere somministrati per via parenterale [iniettabili]». Inoltre, la disposizione contenuta nell'art. 2, par. 2, consentiva agli Stati membri di classificare ulteriormente i medicinali soggetti a prescrizione medica introducendo alcune sottocategorie per la cui dispensazione dovevano essere stabilite particolari modalità di prescrizione.

L'evoluzione della normativa comunitaria sui medicinali ha portato all'adozione della direttiva n. 2001/83/Ce², all'interno della quale sono confluite le disposizioni contenute nelle precedenti direttive relative ai vari aspetti della disciplina sui farmaci. In particolare, il Titolo VI (Classificazione dei medicinali) riporta le disposizioni in materia (art. 70, par. 1) rispettando i criteri già stabiliti dalla direttiva n. 92/26/Cee (art. 71, par. 1) e fissa, sempre in accordo con la precedente disciplina, le sottocategorie dei medicinali soggetti a ricetta medica (art. 70, par. 2, lett. a. «prescrizione medica che può essere o non può essere rinnovata»; lett. b. «prescrizione medica speciale»; lett. c. «prescrizione limitativa, riservat[a] a taluni ambienti specializzati»).

Entrambe le direttive hanno quindi codificato caratteristiche e tipologie inerenti ai farmaci da dispensare dietro presentazione di ricetta medica (farmaci etici) senza prevedere, ma anche senza vietare, agli Stati membri di introdurre specifiche sottocategorie per i farmaci non soggetti a prescrizione (farmaci da banco). Tale situazione è stata chiaramente evidenziata in un'interrogazione al Parlamento europeo in cui si premetteva che «[i]l regime dei farmaci da banco varia tra gli Stati membri dell'UE. I criteri di classificazione di vari prodotti farmaceutici in tale categoria sono diversi, il che fa sì che non esista un sistema unico di tipizzazione dei farmaci quali farmaci da banco»³.

A puro titolo di esempio si può infatti ricordare come la normativa italiana abbia recepito la direttiva n. 2001/83/Ce con il dlgs n. 219/06⁴ identificando all'art. 96 come «medicinali non soggetti a prescrizione quelli che non

² Direttiva n. 2001/83/Ce del Parlamento europeo e del Consiglio, del 6 novembre 2001, recante un codice comunitario relativo ai medicinali per uso umano, in *Guce* n. L 311 del 28 novembre 2001, p. 67 ss.

³ Interrogazione orale H-0158/08 del 26 febbraio 2008 di E. Angelakas alla Commissione avente per oggetto «Farmaci da banco senza obbligo di prescrizione medica e politica europea in materia di farmaci» (<http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+QT+H-2008-0158+0+DOC+XML+V0//IT&language=IT>).

⁴ Dlgs n. 219 del 24 aprile 2006 - Attuazione della direttiva n. 2001/83/Ce (e successive direttive di modifica) relativa ad un codice comunitario concernente i medicinali per uso umano nonché della direttiva n. 2003/94/Ce, in *Guri* n. 142 del 21 giugno 2006, *suppl. ord.* n. 153.

rispondono ai criteri di cui agli articoli da 88 a 94», nei quali sono classificati i medicinali soggetti a prescrizione secondo le indicazioni contenute nel già citato art. 70, par. 2, della direttiva n. 2001/83/Ce. Per i farmaci dispensabili senza ricetta medica, l'art. 96, comma 3, della normativa nazionale prevede l'ulteriore suddivisione, non contemplata dalla normativa comunitaria, in «medicinali per automedicazione» e in «medicinali non soggetti a prescrizione medica».

Tali categorie erano state introdotte nell'ordinamento italiano già al momento del recepimento della direttiva n. 92/26/Ce mediante il dlgs n. 539/1992⁵, che riservava la denominazione «senza obbligo di prescrizione» (SOP) ai farmaci che, pur essendo dispensabili senza ricetta, non erano accessibili al consumatore senza un controllo da parte del medico o del farmacista riservando l'espressione di «farmaci da banco» (*Over the Counter*, OTC) ai medicinali destinati all'uso autonomo da parte del cittadino⁶. La normativa classifica quindi come OTC i medicinali contenenti principi attivi in commercio da almeno cinque anni e che siano destinati a risolvere disturbi di facile valutazione da parte del paziente stesso purché essi siano distribuiti in confezioni di volume ridotto e, quindi, destinati a terapie di breve durata⁷. I farmaci da banco o da automedicazione sono pertanto definiti come quei «medicinali che per loro natura e obiettivo terapeutico sono concepiti e destinati all'uso autonomo da parte del cittadino, senza bisogno di intervento di un medico per la diagnosi, la prescrizione o la sorveglianza durante il trattamento e, se necessario, con il consiglio del farmacista»⁸. La definizione risulta praticamente identica alla nozione contenuta nell'art. 3, par. 2, della direttiva n. 92/28/Cee, che era stata introdotta con lo scopo di regolamentare la pubblicità in campo farmaceutico⁹.

⁵ Dlgs n. 539 del 30 dicembre 1992 - Attuazione della direttiva n. 92/26/Cee riguardante la classificazione nella fornitura dei medicinali per uso umano, in *Guri* n. 7 dell'11 gennaio 1993, *suppl. ord.* n. 5.

⁶ Il Ministero della sanità italiano aveva già in precedenza fornito la nozione di farmaco da banco definendolo «una specialità medicinale destinata alla medicazione di disturbi minori, che incidono transitoriamente sullo stato ottimo di salute e che sono facilmente identificabili e risolvibili dal paziente stesso» (Circolare del Ministero della sanità n. 115 del 30 dicembre 1975).

⁷ Circolare del Ministero della sanità n. 13 del 16 ottobre 1997 - Medicinali di automedicazione: definizione, classificazione e modello di foglio illustrativo, in *Guri* n. 269 del 18 novembre 1997, p. 48 ss.

⁸ Dlgs n. 539 del 30 dicembre 1992, *loc. cit.*, art. 3, comma 1.

⁹ Direttiva n. 92/28/Cee del Consiglio, del 31 marzo 1992, concernente la pubblicità dei medicinali per uso umano, in *Guce* n. L 113 del 30 aprile 1992, p. 13 ss. L'art. 3, par. 2, della direttiva indicava che «[p]ossono formare oggetto di pubblicità presso il pubblico i medicinali che, per la loro composizione ed il loro obiettivo, sono previsti e concepiti per essere utilizzati senza intervento di un medico per la diagnosi, la prescrizione o la sorveglianza del trattamento, se necessario con il consiglio del farmacista».

2. La nozione comunitaria di pubblicità nell'ambito dei medicinali

Le fasi iniziali del processo che ha condotto all'adozione di una normativa comunitaria inerente alla pubblicità sui medicinali possono essere individuate nelle proposte avanzate a fine gennaio 1990 dalla Commissione¹⁰ allo scopo di adottare alcune delle misure legislative già identificate nel Libro Bianco del 1985 come indispensabili alla creazione del mercato comune in ambito farmaceutico¹¹. Nella sezione *Information for Patients* della proposta di direttiva sulla fornitura dei medicinali (SYN 230) veniva chiaramente indicato come la presenza di norme nazionali riguardanti l'imballaggio, l'etichettatura ed il foglietto illustrativo fosse in grado di frapporre ostacoli alla libera circolazione dei farmaci. In questa premessa, dedicata alla necessità di portare a conoscenza del paziente le principali caratteristiche dei medicinali, veniva messo in risalto come «the information provided on or in the packaging of a medicinal product in its final sales presentation should be exclusively addressed to the user of the product. The inclusion of information intended exclusively for the doctor no longer appears appropriate»¹². Con queste parole la Commissione delineava una chiara linea di demarcazione alla diffusione delle informazioni, in quanto emergeva l'evidente proposito di separare nettamente le indicazioni destinate al pubblico indistinto dalle spiegazioni riservate agli operatori sanitari.

Nel documento si rivendicava inoltre come lo scopo dell'azione di controllo sulle informazioni contenute nelle confezioni non fosse esclusivamente dettato dalla volontà di proteggere i consumatori da false asserzioni che avrebbero potuto, a volte, costituire un danno potenziale per la salute. Veniva infatti precisato come la Comunità intendesse vigilare anche al fine di tutelare i legittimi interessi economici delle aziende produttrici dall'eventuale pubblicità ingannevole dei concorrenti¹³. Nello stesso paragrafo si accennava al fatto che le problematiche connesse con la pubblicità sui medicinali fossero già

¹⁰ Commission of the European Communities, Proposal for a Council Directive SYN 229 on the wholesale distribution of medicinal products for human use, Proposal for a Council Directive SYN 230 concerning the legal status for the supply of medicinal products for human use, Proposal for a Council Directive SYN 231 on the labelling of medicinal products for human use and on package leaflets, Com(89)607 final, Brussels, 26 January 1990.

¹¹ Commission of the European Communities, Completing the Internal Market, White Paper from the Commission to the European Council (Milan, 28-29 June 1985), Com(85)310 final, Brussels, 14 June 1986. Questo Libro Bianco, voluto dall'allora presidente della Commissione Jacques Delors, conteneva più di trecento proposte di iniziativa legislativa, che interessavano quasi tutti i settori di competenza della Comunità. Circa una decina di questi progetti, individuati allo scopo di completare il mercato comune, riguardavano materie di interesse farmaceutico. L'attuazione degli obiettivi del Libro Bianco fu facilitata dall'introduzione della maggioranza qualificata, al posto dell'unanimità, nelle decisioni del Consiglio come stabilito dall'Atto unico europeo.

¹² Commission of the European Communities, Proposal for a Council Directive SYN 229, Com(89)607 final, *cit. supra*, nota 10, p. 7, par. 13.

¹³ *Ivi*, p. 7-8, par. 14.

all'epoca oggetto di studio da parte della Commissione. Prima di addentrarsi nelle conclusioni, la premessa ricordava come i requisiti concernenti le norme sul confezionamento sarebbero stati mantenuti ad un livello generale riservandosi, nei futuri sviluppi normativi, la possibilità di distinguere «between prescription only medicines and over-the-counter products (OTC)»¹⁴.

Nel successivo articolato della proposta di direttiva «on the labelling of medicinal products» (SYN 231), si elencavano le indicazioni da riportare sull'etichettatura esterna ed interna (artt. 3 e 4, pp. 27-28) e sul foglietto illustrativo (art. 8, pp. 30-32). La proposta sembrava vietare ogni tipo di pubblicità sul medicinale in quanto l'art. 8, par. 1, lett. g., permetteva di includere nel foglietto illustrativo anche tutte le informazioni utili all'educazione sanitaria del paziente, a condizione che esse non fossero «of a promotional nature». Le indicazioni contenute diventavano quindi un mezzo, aggiuntivo rispetto al canale costituito dagli operatori sanitari, con cui le aziende potevano informare il consumatore su tutti gli aspetti inerenti la terapia medica a lui prescritta.

La proposta si concretizzò alcuni anni più tardi nella direttiva n. 92/28/Cee che permise di esercitare azioni promozionali dirette al consumatore, seppure limitandole ai farmaci da automedicazione, riservando agli operatori sanitari ogni messaggio riguardante i farmaci etici. L'art. 3, par. 4, della medesima direttiva (attualmente art. 88, par. 4, della direttiva n. 2001/83/Ce) esentava dal divieto di pubblicità solo i medicinali etici utilizzati nelle campagne di vaccinazione che, pur condotte dalle industrie farmaceutiche, fossero state autorizzate dalle autorità competenti dei singoli Stati membri. Per entrambe le classi di farmaci (automedicazione ed etici), la pubblicità poteva interessare solo i medicinali regolarmente autorizzati nello Stato membro, in quanto l'art. 2, par. 1, della direttiva intendeva vietare «la pubblicità di medicinali non autorizzati nello Stato membro (...) sebbene l'autorizzazione [fosse] stata ottenuta in un altro Stato membro»¹⁵ e non solo dei «medicinali non autorizzati in nessuno Stato membro»¹⁶. Quindi, oltre ad incidere sul regime di dispensazione, la classificazione si rifletteva sulla possibilità di informare i consumatori sulle proprietà terapeutiche dei farmaci, sugli effetti collaterali e

¹⁴ Commission of the European Communities, Proposal for a Council Directive SYN 229, Com(89)607 final, *cit. supra*, nota 10, p. 8, par. 15.

¹⁵ Conclusioni dell'Avvocato Generale Gulmann del 16 giugno 1994 in causa n. C-320/93, *Lucien Ortscheit GmbH c. Eurim-Pharm Arzneimittel GmbH*, in *Raccolta*, 1994, I, p. 5243, par. 27. Si ricordi tuttavia che «[g]li artt. 28 CE [ora art. 34 TFUE] e 11 dell'accordo SEE ostano ad un tale divieto [di pubblicità] allorquando quest'ultimo si applica alla diffusione, presso i farmacisti, di elenchi di medicinali non autorizzati, la cui importazione da un altro Stato membro o da uno Stato terzo partecipante all'accordo SEE sia ammessa solo a titolo derogatorio, che contengono unicamente informazioni relative alla denominazione commerciale, alle dimensioni dell'imballaggio, al dosaggio e al prezzo di tali medicinali» (sentenza della Corte di giustizia dell'8 novembre 2007 in causa n. C-143/06, *Ludwigs - Apotheke München Internationale Apotheke c. Juers Pharma Import-Export GmbH*, in *Raccolta*, 2007, I, p. 9623, par. 44).

¹⁶ Conclusioni dell'Avvocato Generale Gulmann del 16 giugno 1994 in causa n. C-320/93, *Lucien Ortscheit GmbH c. Eurim-Pharm Arzneimittel GmbH*, *loc. cit.*, par. 26.

sulle controindicazioni, sui tempi e modi di somministrazione e su ogni altra indicazione utile ad un loro corretto uso. Il paziente può rappresentare il bersaglio diretto del messaggio pubblicitario riferibile al solo farmaco di automedicazione. Le indicazioni e le caratteristiche di un medicinale soggetto a prescrizione possono essere fornite dall'operatore sanitario che prescrive o dispensa il farmaco oppure dal foglietto illustrativo presente all'interno della confezione. La Corte ha successivamente stabilito che la norma vieta di pubblicizzare anche la vendita per corrispondenza, o tramite internet, dei medicinali soggetti a prescrizione medica, permettendo azioni promozionali solo relativamente al commercio dei farmaci per la cui dispensazione non sussiste tale obbligo¹⁷.

Le disposizioni della direttiva n. 2001/83/Ce, come pure le modifiche introdotte dalla direttiva n. 2004/27/Ce¹⁸, non hanno inciso sul contenuto della direttiva n. 92/28/Cee¹⁹. Pertanto, anche la direttiva n. 2001/83/Ce consente di pubblicizzare direttamente presso il pubblico solo i medicinali la cui dispensazione non è subordinata al rilascio della ricetta medica, limitando ai soli operatori sanitari i messaggi promozionali riguardanti i rimedi assoggettati all'obbligo di prescrizione²⁰. La sentenza *Gintec International* ha riconosciuto che

¹⁷ Sentenza della Corte di giustizia dell'11 dicembre 2003 in causa n. C-322/01, *Deutscher Apothekerverband eV c. 0800 DocMorris NV e Jacques Waterval*, in *Raccolta*, 2003, I, p. 14887, par. 147-149. Per quanto riguarda la possibilità di pubblicizzare la vendita dei medicinali tramite internet si veda anche la risposta data dal signor Bangemann a nome della Commissione il 27 marzo 1998 all'interrogazione scritta E-0410/98 del 24 febbraio 1998 di G. Leopardi, G. Viceconte ed E. Marinucci avente per oggetto: «Vendita di medicinali attraverso Internet», in *Guce* n. C 323 del 21 ottobre 1998, p. 34. Nella risposta si afferma che «[p]oiché, per definizione, la vendita di medicinali su Internet non è possibile in assenza di "pubblicità presso il pubblico", così come definita all'art. 1 della medesima direttiva [n. 92/28/Cee], la vendita su Internet di medicinali per i quali è obbligatoria la ricetta medica, o di medicinali privi di autorizzazione di immissione in commercio conforme al diritto comunitario o ancora di medicinali che contengono sostanze psicotrope o stupefacenti è illegale all'interno della Comunità».

¹⁸ Direttiva n. 2004/27/Ce del Parlamento europeo e del Consiglio del 31 marzo 2004 che modifica la direttiva n. 2001/83/Ce recante un codice comunitario relativo ai medicinali per uso umano, in *Gu-Ue* n. L 136 del 30 aprile 2004, p. 34 ss.

¹⁹ Sentenza della Corte di giustizia dell'8 novembre 2007 in causa n. C-374/05, *Gintec International Import-Export GmbH c. Verband Sozialer Wettbewerb eV*, in *Raccolta*, 2007, I, p. 9517, par. 61.

²⁰ Direttiva n. 2001/83/Ce, *cit. supra*, nota 2, art. 88, par. 2: «Possono essere oggetto di pubblicità presso il pubblico i medicinali che, per la loro composizione ed il loro obiettivo, sono previsti e concepiti per essere utilizzati senza intervento di un medico per la diagnosi, la prescrizione o la sorveglianza del trattamento, se necessario con il consiglio del farmacista». Tale formulazione riprende fedelmente l'enunciato dell'art. 3, par. 2, della direttiva n. 92/28/Cee. L'art. 115, par. 1, del dlgo n. 219/06, che ha recepito nell'ordinamento italiano la direttiva n. 2001/83/Ce, risulta più restrittivo consentendo di pubblicizzare presso il grande pubblico solamente i farmaci da automedicazione che, come enunciato in precedenza, sono stati definiti riprendendo la formulazione contenuta nella direttiva n. 92/28/Cee riguardante la pubblicità sui farmaci. Nella normativa italiana sulla pubblicità del medicamento, il divieto è di conseguenza rivolto sia ai medicinali etici sia ai farmaci per la cui dispensazione non è necessaria la ricetta (SOP), consentendo di propagandare solo i medicinali di automedicazione (OTC). Tuttavia, come ricordato dalla Corte, il «codice comunitario (...) permette, di regola, la pubblicità relativa ai medicinali previsti e concepiti per essere utilizzati senza l'intervento del medico, pur prevedendo in caso di bisogno la consulenza del farmacista» (sentenza della Corte di giustizia dell'11 dicembre 2003 in causa n. C-322/01, *Deutscher Apothe-*

le disposizioni sulla pubblicità contenute nella direttiva n. 2001/83/Ce costituiscono una *lex specialis*²¹ rispetto alla direttiva n. 84/450/Cee²². Questa considerazione ha permesso di giungere alla conclusione che «nel settore dei medicinali vi è una definizione autonoma di pubblicità»²³. Lo scopo di tutelare la salute pubblica giustifica quindi l'emanazione di norme particolari atte a garantire l'obiettività e l'accuratezza del messaggio pubblicitario sui farmaci. All'interno di queste norme appare legittima la distinzione tra pubblicità presso il pubblico ed informazione presso gli operatori sanitari «in considerazione del fatto che il pubblico, vale a dire il profano, è più meritevole di tutela»²⁴. Nello stesso tempo, la direttiva n. 2001/83/Ce non contiene nessuna disposizione che consenta agli Stati membri di adottare regole più restrittive dal momento che «la direttiva medesima ha proceduto ad un'armonizzazione completa nel settore, restando espressamente indicate le ipotesi in cui gli Stati membri sono autorizzati ad adottare disposizioni che si discostino dalle norme fissate dalla direttiva stessa»²⁵.

La direttiva attualmente in vigore definisce la «"pubblicità dei medicinali" [come] qualsiasi azione d'informazione, di ricerca della clientela o di incitamento, intesa a promuovere la prescrizione, la fornitura, la vendita o il consumo di medicinali»²⁶. La nozione di pubblicità risulta quindi strettamente correlata con quella di informazione, in quanto abbraccia sia le comunicazioni di natura scientifica rivolte alla classe medica (prescrizione) che i messaggi

kerverband eV c. 0800 DocMorris NV e Jacques Waterval, loc. cit., par. 141).

²¹ Sentenza della Corte di giustizia dell'8 novembre 2007 in causa n. C-374/05, *Gintec International Import-Export GmbH c. Verband Sozialer Wettbewerb eV*, loc. cit., par. 31.

²² Direttiva n. 84/450/Cee del Consiglio del 10 settembre 1984 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. 17 ss. Questo atto normativo è stato abrogato e sostituito dalla direttiva n. 2006/114/Ce del Parlamento europeo e del Consiglio, del 12 dicembre 2006, concernente la pubblicità ingannevole e comparativa (versione codificata), in *Gu-Ue* n. L 376 del 27 dicembre 2006, p. 21 ss. Tale direttiva, entrata in vigore il 12 dicembre 2007 poco dopo la sentenza *Gintec International*, riporta all'art. 8, par. 2, la stessa formulazione dell'art. 7, par. 3, della direttiva n. 84/450/Cee in base alla quale la Corte aveva stabilito che «[l]a direttiva 2001/83 (...) costituisce (...) una norma speciale rispetto alle norme generali in materia di protezione contro la pubblicità ingannevole disposte dalla direttiva n. 84/450» (sentenza della Corte di giustizia dell'8 novembre 2007 in causa n. C-374/05, *Gintec International Import-Export GmbH c. Verband Sozialer Wettbewerb eV*, cit. supra, nota 19, par. 31).

²³ Conclusioni dell'Avvocato Generale Ruiz-Jarabo Colomer del 18 novembre 2008 in causa n. C-421/07, Procedimento penale a carico di *Frede Damgaard*, non ancora pubblicate in *Raccolta*, par. 62.

²⁴ Conclusioni dell'Avvocato Generale Stix-Hackl dell'11 marzo 2003 in causa n. C-322/01, *Deutscher Apothekerverband eV c. 0800 DocMorris NV e Jacques Waterval*, in *Raccolta*, 2003, I, p. 14887, par. 207. Pare opportuno ricordare come siano state definite «[p]articolamente rigorose (...) le norme di diritto comunitario sulla pubblicità di medicinali destinati all'uso umano» (Conclusioni dell'Avvocato Generale Cosmas del 2 luglio 1998 in causa n. C-77/97, *Österreichische Unilever GmbH c. Smithkline Beecham Markenartikel GmbH*, in *Raccolta*, 1999, I, p. 431, par. 10).

²⁵ Sentenza della Corte di giustizia dell'8 novembre 2007 in causa n. C-374/05, *Gintec International Import-Export GmbH c. Verband Sozialer Wettbewerb eV*, loc. cit., par. 20.

²⁶ Direttiva n. 2001/83/Ce, cit. supra, nota 2, art. 88, par. 1.

tendenti a persuadere il consumatore dell'efficacia del prodotto (consumo). Il concetto comunitario risulta in sostanziale accordo con la definizione dell'Organizzazione mondiale della sanità (OMS) secondo cui la «promotion» sui medicinali può essere definita come «all informational and persuasive activities by manufacturers, the effect of which is the prescription, supply, purchase and/or use of medicinal drugs»²⁷.

Tuttavia, la norma comunitaria non si limita a stabilire una definizione «teorica», ma fornisce all'art. 86, par. 1, un elenco descrittivo delle attività che sono reputate come appartenenti all'ambito pubblicitario. L'esistenza di questa lista sembra riconoscere la difficoltà di dare attuazione pratica alla disposizione solo in base ai sottintesi astratti della formulazione senza che siano stabiliti precisi e ben definiti casi concreti. Tuttavia, alcune di queste previsioni appaiono discutibili. L'inserimento del riferimento all'«incitamento a prescrivere o a fornire medicinali mediante la concessione, l'offerta o la promessa di vantaggi pecuniari o in natura, ad eccezione di oggetti di valore intrinseco trascurabile» sembra voler inquadrare tra le prassi promozionali un comportamento che sarebbe già vietato in quanto appartenente al campo dell'illecito penale e di cui risulta superfluo l'ulteriore inserimento in un ambito teso a regolamentare la materia pubblicitaria²⁸. Alcune perplessità desta anche l'inclusione della concessione del «patrocinio dei congressi scientifici cui partecipano persone autorizzate a prescrivere o a fornire medicinali, in particolare delle spese di viaggio e di soggiorno». Nonostante la specificazione «in particolare», appare criticabile un impianto che sembra non distinguere tra manifestazioni per la cui partecipazione il pagamento delle spese sia completamente a carico dei partecipanti e convegni per i quali un'industria farmaceutica copra gli oneri economici di relatori ed iscritti. Su tale punto sarebbe stato probabilmente più opportuno ispirarsi alle indicazioni dell'OMS che, nel riconoscere l'importanza dei simposi per l'aggiornamento professionale, sug-

²⁷ Ethical Criteria for Medicinal Drug Promotion, Resolution WHA41.17 adopted by the Forty-first World Health Assembly, Geneva, 13 May 1988, par. 6. Si veda anche P. NORRIS - A. HERXHEIMER - J. LEXCHIN e P. MANSFIELD, *Drug Promotion - What we know, what we have yet to learn. Reviews of materials in the WHO/HAI database on drug promotion*, World Health Organization and Health Action International, 2005, p. 3.

²⁸ Si ricorda che la normativa italiana prevede il reato di comparaggio [artt. 170, 171 e 172 Testo unico delle leggi sanitarie, r.d. n. 1265 del 27 luglio 1934 (*Gu del Regno d'Italia* n. 186 del 9 agosto 1934, *suppl. ord.*) e art. 147, par. 5, dlgs n. 219 del 24 aprile 2006 (*Guri* n. 142 del 21 giugno 2006)]. Tale reato è commesso da coloro che «ricevano, per sé o per altri, denaro o altra utilità ovvero ne accettino la promessa, allo scopo di agevolare, con prescrizioni mediche o in qualsiasi altro modo, la diffusione di specialità medicinali o di ogni altro prodotto a uso farmaceutico» (art. 170 Testo unico delle leggi sanitarie). Si noti come il Giudice per le indagini preliminari del Tribunale di Pavia nell'ordinanza del 26 maggio 2005, definendo il comparaggio una «forma "minore" di corruzione», abbia rinvenuto una sorta di parallelismo tra i due reati. A suo parere, «[s]e non è indispensabile individuare l'atto cui è finalizzata la corruzione, non si vede come si possa ritenere necessaria all'integrazione del comparaggio (...) l'effettiva agevolazione della diffusione dei farmaci "promozionali" dalla casa farmaceutica quando (...) sono comprovate le dazioni di denaro e l'idoneità del medico a prescrivere i farmaci».

gerisce che tutte le agevolazioni («[e]ntertainment or other hospitality, and any gifts offered») debbano essere mantenute entro livelli modesti²⁹. Infatti, nel caso le facilitazioni offerte dall'industria non siano di entità limitata si potrebbe mettere in dubbio l'indipendenza dei relatori e dei partecipanti. Inoltre, eventuali vantaggi di valore intrinseco non trascurabile potrebbero assumere una rilevanza penale integrando il reato di comparaggio già in precedenza menzionato.

Le motivazioni in base alle quali benefici di esiguo valore possono essere concessi alla classe medica non paiono estensibili in via analogica al pubblico indistinto. Questa affermazione è ben esemplificata da una pronuncia con cui la Corte di giustizia ha considerato illegittimo un concorso abbinato ad un medicinale di automedicazione nonostante il premio promesso ai pazienti fosse di «ridotto valore» in quanto costituito esclusivamente da una confezione del prodotto in questione³⁰. I giudici hanno giustamente stabilito come questo incentivo possa incoraggiare un consumo inappropriato ed eccessivo del farmaco, in quanto tale mezzo promozionale, «sviando (...) il consumatore dalla valutazione oggettiva della necessità di prendere il medicinale», contrasta con gli scopi della direttiva comunitaria che intende promuovere l'uso razionale dei rimedi. Inoltre, la vincita di un medicinale «può essere assimilata alla sua distribuzione gratuita» al pubblico, pratica vietata a fini promozionali dall'art. 88, par. 6, della direttiva n. 2001/83/Ce³¹.

Nello stesso modo in cui l'art. 86, par. 1, riporta i casi riconducibili a messaggi pubblicitari, il par. 2 dello stesso articolo descrive le azioni escluse dalla nozione di pubblicità, ossia l'etichettatura ed il foglietto illustrativo, le risposte a precise richieste dei consumatori, i documenti riguardanti cambiamenti nella confezione, cataloghi di vendita o elenchi di prezzi e le informazioni sulle malattie solo nel caso in cui tali indicazioni non contengano riferimenti a specifici medicinali.

Oltre alle modalità di dispensazione del medicamento (presentazione di ricetta medica), il Titolo VIII della direttiva n. 2001/83/Ce riporta altre evenienze che impediscono di pubblicizzare i medicinali presso il pubblico. L'art. 88 estende il divieto ai principi attivi inclusi tra le sostanze stupefacenti e psicotrope (par. 1), ai farmaci indicati nella cura di alcune gravi patologie (par. 2), oltre a consentire agli Stati membri di vietare i messaggi promozionali che abbiano come oggetto i medicinali rimborsabili dai loro rispettivi si-

²⁹ Ethical Criteria for Medicinal Drug Promotion, *cit. supra*, nota 27, Symposia and other scientific meetings, par. 22-24.

³⁰ Sentenza della Corte di giustizia dell'8 novembre 2007 in causa n. C-374/05, *Gintec International Import-Export GmbH c. Verband Sozialer Wettbewerb eV*, *cit. supra*, nota 19.

³¹ *Ivi*, par. 53-59. Sull'argomento si veda anche M. MASTRANDREA, *Pubblicità di medicinali mediante dichiarazioni di terzi o concorsi a premi o sorteggi*, in *Giur. it.*, vol. 159, 2007, c. 2667 e S. DI PAOLA, *In tema di sistemi pubblicitari delle specialità medicinali*, in *Foro it.*, vol. 131, 2008, IV, c. 326 ss.

stemi sanitari (par. 3)³². Ulteriori disposizioni nazionali che vietino la pubblicità di tipologie aggiuntive di medicinali di automedicazione devono pertanto essere ritenute contrarie al diritto comunitario³³.

L'analisi dell'art. 88 consente di considerare superflui alcuni dei casi di divieto elencati nella disposizione, tranne nell'ipotesi in cui si ritenga che essi intendano solamente ribadire impegni da tempo assunti in ambito internazionale a tutela della salute dei consumatori. Ad esempio, per quanto riguarda le sostanze stupefacenti e psicotrope, alcune convenzioni internazionali impongono la ricetta medica per la loro dispensazione. Infatti, l'art. 30, par. 2, lett. b., punto i., della *Single Convention on Narcotic Drugs* stabilisce che gli Stati aderenti «[r]equire medical prescription for the supply, or dispensation of [narcotic] drugs to individuals»³⁴. Altrettanto ridondante risulta la disposizione che imponeva di non nominare alcune affezioni dal momento che i medicinali per la cura di questi gravi disturbi (tubercolosi, malattie sessualmente trasmissibili, altre malattie infettive gravi, cancro ed altri tumori, insonnia cronica, diabete ed altre malattie del metabolismo) sono dispensabili solamente dietro presentazione di ricetta medica, contenendo principi attivi inseriti

³² Direttiva n. 2001/83/Ce, *cit. supra*, nota 2, art. 88: «1. Gli Stati membri vietano la pubblicità presso il pubblico dei seguenti medicinali: - quelli che possono essere forniti soltanto dietro presentazione di ricetta medica, conformemente al titolo VI, - contenenti psicotropi o stupefacenti ai sensi delle convenzioni internazionali, come la Convenzione delle Nazioni Unite del 1961 e del 1971 e - quelli che non possono essere oggetto di pubblicità presso il pubblico conformemente al paragrafo 2, secondo comma. 2. (...) Gli Stati membri vietano la menzione, nella pubblicità presso il pubblico, di indicazioni terapeutiche quali le seguenti: - tubercolosi, - malattie sessualmente trasmissibili, - altre malattie infettive gravi, - cancro ed altri tumori, - insonnia cronica, - diabete ed altre malattie del metabolismo. 3. Gli Stati membri possono vietare sul proprio territorio la pubblicità presso il pubblico dei medicinali rimborsabili».

³³ A questo riguardo, si ricordi come lo Stato italiano abbia ritenuto opportuno sospendere la pubblicità dei medicinali lassativi (Ministero della sanità, ordinanza del 9 dicembre 1997 relativa alla sospensione temporanea della pubblicità concernente le specialità medicinali lassative, in *Guri* n. 292 del 16 dicembre 1997, p. 13; Ministero della sanità, ordinanza del 17 marzo 1998, Proroga della sospensione temporanea della pubblicità concernente le specialità medicinali lassative, in *Guri* n. 71 del 26 marzo 1998, p. 29). Il successivo decreto del Ministro della sanità del 16 aprile 1998 (Approvazione di linee guida in materia di pubblicità sui lassativi, in *Guri* n. 92 del 21 aprile 1998, p. 25) eliminò tale sospensione consentendo la diffusione di messaggi promozionali su tale tipologia di farmaci, purché il loro contenuto fosse conforme alle linee guida riportate in allegato al decreto. La sospensione della pubblicità sui lassativi è successiva ad un'interrogazione al Parlamento europeo nella cui risposta si chiarisce che «[l]a Commissione segue attentamente gli sviluppi della situazione in Italia ed intende, se necessario, prendere i provvedimenti del caso per garantire il pieno rispetto del diritto comunitario» (risposta data dal signor Bangemann a nome della Commissione il 22 dicembre 1997 all'interrogazione scritta P-3901/97 del 27 novembre 1997 di C. Secchi avente per oggetto «Divieto in Italia di pubblicità per i farmaci lassativi», in *Guce* n. C 174 dell'8 giugno 1998, p. 154). Sull'argomento si veda anche Camera dei deputati, seduta n. 307 del 9 febbraio 1998, interrogazione Volonté n. 3-1710, Mutamento di classificazione dei farmaci lassativi, p. 23 ss.

³⁴ United Nations, *Single Convention on Narcotic Drugs as Amended by the 1972 Protocol amending Single Convention on Narcotic Drugs, 1961* (http://www.unodc.org/pdf/convention_1961_en.pdf). L'obbligo della prescrizione medica è anche riportato nell'art. 9 della United Nations, *Convention on Psychotropic Substances, 1971* (http://www.unodc.org/pdf/convention_1971_en.pdf).

nella risoluzione in materia adottata nell'ambito del Consiglio d'Europa³⁵. Al contrario, il divieto di indirizzare al consumatore messaggi pubblicitari riguardanti i farmaci a carico dei sistemi sanitari nazionali non appare dettato da motivi legati alla tutela della salute. Non risulta infatti plausibile che la disposizione intenda prevenire effetti derivanti dall'uso inappropriato dei farmaci in quanto la mediazione della prescrizione di un medico, indispensabile per ottenere il rimborso, dovrebbe rappresentare una garanzia di corrette pratiche terapeutiche in grado di evitare l'insorgere di malattie iatrogene dipendenti da consumi eccessivi. La possibile origine della disposizione dovrebbe pertanto derivare dal timore che la propaganda o l'informazione possano indurre un aumento del consumo dei medicinali o indirizzare la scelta verso i farmaci più costosi producendo, di conseguenza, un onere eccessivo a carico delle finanze pubbliche. La correttezza di questa lettura pare d'altra parte confortata da un intervento dell'allora commissario all'industria Liikanen il quale nel 2001 dichiarava: «I am against direct marketing as massive advertising could place a lot of pressure on the health costs that are covered by public authorities»³⁶.

I cambiamenti che la direttiva n. 2004/27/Ce ha introdotto nell'art. 88 della direttiva n. 2001/83/Ce non hanno modificato nella sostanza il significato della precedente disposizione, nonostante la rimozione del divieto di fare riferimento nel messaggio promozionale alle malattie precedentemente elencate. L'eliminazione di tale divieto dovrebbe essere ininfluenza, in quanto la proibizione di pubblicizzare i rimedi contro le patologie in precedenza indicate risulta ancora in vigore dal momento che, come riferito in precedenza, i farmaci per la loro cura sono dispensabili solo dietro presentazione di ricetta medica.

Un maggior contenuto innovativo, apportato al settore dell'informazione sul farmaco dalle modifiche operate dalla direttiva n. 2004/27/Ce, è rappresentato dal cambiamento di prospettiva introdotto dall'intestazione del Titolo VIII *bis*. Infatti, il termine «Pubblicità», che denominava il Titolo VIII della direttiva n. 2001/83/Ce, viene accostato all'informazione nel Titolo VIII *bis* (Informazione e pubblicità) della modifica. Coerentemente con questa variazione, la disposizione contenuta nell'art. 88 *bis* inserito dalla direttiva n. 2004/27/Ce prevede la possibilità che la Commissione possa avanzare nuove proposte atte a «garantire una informazione di qualità, obiettiva, affidabile e di carattere non promozionale sui medicinali». Nella formulazione di questo articolo, la presentazione del progetto appare subordinata all'analisi da effet-

³⁵ Council of Europe, European Directorate for the Quality of Medicines & HealthCare, Resolution ResAP(2007)1 on the Classification of Medicines as regards their Supply, 2008 Edition.

³⁶ Riportato in R. WATSON, *EC moves towards direct to consumer advertising*, in *British Medical Journal*, vol. 323, 2001, p. 184.

tuarsi entro tre anni dall'entrata in vigore della direttiva n. 2004/726/Ce³⁷ (*sic!*) sulla base dei risultati ottenuti dalla consultazione delle associazioni dei pazienti, dei consumatori e degli operatori interessati, degli Stati membri e di ogni altro soggetto coinvolto nelle problematiche sul farmaco. La formulazione dell'art. 88 *bis* potrebbe rappresentare, pertanto, una risposta all'aspirazione dei pazienti di avere accesso ad un'esaustiva conoscenza dell'attività e delle controindicazioni dei medicinali al fine di permettere un consapevole utilizzo dei mezzi terapeutici. In effetti, il principio della libertà di cura rientra tra i diritti del cittadino europeo come indicato nel *considerando C* della risoluzione del Parlamento europeo sullo statuto delle medicine non convenzionali in cui si garantisce al paziente un elevato livello di sicurezza e la più corretta informazione al fine di metterlo in grado di effettuare una scelta consapevole³⁸. Questo obiettivo permette quindi di inserire la disposizione all'interno del quadro normativo rivolto alla salvaguardia della salute pubblica e della tutela dei consumatori. La volontà di proteggere gli utenti è stata più volte ribadita dalla Commissione, che ha recentemente adottato un piano di lavoro in ambito sanitario i cui obiettivi abbracciano anche la diffusione di informazioni e di conoscenze in materia³⁹, coerentemente con il programma d'azione comunitaria⁴⁰.

3. La pubblicità diretta sui farmaci

Uno dei più recenti accenni alle possibili conseguenze che potrebbero derivare dall'applicazione dell'art. 88 *bis* precedentemente citato è stato esposto in un editoriale della rivista scientifica *Lancet*⁴¹. Il contributo attribuiva alla Commissione europea l'intenzione di eliminare il divieto di pubblicizzare direttamente presso i consumatori i medicinali la cui dispensazione risultava subordinata alla presentazione di una ricetta medica, introducendo la pubblici-

³⁷ L'art. 88 *bis* si riferisce erroneamente all'inesistente direttiva n. 2004/726/Ce invece che al regolamento (Ce) n. 726/2004 del Parlamento europeo e del Consiglio del 31 marzo 2004 che istituisce procedure comunitarie per l'autorizzazione e la sorveglianza dei medicinali per uso umano e veterinario, e che istituisce l'Agenzia europea per i medicinali, in *Gu-Ue* n. L 136 del 30 aprile 2004, p. 1 ss. L'erroneo termine di direttiva è utilizzato anche nelle altre versioni linguistiche.

³⁸ Parlamento europeo, Risoluzione sullo statuto delle medicine non convenzionali, A4-0075/97, in *Guce* n. C 182 del 16 giugno 1997, p. 67.

³⁹ Decisione della Commissione n. 2009/158/Ce, del 23 febbraio 2009, che adotta il piano di lavoro per il 2009 per l'attuazione del secondo programma d'azione comunitaria in materia di salute (2008-2013), e stabilisce i criteri di selezione, di attribuzione e altri criteri per i contributi finanziari alle azioni di tale programma, in *Gu-Ue* n. L 53 del 26 febbraio 2009, p. 41 ss.

⁴⁰ Decisione n. 1350/2007/Ce del Parlamento europeo e del Consiglio, del 23 ottobre 2007, che istituisce un secondo programma d'azione comunitaria in materia di salute (2008-2013), in *Gu-Ue* n. L 301 del 20 novembre 2007, p. 3 ss.

⁴¹ EDITORIAL, *The direct-to-consumer advertising genie*, in *Lancet*, vol. 369, 2007, p. 1.

tà diretta (*Direct to Consumer Advertising*, DTCA) per i farmaci etici in analogia con la normativa statunitense. In una replica del portavoce del vicepresidente della Commissione comparsa sulla stessa rivista, tale proposito era stato smentito in modo categorico⁴², ribadendo come la Commissione volesse solo garantire ai consumatori l'accesso alle informazioni sui farmaci senza modificare le norme riguardanti la pubblicità.

Nonostante questa netta smentita, appare oscuro comprendere la differenza esistente tra «pubblicità» e «informazione» dal momento che la definizione comunitaria di pubblicità di un medicinale, come si vedrà in seguito, sembra includere anche il concetto di informazione. Tuttavia, prima di valutare se i timori paventati siano infondati o si basino su elementi concreti, risulta necessario accennare al significato di DTCA e alle esperienze degli Stati in cui tali prassi è ammessa.

3.a *La normativa statunitense*

Negli Stati Uniti, la prima legge federale sui farmaci (*Pure Food and Drugs Act* del 1906) non prevedeva nessuna norma riguardante la pubblicità. L'avventura della pubblicità sui farmaci può quindi essere fatta risalire al 1933, quando fu presentato il *Senate Bill 1944* in cui era presente una sezione relativa alla pubblicità, anche se limitata alla tipologia che oggi potremmo definire «ingannevole» [*Section 9(c)*]. Il progetto si limitava a considerare «false» ogni notizia promozionale attinente ad un medicinale, nel caso in cui le attività terapeutiche vantate non garantissero una reale efficacia nella cura di alcune patologie, per la precisione trentasei, elencate nella disposizione. La formulazione specificava come lo scopo della normativa consistesse nella tutela della salute pubblica in quanto le disposizioni rappresentavano uno strumento concepito per impedire ai pazienti di ricorrere all'automedicazione per risolvere le situazioni patologiche in cui tale pratica poteva dimostrarsi dannosa. Le false asserzioni di efficacia venivano escluse dal provvedimento solo nel caso in cui gli annunci fossero indirizzati agli operatori sanitari attraverso la pubblicazione su riviste scientifiche o mediante qualsiasi altro mezzo loro riservato. L'industria farmaceutica si oppose in maniera decisa all'approvazione del progetto adducendo la motivazione che la disposizione avrebbe compromesso il diritto di ogni individuo di decidere i rimedi a cui affidarsi per curare le malattie da cui era afflitto⁴³. Nella loro azione di contrasto, le case produttrici trovarono un valido alleato nella *Periodical Publishers Associa-*

⁴² T. VAN LIEROP, *Direct-to-consumer drug advertisement in Europe*, in *Lancet*, vol. 369, 2007, p. 1790.

⁴³ C. O. JACKSON, *Food and Drug Legislation in the New Deal*, Princeton, Princeton University Press, 1970, p. 37.

tion che contestava la proposta in quanto prevedeva la responsabilità penale dei direttori dei giornali nel caso fossero state pubblicate false asserzioni sulla validità terapeutica di un medicamento. Queste resistenze spiegano il motivo per cui furono necessari cinque anni e significativi emendamenti per l'approvazione di una disposizione che alla fine attribuì alla *Federal Trade Commission* (FTC) le competenze in campo pubblicitario anche sui medicinali⁴⁴. Si può tuttavia ipotizzare che le case produttrici si fossero dimostrate più propense ad accettare la giurisdizione della FTC in quanto la normativa, a differenza del *Food and Drug Administration Act* (FDA Act), non aveva rilevanza penale.

Il FDA Act non conteneva alcuna differenziazione tra farmaci soggetti o non soggetti alla presentazione di ricetta medica, in quanto all'epoca la richiesta di un sanitario risultava obbligatoria negli Stati Uniti esclusivamente per la dispensazione di principi attivi ad azione narcotica. Solo nel 1951, l'emendamento Durham-Humphrey (§ 503; 21 USC § 353) al *Federal Food, Drug and Cosmetic Act* (FDC Act) introdusse l'obbligo di prescrizione anche per quei medicinali il cui impiego doveva avvenire sotto controllo medico, allo scopo di salvaguardare il pubblico da eventuali pericoli derivanti dall'assunzione di rimedi terapeutici particolarmente attivi⁴⁵. La nuova disposizione introduceva quindi la classificazione dei medicinali in farmaci da dispensare su presentazione di ricetta medica (etici) ed in farmaci che potevano essere consegnati anche in seguito alla semplice richiesta verbale del consumatore (OTC). Le nuove modalità di classificazione ebbero riflessi anche in campo pubblicitario in quanto nel 1962 il controllo sui messaggi promozionali riguardanti i farmaci etici fu trasferito alla *Food and Drug Administration* (FDA), mentre la FTC mantenne la competenza in materia solo per le azioni relative ai medicinali di automedicazione. Sebbene il FDC Act non definisca in modo specifico la pubblicità, la FDA ha attribuito ed attribuisce ancora il significato di «promozionale» ad ogni azione sponsorizzata da un'industria che, pur possedendo contenuti informativi, tende a promuovere commercialmente un prodotto farmaceutico.

Nonostante l'introduzione della possibilità di reclamizzare presso i consumatori i farmaci etici, solo nel 1981 un'industria farmaceutica fece domanda di poter propagandare un medicinale di questa categoria presso i consumatori. Tale richiesta fu subito seguita da un'analoga domanda di una seconda casa produttrice. L'improvviso interesse delle aziende a reclamizzare i farmaci etici colse alla sprovvista la FDA la quale, trovandosi impreparata a fron-

⁴⁴ M. SMITH, *General Environment*, in M. C. SMITH - E. M. KOLASSA - G. PERKINS e B. SIECKE (eds.), *Pharmaceutical marketing: principles, environment, and practice*, Kirkwood, Haworth Press, 2002, pp. 56-57.

⁴⁵ M. SMITH, *General Environment*, loc. cit., nota 44, p. 57-58.

teggiate le richieste, chiese alle industrie farmaceutiche di non presentare ulteriori domande in modo da permettere all'agenzia federale di analizzare la problematica. Durante questo periodo di moratoria volontaria, sia la FDA che le industrie condussero numerosi studi allo scopo di valutare gli effetti derivanti dall'introduzione della DTCA. Dai risultati di queste analisi emerse che i consumatori avvertivano positivamente la possibilità di accedere a maggiori informazioni sui farmaci e sul loro utilizzo, sebbene i cittadini esprimessero nello stesso tempo forti perplessità sulle pratiche promozionali in materia specialmente nel caso in cui fosse stata autorizzata la diffusione dei messaggi promozionali attraverso il mezzo televisivo⁴⁶. I risultati di questo studio dimostrarono inoltre come i consumatori potessero essere influenzati dalla tipologia del messaggio. Questa conclusione rafforzava una precedente analisi in cui veniva evidenziato come nel pubblico rimanesse impresso il ricordo degli effetti benefici associati ad un medicinale, mentre venivano cancellate dalla memoria le notizie relative alle eventuali reazioni avverse⁴⁷.

Tre anni più tardi (settembre 1985), la FDA rese note le indicazioni sulle modalità tramite le quali le aziende potevano pubblicizzare direttamente i farmaci presso i consumatori⁴⁸. Tale decisione costituisce tuttora la base su cui poggia la normativa relativa alla DTCA, nonostante il trascorrere del tempo abbia legittimato l'impiego del mezzo televisivo inizialmente escluso come strumento di diffusione dei messaggi promozionali sui medicinali.

In breve, le odierne regole della FDA prescrivono che i messaggi promozionali sui farmaci non devono essere falsi o ingannevoli. Inoltre, il loro contenuto deve prevedere un *fair balance* tra i rischi e i benefici associati alla somministrazione del medicamento, facendo riferimento anche agli eventuali effetti collaterali. Le informazioni sugli organi di stampa devono esplicitamente riportare le controindicazioni e le avvertenze presenti in etichetta, mentre durante la diffusione dei messaggi promozionali tramite il mezzo televisivo possono essere divulgati solo gli effetti collaterali più importanti sempre che nel messaggio siano chiaramente riportate altre fonti da cui possano essere desunte indicazioni più approfondite sui rischi associati all'assunzione del farmaco. La distinzione tra le due tipologie di comunicazione riflette il pragmatico riconoscimento del limitato spazio temporale utilizzabile per la diffusione di un messaggio promozionale mediante il mezzo televisivo⁴⁹.

⁴⁶ L. A. MORRIS - D. BRINBERG - R. KLIMBERG - C. RIVERA e L. G. MILLSTEIN, *The attitudes of consumers toward direct advertising of prescription drugs*, in *Public Health Reports*, vol. 101, 1986, p. 82 ss.

⁴⁷ L. A. MORRIS - L. G. MILLSTEIN, *Drug advertising to consumers: effects of formats for magazine and television advertisements*, in *Food Drug Cosmetic Law Journal*, vol. 39, 1984, p. 497 ss.

⁴⁸ 56 Fed. Reg. 36,577 (September 9, 1985).

⁴⁹ W. E. BODEN - G. A. DIAMOND, *DTCA for PTCA - Crossing the Line in Consumer Health Education?*, in *New England Journal of Medicine*, vol. 358, 2008, p. 2197 ss.

Tuttavia, nonostante la DCTA sia sottoposta ad una severa normativa, è stato messo in evidenza come i messaggi pubblicitari costituiscano una miscela strategica di numerosi componenti persuasivi non esattamente classificabili tra gli strumenti informativi⁵⁰.

3.b *I pareri discordanti su vantaggi e svantaggi dell'informazione diretta al paziente*

In questo momento, Nuova Zelanda e Stati Uniti sono gli unici due Stati aderenti all'Organizzazione per la Cooperazione e lo Sviluppo Economico (OCSE) in cui è permesso indirizzare direttamente ai consumatori la pubblicità sui farmaci soggetti a prescrizione medica⁵¹. Tale situazione non rappresenta una sorpresa dal momento che anche l'OMS si è dimostrata favorevole, in una risoluzione, a permettere presso i consumatori esclusivamente la pubblicità dei medicinali di automedicazione⁵².

Tuttavia, non si deve ritenere che il divieto presente nella maggior parte degli Stati abbia impedito l'applicazione di tecniche persuasive in grado di promuovere la prescrizione dei farmaci. Ad esempio in Australia, aggirando le disposizioni vigenti, sono stati diffusi annunci pubblicitari che, pur non menzionando il nome commerciale del prodotto, riuscivano ugualmente ad attirare l'attenzione del consumatore sul medicinale⁵³. In Gran Bretagna un'inchiesta parlamentare ha evidenziato come le industrie utilizzino vie alternative per promuovere i loro prodotti, ricorrendo, ad esempio, a generose donazioni ad associazioni di malati, le quali, pur esulando da intenti lucrativi, potrebbero quindi diventare gli «unwitting foot soldiers» degli interessi delle case farmaceutiche⁵⁴. Un documento governativo spagnolo riporta come la ri-

⁵⁰ M. S. SHAH - E. R. HOLMES e S. P. DESSELLE, *The Use of Persuasion in Print DTC Advertisements of Prescription Drugs: A Content Analysis of Leading Consumer Magazines from 1995-2000*, in *Journal of Pharmaceutical Marketing & Management*, vol. 15, 2003, p. 23 ss.

⁵¹ G. VELO - U. MORETTI, *Direct-to-consumer information in Europe: the blurred margin between promotion and information*, in *British Journal of Clinical Pharmacology*, vol. 66, 2008, p. 626; A. VITRY, *Is Australia free from direct-to-consumer advertising?*, in *Australian Prescriber*, vol. 27, 2004, p. 4.

⁵² Ethical Criteria for Medicinal Drug Promotion, *cit. supra*, nota 27, par. 14. Riferendosi a questi criteri, un documento del governo della Nuova Zelanda giustifica la pratica della DTCA ricordando che «the WHO ethical criteria are not legally binding; they are standards that can be used to develop regulation. It is important to note that in New Zealand, a full prohibition on DTCA may constitute a limitation on the right to freedom of expression as outlined in section 14 of the New Zealand Bill of Rights Act» (Ministry of Health, *Direct-to-Consumer Advertising of Prescription Medicines in New Zealand: Consultation document*, Wellington, 2006, p. 6, <http://www.moh.govt.nz>).

⁵³ D. V. HALL - S. C. JONES, *Australian consumer responses to DTCA and other pharmaceutical company sponsored advertisements*, in *Australian and New Zealand Journal of Public Health*, vol. 32, 2008, p. 471.

⁵⁴ House of Commons, Health Committee, *The Influence of the Pharmaceutical Industry*, Fourth Report of Session 2004-2005, vol. II, London, The Stationary Office, 2005, p. 388.

gorosa normativa in campo pubblicitario diffonda sempre di più in Europa la prassi di utilizzare tecniche di *marketing* consistenti in campagne atte a sensibilizzare l'opinione pubblica verso «nuove» malattie appositamente create⁵⁵. Infine, due interrogazioni di un parlamentare europeo hanno informato la Commissione che la stampa olandese aveva riportato numerosi casi di violazione della normativa in materia di pubblicità sui medicinali da parte dell'industria farmaceutica nazionale⁵⁶.

Nei due Stati in cui la DCTA è giuridicamente ammessa, sembra essere in atto un movimento di opinione che intende spingere le autorità a rivedere tale orientamento dal momento che è stato riportato come la Nuova Zelanda stia considerando la possibilità di imporre un divieto a detta prassi e che gli Stati Uniti vogliano stabilire regole più rigide in materia⁵⁷. Ad esempio, Edward Kennedy e Michael Enzi avevano presentato una proposta di legge (*Enhancing Drug and Innovation Act*) allo scopo di proibire, tra l'altro, la DTCA durante i due anni successivi all'immissione in commercio di un medicinale⁵⁸. Questa proposta, che non risulta ad oggi ancora approvata, non rappresenta un'eccezione in quanto numerosi parlamentari statunitensi hanno presentato progetti atti a frenare lo sviluppo della DTCA introducendo, ad esempio, una limitazione della deducibilità fiscale delle spese sostenute dalle industrie per promuovere il farmaco. Sulla possibilità che gli Stati Uniti abbandonino la pratica della DCTA, si deve ricordare come uno studio sulla sicurezza dei farmaci condotto dallo *Institute of Medicine of the National Academy of Sciences* ha proposto l'introduzione di una disposizione che autorizza il *Secretary of Health and Human Services* ad imporre una moratoria sulla DTCA di alcuni nuovi farmaci. Per questo motivo, alcuni commentatori non escludono la possibilità che in futuro il Congresso possa approvare una norma che imponga una sorta di sospensione alla promozione diretta presso i consumatori dei farmaci etici, sebbene siano stati avanzati dubbi sulla costituzionalità di

⁵⁵ Ministerio de Igualdad, Secretaría General de Políticas de Igualdad, Instituto de la Mujer, *Análisis de Género de la Publicidad y Comunicación de Fármacos para la Menopausia y la Disfunción Eréctil, Año 2005 - Año 2007*, p. 19. Nel documento tali campagne promozionali vengono definite «campañas insidiosas cuyo fin, bajo la apariencia del beneficio de incrementar la salud, es aumentar su "target" y con ello el volumen de ventas».

⁵⁶ Interrogazione scritta E-1258/00 del 19 aprile 2000 di E. Meijer alla Commissione avente per oggetto «Tentativo da parte dell'industria farmaceutica di influenzare i pazienti con una pubblicità illecita di medicinali ottenibili dietro presentazione di ricetta medica», in *Guce* n. C 53 E del 20 febbraio 2001, p. 113-114. Si veda anche l'interrogazione scritta E-2427/02 presentata il 26 agosto 2002 dallo stesso parlamentare alla Commissione avente per oggetto «Promozione di medicinali contro l'onicomicosi mediante pubblicità che induce i medici di famiglia a prescriberlo inutilmente», in *Gu-Ue* n. C 28 E del 6 febbraio 2003, p. 237-238.

⁵⁷ P. GUTHRIE, *US Congress to Consider Limits to DTCA*, in *Canadian Medical Association Journal*, vol. 176, 2007, p. 1404; A. PRIEST, *CanWest set to challenge ban on DTCA*, *ivi*, p. 19.

⁵⁸ M. SHUCHMAN, *Drug risks and free speech – can Congress ban consumer drug ads?*, in *New England Journal of Medicine*, vol. 356, 2007, p. 2236 ss.; B. BURTON, *Ban direct to consumer advertising, report recommends*, in *British Medical Journal*, vol. 326, 2003, p. 467.

questo eventuale provvedimento in quanto potenzialmente contrastante con i diritti garantiti dal Primo Emendamento⁵⁹.

Sotto il profilo dell'utilità pratica, i pareri sull'informazione diretta dei consumatori circa gli effetti dei farmaci etici sono molto discordanti. In generale, secondo la letteratura, gli aspetti positivi della DTCA consisterebbero nella possibilità di diffondere notizie corrette sui nuovi strumenti terapeutici, di sensibilizzare la popolazione sulla necessità di non trascurare la propria salute, nella maggior autonomia dei pazienti nella scelta dei trattamenti medici e nella diminuzione del costo dei farmaci indotto dalla maggior concorrenza tra le aziende⁶⁰. Accanto a questi benefici, gli stessi autori riconoscono l'esistenza di alcuni svantaggi che si possono identificare con prescrizioni non appropriate a causa di un'informazione incompleta e non indipendente, con un aumento dei costi come conseguenza delle maggiori spese pubblicitarie e con l'incremento del tempo necessario per eseguire gli accertamenti sanitari in seguito ad una maggior interazione dialettica del paziente con il medico. In altre indagini viene messa in risalto l'importanza assunta dalla diffusione delle informazioni sulle terapie farmacologiche presso i consumatori, ma viene nello stesso tempo posta in discussione l'effettiva utilità dal punto di vista qualitativo delle indicazioni fornite attraverso la DTCA⁶¹. Questa considerazione è presente anche in una recente indagine brasiliana nelle cui conclusioni è stato proposto il divieto della pubblicità sui farmaci a causa della scarsa qualità dei messaggi rivolti agli operatori sanitari e delle indicazioni ingannevoli presenti nelle informazioni indirizzate ai consumatori⁶². Accanto a questo tipo di critiche, si può avanzare l'ipotesi che la diffusione della pratica pubblicitaria possa suscitare nei pazienti anche un'alta aspettativa di ricevere una prescrizione di medicinali ad ogni visita medica in quanto la DTCA potrebbe creare l'illusione dell'esistenza di «a pill for every ill», cioè di un medicinale in grado di curare anche i disturbi che sembrano impedire al consumatore di raggiungere un completo stato di felicità⁶³.

⁵⁹ M. I. SCHWARTZ, *To ban or not to ban – that is the question: the constitutionality of a moratorium on consumer drug advertising*, in *Food and Drug Law Journal*, vol. 63, 2008, p. 1 ss.

⁶⁰ B. PARNES - P. C. SMITH - C. GILROY - J. QUINTELA - C. B. EMSERMANN - L. M. DICKINSON e J. M. WESTFALL, *Lack of Impact of Direct-to-Consumer Advertising on the Physician-Patient Encounter in Primary Care: A SNOCAP Report*, in *Annals of Family Medicine*, vol. 7, 2009, p. 41-42.

⁶¹ J. HOEK, *Ethical and practical implications of pharmaceutical direct-to-consumer advertising*, in *International Journal of Nonprofit and Voluntary Sector Marketing*, vol. 13, 2007, p. 73.

⁶² J. C. R. D. SOARES, *Quando o anúncio é bom, todo mundo compra: o Projeto MonitorAÇÃO e a propaganda de medicamentos no Brasil*, in *Ciencia & Suade Coletiva*, vol. 13, 2008, p. 641.

⁶³ Si veda A. HUFFINGTON, *A pill for every ill*, in *The Huffington Post*, 4th July 2005, in cui si ricorda come «it doesn't help to have the giant drug companies spending more than \$3 billion a year on advertising designed to convince us that happiness is just a popped pill away» oppure B. BARROW, *Britons believe in a pill for every ill*, in *Telegraph*, 4th April 2005, in cui si afferma che «drug companies (...) invent illnesses, such as mild depression or low female sex drive, to sell "miracle cures"». Sullo stesso argomento si può anche ricordare G. HINSLIFF, *Drugs firms «creating*

Si può notare quindi in tutta la sua evidenza come il punto focale della discussione non sia rappresentato dall'eventuale legittimità di un messaggio, anche se di natura promozionale, riguardante le terapie farmacologiche. Assume un aspetto di maggior importanza, anche dal punto di vista etico, garantire al paziente la possibilità di accedere ad informazioni comprensibili per la loro semplicità, ma nello stesso tempo complete e scientificamente corrette. Questo compito, non semplice dal punto di vista dell'educazione sanitaria, risulta ancora più complesso nel momento in cui si voglia formulare una norma sufficientemente chiara in grado di costituire una guida comportamentale per l'industria e un testo di riferimento per gli organi di controllo.

4. Le proposte della Commissione: pubblicità o informazione?

L'opportunità che in ambito comunitario fosse abolito il divieto di informare il pubblico sulle proprietà di un farmaco era già stata avanzata dalla dottrina in tempi precedenti all'introduzione della direttiva n. 2001/83/Ce⁶⁴. Infatti, in un momento storico in cui i mezzi informatici consentono un accesso libero ed incontrollato ad informazioni su ogni argomento appare logico interrogarsi se non sia più conveniente fornire al consumatore dati qualitativamente validi sulle malattie e sui mezzi terapeutici per la loro cura senza indurlo a reperire in rete notizie da fonti a volte di dubbia attendibilità. Lo sviluppo e la diffusione di internet hanno, in effetti, aperto una breccia nei vincoli che i governi hanno introdotto per arginare la possibilità dell'industria farmaceutica di propagandare i propri medicinali presso la popolazione. Risulta estremamente difficile controllare i messaggi «anonimi» presenti nei numerosi *blog* e *forum* di cui è ricca la rete o regolamentare l'accesso dei consumatori ad informazioni provenienti da paesi dove la pubblicità sui farmaci è disciplinata da norme meno severe rispetto a quelle stabilite dagli Stati membri.

Queste considerazioni possono costituire uno dei motivi che hanno indotto la Commissione a valutare delle iniziative in grado di aumentare il livello di conoscenze sul farmaco da parte del consumatore. Tali azioni si sono re-

ills for every pill», in *The Observer*, 3rd April 2005, il cui sottotitolo asserisce che «[e]xpensive new medicines are oversold when cheaper therapies or prevention would work better». Numerosi articoli scientifici sono stati altresì presentati con questo titolo o contengono nel titolo questa espressione. Si vedano, ad esempio: J. COLLIER, *Finding a pill for every ill*, in *Nature*, vol. 350, 1991, pp. 201-202; C. L. K. LAM - M. G. CATARIVAS e I. J. LAUDER, *A pill for every ill?*, in *Family Practice*, vol. 12, 1995, p. 171 ss.; L. BUSKE, *A pill for every ill?*, in *Canadian Medical Association Journal*, vol. 159, 1998, p. 304; L. SWAN, *A pill for every ill*, in *Circulation*, vol. 105, 2002, p. 82; D. J. TRIGGLE, *Treating desires not diseases: a pill for every ill and an ill for every pill?*, in *Drug Discovery Today*, vol. 12, 2007, p. 161 ss.

⁶⁴ W. L. PINES, *A History and Perspective on Direct-to-Consumer Promotion*, in *Food and Drug Law Journal*, vol. 54, 1999, p. 17.

centemente concretizzate in due proposte, una di regolamento⁶⁵ ed una di direttiva⁶⁶, attraverso le quali dovrebbero essere stabilite le modalità che consentono ai titolari dell'autorizzazione all'immissione in commercio, generalmente le industrie produttrici, di divulgare al pubblico indicazioni sui medicinali soggetti a prescrizione medica senza che le informazioni siano considerate di natura pubblicitaria.

4.a *La difficile distinzione tra pubblicità ed informazione*

Prima di considerare l'*iter* della presentazione di tali proposte ed analizzarne il contenuto, occorre approfondire brevemente il significato delle nozioni comunitarie di «pubblicità» e di «informazione» nell'ambito del farmaco. Questo proposito risulta abbastanza agevole in quanto è possibile fare riferimento alle conclusioni di Colomer in un caso recentemente sottoposto all'attenzione della Corte di giustizia⁶⁷.

Secondo l'Avvocato Generale, in base alla normativa comunitaria in materia, i due termini sono chiaramente distinti, in quanto, anche se la direttiva n. 2001/83/Ce non fornisce una loro precisa definizione, il testo dell'articolo sottolinea l'evenienza che l'informazione sui farmaci possa non rivestire il carattere di messaggio pubblicitario⁶⁸. Infatti, l'art. 86, par. 1, della direttiva consente, a parere dell'Avvocato Generale, di dedurre che la divulgazione del dato informativo possa non rappresentare un mezzo propagandistico qualora al suo interno non siano contenuti intenti di natura promozionale⁶⁹. Queste conclusioni concordano nel significato con una risposta data a nome della Commissione ad un'interrogazione parlamentare mediante la quale si richiedevano delucidazioni «[sul]l'intenzione di modificare la legislazione comunitaria onde autorizzare la pubblicità diretta, presso i consumatori, di taluni farmaci, venduti soltanto dietro presentazione di ricetta medica»⁷⁰. Nella re-

⁶⁵ Commissione delle Comunità europee, Proposta di regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio che modifica, per quanto riguarda la comunicazione al pubblico di informazioni sui medicinali per uso umano soggetti a prescrizione medica, il regolamento (Ce) n. 726/2004 che istituisce procedure comunitarie per l'autorizzazione e la sorveglianza dei medicinali per uso umano e veterinario, e che istituisce l'agenzia europea per i medicinali, Com(2008)662 def., Bruxelles, 10 dicembre 2008.

⁶⁶ Commissione delle Comunità europee, Proposta di direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio che modifica, per quanto riguarda la comunicazione al pubblico di informazioni sui medicinali per uso umano soggetti a prescrizione medica, la direttiva 2001/83/Ce recante un codice comunitario relativo ai medicinali per uso umano, Com(2008)663 def., Bruxelles, 10 dicembre 2008.

⁶⁷ Conclusioni dell'Avvocato Generale Ruiz-Jarabo Colomer del 18 novembre 2008 in causa n. C-421/07, Procedimento penale a carico di *Frede Damgaard*, cit. *supra*, nota 23.

⁶⁸ *Ivi*, par. 31.

⁶⁹ *Ivi*, par. 38.

⁷⁰ Interrogazione scritta E-2386/02 del 2 agosto 2002 di B. Hortefeux alla Commissione avente per oggetto «Rischi connessi con la promozione diretta di taluni farmaci», in *Gu-Ue* n. C 192 E del

plica veniva messo in evidenza che «[l]e modifiche all'art. 88 della direttiva 2001/83/Ce proposte dalla Commissione si riferiscono alle informazioni e non alla pubblicità», ricordando che «le informazioni servono l'interesse dei pazienti, mentre la pubblicità promuove la commercializzazione del prodotto e serve l'interesse dell'industria»⁷¹.

La trasparenza concettuale di queste argomentazioni si scontra con l'attuale invadenza della comunicazione, i cui annunci non consentono a volte di riconoscere chiaramente il confine tra contenuto pubblicitario e servizio divulgativo, dal momento che le due tipologie di messaggio convivono e si intersecano nello stesso spazio temporale utilizzando i medesimi canali. Questa considerazione permette di comprendere come sia in realtà «difficoltoso il compito [del] giudice comunitario [di] tracciare un confine netto tra la pubblicità e la semplice informazione sui medicinali per uso umano, alla luce della direttiva 2001/83 [poiché] vi è una tale interdipendenza tra le due nozioni che non risulta possibile separarle (...) ricorrendo ad un unico criterio»⁷². Le perplessità dell'Avvocato Generale su un tale raffinato «distinguo» sembrano essere state condivise anche dalla giurisprudenza italiana, la quale aveva già in precedenza sancito che tale «distinzione, agevole in astratto, può in concreto presentare difficoltà nei casi limite»⁷³, non potendo affidare la discriminazione al luogo comune che considera il messaggio pubblicitario proteso non solo ad informare, ma anche a persuadere. La stessa opinione è stata recentemente espressa dalla Corte di giustizia che ha ricordato come l'art. 86 della direttiva n. 2001/83/Ce presuppone che «la divulgazione da parte di un terzo di informazioni relative ad un medicinale (...) può essere considerata come pubblicità ai sensi di detto articolo, anche quando tale terzo agisce di propria iniziativa e in piena autonomia, giuridica e di fatto, rispetto al produttore o al venditore di un tale medicinale», rinviando al giudice nazionale il compito di stabilire nel caso specifico se la divulgazione delle notizie appartenesse al campo dell'informazione o rientrasse in un ambito di promozione delle vendite⁷⁴.

14 agosto 2003, p. 60.

⁷¹ Risposta data dal signor Liikanen a nome della Commissione il 5 agosto 2002 all'interrogazione scritta E-2386/02, *cit. supra*, nota 70, p. 61.

⁷² Conclusioni dell'Avvocato Generale Ruiz-Jarabo Colomer del 18 novembre 2008 in causa n. C-421/07, Procedimento penale a carico di *Frede Damgaard*, *cit. supra*, nota 23, par. 35.

⁷³ Corte Cass. civ., sez. I, sentenza n. 477 del 20 gennaio 1998, *Garante per l'editoria e la radiodiffusione c. Reti Televisive Italiane R.T.I. s.p.a.*, in *Danno e responsabilità*, vol. 3, 1998, p. 154 con commento di V. CARBONE, I «programmi televisivi incriminati»: interviste ai passanti sulle simpatie elettorali, durante il divieto di propaganda e di sondaggi, p. 155 ss.

⁷⁴ Sentenza della Corte di giustizia del 2 aprile 2009 in causa n. C-421/07, Procedimento penale a carico di *Frede Damgaard*, non ancora pubblicata in *Raccolta*, par. 29. Su tale pronuncia si vedano le osservazioni di S. STÆRK EKSTRAND - J. HAAGAARD, *Who can speak freely? Can independent parties be held liable for their statements, and to what extent can a company make use of third party testimonials?*, in *European Food and Feed Law Review*, 2009, p. 192 ss. e di L. GONZÁLEZ VAQUÉ, *La sentencia «Frede Damgaard» de 2 de abril de 2009: ¿más confusión sobre los conceptos de información y publicidad relativa a los medicamentos (complementos alimentici-*

Distinguere l'informazione dalla pubblicità risulta un compito complicato anche per il fatto che, agli aspetti di natura prettamente mercantile del produttore, si affianca il narcisismo dell'essere umano che vuole convincere della bontà delle proprie opinioni un pubblico vasto che, d'altra parte, pensa di placare la sete di conoscenza accontentandosi degli aspetti superficiali di un sapere satinato senza impegnarsi in approfondimenti culturali. Gli scopi del produttore convergono quindi con l'ambizione del consumatore di saper compiere scelte consapevoli senza rendersi conto che le sue preferenze potrebbero essere indirizzate dai consigli che il venditore elargisce per influenzare i suoi acquisti. Analizzando la questione sotto questo punto di vista, non si può rigettare, considerandola priva di ogni fondamento logico, l'osservazione secondo la quale «[t]he industry has never been philanthropic. It has always produced products with an aim to getting a return on investment»⁷⁵.

Queste osservazioni possono essere dedotte considerando nuovamente l'elenco delle azioni d'informazione commerciale specificate nell'art. 86, par. 1, della direttiva n. 2001/83/Ce. La disposizione comprende anche «la visita di informatori scientifici presso persone autorizzate a prescrivere o a fornire medicinali». Questa attività viene classificata come promozionale nonostante tali informatori, come specificato nel successivo art. 90, par. 1, debbano «ricevere una formazione adeguata da parte delle imprese da cui dipendono ed essere in possesso di sufficienti conoscenze scientifiche per fornire informazioni precise e quanto più complete possibile sui medicinali presentati». Essi quindi potrebbero svolgere funzioni di aggiornamento professionale illustrando ai medici l'utilizzo razionale di nuove classi di farmaci. L'inserimento delle loro mansioni tra le attività promozionali sembra al contrario ritenere probabile che l'informazione fornita dall'industria tramite i suoi addetti, per quanto obiettiva, possa assumere risvolti propagandistici. Infatti, la presentazione del medicinale potrebbe non essere esclusivamente guidata dal desiderio di migliorare la conoscenza del medico sugli effetti benefici ed avversi del farmaco e quindi dalla volontà di tutelare la salute pubblica attraverso un corretto utilizzo dei mezzi terapeutici.

Queste considerazioni risultano in contraddizione con il contenuto del *considerando* 47 della direttiva n. 2001/83/Ce secondo cui «[I]a pubblicità dei medicinali presso le persone autorizzate a prescriverli o a fornirli contribuisce all'informazione di dette persone». Il *considerando* probabilmente prevede, forse giustamente, che la classe medica sia dotata di una preparazione specifica che rende i suoi membri in grado di valutare in modo obiettivo il contenuto della presentazione promozionale per trarne il massimo beneficio informati-

cios)?, in *Revista de Derecho Alimentario*, n. 48, 2009, p. 17 ss.

⁷⁵ D. G. McNEIL JR., *Drug makers and the Third World: a case study in neglect*, in *New York Times*, 21st May 2000.

vo. Infatti, l'uso nel *considerando* della voce verbale «contribuisce» indica chiaramente che la pubblicità del medicamento non rappresenta l'unico strumento in grado di favorire l'uso razionale del medicinale in quanto altri canali consentono un aggiornamento indipendente degli operatori sanitari. La stessa capacità critica non può essere estesa ad un pubblico indistinto che non possiede le conoscenze per comprendere la differenza tra il dato scientifico e la sua interpretazione. Si deve quindi ammettere l'esistenza, nel rapporto tra industria farmaceutica e consumatore, di un'«asimmetria informativa» dovuta al maggior grado di conoscenze di cui è provvisto il produttore rispetto alle nozioni di base in possesso del paziente. Queste considerazioni consentono di comprendere le opinioni che vogliono evitare il contatto diretto dei pazienti con i messaggi delle aziende senza che le informazioni siano preventivamente filtrate dagli operatori sanitari. Non si può escludere *a priori* che durante la presentazione di un prodotto siano solo brevemente accennati alcuni particolari negativi o, al contrario, enfatizzati risultati positivi in seguito ad un potenziale conflitto di interessi «in which professional judgment regarding a primary interest (such as a patient's welfare or the validity of research) tends to be unduly influenced by a secondary interest (such as financial gain)»⁷⁶. Questa affermazione negativa potrebbe risultare riduttiva se confrontata con il parere di alcuni autori secondo i quali si configura un conflitto di interessi ogni qualvolta si potrebbe anche solo percepire o ipotizzare compromessa l'obiettività del comportamento professionale di un medico⁷⁷.

Analizzate sotto questo punto di vista, risultano comprensibili le critiche secondo cui affidare all'industria farmaceutica il compito di svolgere un'opera informativa sui propri medicinali equivarrebbe ad incaricare l'industria della birra delle campagne contro l'alcolismo⁷⁸. L'autrice di tale affermazione prosegue nel suo ragionamento ricordando come «[t]he conflict of interest is obvious. The fact is that marketing is meant to sell drugs, and the less important the drug, the more marketing it takes to sell it».

La commistione tra pubblicità ed informazione non deve peraltro stupire, né rappresentare una sorpresa in quanto non risulta un fenomeno legato ai

⁷⁶ D. F. THOMPSON, *Understanding financial conflicts of interest: sounding board*, in *New England Journal of Medicine*, vol. 329, 1993, p. 573. Si noti un ulteriore esempio di conflitto di interessi in ambito del farmaco: «[i]f an investigator is comparing drug A with drug B and owns a large amount of stock in the company that makes drug A, he will prefer to find that drug A is better than drug B. That is a conflict of interest» (M. ANGELL, *Remarks*, Department of Health and Human Services, National Institute of Health, Conference on Human Subject Protection and Financial Conflicts of Interest, Baltimore, 15-16 August 2000, riportato da S. KRIMSKY, *Science in the Private Interest: Has the Lure of Profits Corrupted Biomedical Research?*, Lanham, Rowman & Littlefield, 2004, p. 129).

⁷⁷ J. L. BERNAT - M. L. GOLDSTEIN e S. P. RINGEL, *Conflicts of interest in neurology*, in *Neurology*, vol. 50, 1998, p. 327 ss.

⁷⁸ M. ANGELL, *The Pharmaceutical Industry - To Whom Is It Accountable?*, in *New England Journal of Medicine*, vol. 342, 2000, p. 1904.

medicinali o al nostro tempo. Nei primi anni del '900 è stata infatti avanzata l'ipotesi che anche i classici romani non fossero solamente ispirati da Euterpe, musa della poesia lirica. Con le parole «[t]here are many references in Martial to business men: Cosmus, a perfumer, is mentioned often, as he is by Juvenal. It would be interesting to know whether he paid for his publicity»⁷⁹ viene insinuato il sospetto che alcune citazioni presenti nei classici della letteratura latina ubbidissero più a logiche mercantili che ad esigenze letterarie o alla volontà dell'autore di descrivere la società del suo tempo. La tentazione di nascondere tra le righe di un racconto o di una cronaca un messaggio commerciale sembra dunque rappresentare un fenomeno antico la cui esistenza non può essere né esclusa né ignorata anche ai nostri tempi.

4.b *L'iter delle precedenti proposte della Commissione*

La controversa storia con cui l'informazione al consumatore sui farmaci etici tenta di affacciarsi nella normativa comunitaria è tracciata nelle sue linee essenziali nelle prime pagine di un documento della Commissione⁸⁰. Nel presente contributo, tuttavia, si ritiene di dover fornire un maggior livello di approfondimento su questo aspetto per assicurare una miglior comprensione della problematica ed in considerazione del limitato interesse che l'argomento sembra aver suscitato in dottrina.

Il diritto dei pazienti di essere informati sui farmaci era già stato riconosciuto nel 2001 dal Parlamento europeo⁸¹, ed anche la Commissione aveva proposto nel luglio dello stesso anno un emendamento alla disposizione che vietava di pubblicizzare i farmaci etici in modo da concretizzare un progetto pilota in grado di assicurare «the availability of better, clear and reliable information on authorised pharmaceuticals» indicati nella cura del diabete,

⁷⁹ E. T. SAGE, *Advertising among the Romans*, in *Classical Weekly*, vol. 9, 1915-1916, p. 204. Si vedano tra i molti esempi negli Epigrammi di Marco Valerio Marziale: *Liber I*, LXXXVIII («Ne gravis hesterno fragres, Fescennia, vino./Pastillos Cosmi luxuriosa voras./Ista linunt dentes ian-tacula, sed nihil obstant./Extremo ructus cum redit a baratro») e *Liber III*, LV («Quod quacumque venis, Cosmum migrare putamus./Et fluere excusso cinnama fusa vitro./Nolo peregrinis placeas tibi, Gellia, nugis./Scis, puto, posse meum sic bene olere canem»). Nelle Satire di Decimo Giunio Giovenale, si veda ad esempio la *Satira VIII* («Dignus morte perit, cenet licet ostrea centum Gaurana et Cosmi toto mergatur aeno»).

⁸⁰ Commission of the European Communities, Commission Staff Working Document. Background information supportive to the Communication from the Commission to the European Parliament and the Council concerning the Report on Current Practice with Regard to Provision of Information to Patients on Medicinal Products, in the form of different annexes, Sec(2007)1740, Brussels, 20 December 2007, p. 3.

⁸¹ Parlamento europeo, Commissione per l'ambiente, la sanità pubblica e la politica dei consumatori, Progetto di relazione PE 297.203, Proposta di decisione Com(2000)285, 5 marzo 2001, p. 2 («La Comunità deve assicurare ai pazienti la tutela del loro diritto a ricevere informazioni semplici, chiare e scientificamente valide sulla loro malattia, sulle terapie disponibili e sulle modalità per migliorare la qualità della vita»).

dell'AIDS e dell'asma⁸². L'annuncio non fu accolto da un generale entusiasmo. Accanto al consenso dell'industria farmaceutica che riteneva che «the prohibition on the advertising of prescription medicines to the public is unsustainable [...] and] that changes to legislation will therefore be required»⁸³, si deve segnalare anche la posizione molto critica della *Health Action International Europe* che definì la proposta come «the thin end of a wedge to open the door to DTCA»⁸⁴. Associazioni di consumatori britannici, belgi e italiani raccolte nella *European Consumers' Organisation* concordarono sulla necessità di aumentare il livello di conoscenza dei pazienti sulle terapie farmacologiche obiettando tuttavia che non si doveva affidare questo compito all'industria farmaceutica, ma alle autorità regolatorie nazionali e all'Agenzia europea sui medicinali (EMA)⁸⁵. Altre associazioni di consumatori si schierarono invece al fianco delle ditte produttrici dichiarandosi favorevoli alla proposta in quanto ritenevano che i pazienti dovessero accedere a tutte le informazioni in possesso delle società farmaceutiche⁸⁶.

A queste reazioni discordanti, la Commissione rispose studiando la possibilità di inserire l'informazione sui farmaci etici nel quadro normativo comunitario. Seguendo questa logica, si giunse in questo modo alla presentazio-

⁸² Commission proposes comprehensive reform of EU Pharmaceutical Legislation, IP/01/1027, Brussels, 18 July 2001, p. 2; P. WOLD-OLSEN, *The customer revolution: The pharmaceutical industry and direct communication to patients and the public*, in *Eurohealth, Perspective on pharmaceutical policy*, vol. 8, Winter 2002/2003, p. 12. Si noti come durante la conferenza stampa (Commission proposal to review EU pharmaceutical legislation, SPEECH/01/354, 18 July 2001), l'allora commissario Liikanen affermasse che «[t]his is not direct to consumer advertising. We are not introducing advertising for prescription drugs» (p. 6), mentre nel *Memo* della stessa data si indica che «[t]he Commission considered it appropriate to abandon the strict prohibition of advertising of prescription-only medicines, since there is a growing interest and knowledge among the general public for information on medicinal products» (Reform of EU Pharmaceutical Legislation, MEMO/01/267, Brussels, 18 July 2001, riportato in *Direct-to-consumer advertising of prescription medicines: a review of international policy and evidence*, Royal Pharmaceutical Society of Great Britain, November 2001, p. 9). Questa contraddizione può essere sintomatica del fatto che le reali intenzioni della Commissione mirassero a rimuovere il divieto soltanto per alcune categorie di medicinali finalizzate alla cura di specifiche malattie. Infatti, come affermato dal commissario Liikanen, «[l]a scelta delle patologie è funzione di vari criteri quali la domanda dei pazienti, il posto dei professionisti sanitari nella patologia, la cronicità della malattia, le caratteristiche delle popolazioni target» (Risposta data dal signor Liikanen a nome della Commissione il 18 settembre 2001 all'interrogazione scritta E-1633/01 del 12 giugno 2001 di C. Davies avente per oggetto «Informazione dei pazienti in materia di medicinali», in *Guce* n. C 364 E del 20 dicembre 2001, p. 164).

⁸³ Pharmaceutical Industry Competitiveness Task Force, Final Report, March 2001, p. 8, par. 6.14. Il parere favorevole dell'industria farmaceutica potrebbe essere collegato con il fatto che «EU member countries constitute an attractive market for pharmaceutical companies, accounting for more than one-third of worldwide drug sales» (J. REAST - D. PALIHAWADANA e H. SHABBIR, *The Ethical Aspects of Direct to Consumer Advertising of Prescription Drugs in the United Kingdom: Physician versus Consumer Views*, in *Journal of Advertising Research*, vol. 48, 2008, p. 451).

⁸⁴ Health Action International Europe (HAI), *HAI Europe criticises EC move towards DTCA and call for evidence of health benefit*, Press release, Amsterdam, 17 July 2001.

⁸⁵ R. WATSON, *Consumer groups fight plans for «direct to consumer» drug advertising*, in *British Medical Journal*, vol. 323, 2001, p. 889.

⁸⁶ A. COULTER, *Finding a voice for the medicine-takers*, in *Eurohealth, Perspective on pharmaceutical policy*, vol. 8, Winter 2002/2003, p. 15.

ne di un documento in cui erano contenute una proposta di regolamento e due iniziative tendenti a modificare sia la direttiva n. 2001/82/Ce, sui farmaci per uso veterinario⁸⁷, sia la direttiva n. 2001/83/Ce, sui medicinali per uso umano, su cui si focalizzerà la successiva trattazione⁸⁸.

Il *considerando* 16 della proposta di modifica della direttiva n. 2001/83/Ce introduceva il concetto che l'informazione su taluni medicinali si dovesse autorizzare «nell'interesse dei pazienti e per rispondere alle loro esigenze ed attese legittime» puntualizzando tuttavia che queste pratiche non dovevano essere confuse con la pubblicità o con la promozione diretta⁸⁹. In considerazione del sentimento che lega una parte della popolazione, soprattutto le persone anziane ed i bambini, agli animali da compagnia deve costituire senza dubbio una dimenticanza il fatto che la Commissione non abbia introdotto una simile previsione anche nella proposta di modifica della direttiva n. 2001/82/Ce relativa ai medicinali veterinari. Il *considerando* 16 della proposta di modifica della direttiva sui farmaci destinati alla cura degli animali si limitava unicamente ad affermare come, nel caso degli animali destinati all'alimentazione umana, fosse necessario migliorare l'informazione degli utenti introducendo norme più stringenti in materia di etichettatura⁹⁰.

L'art 88, par. 2, della proposta di modifica della direttiva sui farmaci per uso umano rendeva giuridicamente vincolante il principio secondo cui la divulgazione di indicazioni informative «su taluni medicinali [fosse] autorizzata nell'interesse dei pazienti per rispondere a loro esigenze legittime»⁹¹. In base a questa motivazione, si suggeriva di avviare in via sperimentale un'azione informativa sia pur circoscritta ai medicinali autorizzati per la cura dell'AIDS, dell'asma, delle patologie broncopolmonari croniche e del diabete. Questa disposizione costituiva una deroga al divieto di pubblicizzare presso il

⁸⁷ Direttiva n. 2001/82/Ce del Parlamento europeo e del Consiglio, del 6 novembre 2001, recante un codice comunitario relativo ai medicinali veterinari, in *Guce* n. L 311 del 28 novembre 2001, p. 1 ss.

⁸⁸ Commissione delle Comunità europee, Proposta di regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio che istituisce procedure comunitarie per l'autorizzazione, la sorveglianza e la farmacovigilanza dei medicinali a uso umano e veterinario, e l'agenzia europea di valutazione dei medicinali. Proposta di direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio che modifica la direttiva 2001/83/Ce del Parlamento europeo e del Consiglio recante un codice comunitario relativo ai medicinali per uso umano. Proposta di direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio che modifica la direttiva 201/82/Ce (*sic!*) recante un codice comunitario relativo ai medicinali veterinari, Com(2001)404 def., Bruxelles, 26 novembre 2001. In questo documento «si propone di ampliare a titolo sperimentale la possibilità d'informazione dei medicinali venduti su prescrizione medica (...). Si propone di permettere l'informazione rivolta al pubblico per tre classi di medicinali, subordinandola a principi di buona prassi adottati dalla Commissione e all'elaborazione di un codice di comportamento da parte delle imprese. A cinque anni dall'attuazione si procederà ad una valutazione per decidere gli sviluppi (...) di questa disposizione» (p. 86).

⁸⁹ Commissione delle Comunità europee, Proposta di regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio che istituisce procedure comunitarie per l'autorizzazione, la sorveglianza e la farmacovigilanza, *cit. supra*, nota 88, p. 90.

⁹⁰ *Ivi*, p. 152.

⁹¹ *Ivi*, p. 112.

pubblico i farmaci che potevano essere forniti solo mediante prescrizione medica (art. 88, par. 1, lett. a.) ed inoltre non appariva congruente con il *considerando* 16 della stessa proposta. Infatti, se nel *considerando* l'informazione al pubblico non rappresentava una forma pubblicitaria, appare di difficile comprensione il motivo per cui nell'art. 88, par. 2, l'informazione su taluni farmaci costituisse una deroga al divieto di pubblicità. Nella proposta, la sperimentazione delle pratiche informative veniva subordinata all'implementazione a livello degli Stati membri di procedure di autocontrollo da parte dei produttori (lett. c.) e al rispetto di principi di buona prassi da adottare in accordo con le disposizioni previste dal successivo art. 121, par. 2 (lett. d.). Il testo della comunicazione informativa avrebbe dovuto essere sottoposto alla valutazione dell'EMA per un parere che si sarebbe considerato acquisito qualora l'Agenzia non si fosse pronunciata entro trenta giorni dalla notifica (lett. e., primo trattino). Nella proposta di modifica veniva tuttavia mantenuta la possibilità per gli Stati membri di vietare la pubblicità sui farmaci rimborsabili dai sistemi sanitari nazionali. In altre parole, gli organi nazionali erano autorizzati a non fornire informazioni sui farmaci ai pazienti affetti dalle patologie elencate nell'art. 88, par. 2, nel caso in cui il costo di questi medicinali fosse stato a carico degli apparati mutualistici nazionali. L'inserimento di questa clausola potrebbe essere stato dettato dal timore che una maggior conoscenza degli effetti terapeutici avrebbe potuto aumentare la spesa farmaceutica, indirizzando i pazienti verso medicinali di costo elevato, come avevano evidenziato alcune indagini sulla DTCA già ricordate nel presente contributo.

In pratica la proposta, sicuramente apprezzabile per i suoi intenti, non tracciava una netta linea di demarcazione tra informazione e pubblicità, ma lasciava il confine ancora indistinto, demandando l'incarico di stabilire la differenza a codici di autodisciplina da stilare a livello degli Stati membri. A queste disposizioni nazionali si sarebbe dovuto affiancare, in ambito comunitario, il monitoraggio dell'EMA. La previsione del tacito consenso dopo soli trenta giorni dalla notifica sarebbe potuta risultare inefficace per valutare correttamente il contenuto di un messaggio soprattutto nella fase di prima applicazione quando l'Agenzia si sarebbe potuta trovare in una situazione di emergenza a causa del prevedibile deposito di un numero elevato di domande. Accanto a queste perplessità, il testo appariva criticabile anche per la mancanza di una qualsiasi norma che contemplasse sanzioni in caso di comportamenti eventualmente scorretti.

Durante la discussione della proposta nella Commissione ambiente del Parlamento europeo, la maggioranza espresse il parere che una corretta informazione sui medicinali sarebbe dovuta provenire solo da fonti indipendenti, che non potevano essere rappresentate dai produttori. In base a questa considerazione, l'organo parlamentare stabilì di eliminare la possibilità di diffondere notizie sulla terapia farmacologica delle patologie suggerite, motivando il parere negativo con il timore che si stesse introducendo la pubblicità diretta sui farmaci eti-

ci con la conseguenza di produrre un aumento del consumo dei medicinali⁹².

Il relatore, signora Müller, pur deplorando che il progetto di informazione della Commissione sull'asma, il diabete e l'AIDS non avesse raccolto il parere favorevole della Commissione parlamentare, ammise che «[l]a proposta della Commissione era certamente ambigua e faceva sorgere il timore che sarebbe stata autorizzata la pubblicità dei farmaci con obbligo di prescrizione»⁹³. Nello stesso tempo, la parlamentare si dichiarò sicura che la mancata approvazione della norma costituisse un errore a cui si sarebbe dovuto porre rimedio essendo indispensabile migliorare l'informazione sui medicinali fornita ai pazienti. Alla fine, il Parlamento europeo respinse la proposta contenuta nell'art. 88, par. 2, e stabilì di sopprimere la disposizione a larga maggioranza (494 favorevoli alla cancellazione, 42 contrari e 7 astenuti)⁹⁴.

Nel frattempo, precisamente nel maggio 2002, il Gruppo ad alto livello per l'innovazione e l'approvvigionamento dei farmaci, denominato G10 Farmaci, presentava un rapporto in cui erano incluse 14 raccomandazioni, una delle quali (*Recommendation 10*) conteneva alcune indicazioni atte ad assicurare ai pazienti una corretta informazione sui mezzi farmacologici utilizzati nella terapia delle malattie⁹⁵. In sintesi, il Gruppo invitava le istituzioni europee a predisporre una piattaforma in grado di operare una netta distinzione tra l'informazione e la pubblicità, la quale doveva continuare a non essere consentita per i farmaci etici e per i medicinali rimborsabili dai sistemi sanitari degli Stati membri. Nello stesso tempo, il *Report* ricordava come i consumatori avessero il diritto di ricevere un'informazione di alta qualità sui farmaci, che si rilevasse quindi, come definita nel documento, «objective, comprehensive, readable, accurate and up-to-date», in modo che i pazienti potessero essere coinvolti attivamente nelle decisioni riguardanti le cure cui si dovevano sottoporre. In seguito al parere negativo del Parlamento europeo, la Commissione ha colto l'occasione fornita dai suggerimenti contenuti in questo rapporto per tracciare, seppure in modo sommario, proposte pratiche per attuare

⁹² Parlamento europeo, Mercato dei medicinali ad uso umano e veterinario, dibattito del 21 ottobre 2002 (<http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+PRESS+BR-20021021-S+0+DOC+XML+V0//IT>).

⁹³ Parlamento europeo, Discussione, 22 ottobre 2002 (<http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+CRE+20021022+ITEMS+DOC+XML+V0//IT&language=IT#creitem1>).

⁹⁴ C. STIHLER, *The Pharmaceutical Review*, in *Eurohealth, Perspective on pharmaceutical policy*, vol. 8, Winter 2002/2003, p. 19. L'autrice, una parlamentare europea, aveva in precedenza motivato la decisione del Parlamento europeo con la seguente spiegazione: «[w]e don't want consumers, sitting on their couches, bombarded with a hard sell from big drug companies in the break between Crossroads and Coronation Street. We're at a crossroads - if we open the door to direct advertising it's a slippery slope down the American road, where pink pills on TV ads offer a miracle solution to everything from baldness to chronic fatigue» (R. WATSON, *MEPs reject US-style direct advertising of drugs*, in *British Medical Journal*, vol. 325, 2002, p. 990).

⁹⁵ European Commission, High Level Group on Innovation and the Provision of Medicines, Recommendations for actions, G10 Medicines, Reports, 7 May 2002, p. 20.

l'informazione sui farmaci⁹⁶. Nella Comunicazione veniva messo in risalto come sarebbero potuti derivare significativi vantaggi da azioni tendenti «a rafforzare la qualità e la disponibilità delle informazioni destinate ai pazienti» in base alla «crescente importanza dell'individuo nell'assunzione delle decisioni sanitarie»⁹⁷. Nel documento, la Commissione ricordava come, pur nel rispetto del divieto di svolgere azioni pubblicitarie direttamente rivolte ai consumatori, fosse importante esercitare pressioni sugli Stati membri affinché condividessero le informazioni sui medicinali con il grande pubblico. Nella successiva risoluzione del Consiglio del dicembre 2003 veniva sottolineato come il paziente dovesse rappresentare il bersaglio della politica sul farmaco, invitando la Commissione a valutare l'istituzione, di concerto con gli Stati membri, di un sistema europeo in grado di garantire ai pazienti e agli operatori del settore informazioni che rispondessero alle caratteristiche di qualità delineate dal G10 Farmaci nelle conclusioni del suo rapporto⁹⁸.

Si giunse in questo modo all'approvazione della direttiva n. 2004/27/Ce al cui interno è inserito l'art. 88 *bis* in precedenza ricordato. Tale disposizione imponeva alla Commissione il dovere di presentare nel 2007 al Parlamento e al Consiglio una relazione sulle «attuali prassi in materia di informazione, in particolare via internet, e sui loro rischi e benefici per il paziente». Si era, pertanto, costituita la base giuridica attraverso la quale la Commissione fu in grado di aprire una nuova consultazione pubblica sull'opportunità di informare i pazienti sui farmaci etici.

Nel 2005, allo scopo di approfondire le raccomandazioni contenute nel rapporto del G10 Farmaci, la Commissione istituì il Foro farmaceutico il cui mandato comprendeva anche l'approfondimento e la risoluzione delle problematiche inerenti l'informazione sulle malattie e sulle opzioni terapeutiche⁹⁹. Questa iniziativa fu seguita nel 2006 da un'indagine condotta tra le agenzie degli Stati membri competenti per i medicinali allo scopo di raccogliere indicazioni sull'applicazione a livello nazionale della normativa in materia di informazione, integrando i dati raccolti con le risposte ricavate attraverso un questionario elaborato da un gruppo di lavoro del Foro farmaceutico¹⁰⁰.

⁹⁶ Commissione delle Comunità europee, Comunicazione della Commissione al Consiglio, al Parlamento europeo, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle regioni, Rafforzare l'industria farmaceutica stabilita in Europa a vantaggio dei pazienti. Un invito ad agire, Com(2003)383 def., Bruxelles, 1 luglio 2003.

⁹⁷ *Ivi*, p. 7.

⁹⁸ Risoluzione del Consiglio del 2 dicembre 2003 sulle sfide in materia di prodotti farmaceutici e sanità pubblica - incentrarsi sui pazienti, in *Gu-Ue* n. C 20 del 24 gennaio 2004, p. 2 ss. Si veda, in particolare, il par. 17, p. 3-4.

⁹⁹ High Level Pharmaceutical Forum, 2005-2008, Final Conclusions and Recommendations of the High Level Pharmaceutical Forum, p. 2.

¹⁰⁰ Commissione delle Comunità europee, Proposta di direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio che modifica, per quanto riguarda la comunicazione al pubblico di informazioni sui medicinali, Com(2008)663 def., *cit. supra*, nota 66, p. 5.

I risultati di questa consultazione, promossa dalla Commissione nell'aprile del 2007, si sono concretizzati in 73 risposte mediante le quali associazioni di pazienti, consumatori e cittadini, industrie farmaceutiche e loro organizzazioni, operatori sanitari, autorità regolatorie, organizzazioni di sicurezza sociale, organizzazioni dei *media* e singoli cittadini evidenziarono il loro parere favorevole all'ipotesi di aumentare il livello di informazione sui farmaci, ma nello stesso tempo manifestarono una decisa contrarietà ad accettare l'introduzione nell'ordinamento comunitario di una disposizione che ricalcasse in qualche modo le norme di oltre oceano relative alla DCTA¹⁰¹. Dopo aver elaborato le risposte, la Commissione pubblicò un primo documento¹⁰², cui fece seguito la comunicazione sullo stesso argomento¹⁰³. Entrambi questi atti giunsero alla conclusione che le norme in materia erano notevolmente differenti nei ventisette Stati membri sia per quanto riguarda l'accesso dei pazienti all'informazione sia sotto il profilo della qualità delle indicazioni fornite.

Nel febbraio 2008 la Commissione, incurante dei commenti negativi sull'iniziativa, lanciò una nuova consultazione sulla *Legal proposal on information to patients*¹⁰⁴, che ebbe termine nell'aprile dello stesso anno. Lo scopo della Commissione consisteva «to ensure good-quality, objective, reliable and non promotional information on prescription only medicinal products to citizens and to harmonize the existing situation in Member States in this area»¹⁰⁵. La proposta conteneva l'esplicita intenzione di impedire all'industria farmaceutica di «informare» direttamente i pazienti sulle proprietà dei farmaci etici utilizzando i mezzi televisivi o radiofonici¹⁰⁶ o attraverso la distribuzione di-

¹⁰¹ Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo e al Consiglio concernente la relazione sulle attuali prassi in materia di comunicazione e di informazioni sui medicinali ai pazienti presentate conformemente all'art. 88 *bis* della direttiva n. 2001/83/Ce, come modificata dalla direttiva n. 2004/27/Ce che istituisce un codice comunitario relativo ai medicinali per uso umano, Com(2007)862 def., Bruxelles, 20 dicembre 2007, p. 11.

¹⁰² Commission of the European Communities, Commission Staff Working Document. Background information supportive to the Communication from the Commission to European Parliament and the Council concerning the Report on Current Practice, Sec(2007)1740, *cit. supra*, nota 80.

¹⁰³ Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo e al Consiglio concernente la relazione sulle attuali prassi in materia di comunicazione e di informazioni sui medicinali ai pazienti, Com(2007)862 def., *cit. supra*, nota 101.

¹⁰⁴ European Commission, Enterprise and Industry directorate-general, Consumer goods, pharmaceuticals, Public Consultation, Legal Proposal on Information to Patients, 2008.

¹⁰⁵ *Ivi*, p. 3.

¹⁰⁶ Il divieto di utilizzare il mezzo televisivo è coerente con il testo dell'art. 14 della direttiva del Consiglio n. 89/552/Cee del 3 ottobre 1989 relativa al coordinamento di determinate disposizioni legislative, regolamentari e amministrative degli Stati membri concernenti l'esercizio delle attività televisive, in *Guce* n. L 298 del 17 ottobre 1989, p. 23 ss. Tale disposizione vietava la pubblicità televisiva per le terapie e i medicinali soggetti a prescrizione medica nello Stato membro sotto la cui giurisdizione ricadeva l'emittente. L'art. 14, divenuto art. 14, par. 1, in seguito all'introduzione del par. 2 dello stesso articolo (divieto di televendita dei medicinali) da parte della direttiva n. 97/36/Ce, in *Guce* n. L 202 del 30 luglio 1997, p. 60 ss., è stato successivamente abrogato dalla direttiva n. 2007/65/Ce, in *Gu-Ue* n. L 332 del 18 dicembre 2007, p. 27 ss. Il divieto di utilizzare il mezzo televisivo per la pubblicità di farmaci e cure soggetti a prescrizione è contenuto nell'art. 15, par. 3, della Convenzione europea sulla televisione transfrontaliera (STEN n. 132), firma-

retta di materiale stampato. Il disegno normativo auspicava che le case farmaceutiche fossero autorizzate a divulgare al pubblico esclusivamente le informazioni contenute nel foglietto illustrativo utilizzando unicamente alcuni canali di comunicazione (internet, pubblicazioni sulla salute, ecc.) previo un adeguato controllo da parte degli organi regolatori in quanto si riteneva giustamente indispensabile garantire la qualità e la correttezza del messaggio promozionale¹⁰⁷.

Questa seconda consultazione ottenne 193 risposte (185 contributi e otto osservazioni costruttive) a dimostrazione dell'interesse suscitato dall'argomento¹⁰⁸. Accanto all'apprezzamento sul proposito di rendere edotti i pazienti sui vantaggi e sugli svantaggi delle diverse terapie, anche questa consultazione ricevette pareri contrari all'introduzione di norme che consentissero di indirizzare direttamente ai pazienti messaggi promozionali riguardanti i farmaci etici. In queste risposte traspariva chiaramente anche lo scetticismo sulla possibilità di assegnare alle industrie produttrici il ruolo di fonte indipendente di informazioni, evidenziando tra l'altro il confine sfumato esistente tra pubblicità ed informazione. Persino la Federazione europea delle associazioni delle industrie farmaceutiche ed alcune delle imprese ad essa associate dichiararono di non ritenere la DTCA un modello applicabile alla situazione oggettivamente presente nell'Unione. Tuttavia, dal momento che la proposta non intendeva consentire la pubblicità sui farmaci, anche alcuni Stati membri espressero il proprio parere favorevole. Ad esempio, la Finlandia attraverso il Ministro degli affari sociali e della salute si dichiarò soddisfatta del fatto che la Commissione avesse considerato solamente l'ipotesi di consentire l'informazione sulle proprietà essenziali del medicinale utilizzando il riassunto delle caratteristiche del prodotto ed il foglietto illustrativo¹⁰⁹.

Come in tutte le discussioni riguardanti argomenti su cui l'opinione pubblica è divisa, non sono mancate polemiche sull'oggettività di alcuni pareri. Le associazioni di pazienti che si sono espresse in modo favorevole sono state accusate in un editoriale di una rivista scientifica di «receive funding from pharmaceutical companies»¹¹⁰. D'altra parte, una trattazione imparziale non può trascurare di mettere in evidenza che anche le opinioni contrarie alle ipo-

ta a Strasburgo il 5 maggio 1989, il quale stabilisce che «[l]a pubblicità [non l'informazione] dei farmaci e delle terapie mediche disponibili solo dietro prescrizione medica è vietata alla Parte trasmittente».

¹⁰⁷ «Fare in modo che le informazioni fornite dall'industria alle persone che le chiedono siano affidabili ed oggettive» costituisce l'obiettivo 11 presente in Commissione delle Comunità europee, Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle regioni, Medicinali sicuri, innovativi e accessibili: una nuova visione del settore farmaceutico, Com(2006)666 def., Bruxelles, 10 dicembre 2008, p. 9.

¹⁰⁸ http://ec.europa.eu/enterprise/pharmaceuticals/patients/patients_responses_200805.htm.

¹⁰⁹ http://ec.europa.eu/enterprise/pharmaceuticals/patients/respons_public_consult_200805/regulator/ministry_of_social_affairs_and_health_finland.pdf.

¹¹⁰ EDITORIAL, *Direct-to-consumer advertising under a different name*, in *Lancet*, vol. 371, 2008, p. 1972.

tesi avanzate potrebbero non essere completamente disinteressate. Non si può negare che alcuni interventi potrebbero riflettere una percezione di un provvedimento inseribile in una politica europea in tema di sanità criticata in alcuni ambienti per il timore che si voglia aprire uno spiraglio ad un'impostazione commerciale di stampo statunitense senza focalizzarsi sull'eventuale miglioramento della situazione attualmente presente¹¹¹. Inoltre, accanto ad un sincero desiderio di proteggere il paziente da informazioni non corrette o percepite in modo errato per mancanza di sufficienti conoscenze mediche, motivazioni meno nobili potrebbero aver influenzato il giudizio. Non è, infatti, possibile escludere che le associazioni degli operatori sanitari si siano dichiarate contrarie all'innovazione sotto l'influsso di ragioni di tipo corporativo. Letta sotto questo profilo, l'ostilità potrebbe essere la conseguenza della volontà di conservare intatto il prestigio della categoria che si vedrebbe minacciata dall'introduzione di una norma in grado di eliminare il monopolio sull'informazione e sui consigli riguardanti il trattamento farmacologico delle malattie. Alla formulazione del parere negativo potrebbero non essere estranee la previsione di potenziali conflitti relazionali osservati in seguito ad indebite pressioni esercitate dai pazienti nel richiedere la prescrizione di un farmaco pubblicizzato¹¹² e la propensione della popolazione ad allontanarsi dai medici che rifiutano di soddisfare la richiesta di uno specifico medicinale¹¹³.

4.c Le attuali proposte di direttiva e di regolamento sull'informazione del farmaco ai pazienti e le loro implicazioni

La recente proposta di direttiva, precedentemente ricordata, svela l'ambizione della Commissione di creare una cornice legislativa in grado di stabilire i limiti all'interno dei quali le industrie farmaceutiche possono legittimamente informare i pazienti sulle proprietà dei medicinali soggetti a ricetta medica, mantenendo nello stesso tempo il divieto di pubblicizzare gli stessi farmaci presso i consumatori. Questo obiettivo è coerente con l'impostazione su cui la Commissione ha basato la propria linea di intervento.

Come indicato nella presentazione della proposta di direttiva, i cambiamenti normativi richiesti affondano le radici nella convinzione che le industrie farmaceutiche siano impossibilitate a fornire informazioni causa la

¹¹¹ M. T. KOIVUSALO, *The future of European Health Policies*, in *International Journal of Health Services*, vol. 35, 2005, p. 325.

¹¹² B. MINTZES - M. L. BARER - R. L. KRAVITZ - A. KAZANJIAN - K. BASSETT - J. LEXCHIN - R. G. EVANS - R. PAN e S. A. MARION, *Influence of Direct-to-Consumer Pharmaceutical Advertising and Patients' Requests on Prescribing Decisions: Two Site Cross Sectional Survey*, in *British Medical Journal*, vol. 324, 2002, pp. 278-279.

¹¹³ R. L. KRAVITZ, *Direct-to-Consumer Advertising of Prescription Drugs: Implications for the Patient-Physician Relationship*, in *Journal of the American Medical Association*, vol. 284, 2000, p. 2244.

nebulosità delle disposizioni comunitarie che non definiscono in modo sicuro la nozione di pubblicità nel campo dei medicinali e, quindi, non mettono in risalto la differenza esistente tra pubblicità ed informazione¹¹⁴. Probabilmente allo scopo di distinguere chiaramente tra i due termini, il *considerando* 12 della proposta di direttiva indica come i titolari delle autorizzazioni all'immissione in commercio possano divulgare al pubblico i contenuti del riassunto delle caratteristiche del prodotto (RCP), ora fornito solo agli operatori sanitari, e del foglietto illustrativo, redatto in conformità con il RCP e che attualmente viene inserito nelle confezioni presenti in commercio. Questa previsione prende atto della situazione esistente in questo momento nella maggior parte degli Stati membri se si considera che «18 autorità nazionali competenti hanno dichiarato di pubblicare il riassunto delle caratteristiche del prodotto sui loro siti internet, mentre 16 pubblicano contemporaneamente il riassunto delle caratteristiche del prodotto e il foglio illustrativo»¹¹⁵. La scelta di rendere disponibile il contenuto del foglietto illustrativo appare coerente con l'obiettivo di tutelare la salute pubblica, in quanto tale strumento ha lo scopo di informare il paziente sul prodotto, sul comportamento da tenere in caso di assunzione di dosi eccessive, di dimenticanza di una dose, ecc. (art. 59, direttiva n. 2001/83/Ce). Coerentemente con la funzione che il legislatore ha voluto attribuire a questo documento, il linguaggio con cui viene redatto dovrebbe essere semplice e facile da capire anche da parte di un paziente dotato di scarse competenze mediche. Per questo motivo non dovrebbe essere utilizzata una terminologia troppo tecnica che potrebbe risultare difficilmente comprensibile ai non addetti.

Comunque, se appare coerente con i propositi e con l'intestazione del nuovo Titolo VIII *bis* (Comunicazione al pubblico di informazioni sui medicinali soggetti a prescrizione medica) limitare le informazioni al contenuto del RCP (art. 100 *ter*, lett. *a.*) e del foglietto illustrativo (art. 100 *ter*, lett. *b.*), risulta nello stesso tempo difficilmente comprensibile la scelta di permettere la divulgazione di studi scientifici sulle applicazioni del farmaco (art. 100 *ter*, lett. *d.*) sebbene tale possibilità appaia limitata ai contributi le cui affermazioni non contrastano con le risultanze dei documenti ufficialmente approvati dalle agenzie regolatorie (art. 100 *quinqüies*, lett. *h.*). L'introduzione di questa clausola limitativa, corretta nell'impostazione, non permette tuttavia ai risultati della ricerca di migliorare il livello informativo e di aggiornare le conoscenze assicurate dal RCP e dal foglietto illustrativo. D'altra parte, diffi-

¹¹⁴ Commissione delle Comunità europee, Proposta di direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio che modifica, per quanto riguarda la comunicazione al pubblico di informazioni sui medicinali, Com(2008)663 def., *cit. supra*, nota 66, p. 8.

¹¹⁵ Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo e al Consiglio concernente la relazione sulle attuali prassi in materia di comunicazione e di informazioni sui medicinali ai pazienti, Com(2007)862 def., *cit. supra*, nota 101, p. 6.

cilmente un'industria sarà disposta a rendere noto al consumatore il testo integrale di un lavoro scientifico; più facilmente saranno semplicemente estrapolati frammenti dell'articolo per rafforzare l'autorevolezza delle indicazioni approvate sorvolando sugli aspetti meno favorevoli del preparato.

Il fraintendimento circa il significato da attribuire ai risultati della ricerca non può essere considerato una mera ipotesi in quanto a sostegno dell'attendibilità di tale affermazione possono essere ricordati alcuni studi effettuati sulla correttezza delle indicazioni riguardanti il settore del farmaco. Un'indagine condotta su sei riviste mediche spagnole ha messo in evidenza la mancanza di corrispondenza tra più del 40% delle indicazioni contenute nelle inserzioni pubblicitarie e i contributi riferiti nella bibliografia di tali messaggi¹¹⁶. Questi risultati non rappresentano un caso isolato se si considera che negli Stati Uniti alcuni esperti hanno espresso l'opinione che il 44% degli annunci pubblicitari presenti sui giornali di categoria avrebbe potuto indurre i medici sprovvisti di ulteriori conoscenze a prescrivere ai pazienti farmaci inappropriati¹¹⁷.

In considerazione di tali documentati precedenti, sarebbe stato probabilmente più opportuno permettere la divulgazione di indicazioni più concrete come, ad esempio, istruzioni sui mezzi utili a favorire la somministrazione ai bambini, la spiegazione dei termini scientifici che indicano gli effetti collaterali, i sintomi associati alle controindicazioni, il nome commerciale del medicinale negli altri Stati membri e nei Paesi terzi, ecc. Sebbene alcune di queste informazioni potrebbero essere facilmente reperite presso le associazioni dei malati, si deve considerare come queste organizzazioni, sorte per soccorrere i pazienti affetti da malattie croniche, possono non raccogliere tutti gli individui colpiti da tali patologie, soprattutto nel caso in cui essi siano residenti in piccoli centri rurali.

Qualche perplessità desta inoltre la constatazione che la norma non sembra impedire la diffusione di informazioni riguardanti tutte le sottocategorie di farmaci soggetti a ricetta medica. Si potrebbe, almeno nella prima fase di applica-

¹¹⁶ P. VILLANUEVA - S. PEIRÓ - J. LIBRERO e I. PEREIRÓ, *Accuracy of pharmaceutical advertisements in medical journals*, in *Lancet*, vol. 361, 2003, p. 27 ss. Anche l'editoriale che accompagna l'articolo contiene interessanti considerazioni in quanto «[i]nvestigators report the extent to which claims made in adverts for antihypertensive and lipid-lowering drugs in Spanish medical journals are supported by the citations attached to those claims. The citations were typically from strong studies in prestigious journals, suggesting that advertisers value the best available evidence or want to associate their claims with a respected source. However, nearly half of the promotional statements were not supported by the associated reference. The most common reasons had to do with generalisability: making claims about clinical outcomes in specific kinds of patients when the cited study was about intermediate outcomes (lowering blood pressure or improving lipid profile), other kinds of patients, or in some cases even animals. Intermediate (surrogate) outcomes can be a misleading basis for clinical decision-making, as can generalising study results to patients unlike those in the study» (R. H. FLETCHER, *Adverts in medical journals: caveat lector*, in *Lancet*, vol. 361, 2003, p. 10).

¹¹⁷ M. S. WILKES - B. DOBLIN e M. SHAPIRO, *Pharmaceutical advertisements in leading medical journals: experts' assessments*, in *Annals of Internal Medicine*, vol. 116, 1992, p. 912 ss.

zione¹¹⁸, mantenere esplicitamente il divieto per i medicinali a prescrizione limitativa, riservata a specialisti o ad ambienti ospedalieri, e per i prodotti a base di principi attivi ad azione stupefacente e psicotropa¹¹⁹. D'altra parte, questa ipotesi potrebbe essere contestata osservando come i farmaci più pericolosi rappresentino proprio per questo motivo i medicinali il cui impiego necessita le maggiori conoscenze da parte del consumatore. Questo esempio rende evidente come nel campo dell'informazione, o della pubblicità, sui farmaci i provvedimenti che si intendono adottare siano sempre controversi, in quanto presentano aspetti favorevoli accanto ad elementi potenzialmente dannosi.

Nella proposta, il controllo dell'aderenza del messaggio informativo alla norma e le sanzioni da applicare in caso di trasgressione vengono demandati agli Stati membri (art. 100 *decies*), in alcuni dei quali la diffusione di materiale pubblicitario ingannevole viene già attualmente considerata un illecito penale (*criminal offence*) e come tale perseguito¹²⁰.

La proposta di regolamento¹²¹ appare invece meno articolata in quanto il testo riporta unicamente le procedure necessarie ad attuare le disposizioni della direttiva, disponendo che le imprese interessate inviino all'EMA il contenuto del messaggio informativo che intendono divulgare. Trascorsi sessanta giorni dal ricevimento dei documenti, in assenza di osservazioni da parte dell'Agenzia, la richiesta si riterrà approvata, consentendo la diffusione dell'informazione presso il pubblico. Si noti come il tempo necessario per considerare accolta la domanda dell'industria produttrice sia stato raddoppiato rispetto ai trenta giorni della precedente proposta. Tale aumento temporale consente di conseguire un più elevato livello di garanzia sulla possibilità di svolgere un effettivo controllo sulla qualità del messaggio informativo e sull'assenza di ogni contenuto promozionale.

5. Conclusioni

L'attuale proposta di direttiva ha lo scopo di facilitare, nell'interesse del paziente, l'accesso ad un'informazione chiara ed attendibile. Per raggiungere

¹¹⁸ Si veda l'art. 100 *terdecies* della proposta («Entro il [inserire data cinque anni dall'entrata in vigore della direttiva di modifica] la Commissione pubblica una relazione sull'esperienza acquisita nell'attuazione del presente titolo e valuta la necessità di un suo riesame. La Commissione presenta tale relazione al Parlamento europeo e al Consiglio»).

¹¹⁹ Il divieto potrebbe risultare coerente con l'art. 10, par. 2, della United Nations, *Convention on Psychotropic Substances, 1971* («Each Party shall, with due regard to its constitutional provisions, prohibit the advertisement of such substances to the general public»), anche se l'articolo intende disciplinare la pubblicità e non l'informazione.

¹²⁰ Government Response to the Health Committee's Report on the Influence of the Pharmaceutical Industry, Presented to Parliament by the Secretary of State for Health by Command of Her Majesty, London, The Stationary Office, September 2005, p. 11, Recommendation 9.

¹²¹ Commissione delle Comunità europee, Proposta di regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio che modifica, per quanto riguarda la comunicazione al pubblico di informazioni sui medicinali, Com(2008)662 def., *cit. supra*, nota 65.

questo obiettivo, si è ritenuto necessario mantenere la proibizione di pubblicizzare direttamente presso i pazienti i farmaci con obbligo di prescrizione, tentando di operare una netta distinzione tra pubblicità e informazione, anche se tale differenziazione non appare estremamente chiara e del tutto convincente. Infatti, per soddisfare pienamente questo obiettivo la Commissione avrebbe dovuto per prima cosa stabilire in modo inequivocabile il significato dei termini «informazione» e «pubblicità». La formulazione di due definizioni nettamente distinte non appare tuttavia facilmente agevole nel concreto, sebbene il raggiungimento di tale risultato rappresenterebbe un importante obiettivo in quanto le soluzioni prospettate potrebbero essere estese anche ad altri campi della comunicazione.

Considerando l'argomento sotto un profilo più generale, risulta necessario valutare la legittimità di un atto che intenda limitare la divulgazione di un messaggio pubblicitario o informativo. La pubblicità rappresenta infatti una delle forme di espressione con cui l'essere umano può esternare i propri pensieri ed esprimere le proprie opinioni. La libertà di espressione costituisce una delle quattro libertà fondamentali «everywhere in the world»¹²² garantita, ad esempio, dall'art. 19 della Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo¹²³, dall'art. 10, par. 1, della Convenzione europea dei diritti dell'uomo¹²⁴ e dall'art. 11 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea¹²⁵.

Di conseguenza, nell'Unione europea ogni messaggio promozionale potrebbe essere considerato protetto sia in quanto ricade sotto la tutela di una delle quattro libertà garantite nel mercato interno, potendo favorire la libera circolazione delle merci, sia in quanto rappresenta una modalità attraverso cui si estrinseca un diritto fondamentale. Sia le libertà che i diritti, tuttavia, non sono esercitabili in maniera assoluta, ma la necessità di una loro regolamentazione a salvaguardia dei consumatori ammette l'adozione di disposizioni restrittive purché rispettose di rigorosi criteri. Le disposizioni comunitarie limitanti la pubblicità possono quindi essere accettate solo nel momento in cui la

¹²² Franklin D. Roosevelt's Annual Address to Congress, *Four Freedoms Speech*, 6th January 1941.

¹²³ UN, General Assembly Resolution 217A, 10 December 1948.

¹²⁴ Council of Europe, Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, European Treaty Series n. 5, art. 10, par. 1: «Everyone has the right to freedom of expression. This right shall include freedom to hold opinions and to receive and impart information and ideas without interference by public authority and regardless of frontiers. This article shall not prevent States from requiring the licensing of broadcasting, television or cinema enterprises». Coerentemente con quanto previsto dal par. 2 dello stesso articolo, alcuni motivi, tra cui ragioni legate alla tutela della salute pubblica, possono limitare l'esercizio del diritto. Si vedano, a tale proposito, le conclusioni dell'Avvocato Generale Tesaro del 22 settembre 1992 in causa n. C-219/91, Procedimento penale a carico di *Johannes Stephanus Wilhelmus Ter Voort*, in *Raccolta*, 1992, I, p. 5485, par. 6.

¹²⁵ Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, art. 11, Libertà di espressione e d'informazione: «1. Ogni persona ha diritto alla libertà di espressione. Tale diritto include la libertà di opinione e la libertà di ricevere o di comunicare informazioni o idee senza che vi possa essere ingerenza da parte delle autorità pubbliche e senza limiti di frontiera».

loro adozione risulti funzionale alla protezione del pubblico interesse ed appaia proporzionata all'obiettivo che si intende perseguire¹²⁶ senza oltrepassare i limiti strettamente necessari al raggiungimento dello scopo prefissato¹²⁷. Infatti, come espresso da un paragone di indubbio impatto avanzato dalla *Court of Appeal* della Nuova Zelanda «[a] sledge hammer should not be used to crack a nut»¹²⁸.

Le disposizioni contenute nella proposta possono soddisfare questi requisiti associando alla tutela della salute il diritto all'informazione. Infatti, queste norme sono state sviluppate allo scopo di permettere ai consumatori di ricevere informazioni chiare e corrette in grado di assicurare un libero mercato aperto e trasparente al cui interno i cittadini potessero esercitare scelte motivate e consapevoli. In tal modo potrebbero essere appagate le aspettative dell'individuo, che aspira ad usufruire di un bene o di un servizio sicuro e garantito¹²⁹. Al fine di realizzare l'obiettivo di garantire l'accesso dei pazienti ad indicazioni chiare ed essenziali, potrebbero essere utilizzati i principi stabiliti dall'OMS e presenti nei *Ethical Criteria for Medicinal Drug Promotion*, sebbene tale documento sembri considerare come strumenti idonei a questo scopo solo i «package inserts, leaflets and booklets» oltre alle informazioni «provided by physicians or pharmacists»¹³⁰.

L'opportunità di migliorare l'informazione dei pazienti risulta anche condivisa da alcuni parlamentari italiani, che già nella passata legislatura avevano presentato una proposta di legge intesa a modificare l'art. 113 del Titolo VIII del dlgo n. 219/06 di attuazione della direttiva n. 2001/83/Ce¹³¹. Nella

¹²⁶ Sentenza della Corte di giustizia del 26 aprile 1988 in causa n. 352/85, *Bond van Adverteerders ed altri c. Stato dei Paesi Bassi*, in *Raccolta*, 1988, p. 2085, par. 36 («A questo proposito è sufficiente osservare che i provvedimenti adottati in forza dell'art. 56 del Trattato [ora art. 52 TFUE] non debbono essere sproporzionati rispetto allo scopo perseguito, in quanto deroga ad un principio fondamentale del Trattato. Detto articolo deve, infatti, essere interpretato in modo che i suoi effetti siano limitati a quanto necessario per la tutela degli interessi che esso mira a garantire»).

¹²⁷ Sentenza della Corte di giustizia del 22 gennaio 2002 in causa n. C-390/99, *Canal Satélite Digital SL c. Administración General del Estado*, in presenza di *Distribuidora de Televisión Digital SA (DTS)*, in *Raccolta*, 2002, I, p. 607, par. 33 («Conseguentemente, la questione della giustificazione delle restrizioni menzionate (...) deve essere esaminata sotto il duplice profilo degli artt. 30 e 59 del Trattato [ora artt. 34 e 56 TFUE] al fine di poter valutare se il provvedimento nazionale di cui trattasi nella causa principale persegua un motivo di interesse generale e rispetti il principio di proporzionalità, vale a dire se sia idoneo a garantire il conseguimento dello scopo perseguito e non vada oltre quanto necessario per il suo raggiungimento»).

¹²⁸ *Moonen v Film and Literature Board of Review*, [2000] 2 NZLR 9 (CA).

¹²⁹ Si vedano a questo proposito Commissione delle Comunità europee, Libro verde sulla tutela dei consumatori nell'Unione europea, Com(2001)531 def., 2 ottobre 2001 e la successiva Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale e al Comitato delle Regioni, Strategia della politica dei consumatori 2002-2006, Com(2002)208 def., 7 maggio 2002, in *Guce* n. C 137 del 8 giugno 2002, p. 2 ss.

¹³⁰ *Ethical Criteria for Medicinal Drug Promotion*, cit. supra, nota 27, Information for patients: package inserts, leaflets and booklets, par. 29-30.

¹³¹ Camera dei deputati, XV legislatura, Proposta di legge n. 1873 d'iniziativa dei deputati Porretti, Dato, Gozzi, «Modifica dell'art. 113 del decreto legislativo 24 aprile 2006, n. 219, in materia di pubblicità dei medicinali e di informazione sui medicinali», 30 ottobre 2006. La proposta è stata

motivazione si lamentava il fatto che la normativa in vigore non facesse «alcun riferimento all'informazione intesa come comunicazione di pubblica utilità, di maggiori conoscenze, nozioni e notizie che potrebbero rivelarsi utili e vitali per la salvaguardia della salute dei pazienti», proclamando in modo forse eccessivamente enfatico ed ottimistico come «i cittadini abbiano il diritto e la capacità di distinguere la mera informazione pubblicitaria dalle importanti informazioni scientifiche che potenzialmente possono aiutare a scegliere, e, forse, anche a salvare una vita».

Possibili modifiche sulla normativa inerente la pubblicità sui farmaci sono all'esame anche degli organi legislativi di altri Stati membri. Recentemente, il Ministro della sanità dei Paesi Bassi ha avanzato la proposta di emendare il codice nazionale di autoregolamentazione sulla pubblicità farmaceutica (*Codecommissie Geneesmiddelenreclame*) al fine di includervi norme sulla diffusione di linee guida sui trattamenti terapeutici, sulla formazione continua degli operatori sanitari e sull'informazione relativa ai sintomi delle malattie. Inoltre, i cambiamenti previsti intendono accordare agli infermieri la facoltà di prescrivere alcuni medicinali, permettendo quindi di pubblicizzare presso tali operatori sanitari quei farmaci la cui prescrizione sia loro consentita¹³².

Si riscontra quindi nell'Unione e in alcuni Stati membri la propensione a riconoscere ai pazienti il diritto di accedere ad informazioni di carattere medico per renderli edotti sui sintomi anche in relazione ai diversi stadi di avanzamento delle malattie, a ricevere notizie di natura scientifica per aggiornarsi sui progressi raggiunti nel campo della diagnosi e della prevenzione e ad ottenere indicazioni di tipo terapeutico per informarsi sui prodotti disponibili per la cura delle diverse affezioni. In questa opera divulgativa sarà necessario evitare tuttavia che le azioni di educazione sanitaria si traducano in forme di pubblicità sostituendosi all'autorità del medico responsabile della diagnosi e della prescrizione. Si tratta in pratica di stabilire regole chiare per rispondere alle esigenze del paziente in modo trasparente senza giustificare l'utilizzo di messaggi a fini commerciali. Per rispondere a tali esigenze si deve predisporre una strategia di comunicazione che dovrà essere vigilata dalle Agenzie comunitarie ed in modo particolare dall'EMA.

Federico Forni*

avanzata anche nella presente legislatura (Senato della Repubblica, XVI legislatura, dis. l. n. 126 d'iniziativa dei senatori Poretti e Perduca, «Modifica dell'art. 113 del decreto legislativo 24 aprile 2006, n. 219, in materia di pubblicità dei medicinali e di informazione sui medicinali», 29 aprile 2008).

¹³² NautaDutilh, e-news letter, Opinion Dutch Minister of Health on Pharmaceutical Advertising, 21th April 2009 (http://www.newsletter-nautadutilh.com/EN/xzine/life_sciences/pharmaceutical_advertising/opinion_dutch_minister_of_health_on_pharmaceutical_advertising.html?cid=4&xzine_id=4233&aid=10941).

* Dottorando in Diritto dell'Unione europea / Università degli Studi di Bologna.

GIURISPRUDENZA COMUNITARIA

I. SENTENZE E COMMENTI

LA CORTE DI GIUSTIZIA DICHIARA COMPATIBILE CON I PRINCIPI DELLA LIBERA CIRCOLAZIONE DELLE MERCI L'ESTENSIONE EXTRATERRITORIALE DELLA TUTELA DI UN TOPONIMO NOTO NEL PAESE DI ORIGINE

Corte di giustizia

Sentenza dell'8 settembre 2009 in causa n. C-478/07*

Budějovický Budvar, národní podnik c. Rudolf Ammersin GmbH

Art. 234 Ce - Questione pregiudiziale - Artt. 28 e 30 CE - Trattati bilaterali fra Stati membri - Libera circolazione delle merci - Regolamento (Ce) n. 510/2006 - Protezione delle indicazioni geografiche e delle denominazioni di origine - Protezione in uno Stato membro di un'indicazione di provenienza geografica di un altro Stato membro - Compatibilità.

Dal punto 101 della sentenza 18 novembre 2003 in causa n. C-216/01, Budějovický Budvar discende che:

- al fine di determinare se una denominazione come quella di cui trattasi nella causa principale possa essere considerata un'indicazione di origine geografica semplice e indiretta la cui protezione in forza dei trattati bilaterali di cui trattasi può essere giustificata con riguardo ai criteri di cui all'art. 30 CE, è compito del giudice del rinvio accertare se, secondo le condizioni di fatto e le

* Il testo integrale della sentenza, sopra riportata, è reperibile sul sito internet www.curia.europa.eu (n.d.r.). In argomento v. *infra*, p. 255 ss., il commento di VITO RUBINO.

concezioni esistenti nella Repubblica ceca, tale denominazione, anche se non è di per sé una denominazione geografica, sia almeno idonea a informare il consumatore del fatto che il prodotto cui essa è applicata proviene da una regione o da un luogo del territorio di detto Stato membro;

- il giudice del rinvio deve inoltre accertare, del pari con riguardo alle condizioni di fatto e alle concezioni esistenti nella Repubblica ceca, se, come è affermato al punto 99 della detta sentenza, la denominazione di cui trattasi nella causa principale non abbia acquisito, alla data dell'entrata in vigore dei trattati bilaterali di cui trattasi o successivamente a tale data, una natura generica in detto Stato membro, dal momento che la Corte ha già deciso, ai punti 99 e 100 della stessa sentenza, che lo scopo del sistema di tutela istituito da detti trattati rientra nella salvaguardia della proprietà industriale e commerciale ai sensi dell'art. 30 CE;

- in mancanza di qualsiasi disposizione comunitaria in materia, è compito del giudice del rinvio decidere, conformemente al proprio diritto nazionale, se si debba ordinare un sondaggio di opinioni destinato ad illuminarlo sulle condizioni di fatto e sulle concezioni esistenti nella Repubblica ceca al fine di accertare se la denominazione «Bud» di cui trattasi nella causa principale possa essere qualificata come indicazione di provenienza geografica semplice e indiretta e che questa non abbia acquisito una natura generica in detto Stato membro. Del pari con riguardo a questo stesso diritto nazionale il giudice del rinvio, se ritiene necessario ordinare un sondaggio di opinioni, deve determinare, ai fini di detti accertamenti, la percentuale di consumatori considerata sufficientemente significativa;

- l'art. 30 CE non impone un obbligo concreto alla qualità e alla durata dell'utilizzazione che è fatta di una denominazione nello Stato membro di origine perché la tutela di questa sia giustificata con riguardo a detto articolo. La questione se tale obbligo si applichi nella causa principale deve essere risolta dal giudice del rinvio con riguardo al diritto nazionale applicabile, in particolare al sistema di tutela previsto dei trattati bilaterali di cui trattasi.

2. Il sistema comunitario di tutela previsto dal regolamento (Ce) del Consiglio 20 marzo 2006, n. 510, relativo alla protezione delle indicazioni geografiche e delle denominazioni d'origine dei prodotti agricoli e alimentari, riveste una natura esauriente di modo che questo regolamento osta all'applicazione di un sistema di tutela previsto da trattati che vincolano due Stati membri quali i trattati bilaterali di cui trattasi che conferisce ad una denominazione, riconosciuta secondo il diritto di uno Stato membro come una denominazione di origine, una tutela in un altro Stato membro dove tale tutela è effettivamente richiesta allorché siffatta denominazione di origine non ha costituito oggetto di una domanda di registrazione in forza di detto regolamento.

(*Omissis*) **In diritto**

Causa principale e questioni pregiudiziali

36. La causa principale ha già dato luogo alla sentenza 18 novembre 2003 in causa n. C-216/01, *Budějovický Budvar* (*Raccolta*, I, p. 13617), nella quale la Corte, investita dallo stesso giudice del rinvio che aveva presentato una domanda di pronuncia pregiudiziale nella causa in esame, ha dichiarato:

«1. L'art. 28 CE e il regolamento (...) n. 2081/92, (...) come modificato dal regolamento (...) n. 535/97, non ostano all'applicazione di una disposizione di un trattato bilaterale, concluso tra uno Stato membro ed uno Stato terzo, che attribuisce ad un'indicazione di origine geografica semplice e indiretta del detto Paese terzo una tutela nello Stato membro importatore che è indipendente da qualsiasi rischio d'inganno e consente di impedire l'importazione di un prodotto regolarmente commercializzato in un altro Stato membro.

2. L'art. 28 CE osta all'applicazione di una disposizione di un trattato bilaterale, concluso tra uno Stato membro ed uno Stato terzo, che attribuisce ad una denominazione che non si riferisce né direttamente né indirettamente nel detto Paese all'origine geografica del prodotto da essa designato una tutela nello Stato membro importatore che è indipendente da qualsiasi rischio d'inganno e consente di impedire l'importazione di un prodotto regolarmente commercializzato in un altro Stato membro.

3. L'art. 307, primo comma, CE dev'essere interpretato nel senso che consente ad un giudice di uno Stato membro, fatte salve le verifiche che quest'ultimo deve effettuare in particolare alla luce degli elementi forniti dalla presente sentenza, di applicare disposizioni di trattati bilaterali come quelli di cui trattasi nella causa principale, conclusi fra il detto Stato e un Paese terzo, che prevedono la tutela di una denominazione di tale Paese terzo, anche qualora le dette disposizioni si rivelino incompatibili con le norme del Trattato CE, per il fatto che si tratta di un obbligo derivante da convenzioni concluse anteriormente alla data di adesione all'Unione europea dello Stato membro di cui trattasi. Nell'attesa che uno dei mezzi di cui all'art. 307, secondo comma, CE consenta di eliminare eventuali incompatibilità esistenti fra una convenzione anteriore alla detta adesione e il detto Trattato, il primo comma di tale articolo autorizza il detto Stato a continuare ad applicare una tale convenzione laddove essa contenga obblighi cui quest'ultimo resta vincolato in forza del diritto internazionale».

(*Omissis*)

38. Nella decisione di rinvio nella causa in esame il giudice proponente riassume come segue gli sviluppi intervenuti dopo la pronuncia della citata sentenza *Budějovický Budvar*.

39. Con sentenza 8 dicembre 2004, il giudice del rinvio ha respinto il ricorso della Budvar basandosi sulla considerazione che la denominazione «Bud» non è un'indicazione di provenienza in quanto la popolazione cieca non associa tale denominazione a un luogo determinato della Repubblica ceca e questa non è mai stata utilizzata in tale paese per designare un luogo. Il giudice del rinvio ne ha concluso che la protezione di detta denominazione da parte dei trattati bilaterali di cui trattasi è in-

compatibile con l'art. 28 CE. Questa sentenza è stata confermata con sentenza dell'Oberlandesgericht Wien 21 marzo 2005.

40. Tuttavia, con ordinanza 29 novembre 2005, l'Oberster Gerichtshof ha annullato le decisioni degli organi giurisdizionali inferiori e rinviato la causa dinanzi al giudice *a quo*, affinché quest'ultimo statuisca nuovamente dopo aver completato il procedimento.

41. Secondo l'Oberster Gerichtshof, la questione se la denominazione «Bud» designi una regione o un luogo del territorio della Repubblica ceca dev'essere considerata unitamente ai criteri di un'indicazione di provenienza semplice e indiretta.

42. Alla luce dei punti 54 e 101 della citata sentenza *Budějovický Budvar*, si dovrebbe esaminare se la denominazione «Bud» sia quanto meno idonea a informare il consumatore del fatto che il prodotto così designato proviene da un determinato luogo, da una determinata regione o da un determinato paese. Occorrerebbe pertanto chiedersi se i consumatori intendano tale denominazione, associata alla birra, come un'indicazione di provenienza geografica semplice o indiretta. Orbene, il giudice del rinvio non avrebbe ancora esaminato tale questione.

43. Inoltre, con sentenza 23 marzo 2006, il giudice del rinvio, basandosi principalmente sui risultati di un sondaggio di opinioni comunicati dall'Anheuser-Busch, ha nuovamente respinto il ricorso della Budvar in quanto i consumatori cechi non intendono la denominazione «Bud», associata alla birra, come un'indicazione di provenienza.

44. Tuttavia, l'Oberlandesgericht Wien ha annullato detta sentenza con sentenza 10 luglio 2006 e ha nuovamente rinviato la causa dinanzi al giudice del rinvio, motivando essenzialmente che il giudice del rinvio doveva completare la procedura in quanto non aveva ottemperato ad una domanda di istruttoria richiesta dalla Budvar, avente ad oggetto una perizia giudiziaria dopo l'effettuazione di un sondaggio presso il pertinente gruppo di popolazione e che doveva limitarsi alle questioni:

- se i consumatori cechi associno la denominazione «Bud» alla birra;
- se, associando essi stessi la denominazione «Bud» alla birra o attraverso il collegamento suggerito dal perito fra tale denominazione e la birra, essi intendano detta denominazione nel senso che essa indica che la birra proviene da un determinato luogo, da una determinata regione o da un determinato paese, e
- in caso di soluzione affermativa della precedente questione, a quale luogo, a quale regione o a quale paese associno la denominazione «Bud» in relazione alla birra.

45. Il giudice del rinvio ritiene che occorra una nuova domanda di pronuncia pregiudiziale.

46. In primo luogo, come dimostrerebbe lo svolgimento del procedimento dopo la pronuncia della citata sentenza *Budějovický Budvar*, vi sarebbero incertezze quanto alla portata di detta sentenza.

47. Sorgerebbe, anzitutto, la questione se i punti 54 e 101 della detta sentenza debbano essere intesi nel senso che, al fine di determinare se una denominazione possa essere considerata un'indicazione di provenienza semplice e indiretta che possa essere compatibile con l'art. 28 CE, rileva soltanto stabilire se, secondo le condizioni di fatto e le condizioni esistenti nella Repubblica ceca, la denominazione «Bud» designi una regione o un luogo del territorio di tale Stato, oppure se si debba invece esaminare se, in connessione con il prodotto da essa designato, nella fattispecie la birra, tale denominazione sia idonea a informare i consumatori del fatto che il prodotto cui essa è applicata

proviene da un determinato luogo, da una determinata regione o da un determinato paese senza che occorra che, secondo dette condizioni e concezioni, detta denominazione designi di per sé tale luogo, tale regione o tale paese.

48. Inoltre, rimarrebbe incertezza anche quanto al metodo che deve essere seguito dal giudice del rinvio per accertare se, alla luce dei criteri che dovevano essere così applicati da esso, la denominazione di cui trattasi costituisca un'indicazione di provenienza semplice e indiretta. Si porrebbe in particolare la questione se occorra un sondaggio di opinioni e quale grado di assenso sia richiesto.

49. Infine, il giudice del rinvio ritiene che, alla luce del riferimento, al punto 101 della citata sentenza *Budějovický Budvar*, alle condizioni di fatto esistenti nella Repubblica ceca, si pone la questione se debbano essere imposti obblighi concreti tanto alla qualità quanto alla durata dell'utilizzazione che è fatta della denominazione «Bud». Occorrerebbe in particolare chiedersi se tale denominazione sia stata utilizzata come indicazione geografica o come marchio. Secondo il giudice del rinvio, a questo proposito è pacifico che nessuna impresa stabilita nella Repubblica ceca diversa dalla Budvar ha utilizzato la denominazione «Bud» e che questa l'ha utilizzata in quanto marchio e non come indicazione di provenienza.

50. In secondo luogo, secondo il giudice del rinvio, il contesto fattuale e giuridico della causa principale ha subito modifiche essenziali rispetto a quello esistente quando quest'organo giurisdizionale ha investito la Corte della domanda di pronuncia pregiudiziale che ha dato luogo alla citata sentenza *Budějovický Budvar*.

51. A questo proposito, il giudice del rinvio rileva che, secondo la situazione esistente nel Paese di origine, vale a dire nella Repubblica ceca, la denominazione «Bud» è protetta come denominazione di origine. A seguito della registrazione di tale denominazione presso l'OMPI in forza dell'Accordo di Lisbona, tale protezione sarebbe stata estesa ad altri Stati, del pari parti di tale accordo.

(*Omissis*)

54. Alla luce di tale nuova situazione, si porrebbero due questioni.

55. Si porrebbe, in primo luogo, la questione, su cui la Corte non si sarebbe ancora pronunciata, se il regolamento n. 510/2006 rivesta natura esauriente nel senso che esso osterebbe ad una protezione prevista dal diritto nazionale o da un trattato bilaterale di denominazioni, quale la denominazione di origine «Bud» la cui registrazione non è stata chiesta conformemente a tale regolamento, ma che in via di principio rientrano nella sfera di applicazione sostanziale di questo (in prosieguo: la «natura esauriente» del regolamento n. 510/2006).

(*Omissis*)

58. Si porrebbe, in secondo luogo, la questione della natura esauriente della protezione accordata dall'Atto di adesione alle birre prodotte nella città di České Budějovice sotto forma delle indicazioni geografiche «Budějovické pivo», «Českobudějovické pivo» e «Budějovický měšťanský var» protette in forza del regolamento n. 510/2006. Tale natura esauriente implicherebbe che l'esistenza di tale protezione osti al mantenimento in vigore di un'altra denominazione quale «Bud», che designi del pari birra prodotta in detta città, protetta in quanto denominazione di origine in

forza del diritto nazionale.

59. Anche se non fosse riconosciuta siffatta natura esauriente, si dovrebbe ancora esaminare se l'esistenza della protezione delle dette tre denominazioni osti quanto meno all'estensione della protezione nazionale di un'altra identificazione geografica quale «Bud» ad altri Stati membri mediante trattati bilaterali conclusi fra Stati membri.

60. In tali circostanze, lo Handelsgericht Wien, reputando che la soluzione della controversia ad esso sottoposta dipenda dall'interpretazione del diritto comunitario, ha deciso di sospendere il procedimento e di sottoporre alla Corte le seguenti questioni pregiudiziali:

«1. Nella [citata sentenza *Budějovický Budvar*] la Corte di giustizia ha stabilito che, affinché la tutela quale indicazione geografica di una denominazione che nel paese di origine non è né il nome di un luogo né quello di una regione sia compatibile con l'art. 28 CE, devono essere rispettati i seguenti requisiti:

- tale denominazione deve designare, secondo le condizioni di fatto
- e secondo le concezioni esistenti nello Stato di origine, una regione od un luogo del territorio di tale Stato, e

- la sua protezione deve essere giustificata in base ai criteri di cui all'art. 30 CE.

Se tali requisiti significano:

- che la denominazione in quanto tale svolge concretamente una funzione di indicazione geografica riferita ad un determinato luogo o ad una determinata regione, oppure se sia sufficiente che la denominazione sia idonea, in connessione con il prodotto da essa designato, a informare i consumatori del fatto che tale prodotto proviene da un determinato luogo o da una determinata regione dello Stato di origine;

- che i tre presupposti di cui sopra costituiscono condizioni che debbono essere esaminate separatamente ed essere soddisfatte cumulativamente;

- che, ai fini dell'accertamento delle concezioni esistenti nel Paese di origine, deve essere effettuato un sondaggio tra i consumatori e, in caso affermativo, che ai fini della tutela è necessario un livello di notorietà e di riconoscibilità basso, medio o elevato;

- che la denominazione è stata effettivamente utilizzata nello Stato di origine come indicazione geografica da più imprese, e non da un'unica impresa, e che l'utilizzo come marchio da parte di una sola impresa osta al riconoscimento della tutela.

2. Se il fatto che una denominazione non sia stata notificata o denunciata né entro il termine di sei mesi previsto dal regolamento n. 918/2004 né altrimenti ai sensi del regolamento n. 510/2006 determini come conseguenza una perdita di efficacia di un'eventuale tutela nazionale esistente o comunque di un'eventuale tutela estesa in via bilaterale a un altro Stato membro, nel caso in cui, ai sensi del diritto nazionale dello Stato di origine, la denominazione costituisca un'indicazione geografica qualificata ai sensi del regolamento n. 510/2006.

3. Se il fatto che, nell'ambito dell'Atto di adesione [uno] Stato membro abbia richiesto la tutela di varie indicazioni geografiche qualificate per un prodotto alimentare ai sensi del regolamento n. 510/2006 abbia come conseguenza che un'eventuale tutela nazionale o comunque un'eventuale tutela estesa in via bilaterale a un altro Stato membro relativa ad un'ulteriore denominazione per lo stesso prodotto non può più essere mantenuta e che al detto regolamento n. 510/2006 spetta in proposito efficacia esauriente».

Sulle questioni pregiudiziali

Sulla prima questione

Sulla ricevibilità

(*Omissis*)

Nel merito

70. Con la prima questione il giudice del rinvio chiede, in sostanza, di essere illuminato sul punto 101 della citata sentenza *Budějovický Budvar*.

71. *In limine*, occorre rilevare che questa prima questione riguarda la protezione della denominazione «Bud» in quanto indicazione di origine geografica semplice in forza dei trattati bilaterali di cui trattasi, conclusi l'11 giugno 1976 e il 7 giugno 1979 fra la Repubblica d'Austria e la Repubblica socialista cecoslovacca. Si tratta quindi di trattati bilaterali conclusi sicuramente prima dell'adesione della Repubblica ceca all'Unione europea. La causa in esame non riguarda quindi la situazione di trattati bilaterali conclusi in un periodo in cui i paesi in parola sono effettivamente Stati membri dell'Unione europea.

72. Al fine di risolvere tale questione occorre collocare detto punto 101 nell'ambito dell'analisi della Corte di cui tale punto fa parte integrante.

73. A questo proposito, si deve ricordare che, al punto 54 della citata sentenza *Budějovický Budvar*, la Corte ha rilevato che la prima questione sollevata in tale causa riguarda l'ipotesi secondo cui la denominazione «Bud» costituirebbe un'indicazione di origine geografica semplice e indiretta, vale a dire una denominazione per cui non esiste un nesso diretto tra una determinata qualità, la reputazione o un'altra caratteristica del prodotto, da un lato, e la sua origine geografica specifica, dall'altro, e che, pertanto, non rientra nell'ambito di applicazione dell'art. 2, n. 2, lett. b., del regolamento n. 2081/92 (v. sentenza 7 novembre 2000, causa n. C-312/98, *Warsteiner Brauerei*, *Raccolta*, I, p. 9187, punti 43 e 44), denominazione che, inoltre, non è di per sé una denominazione geografica, ma almeno è idonea ad informare il consumatore del fatto che il prodotto che la reca proviene da un luogo, da una regione o da un paese determinati (v. sentenza 10 novembre 1992, causa n. C-3/91, *Exportur*, *Raccolta*, I, p. 5529, punto 11).

74. Basandosi su tale ipotesi la Corte ha esaminato se la tutela assoluta, vale a dire indipendente da qualsiasi rischio di inganno, di un'indicazione di origine geografica semplice indiretta quale quella conferita alla denominazione «Bud» dai trattati bilaterali di cui trattasi, qualora essa possa comportare una restrizione alla libera circolazione delle merci (sentenza *Budějovický Budvar*, *cit.*, punto 97), possa essere giustificata rispetto al diritto comunitario.

75. Al punto 99 della citata sentenza *Budějovický Budvar*, la Corte ha ricordato che, per quanto riguarda una tutela conferita da una convenzione bilaterale, essenzialmente dello stesso tipo di quella in questione nella causa principale, essa ha già dichiarato che lo scopo di una tale convenzione, che consiste nell'impedire che i produttori di uno Stato contraente usino le denominazioni geografiche di un altro Stato sfruttando così la reputazione propria dei prodotti delle imprese stabilite nelle regioni o nei luoghi indicati da tali denominazioni, mira a garantire la lealtà della concorrenza. Un tale scopo può essere considerato rientrare nella salvaguardia della proprietà

industriale e commerciale ai sensi dell'art. 30 CE, purché le denominazioni in questione non siano diventate generiche nello Stato d'origine al momento dell'entrata in vigore di tale convenzione o in un momento successivo (v. sentenze *Exportur, cit.*, punto 37, e 4 marzo 1999, causa n. C-87/97, *Consorzio per la tutela del formaggio Gorgonzola, Raccolta*, I, p. 1301, punto 20).

76. Al punto 100 della citata sentenza *Budějovický Budvar*, la Corte ha rilevato che, come risulta in particolare dagli artt. 1, 2 e 6 della convenzione bilaterale, un tale scopo costituisce il fondamento del sistema di tutela istituito dai trattati bilaterali in questione.

77. Alla luce di tale considerazione la Corte ha affermato, al punto 101 della citata sentenza *Budějovický Budvar*, che, se è vero che dalle verifiche effettuate dal giudice del rinvio risulta che, secondo le condizioni di fatto e le concezioni prevalenti nella Repubblica ceca, la denominazione «Bud» designa una regione o un luogo del territorio di tale Stato e che la sua tutela è giustificata alla luce dei criteri dell'art. 30 CE, questo non osta nemmeno a che tale tutela sia estesa al territorio di un altro Stato membro quale, nel caso di specie, la Repubblica d'Austria.

78. Per quanto attiene, in primo luogo, al riferimento effettuato al detto punto di tale sentenza alle condizioni di fatto e alle concezioni prevalenti nella Repubblica ceca, tale espressione dev'essere intesa nell'ambito particolare del sistema di tutela della designazione «Bud» in forza dei trattati bilaterali di cui trattasi che consiste nel fatto che tale sistema, alla guisa per esempio di quello di cui trattavasi nella citata sentenza *Exportur*, si basa su un'estensione della tutela quale prevista nello Stato membro di origine, nella fattispecie la Repubblica ceca, allo Stato membro di importazione, nella fattispecie la Repubblica d'Austria.

79. Tale sistema è caratterizzato dal fatto, che deroga al principio di territorialità, che la tutela conferita è determinata dal diritto dello Stato membro di origine, nonché dalle condizioni di fatto e dalle concezioni esistenti in tale Stato (sentenza *Exportur, cit.*, punti 12, 13 e 38).

80. Pertanto, la questione se la denominazione «Bud» costituisca un'indicazione di origine geografica semplice e indiretta dev'essere verificata dal giudice del rinvio con riguardo a dette condizioni e concezioni prevalenti nella Repubblica ceca.

81. In particolare, come la Corte ha ricordato al punto 54 della citata sentenza *Budějovický Budvar*, una denominazione di origine geografica semplice riveste un carattere indiretto se non è di per sé una denominazione geografica, ma è almeno idonea a informare il consumatore del fatto che il prodotto che la reca proviene da un luogo, da una regione o da un paese determinati.

82. Se ne deve concludere che, al fine di stabilire se una denominazione quale «Bud» possa essere considerata come un'indicazione di origine geografica semplice e indiretta la cui tutela in forza dei trattati bilaterali di cui trattasi può essere giustificata con riguardo ai criteri di cui all'art. 30 CE, è compito del giudice del rinvio accertare se, secondo le condizioni di fatto e le concezioni prevalenti nella Repubblica ceca, tale denominazione, anche se non è, di per sé, una denominazione geografica, sia quantomeno idonea a informare i consumatori del fatto che il prodotto che la reca proviene da una regione o da un luogo del territorio di detto Stato membro.

83. Per contro, se siffatto esame dimostrasse che la denominazione di cui trattasi è priva di tale capacità minima di far riferimento all'origine geografica del prodotto considerato, la sua tutela non potrebbe essere giustificata in forza della tutela della

proprietà industriale e commerciale ai sensi dell'art. 30 CE e in via di principio sarebbe in contrasto con l'art. 28 CE, qualora non possa essere giustificata per un altro titolo (sentenza *Budějovický Budvar, cit.*, punti 107-111).

84. Per quanto concerne, in secondo luogo, l'affermazione al punto 101 della citata sentenza *Budějovický Budvar*, secondo cui la tutela della denominazione «Bud» dev'essere giustificata con riguardo ai criteri di cui all'art. 30 CE, da quanto precede discende che il giudice del rinvio deve inoltre accertare, del pari con riguardo alle condizioni di fatto e alle concezioni prevalenti nella Repubblica ceca se, come si è rilevato al punto 99 di detta sentenza, la denominazione di cui trattasi nella causa principale non abbia acquisito, alla data dell'entrata in vigore dei trattati bilaterali di cui trattasi o successivamente a tale data, una natura generica in tale Stato membro, dal momento che la Corte ha già deciso, ai punti 99 e 100 della stessa sentenza, che lo scopo del sistema di tutela istituito dai detti trattati rientra nell'ambito della salvaguardia della proprietà industriale e commerciale ai sensi dell'art. 30 CE.

(*Omissis*)

Sulla seconda questione

95. Con la seconda questione il giudice del rinvio chiede, in sostanza, se il sistema comunitario di tutela previsto dal regolamento n. 510/2006 rivesta una natura esauriente di modo che tale regolamento osterebbe all'applicazione di un regime di tutela previsto dai trattati che vincolano due Stati membri quali i trattati bilaterali di cui trattasi che conferisce ad una denominazione, riconosciuta secondo il diritto di uno Stato membro come una denominazione di origine, una tutela in un altro Stato membro dove tale protezione è effettivamente chiesta, mentre questa denominazione di origine non ha costituito oggetto di una domanda di registrazione in forza di detto regolamento.

Osservazioni preliminari

96. In via preliminare, va ricordato, in primo luogo, come si è rilevato ai punti 51 e 52 della presente sentenza, che, secondo il giudice del rinvio, la questione in esame riguarda l'ipotesi secondo cui, nella Repubblica ceca, la denominazione «Bud» è tutelata in quanto denominazione d'origine e non come indicazione di provenienza geografica semplice.

97. Occorre rilevare, in secondo luogo, che, dopo che la Corte ha emesso la citata sentenza *Budějovický Budvar*, la Repubblica ceca ha aderito all'Unione europea.

98. Ne consegue che, poiché i trattati bilaterali di cui trattasi riguardano ormai due Stati membri, le loro disposizioni non possono applicarsi nei rapporti fra questi Stati qualora esse si rivelino in contrasto con il diritto comunitario, in particolare con le norme del Trattato sulla libera circolazione delle merci (v. in tal senso, in particolare, sentenza 20 maggio 2003, causa n. C-469/00, *Ravil, Raccolta*, I, p. 5053, punto 37 e giurisprudenza ivi citata).

99. Si deve inoltre osservare che l'art. 307 CE non è applicabile a tali convenzioni dal momento che nessuno Stato terzo è parte delle stesse (sentenza 27 settembre 1988, causa n. 235/87, *Matteucci, Raccolta*, p. 5589, punto 21).

(*Omissis*)

103. Essendo la definizione della nozione di denominazione di origine prevista

dall'art. 2, n. 1, dell'Accordo di Lisbona in sostanza identica a quella dell'art. 2, n. 1, lett. a., del regolamento n. 510/2006, ne discenderebbe, secondo il giudice del rinvio, che la denominazione «Bud» costituisce una denominazione di origine ai sensi di detto regolamento.

104. Orbene, è pacifico che, a tutt'oggi, detta denominazione non ha costituito oggetto di una domanda di registrazione in forza del regolamento n. 510/2006. È del pari pacifico che nessuna domanda di registrazione di questa stessa denominazione è stata trasmessa alla Commissione in forza del regolamento n. 2081/92 nell'ambito delle disposizioni transitorie previste dal regolamento n. 918/2004 in materia di denominazioni d'origine e di indicazioni geografiche esistenti nei dieci Stati divenuti Stati membri dell'Unione europea in occasione del penultimo allargamento di questa.

105. Pertanto, la seconda questione riguarda l'ipotesi secondo cui la tutela della denominazione «Bud» chiesta nella Repubblica d'Austria dalla Budvar in forza dei trattati bilaterali di cui trattasi si basa sull'estensione a questo Stato membro della tutela di questa denominazione in quanto denominazione di origine quale esistente nella Repubblica ceca, denominazione che risponde del pari alla definizione di denominazione di origine ai sensi del regolamento n. 510/2006.

106. Si pone quindi più in particolare la questione se il regolamento n. 510/2006 riveste una natura esauriente che osta a tale tutela nazionale e, di conseguenza, del pari all'estensione di tale tutela in forza dei trattati bilaterali di cui trattasi al territorio di un altro Stato membro.

Risposta della Corte

107. Conformemente alla costante giurisprudenza, il regolamento n. 2081/92 ha lo scopo di garantire una protezione uniforme, nella Comunità, delle denominazioni geografiche cui si riferisce e ha introdotto l'obbligo di registrazione comunitaria delle stesse affinché possano godere di una protezione in tutti gli Stati membri (v. in tal senso, in particolare, sentenza *Budějovický Budvar, cit.*, punto 74 e giurisprudenza ivi citata).

108. Questo obiettivo risulta dal settimo *considerando* del regolamento n. 2081/92 (sentenza 9 giugno 1998, cause riunite C-129/97 e C-130/97, *Chiciak e Fol, Raccolta*, I, p. 3315, punti 25 e 26), che in sostanza è identico al sesto *considerando* del regolamento n. 510/2006, così redatto:

«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».

109. La Corte ha del pari rilevato che la normativa comunitaria manifesta una tendenza generale alla valorizzazione della qualità dei prodotti nell'ambito della politica agricola comune, al fine di promuoverne la reputazione grazie, in particolare, all'uso di denominazioni di origine oggetto di una tutela particolare. Tale tendenza si è, in particolare, concretata per i prodotti agricoli mediante l'adozione del regolamento n. 2081/92, il quale, alla luce dei suoi *considerando*, mira in particolare a soddisfare l'attesa dei consumatori in materia di prodotti di qualità e di un'origine geografica certa nonché a facilitare il conseguimento da parte dei produttori, in con-

dizioni di concorrenza uguali, di migliori redditi in contropartita di uno sforzo qualitativo reale (v., in tal senso, sentenza *Ravil, cit.*, punto 48, nonché 20 maggio 2003, causa n. C-108/01, *Consorzio del Prosciutto di Parma e Salumificio S. Rita, Raccolta*, I, p. 5121, punto 63).

110. Le denominazioni di origine rientrano nei diritti di proprietà industriale e commerciale. La normativa pertinente tutela i beneficiari contro l'uso illegittimo delle dette denominazioni da parte di terzi che intendano profittare della reputazione da esse acquisita. Tali denominazioni sono dirette a garantire che il prodotto cui sono attribuite provenga da una zona geografica determinata e possieda talune caratteristiche particolari. Esse possono godere di una grande reputazione presso i consumatori e costituire per i produttori che soddisfano le condizioni per usarle un mezzo essenziale per costituirsi una clientela. La reputazione delle denominazioni di origine dipende dall'immagine di cui queste godono presso i consumatori. A sua volta tale immagine dipende, essenzialmente, dalle caratteristiche particolari e, in generale, dalla qualità del prodotto. È quest'ultima, in definitiva, che costituisce il fondamento della reputazione del prodotto. Nella percezione del consumatore, il nesso tra la reputazione dei produttori e la qualità dei prodotti dipende, inoltre, dalla sua convinzione che i prodotti venduti con la denominazione di origine sono autentici (citate sentenze *Ravil*, punto 49, nonché *Consorzio del Prosciutto di Parma e Salumificio S. Rita*, punto 64).

111. Ne discende che il regolamento n. 510/2006, adottato in base all'art. 37 CE, costituisce uno strumento della politica agricola comune mirante essenzialmente a garantire ai consumatori che i prodotti agricoli muniti di un'indicazione geografica registrata in forza di detto regolamento presentino, a causa della loro provenienza da una determinata zona geografica, talune caratteristiche particolari e, pertanto, offrano una garanzia di qualità dovuta alla loro provenienza geografica, allo scopo di consentire agli operatori agricoli che abbiano compiuto effettivi sforzi qualitativi di ottenere in contropartita migliori redditi e di impedire che terzi si avvantaggino abusivamente della reputazione discendente dalla qualità di tali prodotti.

112. Orbene, se fosse lecito per gli Stati membri consentire ai loro produttori di utilizzare sui loro territori nazionali una delle diciture o uno dei simboli riservati dall'art. 8 del regolamento n. 510/2006 alle denominazioni registrate in forza di detto regolamento, basandosi su un titolo nazionale il quale potrebbe rispondere ad obblighi meno severi di quelli imposti nell'ambito di detto regolamento per i prodotti di cui trattasi, la garanzia di qualità in parola, che costituisce la funzione essenziale dei titoli conferiti in forza del regolamento n. 510/2006, rischierebbe di non essere assicurata, il che potrebbe del pari, nel mercato interno, compromettere lo scopo di una concorrenza uguale fra i produttori di prodotti recanti tali diciture o simboli e potrebbe, in particolare, ledere i diritti che devono essere riservati ai produttori che abbiano compiuto effettivi sforzi qualitativi al fine di poter utilizzare un'indicazione geografica registrata in forza di detto regolamento.

113. Tale rischio di pregiudizio dell'obiettivo fondamentale di garantire la qualità dei prodotti agricoli considerati è tanto più notevole in quanto, come ha rilevato l'avvocato generale al par. 111 delle sue conclusioni, contrariamente ai marchi, non è stata adottata parallelamente alcuna misura comunitaria di armonizzazione di eventuali sistemi nazionali di tutela delle indicazioni geografiche.

114. Se ne deve concludere che il regolamento n. 510/2006 mira non a stabilire, accanto a norme nazionali che possono continuare ad essere vigenti, un regime com-

plementare di tutela delle indicazioni geografiche qualificate, alla guisa ad esempio di quello istituito con il regolamento (Ce) del Consiglio 20 dicembre 1993, n. 40/94, sul marchio comunitario (*Guce* 1994, n. L 11, p. 1), ma a prevedere un sistema di tutela uniforme ed esauriente per siffatte indicazioni.

115. Varie caratteristiche del sistema di tutela previsto dai regolamenti n. 2081/92 e n. 510/2006 militano del pari a favore della natura esaustiva di detto sistema.

116. In primo luogo, contrariamente ad altri sistemi comunitari di tutela dei diritti di proprietà industriale e commerciale quali quelli del marchio comunitario in forza del regolamento n. 40/94 o dei ritrovati vegetali in forza del regolamento del Consiglio 27 luglio 1994, n. 2100, concernente la privativa comunitaria per ritrovati vegetali (*Guce* n. L 227, p. 1), il procedimento di registrazione dei regolamenti n. 2081/92 e n. 510/2006 si basa su una ripartizione delle competenze tra lo Stato membro considerato e la Commissione poiché la decisione di registrare una denominazione può essere adottata dalla Commissione soltanto se lo Stato membro interessato le ha presentato una domanda a tal fine e una siffatta domanda può essere presentata solo se lo Stato membro ha verificato che essa è giustificata (sentenza 6 dicembre 2001, causa n. C-269/99, *Carl Kühne e a.*, *Raccolta*, I, p. 9517, punto 53).

117. Le procedure nazionali di registrazione sono quindi integrate nella procedura decisionale comunitaria e ne costituiscono una parte fondamentale. Esse non possono esistere al di fuori del sistema di tutela comunitaria.

118. Quanto al procedimento di registrazione comunitaria, è del pari significativo il fatto che l'art. 5, n. 6, del regolamento n. 510/2006, disposizione in sostanza identica all'art. 5, n. 5, del regolamento n. 2081/92, quale inserito nel detto regolamento dal regolamento n. 535/97, dispone che gli Stati membri possono accordare, sotto la loro sola responsabilità, una tutela nazionale transitoria finché una decisione sia adottata sulla domanda di registrazione.

119. A questo proposito la Corte ha del pari affermato come da tale disposizione discenda che, nel sistema istituito dal regolamento n. 2081/92, quando gli Stati membri dispongono della competenza ad adottare decisioni, anche solo transitorie, in deroga alle disposizioni del regolamento, tale competenza risulta da norme esplicite (sentenza *Chiciak e Fol*, *cit.*, punto 32).

120. Come ha rilevato l'Avvocato Generale al par. 102 delle sue conclusioni, una disposizione di tale natura non avrebbe alcun senso se gli Stati membri potessero in ogni caso mantenere i propri sistemi di tutela di denominazioni di origine e di indicazioni geografiche ai sensi del regolamento n. 2081/92 e farli coesistere con il regolamento n. 510/2006.

121. In secondo luogo, la natura esauriente del sistema di tutela quale previsto dai regolamenti nn. 2081/92 e 510/2006 è del pari attestata dalle disposizioni transitorie previste per le denominazioni nazionali vigenti quale la denominazione ceca «Bud» di cui trattasi nella causa principale.

122. Così, l'art. 17 del regolamento n. 2081/92 istituiva una cosiddetta procedura di registrazione semplificata per le denominazioni nazionali giuridicamente tutelate nello Stato membro che aveva domandato la loro registrazione o, negli Stati membri in cui non vi era un sistema di tutela, ivi sancite dall'uso (sentenza 25 giugno 2002 in causa n. C-66/00, *Bigi*, *Raccolta*, I, p. 5917, punto 28).

123. Si prevedeva che, se la loro registrazione fosse chiesta entro un termine di

sei mesi, la loro tutela nazionale poteva, al verificarsi di taluni presupposti, essere mantenuta per un periodo transitorio di cinque anni ai sensi dell'art. 13, n. 2, di detto regolamento, periodo che, in seguito, è stato prorogato di un periodo supplementare di cinque anni con il regolamento n. 535/97.

124. Poiché tale regime specifico per la tutela transitoria di denominazioni nazionali vigenti era stato abrogato con l'art. 1, punto 15, del regolamento n. 692/2003, la Commissione, con il regolamento n. 918/2004, ha previsto disposizioni transitorie in materia di tutela nazionale delle denominazioni di origine e delle indicazioni geografiche esistenti nei dieci Stati divenuti Stati membri in occasione del penultimo allargamento dell'Unione europea, calcate su quelle previste per i quindici Stati membri.

125. Queste disposizioni sono particolarmente pertinenti nel caso di specie poiché, secondo il giudice del rinvio, la denominazione «Bud» esisteva in detta epoca in quanto denominazione geografica qualificata nella Repubblica ceca.

126. Con tale regolamento si prevedeva che la tutela nazionale delle denominazioni di origine e delle indicazioni geografiche ai sensi del regolamento n. 2081/92 vigenti nei nuovi dieci Stati membri in data 30 aprile 2004 poteva essere mantenuta purché una domanda di registrazione fosse presentata alla Commissione entro questo stesso termine di sei mesi. Tuttavia, siccome non esisteva più la procedura semplificata, detto regolamento disponeva che quando una domanda di registrazione era stata trasmessa entro detto termine di sei mesi, la tutela nazionale in parola poteva essere mantenuta fino a una decisione della Commissione.

127. Il regolamento n. 918/2004 conferma di conseguenza per i nuovi dieci Stati membri ciò che già valeva per i quindici Stati membri, vale a dire che la tutela nazionale d'indicazioni geografiche qualificate esistenti è consentita soltanto se sono soddisfatte le condizioni delle norme di diritto transitorio specificamente previste per siffatte indicazioni, tra cui quella di presentare una domanda di registrazione entro un termine di sei mesi, il che le autorità ceche hanno ommesso di fare per quanto concerne la denominazione «Bud» di cui trattasi nella causa principale.

128. Orbene, tali sistemi specifici e, in particolare, l'autorizzazione espressa accordata, al verificarsi di talune condizioni, agli Stati membri per mantenere transitoriamente la tutela nazionale di indicazioni geografiche qualificate esistenti sarebbe difficilmente comprensibile se il sistema di tutela comunitaria di tali indicazioni presentasse una natura non esauriente che implichi che gli Stati membri conserverebbero in ogni caso una facoltà illimitata per mantenere siffatti titoli nazionali.

129. Alla luce di quanto precede si deve risolvere la seconda questione nel senso che il sistema comunitario di tutela previsto dal regolamento n. 510/2006 riveste una natura esauriente di modo che questo regolamento osta all'applicazione di un sistema di tutela previsto da trattati che vincolano due Stati membri quali i trattati bilaterali di cui trattasi che conferisce ad una denominazione, riconosciuta secondo il diritto di uno Stato membro come una denominazione di origine, una tutela in un altro Stato membro dove tale tutela è effettivamente richiesta allorquando siffatta denominazione di origine non ha costituito oggetto di una domanda di registrazione in forza di detto regolamento.

130. Tenuto conto della soluzione della seconda questione, non si deve più risolvere la terza questione.

(Omissis)

INDICAZIONI GEOGRAFICHE INDIRETTE E DENOMINAZIONI DI ORIGINE DEI PRODOTTI ALIMENTARI NELLA SENTENZA "BUD II"

Sommario: *Introduzione - 1. Causa principale e problematiche giuridiche pregiudiziali - 2. Tutela nazionale delle indicazioni geografiche semplici indirette nel contesto del diritto dell'Unione europea - 3. Denominazioni di origine non registrate e regolamento n. 510/2006/Ce - 4. Valutazioni conclusive.*

Introduzione

Con la sentenza dell'8 settembre 2009 nel caso *Budějovický Budvar národní podnik c. Rudolf Ammersin GmbH*¹ la Corte di giustizia torna sulla distinzione fra indicazioni geografiche semplici e denominazioni di origine dei prodotti alimentari di qualità, sollecitata a fare maggiore chiarezza su alcuni degli aspetti più rilevanti della disciplina comunitaria sulla tutela dei toponimi.

La pronuncia pregiudiziale, che si incardina in una complessa vicenda sul diritto di utilizzazione in Austria del termine *Bud* da parte di una azienda straniera, fornisce in effetti alcune utili indicazioni per completare il quadro giuridico relativo alla distinzione fra le due fattispecie.

Tuttavia, come meglio si dirà in prosieguo, alcuni passaggi motivazionali della sentenza, per una certa ambiguità nella formulazione ed il possibile incoraggiamento alle conclusioni dell'Avvocato Generale non del tutto condivisibili, potrebbero generare ulteriori malintesi interpretativi.

Pare dunque opportuno riprendere gli aspetti più significativi del caso per tentare alcune precisazioni sui diversi livelli di riconoscimento dei nomi geografici e sulla loro tutelabilità nell'ordinamento dell'Unione europea e degli Stati membri.

¹ Cfr. sentenza della Corte di giustizia dell'8 settembre 2009 in causa n. C-478/07, *Budějovický Budvar c. Rudolf Ammersin GmbH*, non ancora pubblicata in *Raccolta*, reperibile sul sito internet <http://www.curia.eu>.

1. Causa principale e problematiche giuridiche pregiudiziali

La fattispecie da cui è scaturita la pronuncia pregiudiziale in commento è piuttosto complessa, sia per le vicende che hanno interessato il giudizio principale², sia per il più vasto contenzioso che vede da decenni contrapposte la società americana *Anheuser Bush - Rudolf Ammersin* e la società ceca *Budějovický Budvar, národní podnik* per il controllo della denominazione *Bud* e delle sue estensioni³.

Nel 1976 la Repubblica d'Austria e la Repubblica Socialista Cecoslovacca hanno sottoscritto un Trattato bilaterale⁴, impegnandosi a riconoscere e a tutelare⁵ sul proprio territorio una serie di toponimi utilizzati rispettivamente nei due Stati come denominazioni di prodotti con caratteristiche particolari

² La causa principale ha in effetti preso avvio nel 1999 ed è tutt'ora pendente. La birreria ceca *Budvar* ha avviato il contenzioso chiedendo la concessione di provvedimenti inibitori d'urgenza nei confronti della *Rudolf Ammersin* finalizzati ad impedire la commercializzazione sul territorio austriaco di birre recanti il marchio «*American Bud*», invocando il Trattato bilaterale austro-cescoslovacco del 1976 sulla tutela delle rispettive denominazioni di origine. Dopo alterne vicende della fase cautelare il Tribunale di Vienna, in sede di merito, ha formulato una prima serie di quesiti pregiudiziali alla Corte di giustizia sull'interpretazione degli artt. 28-30 del Trattato e la compatibilità con essi di un accordo internazionale precedente all'adesione dei due Stati alla CE quale quello invocato dalla ricorrente. Il procedimento, conclusosi con sentenza della Corte del 18 novembre 2003 in causa n. C-216/01, ha confermato la legittimità di sistemi di tutela nazionali delle c.d. «indicazioni geografiche semplici», inducendo così il Tribunale a respingere nel 2004 il ricorso della *Budvar* (sentenza poi confermata in appello nel 2005). Tuttavia con successiva ordinanza 29 novembre 2005 l'*Oberster Gerichtshof* ha annullato le decisioni degli organi giudiziari inferiori per alcune carenze nella fase dell'accertamento della notorietà del toponimo *Bud* nella Repubblica ceca. Esperito anche questo passaggio, il ricorso della *Budvar* veniva comunque respinto dal Tribunale, con successivo nuovo annullamento della sentenza il 10 luglio 2006 per il mancato accoglimento *in prime cure* di alcune istanze istruttorie della ricorrente. In questa sede sono così stati formulati i nuovi quesiti pregiudiziali che hanno condotto alla sentenza qui in commento.

³ Come ha sottolineato l'Avvocato Generale Colomer nelle sue conclusioni «negli ultimi 100 anni la birreria nordamericana *Anheuser Bush Inc.* e quella ceca *Budějovický Budvar* si contendono in processi senza fine l'uso esclusivo delle denominazioni *Budweiser* e *Bud*». In effetti, la vicenda di queste due società è esemplificativa degli effetti deleteri del conflitto fra marchi e denominazioni geografiche a livello internazionale e nei diversi Paesi membri dell'OMC: basti pensare che solo per questa specifica denominazione sono state segnalate quarantaquattro diverse vertenze in vari Paesi del mondo, oltre, come detto, a due pronunce pregiudiziali della Corte di giustizia ed una sentenza del Tribunale di primo grado (cfr. B. O'CONNOR, *Case C-216/01, Budějovický Budvar, Judgement of the Court of Justice of 18 November 2003*, in *European Business Organization Law Review*, 5, 2004, p. 581).

⁴ Cfr. il Trattato in materia di tutela delle indicazioni di provenienza, delle denominazioni di origine e delle altre denominazioni attinenti alla provenienza dei prodotti agricoli e industriali, siglato dalla Repubblica d'Austria e dalla Repubblica Socialista Cecoslovacca l'11 giugno 1976 e pubblicato, per quanto riguarda l'Austria, nel *Bundesgesetzblatt für die Republik Österreich* del 19 febbraio 1981. La Convenzione è entrata in vigore il 26 febbraio 1981 per un periodo indeterminato. Con legge costituzionale 15 dicembre 1992 n. 4/93 la Repubblica Ceca si è impegnata a succedere nei diritti e negli obblighi spettanti in forza del diritto internazionale alla Repubblica Socialista Cecoslovacca alla data di estinzione della stessa.

⁵ Ai sensi dell'art. 1 della Convenzione «tutti gli Stati contraenti si obbligano a prendere tutte le misure necessarie per assicurare un'effettiva protezione contro la concorrenza sleale nel commercio delle indicazioni di provenienza di prodotti agricoli e industriali che rientrano nelle categorie di cui all'art. 5 e precisate nell'accordo previsto dall'art. 6, nonché delle denominazioni ed illustrazioni di cui agli artt. 3, 4 e 8 n. 2».

e/o provenienti da aree geografiche determinate⁶.

Con il successivo Accordo di esecuzione della Convenzione, siglato il 7 giugno 1979⁷, le parti contraenti hanno incluso nell'elenco dei nomi protetti le indicazioni «*Bud*», «*Budějovické pivo*», «*Budějovické pivo Budvar*» e «*Budějovické Budvar*» per la classe delle birre.

Successivamente, com'è noto, la Repubblica Ceca ha fatto ingresso nell'Unione europea, senza tuttavia chiedere che la denominazione «*Bud*» venisse iscritta nel registro comunitario delle DOP - IGP⁸.

Nella controversia che ha dato origine alla sentenza qui in commento la Birreria *Budvar narodni podnik*⁹ ha chiesto all'Autorità giudiziaria austriaca che, in applicazione degli Accordi in questione, venisse inibito alla convenuta *Rudolf Ammersin GmbH* l'uso del marchio «*American Bud*» concesso in alcuni Paesi membri della UE¹⁰, siccome potenzialmente confondibile con il toponimo protetto in violazione della privativa accordata dagli stessi.

Dopo alterne fasi in cui le decisioni cautelari e di merito sono state più volte confermate e riformate, il conflitto è approdato una prima volta nel 2001 in Corte di giustizia (causa n. C-216/01)¹¹.

In quell'occasione il Giudice comunitario, sollecitato a valutare la compati-

⁶ Ai sensi dell'art. 2 della Convenzione bilaterale «per indicazioni di provenienza (...) si intendono tutte le indicazioni che si riferiscono direttamente o indirettamente alla provenienza dei prodotti. Si tratterà in generale di indicazioni geografiche in senso proprio. Tuttavia si potrà trattare anche di indicazioni di altro genere qualora queste, in relazione ad un certo prodotto, siano percepite negli ambienti interessati del Paese di origine come indicazioni del Paese di provenienza. Dette indicazioni possono contenere oltre al riferimento all'origine del prodotto in una determinata area geografica, informazioni sulla qualità del prodotto considerato. Tali proprietà particolari saranno esclusivamente o prevalentemente la conseguenza di influenze geografiche o umane».

⁷ Cfr. l'Accordo bilaterale di esecuzione della Convenzione 11 giugno 1976 in materia di tutela delle indicazioni di provenienza, delle denominazioni di origine e delle altre denominazioni attinenti alla provenienza dei prodotti agricoli e industriali, siglato dalla Repubblica d'Austria e dalla Repubblica Socialista Cecoslovacca il 7 giugno 1979, pubblicato nel *Bundesgesetzblatt für die Republik Österreich* del 19 febbraio 1981.

⁸ Il toponimo *Budějovické pivo* ed alcune sue estensioni (*Českobudějovické pivo*; *Budějovický měštanský var*) sono state in effetti registrate come IGP, ma non il nome semplice «*Bud*», che, pure, ne costituisce la radice.

⁹ Il nome esatto è *Budějovický Budvar, národní podnik, Budweiser Budvar, Entreprise Nationale* (Birreria Bud di Budweis, Società nazionale), di seguito anche semplicemente nominata come *Budvar*.

¹⁰ Il marchio in questione ha conosciuto non poche vicissitudini in Europa. La società americana ha, infatti, tentato la registrazione comunitaria sulla base della notorietà acquisita a livello internazionale. Dopo una iniziale posizione intransigente l'UAMI (Ufficio per l'Armonizzazione del Mercato Interno, Marchi, Disegni e Modelli), con decisioni 14 e 28 giugno, 1° settembre 2006 (procedimenti R 234/2005 - 2; R 241/2005-2; R 802/2004-2 e R 305/2005-2) ne ha autorizzato la registrazione nonostante l'opposizione della *Budvar*, escludendo che il nome in questione possa assumere valenza geografica per il suo utilizzo pressoché esclusivo come "marchio" nel Paese d'origine. Le decisioni sono state tuttavia annullate dal Tribunale di primo grado con sentenza del 16 dicembre 2008 (cause riunite n. T-225/06, n. T-255/06, n. T-257/06 e n. T-309/06, *Budejovický Budvar*, in *Raccolta*, 2008, I, p. 3555 ss.). La società americana ha quindi optato per la registrazione nazionale in alcuni Paesi membri della CE, fra cui l'Inghilterra.

¹¹ Cfr. sentenza del 18 novembre 2003 in causa n. C-216/01, *Budejovicke Budvar*, in *Raccolta*, 2003, I, p. 13617 ss.

bilità degli accordi bilaterali con la disciplina della libera circolazione delle merci, ne aveva confermato la piena legittimità con riferimento alla possibile configurazione del nome «*Bud*» quale indicazione geografica semplice¹², mentre aveva escluso la protezione nazionale per denominazioni generiche.

Con il rinvio che qui interessa, disposto dal Tribunale di Vienna dopo ulteriori pronunce nazionali di merito ed altrettanti annullamenti, il Giudice *a quo* ha ritenuto necessario interpellare nuovamente la Corte per chiedere se la «protezione assoluta» (ossia disposta anche in assenza di pericolo concreto di confusione) prevista dagli Accordi austro-cescoslovacchi possa dirsi legittima anche per le c.d. indicazioni geografiche semplici indirette (nomi formalmente non geografici, associati tuttavia dai consumatori a luoghi determinati).

Il Tribunale ha inoltre sollecitato il Giudice comunitario a prendere posizione sulla possibile coesistenza con il regolamento n. 510/2006/Ce¹³ di un regime nazionale di tutela dei toponimi in cui venga riconosciuta valenza "qualitativa" al legame fra il prodotto ed il territorio, ma non sia ancora stata fatta domanda di registrazione del nome come DOP o IGP.

La sentenza in commento segue, dunque, questo "doppio binario", confrontandosi con due ipotesi fra loro alternative nel quadro della circolazione intracomunitaria dei prodotti recanti denominazioni geografiche¹⁴.

¹² Ossia priva di implicazioni "qualitative" per il prodotto. Le c.d. «indicazioni geografiche semplici» assolvono esclusivamente alla funzione di indicare la provenienza della merce. L'interpretazione della Corte sul punto non era nuova, trovando noti precedenti nella sentenza del 10 novembre 1992 in causa n. C-3/91, *Exportur S.A.*, in *Raccolta*, 1992, I, p. 5529 ss. e nella successiva sentenza del 7 novembre 2000 in causa n. C-312/98, *Schutzverband gegen Unwesen in der Wirtschaft eV c. Warsteiner Brauerei Haus Cramer GmbH & Co. KG.*, in *Raccolta*, 2000, I, p. ss. Per un commento alle sentenze si vedano P. QUAIA *La tutela delle denominazioni geografiche tra diritto nazionale e diritto comunitario*, in questa *Rivista*, 1996, p. 277 ss.; M. GARGALLO - M. DEL MAR, *Las indicaciones de procedencia y el principio comunitario de libre circulación de mercancías*, *Actas de Derecho Industrial*, 1993, Tomo XV, p. 205 ss.; nonché le note a sentenza di R. ROLAND, in *Eur. Food Law Rev.*, 1993, p. 252 ss.; M. C. BERGERÈS, in *Recueil Dalloz Sirey*, 1993, Jur., p. 546 ss.; O. W. BROUWER, *CMLR*, 1993, p. 1209 ss.; F. K. BEIER, in *Int. Rev. of Industrial Property and Copyright Law*, 1994, p. 73 ss.; A. VEDASCHI, *Le indicazioni geografiche semplici e la corretta informazione del consumatore*, in *Dir. pubbl. comp. eur.*, 2001, p. 384 ss.; F. CAPELLI, *La sentenza Warsteiner in materia di denominazioni di origine: un contributo alla soluzione di un equivoco*, in questa *Rivista*, 2001, p. 287 ss.; M. VALLETTA, *Non solo DOP e IGP: territorialità del prodotto e informazione del consumatore dopo il caso Warsteiner*, in *Riv. dir. agr.*, 2002, II, p. 142 ss.; E. MONTELIONE, *Il territorio come regola: alcune considerazioni a margine del caso Warsteiner*, in *Giur. it.*, 2001, c. 1650 ss.; E. I. OBERGFELL, *Simple Geographic Indications of Source in the Overlap. Where German and European Law Compete*, in *The Eur. Legal For.*, 2001, p. 245 ss.; C. GALLI, *Globalizzazione dell'economia e tutela delle denominazioni di origine dei prodotti agroalimentari*, in *Dir. Ind.*, 2004, p. 61 ss.

¹³ Cfr. il regolamento (Ce) n. 510/2006 del Consiglio del 20 marzo 2006 relativo alla protezione delle indicazioni geografiche e delle denominazioni d'origine dei prodotti agricoli e alimentari, in *Gu-Ue* n. L 93 del 31 marzo 2006, p. 12 ss. La norma ha sostituito il precedente 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.

¹⁴ La contrapposizione concettuale delle due ipotesi alternative ha suscitato nell'Avvocato Generale Colomer alcuni dubbi sulla ricevibilità delle domande perché la loro natura implicitamente ipotetica avrebbe potuto confliggere con lo spirito dell'art. 234 TCE. È noto, infatti, che il rinvio pregiudiziale costituisce anzitutto uno strumento di ausilio e collaborazione della Corte con i giudi-

2. Tutela nazionale delle indicazioni geografiche semplici indirette nel contesto del diritto dell'Unione europea

Il primo profilo affrontato dalla Corte di giustizia riguarda la compatibilità fra gli Accordi austro-cescoslovacchi e la disciplina sulla libera circolazione delle merci nell'Unione europea con riferimento alla tutela accordata al nome «*Bud*» quale indicazione geografica semplice indiretta.

Il Tribunale di Vienna, infatti, rilevando che la pronuncia del 2003 assumeva come presupposto la valenza geografica diretta del nome conteso (successivamente messa in discussione dalle risultanze istruttorie) ha ritenuto necessario chiedere alla Corte se i confini di rispetto dell'art. 28 TCE¹⁵ tracciati nella precedente sentenza potessero essere parimenti applicati al caso di un nome che, pur non essendo un toponimo in sé, abbia la capacità di evocare un determinato luogo nella immaginazione dei consumatori, e, nel caso, di chiarire quali indagini occorrono per accertare il dato fattuale.

La domanda, anche per i margini di incomprendimento della precedente pronuncia pregiudiziale palesati dal Giudice del rinvio, ha costituito spunto di ricostruzione complessiva della situazione giuridica dei toponimi nell'ordinamento dell'Unione.

Al riguardo la Corte ha, anzitutto, richiamato il fatto che tanto la normativa quanto la giurisprudenza comunitaria hanno distinto nettamente i nomi geografici associati a prodotti con caratteristiche particolari da quelli destinati esclusivamente a designare la provenienza di un alimento.

I primi, qualificati dal regolamento n. 2081/92/Cee (oggi n. 510/2006/Ce) come «denominazioni di origine» o «indicazioni geografiche», svolgono, infatti, la funzione di identificare agli occhi del consumatore alimenti le cui caratteristiche sono dovute esclusivamente o prevalentemente al contesto agro-ambientale in cui sono stati realizzati¹⁶.

ci nazionali, finalizzato a consentire a questi ultimi di interpretare ed applicare correttamente il diritto comunitario nel caso concreto. Sebbene spetti al giudice nazionale valutare la necessità di un rinvio pregiudiziale (nonché la sua rilevanza per il giudizio in corso) la Corte si è comunque ritagliata dei margini di apprezzamento della propria competenza basati sull'interpretazione dell'articolo. Nel caso di specie, tuttavia, la Corte ha ritenuto comunque ammissibili i quesiti poiché il giudice nazionale non è tenuto ad esperire preventivamente l'istruttoria per chiarire in che ambito fattuale vada collocata la vicenda. È infatti sufficiente, a giudizio della Corte, che «si tratti in realtà di due ipotesi distinte che possono essere prese in considerazione *a priori*, e che in questa fase il giudice del rinvio non intenda abbandonare definitivamente (...)» (punto 66 delle motivazioni).

¹⁵ Divenuto art. 34 TFUE dopo l'entrata in vigore del Trattato di Lisbona. Nel prosieguo di questo lavoro si farà comunque riferimento alla vecchia numerazione, anche per rispetto del contesto temporale della sentenza.

¹⁶ L'attuale art. 2 del regolamento n. 510/2006/Ce (analogo al precedente art. 2 del regolamento n. 2081/92/Cee) definisce le DOP come «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

Essi costituiscono un importante strumento della politica agricola comune per l'ampio apprezzamento sul mercato e la capacità di spuntare un "premium price" legato al particolare sforzo produttivo connesso alla loro lavorazione¹⁷.

L'importanza annessa a queste denominazioni giustifica, secondo la Corte, l'intervento uniformatore del legislatore comunitario del 1992 e la creazione di un sistema unico deputato alla loro tutela in tutto il territorio della CE che, a differenza di quanto successo con i marchi¹⁸, non si affiancherebbe ma si sostituirebbe alle precedenti norme nazionali in materia¹⁹.

Diverso è, invece, il caso delle c.d. indicazioni geografiche semplici, la cui unica funzione risiede nel consentire al consumatore di percepire con immediatezza la provenienza dell'alimento, senza peraltro associarvi specifiche

delimitata». Le IGP sono invece definite come «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». Il c.d. legame agro-ambientale include dunque anche il fattore umano, inteso come insieme di tradizione, know-how produttivo e/o artigianalità delle produzioni.

¹⁷ Cfr. il punto 111 delle motivazioni della sentenza in commento in cui la Corte riconosce esplicitamente la funzione delle DOP - IGP nell'ambito della PAC, nonché il secondo ed il terzo *considerando* introduttivo del regolamento, secondo cui «2. (...) 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».

¹⁸ Cfr. il punto 114 della sentenza, ove la Corte ricorda che «il regolamento n. 510/2006/Ce mira non a stabilire, accanto a norme nazionali che possono continuare ad essere vigenti, un regime complementare di tutela delle indicazioni geografiche qualificate, alla guisa ad esempio di quello istituito con il regolamento (Ce) del Consiglio 20 dicembre 1993 n. 40/94 sul marchio comunitario (Guce n. L 11 del 14 gennaio 1994, p. 1), ma a prevedere un sistema di tutela uniforme ed esauriente per siffatte indicazioni».

¹⁹ L'argomento utilizzato dalla Corte è in realtà tutt'altro che scontato. In effetti occorre sottolineare come la materia di cui ci si occupa affondi le proprie radici nell'ambito della proprietà intellettuale, per la quale il Trattato non ha attribuito all'Unione una competenza esclusiva. Ne conseguirebbe la possibilità, al pari dei marchi, di distinguere le funzioni della registrazione comunitaria, essenzialmente finalizzata ad estendere la tutela a tutti gli altri Stati membri, dalla protezione nazionale, che, invece, rimarrebbe finalizzata a garantire il contrasto della concorrenza sleale in luoghi in cui il toponimo ha acquisito rinomanza ed apprezzamento. In altre parole, poiché la base giuridica su cui è stato costruito il regolamento n. 2081/92/Cee (art. 43 TCE) non pare sufficiente ad assorbire tutti gli elementi della fattispecie (anche in relazione al fatto che gli atti adottati in materia di politica agricola vengono deliberati dal solo Consiglio sentito il parere non vincolante del Parlamento, mentre in materia di proprietà intellettuale è necessario un intervento "paritario" delle due istituzioni della CE nel percorso decisionale), si potrebbe da ciò ricavare la sopravvivenza di competenze nazionali in questa materia, finalizzate ad offrire protezione ad un nome geografico quantomeno nel suo Paese d'origine, pur in assenza di registrazione comunitaria. L'argomento, in parte ripreso negli ultimi due paragrafi di questo lavoro, è oggetto del commento di F. CAPELLI, *La Corte di giustizia, in via interpretativa, attribuisce all'Unione europea una competenza esclusiva in materia di riconoscimento delle denominazioni di origine e delle indicazioni geografiche protette, riferite ai prodotti agroalimentari, mediante la sentenza Bud II motivata in modo poco convincente*, testo manoscritto, che sarà pubblicato nel fascicolo n. 3/2010 di questa *Rivista*, cui si rinvia per ulteriori approfondimenti.

caratteristiche agro-ambientali²⁰.

In questo secondo caso, infatti, la giurisprudenza della Corte ha già potuto chiarire in passato l'estraneità della fattispecie ai confini applicativi del regolamento sulle DOP - IGP²¹, e, in assenza di disposizioni comuni al riguardo, ammetterne la compatibilità con la disciplina comunitaria sulla libera circolazione delle merci²².

Infatti, secondo la Corte, gli accordi bilaterali che intervengono sul principio di territorialità estendendone la portata ad uno Stato diverso da quello di origine della denominazione protetta, pur costituendo astrattamente un ostacolo alla circolazione delle merci vietato dall'art. 28 TCE, fanno leva sulla necessità di tutelare la proprietà industriale del toponimo, e poggiano altresì sull'esigenza imperativa di tutelare la lealtà nei commerci²³. Lo scopo di que-

²⁰ Si tratta, in effetti, per la maggior parte di alimenti che hanno conquistato una particolare rinomanza nel Paese d'origine per specifiche tradizioni produttive, ma la cui ricetta è riproducibile anche in altri luoghi con i medesimi risultati qualitativi.

²¹ Cfr. sentenza *Warsteiner cit. supra*, nota 12. Nel caso *Warsteiner* il Giudice comunitario era chiamato ad interpretare l'art. 2 del regolamento n. 2081/92/Cee per stabilirne i confini applicativi. Nella causa principale si discuteva, infatti, della legittimità di un provvedimento inibitorio dell'uso del nome geografico in questione per prodotti privi di specificità territoriali, adottato sulla scorta della rigida normativa tedesca posta a tutela dei toponimi nelle loro diverse funzioni. La Corte, al riguardo, rileva che «ai sensi del suo art. 2, n. 2, lett. b., il regolamento n. 2081/92 ha ad oggetto solo le indicazioni geografiche per le quali esiste un nesso diretto tra una particolare qualità, la reputazione o un'altra caratteristica del prodotto, da un lato, e la sua origine geografica specifica, dall'altro (v., in tal senso, la citata sentenza *Pistre e a.*, punto 35). È pacifico che le indicazioni di origine geografica semplici che, secondo i termini usati dal giudice nazionale nella questione pregiudiziale, non implicano nessun rapporto fra le caratteristiche del prodotto e la sua origine geografica, non rientrano in questa definizione e non possono pertanto trovare protezione in virtù del regolamento n. 2081/92» (punti 43-44 della sentenza).

²² Cfr. sul punto sentenze del 10 novembre 1992 in causa n. C-3/91, *Exportur, cit. supra*, nota 12, punto 37; del 4 marzo 1999 in causa n. C-87/97, *Consorzio per la tutela del formaggio Gorgonzola*, in *Raccolta*, 1999, I, p. 1301, punto 20 e in questa *Rivista*, 1999, p. 259 con commento di F. CAPELLI, *La Corte di giustizia tra «Feta» e «Cambozola»*, p. 275; infine la sentenza del 18 novembre 2003 in causa n. C-216/01, *Bud I, cit. supra*, nota 11, ove la Corte afferma che «per quanto riguarda una tutela assoluta di un'indicazione di origine conferita da una convenzione bilaterale, essenzialmente dello stesso tipo di quella in questione nella causa principale, la Corte ha già dichiarato che lo scopo di una tale convenzione, che consiste nell'impedire che i produttori di uno Stato contraente usino le denominazioni geografiche di un altro Stato sfruttando così la reputazione propria dei prodotti delle imprese stabilite nelle regioni o nei luoghi indicati da tali denominazioni, mira a garantire la lealtà della concorrenza. Un tale scopo può essere considerato rientrare nella salvaguardia della proprietà industriale e commerciale ai sensi dell'art. 30 CE, purché le denominazioni in questione non siano diventate generiche nello Stato d'origine, al momento dell'entrata in vigore di tale convenzione o in un momento successivo» (punto 99).

²³ L'indicazione risale alla già citata sentenza *Exportur* ove le conclusioni dell'Avvocato Generale Lenz paiono particolarmente significative: «Ognuno ha di norma il diritto di fare pubblicità ai propri prodotti con l'effettivo luogo di origine. Al contrario esso non può fare la pubblicità alle proprie merci con indicazioni di origini geografiche straniere, giacché in tal caso cerca di sfruttare a proprio vantaggio la reputazione di questa indicazione (...) sarei senz'altro propenso a far mia la tesi secondo cui il semplice "marking", cioè l'apposizione al prodotto di un'indicazione la quale chiarisca che è stata usata un'indicazione di origine geografica straniera, non basta per giustificare l'uso dell'indicazione stessa, giacché ciò metterebbe a disposizione di terzi, senza alcun diritto, qualsiasi indicazione di provenienza geografica. Si invertirebbe cioè il rapporto regola-eccezione, che abbiamo indicato con la frase "nessuno può ornarsi con le penne altrui, a meno che queste non abbiano più padrone", la quale diverrebbe "ognuno può ornarsi con le penne altrui, purché indichi che non sono sue". Con ciò l'indicazione di provenienza geografica, che può costituire per il con-

sti accordi, infatti, è di impedire al contempo che soggetti terzi si appropriino abusivamente di indicazioni evocative dell'origine geografica di un prodotto dotato di notorietà in una determinata regione per commercializzare analoghi prodotti di diversa origine, e così tutelare nomi cui viene concordemente riconosciuto un ruolo nell'ambito della proprietà intellettuale²⁴.

Rispetto a questo sintetico quadro la sentenza in commento precisa che i margini di intervento nazionale possono spingersi fino ai confini della fattispecie, offrendo protezione assoluta (ossia concessa anche in assenza di pericolo di confusione) anche alle c.d. denominazioni geografiche indirette di un altro Stato, purché si accerti che il nome abbia mantenuto nel Paese d'origine il proprio carattere distintivo.

La sussistenza di questo presupposto giustifica la deroga ex art. 30 TCE sotto il profilo della tutela della proprietà industriale e garantisce il rispetto della lealtà commerciale, rendendo pienamente compatibile l'estensione extraterritoriale della tutela di un toponimo noto nel Paese d'origine con i principi sulla libera circolazione delle merci.

Il percorso argomentativo seguito dalla Corte, ancorato al rigoroso rispetto del Trattato, è senz'altro condivisibile nella parte in cui evidenzia la necessità di evitare che la libera circolazione delle merci diventi alibi per cancellare le differenze storiche, culturali e tradizionali dei popoli d'Europa.

L'esigenza di garantire lo sviluppo economico attraverso la creazione di un mercato unico non ha, infatti, nulla a che vedere con il tentativo di sfruttare indebitamente l'altrui immagine per trarre vantaggi commerciali a danno dei consumatori e delle imprese concorrenti.

Tuttavia la sentenza in commento, per un verso, sembra creare alcuni squilibri fra fattispecie contigue che, come si dirà oltre²⁵, non ottengono analogia copertura giuridica nell'ordinamento dell'Unione, per altro verso lascia qualche perplessità con riferimento al rapporto fra gli obiettivi perseguiti e gli strumenti prescelti.

Anche in questa occasione il Giudice comunitario ha infatti declinato il principio di proporzionalità richiesto dall'ultima parte dell'art. 30 TCE²⁶ nella direzione di imporre una indagine sul mantenimento del carattere distintivo

sumatore un importante criterio di distinzione e quindi per il produttore un importante mezzo pubblicitario, perderebbe molto del suo valore. Proprio in un grande mercato comune essa perderebbe la propria funzione determinante e renderebbe con ciò difficile l'orientarsi sul mercato comune. Questo non è lo spirito della libera circolazione delle merci che si desume molto chiaramente dall'art. 36» (punti 20 e 21 delle conclusioni).

²⁴ Basti pensare, al riguardo, che lo stesso Accordo TRIPs allegato all'atto istitutivo dell'OMC prevede, accanto ai marchi, brevetti ed agli altri ambiti della proprietà intellettuale ed industriale, anche i nomi geografici (cfr. artt. 22-24).

²⁵ Cfr. *infra*, par. 3.

²⁶ Cfr. art. 30 TCE, 2° parte, a norma del quale «tali divieti o restrizioni non devono costituire un mezzo di discriminazione arbitraria, né una restrizione dissimulata al commercio tra gli Stati membri».

del termine nel solo Stato di origine²⁷ e non anche in quello di estensione della tutela. L'effetto di un accordo quale quello oggetto di valutazione è dunque potenzialmente quello di creare una tutela forte di un nome che almeno in uno degli Stati coinvolti potrebbe aver perso (o non aver mai posseduto) significato agli occhi del consumatore, rendendo così più difficoltosa la circolazione di prodotti recanti marchi legittimamente registrati in altri Stati membri.

In quest'ottica la natura assoluta della protezione, concessa anche in assenza di pericolo di confusione²⁸, contribuisce a delineare i contorni di una fattispecie che, sia pure su scala territoriale ridotta, potrebbe assumere carat-

²⁷ L'indicazione della Corte conferma come l'ordinamento comunitario abbia ormai decisamente optato per l'applicazione del principio dell'estensione della tutela sulla base della situazione di fatto esistente nel Paese d'origine. Pare utile ricordare, al riguardo, che la scelta in questione è in realtà il frutto di una certa elaborazione giurisprudenziale non del tutto coincidente con i criteri adottati in ambito internazionale. Nella nota vicenda del formaggio *Feta* (sentenze del 16 marzo 1999 in cause riunite n. C-289/96, n. C-293/96 e n. C-299/96, *Regno di Danimarca, Repubblica federale di Germania e Repubblica francese c. Commissione europea*, in *Raccolta*, 1999, I, p. 1541 ss. e in questa *Rivista*, 1999, p. 260 ss. con commento di F. CAPELLI, *La Corte di giustizia tra «Feta» e «Cambozola»*, *cit. supra*, nota 22, e 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*, in *Raccolta*, 2005, I, p. 9115 ss. e in questa *Rivista*, 2006, p. 491 ss. con commento di S. VENTURA, *La tormentata vicenda della denominazione «Feta»*, p. 497 ss.) la Corte ha infatti in un primo momento affermato la natura "cumulativa" dei presupposti di registrazione di una DOP - IGP sanciti dall'art. 3 del regolamento n. 2081/92/Cee (situazione esistente nello Stato membro di origine, situazione esistente in altri Stati membri, pertinenti legislazioni nazionali o comunitarie), dando così ampia rilevanza anche alla situazione di fatto esistente sul mercato di altri Stati membri. Successivamente ha, invece, adottato un criterio più rigido, optando per l'applicazione del principio di territorialità come delineato nella sentenza *Exportur*, *cit. supra*, nota 12 (cfr. punto 84 della sentenza 25 ottobre 2005, *loc. cit.*) ed individuando nel regolamento il meccanismo attraverso il quale la protezione di una situazione di fatto esistente nello Stato di origine del toponimo può essere estesa agli altri Stati membri. In ambito internazionale le Convenzioni che si occupano di questa materia mostrano parimenti una certa variabilità delle soluzioni, tendenzialmente polarizzate nella tutela dello *status quo* del Paese di origine o del luogo di destinazione della merce. La Convenzione d'Unione di Parigi del 1883, sancendo all'art. 6 *bis* il c.d. «principio di priorità» quale criterio regolatore dei conflitti fra segni identici, mostra indirettamente di attribuire peso determinante alle situazioni di fatto createsi nello Stato verso cui i prodotti vengono esportati. Situazione simile si rinviene nell'Accordo di Madrid sulla protezione delle denominazioni dall'uso falso o ingannevole, ove l'art. 4 attribuisce alle Corti nazionali dei Paesi di destinazione della merce il compito di decidere se la denominazione sia o meno divenuta generica. Sebbene, infatti, all'Autorità giudiziaria non siano precluse valutazioni anche sul Paese d'origine, il meccanismo tende chiaramente a valorizzare la sensibilità presente in quegli ordinamenti, con conseguenze facilmente prevedibili in ordine alla tutela effettiva delle indicazioni geografiche. L'Accordo di Lisbona sulla protezione delle denominazioni di origine e sulla loro registrazione internazionale del 31 ottobre 1958 in senso opposto ha previsto all'art. 6 che una denominazione ammessa alla protezione in uno dei Paesi dell'Unione particolare non potrà essere considerata generica fintantoché essa si trovi protetta nel Paese d'origine. Infine l'Accordo TRIPs allegato al Trattato di Marrakech, limitandosi a fissare gli *standard* minimi di protezione delle denominazioni, non pone regole specifiche in materia. Tuttavia l'art. 24.9 afferma che «non esiste alcun obbligo di proteggere le indicazioni geografiche che non siano o cessino di essere protette nel loro paese d'origine, o che siano ivi cadute in disuso». La disposizione sembrerebbe quindi voler attribuire ancora una volta un peso determinante alla situazione di fatto e di diritto esistente nel luogo di origine del toponimo. Per una più ampia trattazione di queste problematiche si veda G. COSCIA, *The International Framework of GIs and DOs Protection and the European Approach*, in *Studi integr. Eur.*, 2009, p. 615 ss.

²⁸ Nel caso di specie il marchio «*American Bud*», oltre ad affondare le proprie radici in una antica tradizione produttiva dell'azienda americana (fondata nel 1852 da un cittadino tedesco trasferitosi oltre oceano) è stato registrato in alcuni Paesi membri (ad esempio Regno Unito, ove coesiste con la denominazione «*Bud*»).

tere competitivo con lo stesso sistema delle DOP - IGP.

Sebbene infatti nel caso di specie non si tratti di riconoscimento (promozione) ma di mera "protezione" di un toponimo con norme di tipo essenzialmente sanzionatorio, l'assolutezza della tutela potrebbe disincentivare l'avvio di un percorso più complesso di studio ed approfondimento finalizzato alla costituzione dei *dossier* per la richiesta di registrazione del toponimo come denominazione protetta ex regolamento n. 510/2006/Ce, limitando così le potenzialità di sviluppo collegate allo strumento comunitario²⁹.

L'istituto in oggetto, per i suoi caratteri positivi ed assoluti, verrebbe così per un verso ad allontanarsi dalla natura giuridica di mero strumento di contrasto dell'illecito anticoncorrenziale, sconfinando sul terreno dei meccanismi di valorizzazione economica del territorio (sia pur non legata alla "qualità"), per altro verso si approssimerebbe a forme di "rendita di posizione" che pure la giurisprudenza della Corte in altri contesti³⁰ ha combattuto.

3. Denominazioni di origine non registrate e regolamento n. 510/2006/Ce

La seconda parte della sentenza, dedicata ai toponimi che abbiano implicazioni qualitative, rafforza le perplessità circa la completezza dell'analisi svolta dalla Corte.

Il giudice comunitario, infatti, ha affrontato le questioni giuridiche sottese alla materia mantenendosi negli stretti limiti imposti dal quesito pregiudiziale del Tribunale del rinvio, con l'effetto tuttavia di generare potenzialmente nuove incertezze in ordine ai limiti della tutela delle denominazioni di origine nell'ordinamento comunitario.

La Corte, infatti, era qui chiamata a valutare la legittimità dell'Accordo austro-cescoslovacco in relazione alla possibile configurazione del toponimo «Bud» quale denominazione di origine implicante un apprezzabile contenuto qualitativo.

Seguendo la tradizionale impostazione giurisprudenziale la sentenza muove

²⁹ Nella generalità dei casi la netta distinzione tracciata dalla Corte fra toponimi utilizzati per designare prodotti di qualità ed indicazioni geografiche dotate di semplice rinomanza assume nella realtà contorni più sfumati. Nella prima fase di "emersione" di un toponimo come denominazione nota non è infatti semplice stabilire se esso implichi anche attestazione di profili qualitativi. Gli stessi strumenti di certificazione della sua esistenza (ad esempio De.C.O., registri dei prodotti agro-alimentari tradizionali regionali, marchi collettivi geografici etc.) presentano sovente profili di ambiguità. In questo senso non pare fuori luogo ipotizzare che l'eccessivo rafforzamento, sia pure su scala locale, della normativa di protezione di queste fattispecie possa fungere da deterrente per l'avvio di procedure di riconoscimento di una DOP - IGP, assai complesse e costose.

³⁰ Si pensi alla copiosa giurisprudenza sull'obbligo di etichettatura di origine, ove la Corte ha sempre ritenuto l'imposizione finalizzata a stimolare il consumo locale e, quindi, contraria al mercato unico europeo. Cfr., *ex pluribus*, sentenza del 24 novembre 1982 in causa n. 249/81, *Commissione c. Irlanda*, in *Raccolta*, 1982, p. 4005 ss.

dalla considerazione che il regolamento n. 2081/92/Cee non ha inteso creare un sistema "parallelo" di valorizzazione dei toponimi, ma ha creato un sistema unitario in cui l'intervento degli Stati membri rappresenta ormai solo una fase endoprocedimentale finalizzata all'acquisizione dei dati necessari alla conclusione dell'istruttoria in sede comunitaria.

In altre parole non ci troveremmo, come detto, in un sistema analogo a quello dei marchi ove con il regolamento n. 40/94/Ce³¹ il legislatore europeo ha inteso mantenere una protezione su base nazionale o comunitaria, ma in un meccanismo differente in cui la registrazione comunitaria è condizione formale necessaria per ottenere l'unico possibile riconoscimento e la tutela dei toponimi su tutto il territorio dell'Unione³².

Sicché, secondo la Corte, da ciò discenderebbe il contrasto con il regolamento n. 510/2006/Ce di un «sistema di tutela previsto da Trattati che vincolano due Stati membri (...) che conferisce ad una denominazione, riconosciuta secondo il diritto di uno Stato membro come una denominazione di origine, una tutela in un altro Stato membro (...) allorquando siffatta denominazione di origine non ha costituito oggetto di una domanda di registrazione in forza

³¹ Cfr. il 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., ora abrogato e sostituito dal Regolamento (Ce) n. 207/2009 del Consiglio, del 26 febbraio 2009 (versione codificata), in *Gu-Ue* n. L 78 del 24 marzo 2009, p. 1 ss.

³² La Corte ricava questa indicazione da alcuni *considerando* introduttivi della norma e dall'analisi di alcuni articoli del regolamento. Il settimo *considerando* del regolamento n. 2081/92 Cee (corrispondente all'attuale sesto *considerando* del regolamento n. 510/2006/Ce) sottolinea infatti l'opportunità di un «approccio comunitario» alle denominazioni di origine-indicazioni geografiche nel più generale contesto della valorizzazione della qualità dei prodotti agricoli. Da ciò, secondo la Corte, discende la creazione di una procedura unica di riconoscimento in cui le due fasi (nazionale e comunitaria) sono «integrate, e non possono avere alcuna autonomia». A conferma di ciò la Corte, richiamando le precedenti sentenze del 4 marzo 1999 in causa n. C-87/97, *Consorzio per la tutela del formaggio Gorgonzola*, *cit. supra*, nota 22, e del 9 giugno 1998 in cause riunite n. C-129/97 e n. C-130/97, *Chiciak*, in *Raccolta*, 1998, I, p. 3315 ss., ha sottolineato come lo stesso art. 5 del regolamento, che consente agli Stati membri di imporre una protezione nazionale transitoria del toponimo in pendenza di registrazione comunitaria, costituisca implicita conferma dell'assunto unitario, dimostrando la natura esauriente della disciplina del regolamento. Una simile disposizione, infatti, «non avrebbe alcun senso se gli Stati membri potessero in ogni caso mantenere i propri sistemi di tutela di denominazioni di origine e di indicazioni geografiche ai sensi del regolamento n. 2081/92/Cee e farli coesistere con il regolamento n. 510/2006/Ce» (punto 120 delle motivazioni). L'argomento è tuttavia, come detto, controverso. In dottrina, infatti, alcuni Autori hanno sostenuto la natura effettivamente "esauriente" della disciplina in commento (cfr. F. GENCARELLI, *I segni distintivi di qualità nel settore agroalimentare e le esigenze del diritto comunitario*, in *Dir. Un. Eur.*, 2005, p. 75 nonché ID., *Il caso «Budweiser»: competenze comunitarie e nazionali in materia di indicazioni geografiche di prodotti alimentari*, in *Diritto e giurisprudenza agraria, alimentare e dell'ambiente*, 4/2010, p. 237 ss. Si vedano altresì F. POLLAUD-DULLAN, *Appellations d'origine*, in *R. Dalloz*, 1998, I; J. M. CORTÉS MARTÍN, *La Protección de las indicaciones geográficas en el comercio internacional y intracomunitario*, Madrid, Ministerio de Agricultura, Pesca y Alimentación, 2003, p. 455). Altri, per contro, hanno ribadito la necessaria natura "trasversale" della materia, posta a cavaliere fra la PAC e la proprietà intellettuale (cfr. F. CAPELLI, *La protezione giuridica dei prodotti agroalimentari di qualità e tipici in Italia e nell'Unione europea*, in questa *Rivista*, 2001, p. 177 nonché ID., *La Corte di giustizia, in via interpretativa, attribuisce all'Unione europea una competenza esclusiva*, *cit. supra*, nota 19; G. SALIGNON, *La jurisprudence et la réglementation communautaires relatives à la protection des appellations d'origine des dénominations géographiques et des indications de provenance*, *RMCE*, 1994, p. 107).

di detto regolamento»³³.

La conclusione, tuttavia, per una certa sinteticità espositiva e per l'incompletezza dell'analisi, al pari della risposta al primo quesito pregiudiziale, può ingenerare ulteriori confusioni, soprattutto se dovesse essere interpretata in senso adesivo alle valutazioni dell'Avvocato Generale Colomer sul punto ancor più esplicite³⁴.

Se, infatti, si dovesse intendere il giudizio della Corte come esclusione di ogni possibilità di tutela di queste denominazioni si porrebbe ad un sorprendente paradosso nella parte in cui per un verso la sentenza ammetterebbe per le indicazioni geografiche semplici indirette una protezione nazionale assoluta (siccome tecnicamente estranee all'area di applicazione del regolamento n. 510/2006/Ce e proteggibili ex art. 30 TCE come forme di proprietà intellettuale), per altro verso negherebbe a denominazioni di origine di prodotti di maggior pregio (legati al territorio per fattori agro-ambientali) analoga copertura a causa dell'omessa richiesta di registrazione da parte dello Stato di appartenenza e dell'inapplicabilità di altri strumenti di tutela.

In altre parole, leggendo la sentenza alla luce delle conclusioni dell'Avvocato Generale, sembrerebbe che la Corte abbia voluto accogliere la tesi per cui la sovrapposibilità del sistema nazionale di riconoscimento a quello comunitario ne determinerebbe l'inevitabile soccombenza, con perdita di ogni possibilità di intervento unilaterale dello Stato membro interessato per proteggere sul proprio territorio il toponimo conteso.

In effetti il giudice comunitario, preoccupato essenzialmente di rimarcare la rilevanza del sistema DOP - IGP nell'ambito della PAC, non puntualizza a sufficienza che anche questa disciplina, pur nella sua "specialità", deve comunque essere collocata nel contesto più generale per un verso della proprietà intellettuale³⁵, per altro verso della pubblicità e dell'etichettatura degli alimenti, ai cui principi è sottoposta per i profili di possibile contatto con i consumatori.

Sicché ciò che gli Stati non potrebbero fare sulla base della sola disciplina delle denominazioni geografiche potrebbe, in realtà, trovare giustificazione in altre norme comunitarie finalizzate alla tutela del consumatore e della lealtà commerciale già invocate – e legittimate – nel caso delle indicazioni geografiche semplici.

³³ Cfr. punto 129 delle motivazioni.

³⁴ Secondo l'Avvocato Generale Colomer «se la registrazione è obbligatoria per le denominazioni rientranti nell'ambito di applicazione del regolamento, il quale ha altresì carattere esclusivo, un'indicazione avente tali caratteristiche di cui non sia stata richiesta la registrazione comunitaria entro il termine previsto, rimarrà senza tutela, in quanto non vi è protezione nazionale parallela, avendo perso efficacia il regime nazionale» (punto 121 delle conclusioni).

³⁵ V. *supra*, nota 19. La problematica della base giuridica su cui è stato adottato il regolamento sulle DOP - IGP esula dalle finalità di questo lavoro e, per la sua ampiezza, non può essere qui utilmente trattata. Si rinvia, pertanto, al commento della sentenza *Bud II* di F. CAPELLI, *La Corte di giustizia, in via interpretativa, attribuisce all'Unione europea una competenza esclusiva*, *cit. supra*, nota 19.

Depongono per questa soluzione argomenti di esegesi normativa e altri orientamenti giurisprudenziali della stessa Corte di giustizia.

Il regolamento n. 510/2006/Ce, così come il precedente regolamento n. 2081/92/Cee, afferma nei suoi *considerando* introduttivi il proprio rapporto di specialità rispetto alla direttiva n. 2000/13/Ce³⁶ sull'etichettatura degli alimenti con riferimento ai soli aspetti "addizionali" e "complementari" della presentazione delle DOP - IGP (ad esempio l'apposizione obbligatoria del "bollino" comunitario, l'uso del nome protetto nell'esatta formulazione registrata etc.)³⁷.

Rimangono pertanto inalterate e pienamente efficaci le regole generali contenute nella norma base sull'etichettatura degli alimenti, fra le quali spicca l'obbligo per gli Stati membri di impedire l'utilizzo ingannevole di riferimenti geografici/qualitativi contenuto nell'art. 2, ove si legge che «l'etichettatura e le relative modalità di realizzazione non devono: a. essere tali da indurre in errore l'acquirente, specialmente: i. per quanto riguarda le caratteristiche del prodotto alimentare e in particolare la natura, l'identità, le qualità, la composizione, la quantità, la conservazione, l'origine o la provenienza, il modo di fabbricazione o di ottenimento (...)» ed in parte ripreso dall'art. 18 ove si legge che «gli Stati membri non possono vietare il commercio dei prodotti alimentari conformi alle norme previste dalla presente direttiva, applicando disposizioni nazionali non armonizzate relative all'etichettatura e alla presentazione di determinati prodotti alimentari o dei prodotti alimentari in genere. 2. Il par. 1 non è applicabile alle disposizioni nazionali non armonizzate giustificate da motivi (...) - di tutela della proprietà industriale e commerciale, di indicazioni di provenienza, di denominazioni d'origine e di repressione della concorrenza sleale».

L'argomento della complementarità della disciplina delle DOP - IGP è, peraltro, stato utilizzato dalla stessa Corte di giustizia che nella recente sentenza *Severi c. Regione Emilia Romagna*³⁸ ha riconosciuto che «occorre ram-

³⁶ Cfr. direttiva n. 2000/13/Ce del Parlamento europeo e del Consiglio del 20 marzo 2000 relativa al ravvicinamento delle legislazioni degli Stati membri concernenti l'etichettatura e la presentazione dei prodotti alimentari, nonché la relativa pubblicità, in *Guce* n. L 109 del 6 maggio 2000, p. 29 ss.

³⁷ Cfr. il quinto *considerando* introduttivo del regolamento ove si legge che «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 pubblicità. 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».

³⁸ Cfr. sentenza della Corte di giustizia del 10 settembre 2009 in causa n. C-446/07, *Alberto Severi c. Regione Emilia Romagna*, non ancora pubblicata in *Raccolta*, reperibile sul sito internet

mentare, come fa l'Avvocato generale al par. 49 delle sue conclusioni, che, nonostante la sussistenza di differenze tra la direttiva n. 2000/13/Ce e il regolamento n. 2081/92 modificato, tanto riguardo ai loro obiettivi quanto riguardo all'ampiezza della protezione che essi accordano, l'uso di denominazioni geografiche nelle etichette di prodotti alimentari, in un caso come quello oggetto della causa principale, può rientrare contemporaneamente nell'ambito di applicazione di entrambi gli strumenti giuridici»³⁹.

Gli argomenti riportati paiono trovare ulteriore conferma anche ove si prenda in esame la disciplina comunitaria in materia di pubblicità ingannevole e pratiche commerciali sleali contenuta nella direttiva n. 2005/29/Ce⁴⁰.

Sebbene, infatti, il decimo *considerando* introduttivo⁴¹ della norma e la giurisprudenza della Corte di giustizia⁴² abbiano in questo caso tendenzialmente affermato la cedevolezza della disciplina generale in materia di pubblicità rispetto a disposizioni più specifiche, i principi generali affermati dalla direttiva permeano tutte le disposizioni relative alla comunicazione con i con-

<http://www.curia.eu>. È singolare constatare come la sentenza, le cui soluzioni si discostano sul punto dalla pronuncia in commento, sia stata pubblicata appena due giorni dopo la sentenza *Bud II*.

³⁹ Cfr. punto 58 delle motivazioni. È opportuno segnalare che l'art. 18 della direttiva consente, entro certi limiti, persino la deroga alle sue disposizioni con norme nazionali più restrittive giustificate dall'esigenza di reprimere le frodi commerciali. 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 (in *Guce* n. L 31 del 1° febbraio 2002, p. 1 ss.) prevede, peraltro, all'art. 17, comma 3, 3° capoverso, l'obbligo per gli Stati membri di predisporre un apparato sanzionatorio adeguato a garantire il rispetto della legislazione alimentare, fra cui, evidentemente, anche la normativa sull'etichettatura e sulla presentazione degli alimenti.

⁴⁰ Cfr. la direttiva n. 2005/29/Ce 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»), in *Guce* n. L 149 dell'11 giugno 2005, p. 22 ss.

⁴¹ Cfr. il decimo *considerando* introduttivo della direttiva a norma del quale «(...) la presente direttiva si applica soltanto qualora non esistano norme di diritto comunitario specifiche che disciplinino aspetti specifici delle pratiche commerciali sleali, come gli obblighi di informazione e le regole sulle modalità di presentazione delle informazioni al consumatore. Essa offre una tutela ai consumatori ove a livello comunitario non esista una specifica legislazione di settore (...)

⁴² La Corte in alcuni casi ha negato l'applicabilità della direttiva generale sulla pubblicità ingannevole (n. 84/450/Cee) ad etichette di alimenti sul presupposto della "specialità" della direttiva n. 2000/13/Ce. Cfr. le sentenze del 28 gennaio 1999 in causa n. C-77/97, *Unilever*, in *Raccolta*, 1999, I, p. 431 ss. e annotata in questa *Rivista*, 1999, p. 297; del 16 novembre 2000 in causa n. C-217/99, *Commissione c. Regno del Belgio*, in *Raccolta*, 2000, I, p. 200 ss.; del 23 gennaio 2003 in causa n. C-221/00 *Commissione c. Repubblica d'Austria*, in *Raccolta*, 2003, I, p. 1007 ss.; del 23 gennaio 2003 in cause riunite n. C-421/00, n. C-426/00 e n. C-16/01, *Sterbenz c. Haug*, in *Raccolta*, 2003, I, p. 1065 ss. Per un più ampio commento sul punto si veda A. DI LAURO, *Comunicazione pubblicitaria e informazione nel settore agro-alimentare*, Milano, Giuffrè, 2005, p. 335 ss. Preme comunque sottolineare come il principio affermato dall'art. 6 della direttiva, in forza del quale è vietato trarre in inganno i consumatori sull'origine del prodotto, è condiviso sia dalla direttiva n. 2000/13/Ce sia dal regolamento n. 510/2006/Ce, sicché a prescindere dal rapporto di specialità di queste norme non pare possa essere revocato in dubbio il potere-dovere degli Stati membri di combattere l'utilizzo indebito ed ingannevole di espressioni geografiche nella presentazione degli alimenti, a prescindere dall'esistenza di livelli di tutela più o meno elevati.

sumatori e paiono quindi poter trovare applicazione anche nella materia che qui interessa⁴³.

Il combinato disposto degli artt. 6 e 11 della direttiva, in particolare, impone agli Stati membri di contrastare le pratiche commerciali sleali che possano comprimere la libertà di scelta del consumatore, fornendogli informazioni ingannevoli sulle «caratteristiche principali del prodotto, quali (...) la composizione, (...) il metodo e la data di fabbricazione (...) la descrizione, l'origine geografica o commerciale (...)».

In altre parole, pur concedendosi che il conflitto fra una norma interna di tutela di un toponimo di qualità e il regolamento n. 510/2006/Ce debba essere risolto a favore di quest'ultimo per le possibili interferenze che la disciplina nazionale potrebbe esercitare nei confronti della PAC⁴⁴, occorrerebbe tuttavia rammentare che alla base di una denominazione di origine si colloca pur sempre una espressione geografica autonomamente proteggibile in forza delle più generali regole della lealtà commerciale.

Una simile riflessione non ha, tuttavia, trovato spazio nella sentenza della Corte qui in commento, generando così dubbi circa l'area di legittima azione che, seppur in forma residuale, gli Stati dovrebbero conservare in materia di indicazioni geografiche.

4. Valutazioni conclusive

L'analisi sin qui condotta ha evidenziato i limiti della pronuncia in commento legati, essenzialmente, ad una eccessiva sinteticità motivazionale e ad

⁴³ Cfr. sul punto M. L. MAGNO, *Ruolo e funzione della pubblicità nell'ambito della direttiva sulle pratiche commerciali sleali*, in E. MINERVINI - L. ROSSI CARLEO (a cura di), *Le pratiche commerciali sleali. Direttiva comunitaria e ordinamento italiano*, Milano, Giuffrè, 2007, p. 120; A. SACCO GINEVRI, *La Direttiva 2005/29 CE e la disciplina della concorrenza*, *ivi*, p. 87 e nota 7. Più in generale P. BARTOLOMUCCI, *La proposta di direttiva sulle pratiche commerciali sleali: note a prima lettura*, in *I Contratti*, 2005, p. 955 ss.; L. GONZÁLEZ VAQUÉ, *La directive 2005/29/CE relative aux pratiques commerciales déloyales: entre l'objectif d'une harmonisation totale et l'approche d'une harmonisation complète*, *RDUE*, 2005, p. 785 ss.; A. GARDE - M. HARAVON, *Unfair Commercial Practices: Towards a Comprehensive European Consumer Policy?*, in *Revue européenne de droit de la consommation*, n. 2 (2006), p. 116 ss.; U. BERNITZ - S. WEATHERILL, *The Regulation of Unfair Commercial Practices under EC Directive 2005/29: New Rules and New Techniques*, Oxford, Hart, 2007, B. DE GROOTE - K. DE VULDER, *European Framework for Unfair Commercial Practices: Analysis of Directive 2005/29*, in *The Journal of Business Law*, n. 1, 2007, p. 16 ss.; N. AMARILLA MATEU, *La UE contra la publicidad engañosa y las prácticas de venta agresivas*, in *Revista de Derecho Alimentario*, n. 30, 2008, p. 14 ss.; L. A. BOURGES, *Las Directrices de la Comisión relativas a la interpretación y aplicación de la Directiva 2005/29/CE sobre las prácticas comerciales desleales: ¿otra oportunidad perdida?*, in *Gaceta del InDeAl*, Vol. 12, n. 1, 2010, p. 3 ss.

⁴⁴ È evidente che, ove si accetti la visione "esaustiva" della norma comunitaria lo "scontro" con una disposizione interna che impone sanzioni per l'utilizzo illecito di un nome collegato ad uno specifico riconoscimento di qualità determinerebbe la caduta non solo della parte della norma dedicata alla definizione dei contenuti "qualitativi" del prodotto, ma anche dell'apparato repressivo nella misura in cui questo risulti riferito alle suddette caratteristiche.

una acritica adesione al punto di vista adottato dall'Avvocato Generale.

Il giudice comunitario ha agito con la preoccupazione di garantire il rispetto della funzione del regolamento n. 510/2006/Ce ed ha conseguentemente inteso limitare il potere di intervento unilaterale degli Stati in una disciplina che a giudizio della Corte deve considerarsi ormai uniformata e, di conseguenza, non potrebbe tollerare stratificazioni o segmentazioni giuridiche.

Le valutazioni espresse dalla Corte, come detto, non paiono tuttavia condivisibili soprattutto in relazione agli aspetti della proprietà intellettuale indubbiamente presenti nella fattispecie, il cui assoggettamento integrale alla disciplina agricola può generare paradossi quali quelli evidenziati in precedenza, ossia la concessione di una tutela nazionale assoluta ad indicazioni geografiche semplici e la contestuale esclusione di ogni protezione a denominazioni qualificate non registrate in sede europea.

In quest'ottica è forse possibile individuare un punto di bilanciamento che garantisca eguale efficacia e maggiore equità tenendo distinto il concetto di «riconoscimento» da quello di «tutela».

Con il primo termine il regolamento n. 510/2006/Ce ha inteso realizzare uno strumento pubblico di valorizzazione delle Denominazioni di Origine - Indicazioni Geografiche di prodotti agroalimentari di qualità con l'evidente intento di consegnare alle popolazioni rurali dell'UE un prezioso strumento di incremento del proprio reddito.

Da ciò discende la costruzione unitaria del procedimento di approvazione e registrazione dei disciplinari ed il complesso sistema di controlli ideato per offrire una vera e propria certificazione pubblica delle caratteristiche di prodotto e di processo corrispondenti al nome geografico, che contribuisca ad aumentare il valore sul mercato attribuendogli un *premium price* che il consumatore è disposto a pagare per le garanzie connesse all'origine dell'alimento.

Un simile istituto non può, ovviamente, tollerare alcuna sovrapposizione di norme nazionali, sicché forme locali di "attestazione" dell'esistenza di toponimi (ad esempio Denominazioni Comunali d'Origine, Prodotti Tradizionali, Presidi Gastronomici etc.) potranno dirsi legittime solo se e nella misura in cui non tentino di costruire un valore aggiunto di carattere qualitativo potenzialmente conflittuale con l'istituto comunitario.

Non pare, tuttavia, di poter ravvisare in questi pacifici principi nulla che impedisca agli Stati membri il potere (ed anzi in molti casi il dovere) di vigilare sulla correttezza delle dinamiche di mercato, intervenendo con proprie disposizioni regolatorie su scala nazionale e con lo strumento sanzionatorio nei casi di un indebito utilizzo di nomi geografici attraverso il recupero di una dimensione non esclusivamente "agricola" degli istituti in questione.

Questo profilo, infatti, è separato dalla costruzione dello strumento pubblico di valorizzazione ed attiene essenzialmente alla tutela della correttezza commerciale e della proprietà intellettuale, dovuta tanto con riferimento alla

libera circolazione delle merci quanto nell'ipotesi di norme armonizzate istitutive di meccanismi unitari di promozione della qualità.

Nel primo caso, infatti, la stessa Corte di giustizia in passato ha riconosciuto l'esistenza di ampi margini di intervento degli Stati membri per regolare l'uso improprio di indicazioni di provenienza⁴⁵ con provvedimenti ritenuti compatibili con l'art. 28 TCE, o, al più, eccezionali ex art. 30 TCE.

Nel secondo caso l'autonomia degli Stati nella regolazione degli strumenti di contrasto all'indebita appropriazione di toponimi altrui non pare comunque confliggere con il regolamento n. 510/2006/Ce, considerato che la norma non pare voglia comunque consentire, al di fuori del meccanismo comunitario di tutela delle DOP - IGP, la totale deregolamentazione dell'uso dei toponimi nell'etichettatura degli alimenti.

Si verrebbe così a costruire una sorta di "piramide" delle fattispecie giuridiche connesse ai nomi geografici al cui vertice si collocherebbero i riconoscimenti comunitari con la tutela assoluta estesa a tutto il territorio dell'Unione ed i loro effetti premiali in termini di prezzo e remuneratività; a livelli più bassi le indicazioni di provenienza ed i toponimi di prodotti di qualità non ancora registrati, la cui tutelabilità dovrebbe essere valutata in termini di rapporto con i consumatori ed incontrerebbe in ogni caso il limite dei confini nazionali dei singoli Stati membri.

Il tutto, ovviamente, nell'ambito di una costruzione il più possibile sistematica degli istituti in questione, che tuttavia la Corte non sembra aver ancora compiutamente effettuato.

Vito Rubino*

⁴⁵ È noto che la giurisprudenza della Corte ha tendenzialmente escluso la facoltà per gli Stati membri di imporre l'indicazione di origine dei prodotti, siccome potenzialmente capace di sollecitare dinamiche capricciose nei consumatori (tendenzialmente portati ad attribuire maggior valore ai prodotti nazionali) e distorcere così la concorrenza. Tuttavia, nei limiti in cui il produttore scelga volontariamente di apporre indicazioni sulla provenienza del manufatto, la Corte ha riconosciuto il diritto degli Stati di vigilare sulla correttezza del messaggio lanciato. Cfr. sul punto la sentenza della Corte di giustizia del 25 aprile 1985 in causa n. 207/83, *Commissione c. Regno Unito*, in *Raccolta*, 1985, p. 1201 ss., ove al punto 21 si legge che «nei casi in cui l'origine nazionale della merce suggerisce ai consumatori determinate qualità, i produttori hanno interesse ad indicarlo di loro iniziativa sui prodotti o sugli imballaggi, senza che sia necessario obbligarveli. In questo caso la tutela dei consumatori è adeguatamente garantita dalle norme che consentono di far vietare l'uso di indicazioni di origine false, norme che il Trattato Cee lascia intatte».

* Ricercatore di Diritto dell'Unione europea / Università degli Studi del Piemonte Orientale.

**IL TRASFERIMENTO DEL RISCHIO DI GESTIONE
DEL SERVIZIO IN CAPO AL CONCESSIONARIO COSTITUISCE
L'ELEMENTO CARATTERIZZANTE DEL CONTRATTO
DI CONCESSIONE DI SERVIZI E LO DIFFERENZIA
RISPETTO AL CONTRATTO DI APPALTO DI SERVIZI**

Corte di giustizia

Sentenza del 10 settembre 2009 in causa n. C-206/08*

Wasser- und Abwasserzweckverband Gotha und Landkreisgemeinden (WAZV Gotha) c. Eurawasser Aufbereitungs- und Entsorgungsgesellschaft mbH, con l'intervento di: Stadtwirtschaft Gotha GmbH, Wasserverband Lausitz Betriebsführungs GmbH (WAL)

Art. 234 CE - Questione pregiudiziale - Direttiva n. 2004/17/Ce, art. 1, n. 3, lett. b. - Servizio pubblico di distribuzione di acqua potabile e di trattamento delle acque reflue - Qualificazione del contratto - Trasferimento del rischio di gestione del servizio e del meccanismo di remunerazione dell'investimento in capo al concessionario - Elemento caratterizzante il contratto di concessione di servizi.

Nel caso di un contratto avente ad oggetto servizi, il fatto che la controparte contrattuale non sia direttamente remunerata dall'amministrazione aggiudicatrice, ma abbia il diritto di riscuotere un corrispettivo presso terzi, è sufficiente per qualificare quel contratto come «concessione di servizi» ai sensi dell'art. 1, n. 3, lett. b., della direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio 31 marzo 2004, 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, dal momento che il rischio di gestione corso dall'amministrazione aggiudicatrice, per quanto considerevolmente ridotto in

* In argomento v. *infra*, p. 279, il commento di TIZIANA BIANCHI e LORENZA PONZONE.

conseguenza della configurazione giurispubblicistica dell'organizzazione del servizio, è assunto dalla controparte contrattuale a carico completo o pressoché completo.

(Omissis) **In diritto**

Causa principale e questioni pregiudiziali

(Omissis)

Sulle questioni pregiudiziali

Osservazioni preliminari

37. In via preliminare occorre precisare che, stando agli elementi in atti, il WAZV Gotha rientra nella definizione di amministrazione aggiudicatrice di cui all'art. 2, n. 1, lett. *a.*, della direttiva n. 2004/17, poiché tale amministrazione aggiudicatrice rappresenta una delle categorie di enti aggiudicatori ai quali si applica la direttiva, in forza del suo art. 2, n. 2, lett. *a.*

38. La causa principale, inoltre, rientra nell'ambito applicativo della direttiva n. 2004/17 ai sensi del suo art. 4, in quanto l'amministrazione aggiudicatrice di cui trattasi, nella fattispecie il WAZV Gotha, esercita un'attività nel settore dell'alimentazione di reti con acqua potabile e dello smaltimento delle acque reflue.

39. La direttiva n. 2004/17 si applica *ratione temporis* alla causa principale, dal momento che la procedura d'appalto oggetto della causa principale è stata avviata nel mese di settembre 2007, mentre il termine fissato all'art. 71 della direttiva per il suo recepimento era venuto a scadere il 31 gennaio 2006.

40. Si deve rammentare che una definizione della concessione di servizi è stata introdotta, nel diritto comunitario, dall'art. 1, n. 2, lett. *a.*, della direttiva n. 2004/17. Essa non figurava nelle precedenti direttive in materia, in particolare nella 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 (*Guce* n. L 199, p. 84).

41. All'art. 18 della direttiva n. 2004/17, il legislatore comunitario ha specificato che quest'ultima non si applica alle concessioni di servizi rilasciate da enti aggiudicatori che esercitano, tra l'altro, attività nel settore dell'acqua.

42. Si deve inoltre rammentare che, per quanto riguarda il suo ambito di applicazione, la direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio 31 marzo 2004, n. 2004/18/Ce, relativa al coordinamento delle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di lavori, di forniture e di servizi (*Guce* n. L 134, p. 114), include, al suo art. 1, nn. 2, lett. *a.* e 4, definizioni dell'«appalto di servizi» e della «concessione di servizi» sostanzialmente analoghe a quelle corrispondenti che figurano all'art. 1, nn. 2, lett. *a.*, e 3, lett. *b.*, della direttiva n. 2004/17.

43. Tale analogia comporta che si formulino le medesime considerazioni per interpretare le nozioni di appalto di servizi e di concessione di servizi nei rispettivi ambiti di applicazione delle due suddette direttive.

44. Ne consegue che, se l'operazione oggetto della causa principale è qualificata come «appalto di servizi» ai sensi della direttiva n. 2004/17, un siffatto appalto deve, in linea di principio, essere aggiudicato nel rispetto delle procedure previste agli artt. 31 e 32 di quest'ultima. Per contro, se l'operazione in argomento è qualificata come concessione di servizi, la suddetta direttiva non trova applicazione, in forza del suo art. 18. In tal caso, il rilascio della concessione resterebbe soggetto ai principi fondamentali del Trattato CE, in generale, e ai principi di parità di trattamento e di non discriminazione in base alla nazionalità, nonché all'obbligo di trasparenza ad essi correlato, in particolare (v., in tal senso, sentenze 7 dicembre 2000 in causa n. C-324/98, *Telaustria e Telefonadress*, *Raccolta*, I, p. 10745, punti 60-62; 21 luglio 2005 in causa n. C-231/03, *Coname*, *Raccolta*, I, p. 7287, punti 16-19; 13 ottobre 2005 in causa n. C-458/03, *Parking Brixen*, *Raccolta*, I, p. 8585, punti 46-49, e 13 novembre 2008 in causa n. C-324/07, *Coditel Brabant*, non ancora pubblicata nella *Raccolta*, punto 25).

45. È in tale contesto che il giudice del rinvio chiede che siano specificati i criteri che consentono di stabilire una distinzione tra un appalto di servizi ed una concessione di servizi.

Sulla prima e seconda questione

46. Con la prima e la seconda questione, che occorre esaminare congiuntamente, il giudice del rinvio chiede in sostanza se, nel caso di un contratto avente ad oggetto servizi, il fatto che la controparte contrattuale non sia direttamente remunerata dall'amministrazione aggiudicatrice, ma abbia il diritto di riscuotere un corrispettivo di diritto privato da terzi, sia di per sé sufficiente a qualificare quel contratto come concessione di servizi ai sensi dell'art. 1, n. 3, lett. b., della direttiva n. 2004/17. In caso di risposta negativa a tale questione, il giudice nazionale chiede se un contratto di questo tipo debba essere qualificato come concessione di servizi quando il rischio di gestione corso dall'amministrazione aggiudicatrice, per quanto considerevolmente ridotto in conseguenza della configurazione giuspubblicistica dell'organizzazione del servizio, viene assunto dalla controparte contrattuale a carico completo o pressoché completo.

47. Propensi a una risposta affermativa alla prima questione, il WAZV Gotha, la Stadtwirtschaft e la WAL, nonché i Governi tedesco e ceco, sostengono che il fatto che la controparte contrattuale sia remunerata attraverso un corrispettivo riscosso presso gli utenti del servizio di cui trattasi è sufficiente a caratterizzare una concessione di servizi.

48. Di contro, l'Eurawasser e la Commissione ritengono che sia altresì necessario che la controparte contrattuale si assuma il rischio economico della gestione del servizio di cui è causa.

49. Si deve rilevare, a tale proposito, che l'art. 1, n. 2, lett. a., della direttiva n. 2004/17 prevede che gli «appalti di forniture, di lavori e di servizi» siano contratti a titolo oneroso, conclusi per iscritto fra uno o più enti aggiudicatori di cui all'art. 2, n. 2, della medesima direttiva e uno o più imprenditori, fornitori o prestatori di servizi.

50. In base all'art. 1, n. 3, lett. b., della medesima direttiva, la «concessione di servizi» è un contratto che presenta le stesse caratteristiche di un appalto di servizi,

ad eccezione del fatto che il corrispettivo della fornitura di servizi consiste o unicamente nel diritto di gestire i servizi o in tale diritto accompagnato da un prezzo.

51. Dal raffronto delle due definizioni sopra menzionate risulta che la differenza tra un appalto di servizi e una concessione di servizi risiede nel corrispettivo della fornitura di servizi. L'appalto di servizi comporta un corrispettivo versato direttamente dall'amministrazione aggiudicatrice al prestatore di servizi (v., in tal senso, citata sentenza *Parking Brixen*, punto 39), mentre, nel caso di una concessione di servizi, il corrispettivo della prestazione di servizi consiste nel diritto di gestire il servizio, o da solo o accompagnato da un prezzo.

52. Le questioni sottoposte presuppongono espressamente la circostanza che il contratto in questione preveda che la controparte contrattuale sia remunerata non già direttamente dall'amministrazione aggiudicatrice, bensì mediante un corrispettivo di diritto privato che quest'ultima l'autorizza a riscuotere presso terzi.

53. Alla luce del criterio enunciato al punto 51 della presente sentenza, il fatto che il prestatore di servizi sia remunerato attraverso pagamenti da parte di terzi, nella fattispecie gli utenti del servizio in oggetto, è una delle forme che può assumere l'esercizio del diritto, riconosciuto al prestatore, di gestire il servizio.

54. Detto criterio emergeva già dalla giurisprudenza della Corte anteriore all'entrata in vigore della direttiva n. 2004/17. Secondo tale giurisprudenza, si è in presenza di una concessione di servizi allorché le modalità di remunerazione pattuite consistono nel diritto del prestatore di sfruttare la propria prestazione (v. citata sentenza *Telaustria e Telefonadress*, punto 58, e ordinanza 30 maggio 2002 in causa n. C-358/00, *Buchhändler-Vereinigung*, Raccolta, I, p. 4685, punti 27-28, nonché sentenze 18 luglio 2007 in causa n. C-382/05, *Commissione c. Italia*, Raccolta, I, p. 6657, punto 34, e 13 novembre 2008 in causa n. C-437/07, *Commissione c. Italia*, punto 29).

55. È irrilevante, a tale proposito, che la remunerazione sia disciplinata dal diritto privato o dal diritto pubblico.

56. La Corte ha riconosciuto l'esistenza di una concessione di servizi, in particolare, in casi nei quali la remunerazione del prestatore proveniva da pagamenti effettuati dagli utenti di un parcheggio pubblico, di un servizio di trasporto pubblico e di una rete di teledistribuzione (v. sentenze *Parking Brixen*, *cit.*, punto 40; 6 aprile 2006 in causa n. C-410/04, *ANAV*, Raccolta, I, p. 3303, punto 16, e *Coditel Brabant*, *cit.*, punto 24).

57. Ne risulta che, nel caso di un contratto avente ad oggetto servizi, il fatto che la controparte contrattuale non sia direttamente remunerata dall'amministrazione aggiudicatrice, ma abbia il diritto di riscuotere un corrispettivo presso terzi, risponde alla necessità di un corrispettivo prevista all'art. 1, n. 3, lett. b., della direttiva n. 2004/17.

58. Tale conclusione impone tuttavia di chiarire la nozione di «diritto di gestire» come «corrispettivo della prestazione» di cui alla suddetta disposizione.

59. Dalla giurisprudenza della Corte risulta che, quando le modalità di remunerazione pattuite consistono nel diritto del prestatore di sfruttare la propria prestazione, esse implicano che il prestatore si assuma il rischio legato alla gestione dei servizi in questione (v., in tal senso, citate sentenze *Parking Brixen*, punto 40; 18 luglio 2007, *Commissione c. Italia*, punto 34, e 13 novembre 2008, *Commissione c. Italia*,

punto 29).

60. Gli interessati che hanno presentato osservazioni hanno espresso su tale aspetto, in via principale o in via subordinata, posizioni divergenti.

61. Il WAZV Gotha ritiene che il fatto che la controparte contrattuale si assuma il rischio legato alla gestione sia sufficiente, nel contesto concreto della causa principale, a caratterizzare una concessione di servizi.

62. Per la Stadtwirtschaft, la WAL ed il Governo ceco, la controparte contrattuale non dovrebbe necessariamente assumersi il rischio a carico completo. Sarebbe sufficiente che se lo assumesse a carico pressoché completo.

63. Il Governo tedesco osserva che sussiste una concessione di servizi allorché la controparte contrattuale si assume un rischio legato alla gestione che non sia del tutto irrilevante.

64. L'Eurawasser ritiene che, nell'operazione oggetto della causa principale, non sussista alcun rischio significativo che possa essere trasferito alla controparte contrattuale da parte dell'amministrazione aggiudicatrice. Pertanto, detta operazione dovrebbe essere qualificata come appalto e non già come concessione.

65. La Commissione osserva che deve sussistere un rischio di gestione rilevante, il quale, tuttavia, non deve necessariamente corrispondere al rischio economico che di norma si corre in un mercato libero. Un appalto di servizi il cui rischio economico sia ridotto al minimo ad opera delle amministrazioni pubbliche non può essere qualificato come concessione di servizi.

66. A tale riguardo, occorre rilevare che il rischio è insito nella gestione economica del servizio.

67. Se l'amministrazione aggiudicatrice continua a sopportare detto rischio a carico completo, non esponendo il prestatario all'alea del mercato, l'assegnazione della gestione del servizio richiede il rispetto delle formalità previste dalla direttiva n. 2004/17, al fine della tutela della trasparenza e della concorrenza.

68. In caso di totale assenza di trasferimento al prestatario del rischio legato alla prestazione di servizi, l'operazione in parola rappresenta un appalto di servizi (v., in tal senso, sentenze 27 ottobre 2005 in causa n. C-234/03, *Contse e a.*, *Raccolta*, I, p. 9315, punto 22, e 18 luglio 2007, *Commissione c. Italia, cit.*, punti 35-37, nonché, per analogia, in un'ipotesi di concessione di lavori, sentenza 13 novembre 2008, *Commissione c. Italia, cit.*, punti 30 e 32-35). Come si è rilevato al punto 51 *supra*, in quest'ultimo caso il corrispettivo non consisterebbe nel diritto di gestire il servizio.

69. Le questioni sottoposte muovono dal presupposto che la fornitura del servizio oggetto della causa principale comporti rischi economici molto limitati, anche nel caso in cui detto servizio sia fornito dall'amministrazione aggiudicatrice, e ciò sulla base dell'applicazione della normativa propria del settore di attività in esame.

70. Orbene, stando a talune tesi sottoposte alla Corte, in simili circostanze, affinché l'operazione *de qua* costituisca una concessione, occorrerebbe che il rischio trasferito dal concedente al concessionario fosse un rischio rilevante.

71. In assoluto, queste tesi devono essere respinte.

72. È noto che taluni settori di attività, in particolare quelli riguardanti attività di pubblica utilità, come la distribuzione dell'acqua e lo smaltimento delle acque reflue, sono disciplinati da normative che possono avere per effetto di limitare i rischi economici che si corrono.

73. Da un lato, la configurazione giuspubblicistica alla quale è soggetta la gestione economica e finanziaria del servizio facilita il controllo di tale gestione e riduce i fattori che possono pregiudicare la trasparenza e falsare la concorrenza.

74. Dall'altro, le amministrazioni aggiudicatrici devono conservare la possibilità di assicurare la fornitura dei servizi attraverso una concessione, agendo in buona fede, qualora esse reputino che si tratti del modo migliore per assicurare il servizio pubblico in oggetto, anche a prescindere dal fatto che il rischio legato alla gestione sia molto ridotto.

75. Inoltre, sarebbe irragionevole pretendere che un'amministrazione concedente creasse condizioni di concorrenza e di rischio economico più elevate rispetto a quelle esistenti nel settore in oggetto per effetto della disciplina ad esso applicabile.

76. Dato che, in questi casi, l'amministrazione aggiudicatrice non ha alcuna influenza sulla configurazione di diritto pubblico applicabile all'organizzazione del servizio, non le è possibile introdurre né, pertanto, trasferire fattori di rischio che siano esclusi da una simile configurazione.

77. In ogni caso, anche se il rischio corso dall'amministrazione aggiudicatrice è molto ridotto, per poter ritenere sussistente una concessione di servizi è necessario che l'amministrazione aggiudicatrice trasferisca il rischio di gestione che essa corre a carico completo o, almeno, significativo al concessionario.

78. Spetta al giudice nazionale valutare se si è verificato un trasferimento del rischio corso dall'amministrazione aggiudicatrice a carico completo o, almeno, significativo al concessionario.

79. A tal fine, non devono essere presi in considerazione i rischi generali risultanti dalle modifiche normative intervenute nel corso dell'esecuzione del contratto.

80. Occorre pertanto risolvere la prima e la seconda questione nel senso che, nel caso di un contratto avente ad oggetto servizi, il fatto che la controparte contrattuale non sia direttamente remunerata dall'amministrazione aggiudicatrice, ma abbia il diritto di riscuotere un corrispettivo presso terzi, è sufficiente per qualificare quel contratto come «concessione di servizi» ai sensi dell'art. 1, n. 3, lett. b., della direttiva n. 2004/17, dal momento che il rischio di gestione corso dall'amministrazione aggiudicatrice, per quanto considerevolmente ridotto in conseguenza della configurazione giuspubblicistica dell'organizzazione del servizio, è assunto dalla controparte contrattuale a carico completo o pressoché completo.

Sulla terza questione

81. Alla luce della soluzione data alla prima e alla seconda questione, non occorre risolvere la terza questione.

(Omissis)

LA CORTE DI GIUSTIZIA TORNA SULLA DISTINZIONE TRA CONCESSIONE DI SERVIZI E APPALTO DI SERVIZI*

Sommario: 1. *La sentenza in causa n. C-206/08 ed il rischio nella gestione* - 2. *L'ordinamento comunitario e l'ordinamento nazionale.*

1. La sentenza in causa n. C-206/08 ed il rischio nella gestione

Nel caso di un contratto avente ad oggetto servizi, il fatto che la controparte contrattuale non sia direttamente remunerata dall'amministrazione aggiudicatrice, ma abbia il diritto di riscuotere un corrispettivo presso terzi, è sufficiente per qualificare quel contratto come «concessione di servizi», ai sensi dell'art. 1, n. 3, lett. b., della direttiva 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), dal momento che il rischio di gestione, per quanto considerevolmente ridotto in conseguenza della configurazione giuspubblicistica dell'organizzazione del servizio, è assunto dalla controparte contrattuale privata.

È quanto recentemente affermato dalla Corte di giustizia europea, sez. III, nella sentenza del 10 settembre 2009 in causa C-206/08, nella quale vengono analizzati gli elementi peculiari della concessione di servizi, al fine di distinguerla dall'appalto di servizi.

La Corte di giustizia conferma quindi l'impostazione ormai "classica" adottata dal diritto comunitario per sciogliere il nodo importante della qualificazione di un contratto in termini di contratto di appalto o di contratto di concessione di servizi¹. Si tratta, com'è noto, di una distinzione rilevante non solo a livello dogmatico, ma dagli importanti risvolti pratici per i profili norma-

* Le opinioni espresse dalle Autrici non impegnano in alcun modo l'Istituzione di appartenenza. Il par. 1 è stato curato in particolare da *TIZIANA BIANCHI*, il par. 2 da *LORENZA PONZONE*. Si ringrazia *MARIA LUISA SANTORO* per il prezioso contributo di studio e ricerca.

¹ Cfr. sentenza del 18 luglio 2007 in causa n. C-382/05, in *Raccolta*, 2007, I, p. 6657.

tivi applicabili in quanto le puntuali disposizioni delle direttive n. 2004/17 e n. 2004/18 sono finalizzate a disciplinare solo il settore degli appalti di servizi e non anche quello delle concessioni dei servizi che rimangono soggette ai principi generali del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea (TFUE), in particolare, ai principi di parità di trattamento, di non discriminazione, nonché agli obblighi di trasparenza ad essi correlati².

La Corte di giustizia ribadisce e consolida l'orientamento che considera quale elemento decisivo per la distinzione tra appalto pubblico di servizi e concessione di servizi, quello dell'assunzione del rischio di gestione e del meccanismo di remunerazione dell'investimento.

Si tratta di una verifica che va fatta caso per caso; la competenza, poi, di valutare se nell'ipotesi specifica si sia realizzato o meno un trasferimento del rischio di gestione gravante sull'Amministrazione aggiudicatrice in capo al concessionario, in misura completa o almeno significativa, spetta al giudice nazionale.

Nel caso concreto, il WAZV Gotha, associazione tedesca costituita da comuni, con competenze in materia di distribuzione dell'acqua potabile e di smaltimento delle acque reflue, affida, nel 1974, alla Stadtwirtschaft Gotha GmbH (azienda municipale della città di Gotha) tutte le prestazioni tecniche, commerciali ed amministrative nel settore della distribuzione idrica. Nel corso del 2008 tale affidamento scade e il WAZV Gotha stabilisce di ammettere come proprio membro la Stadtwirtschaft, in modo da poter continuare l'affidamento della gestione del servizio. Sulla base delle vigenti disposizioni normative in materia di appalti, le autorità di vigilanza tedesche negano l'autorizzazione all'ammissione. Il WAZV Gotha decide, così, di inquadrare l'affidamento del servizio quale «concessione di servizi» avviando una procedura di gara informale, come previsto per la concessione di servizi dalla normativa tedesca, pubblicando, comunque, un bando sulla *Gazzetta Ufficiale dell'Unione europea*. La disciplina di esecuzione del contratto indicata nel bando prevede che:

- a. il concessionario, vincitore della gara, deve fornire i servizi indicati agli utenti residenti nell'ambito territoriale del WAZV Gotha, sulla base di contratti di diritto privato, con percezione di un corrispettivo da parte degli utenti;
- b. le tariffe, dal 1° gennaio 2010, devono essere conformi alle disposizioni della legge sulle imposte comunali del *Land* della Turingia;
- c. gli impianti di distribuzione dell'acqua e di smaltimento delle acque reflue sono presi in locazione dal concessionario, con oneri di manutenzione a proprio carico rimanendo di proprietà della WAZV Gotha;

² Cfr. F. MASTRAGOSTINO, *Le concessioni di servizi*, in M. A. SANDULLI - R. DE NICTOLIS e R. GAROFOLI (diretto da), *Trattato sui contratti pubblici*, vol. I, *I principi generali. I contratti pubblici. I soggetti*, Milano, Giuffrè, 2008, p. 277 ss.

d. il WAZV Gotha si impegna corrispondere al concessionario le sovvenzioni pubbliche, ricevute per legge.

Un'impresa partecipante alla medesima gara, l'Eurawasser, presentando ricorso dinanzi alla Commissione per gli appalti pubblici, contesta la procedura di gara sostenendo che il WAZV Gotha avrebbe dovuto indire una gara ordinaria per l'aggiudicazione dell'appalto di servizi. L'organo accoglie il ricorso individuando la fattispecie come appalto di servizi che, come tale, avrebbe dovuto esperirsi con l'indizione di gara ordinaria.

Il WAZV Gotha, a questo punto, appella la decisione dinanzi al competente tribunale, il quale sospende il procedimento e sottopone alla Corte di giustizia europea le seguenti questioni pregiudiziali:

a. se un contratto di fornitura di servizi di distribuzione di acqua e di trattamento di acque reflue debba considerarsi una «concessione di servizi», o un «appalto di servizi», contratto a titolo oneroso, ai sensi della normativa comunitaria in materia, per il solo fatto che la controparte contrattuale non venga direttamente remunerata dall'amministrazione aggiudicatrice, bensì mediante un corrispettivo di diritto privato, che quest'ultima l'autorizza a riscuotere presso terzi;

b. in caso di risposta negativa alla questione pregiudiziale sub *a.*, se i contratti, come quello in esame, costituiscano una «concessione di servizi» quando il rischio di gestione legato al servizio viene assunto dalla controparte contrattuale a carico completo o pressoché completo, pur se tale rischio sia ridotto, in conseguenza della configurazione giuspubblicistica dell'organizzazione del servizio (l'allacciamento e l'uso sono obbligatori, i prezzi richiesti devono osservare il principio di copertura dei costi);

c. in caso di risposta negativa anche alla questione pregiudiziale sub *b.*, se l'art. 1, n. 3, lett. *b.*, della direttiva n. 2004/17 debba essere interpretato nel senso che il rischio di impresa, legato alla fornitura della prestazione, in special modo il rischio commerciale, debba essere quasi equivalente, dal punto di vista qualitativo, al normale rischio presente in un mercato libero aperto a più fornitori concorrenti.

Il giudice comunitario risolve le questioni pregiudiziali ritenendo sufficiente a qualificare come «concessione di servizi» ai sensi dell'art. 1, n. 3, lett. *b.* della direttiva n. 2004/17, nell'ambito di un contratto avente ad oggetto il servizio di distribuzione dell'acqua potabile e lo smaltimento delle acque reflue, la circostanza per cui la controparte contrattuale (soggetto concessionario) non sia remunerata direttamente dall'Amministrazione aggiudicatrice ma abbia il diritto di riscuotere un corrispettivo presso terzi.

In particolare, affinché possa ricorrere la fattispecie della concessione è necessario che sul concedente venga traslato il rischio di gestione del servizio in modo completo o pressoché completo. Nell'ipotesi in cui si versi nel settore di servizi pubblici disciplinati da norme giuspubblicistiche che perseguono

l'obiettivo di limitare i rischi economici a cui sarebbero esposti gli operatori, il predetto parametro risulta soddisfatto qualora l'Amministrazione aggiudicatrice abbia provveduto a trasferire sulla controparte contrattuale l'alea residuale dell'operazione finanziaria che continuava ad esserle posta a carico.

Nella causa in questione proprio la circostanza per cui la normativa nazionale aveva sostanzialmente "sterilizzato" i rischi economici delle operazioni di gestione del servizio di distribuzione dell'acqua potabile e di smaltimento delle acque reflue, riducendoli in misura sensibile, aveva insinuato il dubbio che si fosse in presenza di un contratto di appalto (in cui l'elemento rischio finanziario è escluso) e non di un contratto di concessione.

In proposito, la Corte coglie lo spunto per puntualizzare che le Amministrazioni aggiudicatrici non possano essere "espropriate" della facoltà di scelta della modalità di affidamento del servizio pubblico che ritengano più rispondente al soddisfacimento degli interessi generali che sono chiamate a perseguire per il solo fatto che il rischio legato alla gestione, nel caso di specie, si presenti in maniera ridotta. Le Amministrazioni, infatti, non esercitano alcuna influenza diretta sull'assetto normativo che regola l'ipotesi particolare di organizzazione di un servizio pubblico, essendo le stesse tenute all'osservanza del quadro giuridico vigente, né possono introdurre e/o trasferire ad operatori economici fattori di rischio la cui presenza è esclusa da una simile configurazione normativa del mercato.

Pertanto, pur in presenza di un rischio di gestione molto ridotto, a cui, peraltro, sarebbe esposta la stessa Amministrazione se decidesse di erogare direttamente il servizio, deve ammettersi, a favore di quest'ultima, la possibilità di avvalersi dello strumento concessorio, il quale verrà correttamente utilizzato ogni qualvolta l'Amministrazione trasferisca in capo al concessionario il rischio che essa corre, a prescindere dall'entità iniziale dello stesso.

Ad avviso della Corte, non si può non prendere atto che taluni settori di attività, in particolare quelli riguardanti le *utilities* sono disciplinati da normative che hanno anche la finalità di limitare i rischi economici di gestione. Infatti, la configurazione giuspubblicistica, alla quale è soggetta la gestione economica e finanziaria di tali servizi, facilita il controllo di tale gestione e riduce i fattori che possono pregiudicare la trasparenza e falsare la concorrenza. Peraltro, le amministrazioni devono garantire la fornitura dei servizi anche attraverso una concessione, qualora ritengano che si tratti del modo migliore per assicurare il servizio medesimo, a prescindere dal fatto che il rischio legato alla gestione sia molto ridotto. Naturalmente, sarebbe irragionevole pretendere che un'amministrazione concedente individui condizioni di concorrenza e di rischio economico più elevate rispetto a quelle esistenti nel singolo settore in oggetto per effetto della disciplina ad esso applicabile. In tali fattispecie, l'amministrazione non ha alcuna influenza sulla configurazione applicabile all'organizzazione del servizio e nemmeno può introdurre, né trasferire, fatto-

ri di rischio che siano esclusi da una simile configurazione.

La sentenza, quindi, pur confermando l'impostazione classica del diritto comunitario, fornisce alcuni ulteriori elementi: la pubblica amministrazione, ai fini della predetta configurazione, non può far altro che trasferire il rischio di gestione che grava su di essa, al concessionario. Non può aumentarlo e non può diminuirlo, pur se il rischio risulta già "attenuato" dalla peculiare disciplina giuspubblicistica di settore, che impone, ad esempio, l'allacciamento o la fruizione obbligatoria, o che i prezzi siano sottoposti al principio della copertura dei costi³.

In ogni caso, per far sì che si possa parlare di concessione di servizi, è necessario ed anche sufficiente che l'amministrazione medesima trasferisca il rischio di gestione, che essa corre, a carico completo o, almeno, significativo al concessionario.

La Commissione europea già nel 2000⁴ aveva precisato che ai fini della distinzione tra appalto e concessione è determinante l'attribuzione al concessionario del rischio di gestione dell'attività, a prescindere dal fatto che l'oggetto del contratto sia un servizio pubblico.

In particolare, individua una concessione di servizi quando l'operatore si assume i rischi di gestione del servizio rifacendosi sull'utente, soprattutto per mezzo della riscossione di un canone. La modalità di remunerazione dell'operatore è, come nel caso della concessione di lavori, l'elemento che permette di stabilire l'assunzione del rischio di gestione⁵.

Inoltre, la concessione di servizi solitamente riguarda attività che, per natura, oggetto e norme che la disciplinano, possono rientrare nella sfera di responsabilità dello Stato ed essere oggetto di diritti esclusivi o speciali. Nella stessa Comunicazione, la Commissione indica una definizione di «concessione di servizio pubblico» che si configura come «concessione di servizi» che si caratterizza: *a.* per la natura delle attività; *b.* per la sua riserva (sfera di responsabilità) allo Stato; *c.* per essere attributiva di «diritti speciali ed esclusivi».

La Commissione, chiariti i tratti distintivi delle concessioni, indica il regime ad esse applicabile, precisando che soltanto le concessioni di lavori, il cui importo sia uguale o superiore alla soglia fissata dalla relativa direttiva, sono oggetto di un regime specifico. Le altre concessioni – come ogni altro atto dello Stato che stabilisca le condizioni cui è soggetta una prestazione di attività economiche – «ricadono nel campo di applicazione delle disposizioni degli articoli da 28 a 30 (ex articoli da 30 a 36) e da 43 a 55 (ex articoli da 52 a 66) del Trattato CE o dei principi sanciti dalla giurisprudenza della Corte»,

³ Cfr. M. ALESIO, *I caratteri distintivi della concessione di servizi in sede comunitaria*, in *La Gazzetta degli Enti Locali*, 14 ottobre 2009.

⁴ Cfr. Comunicazione interpretativa della Commissione sulle concessioni nel diritto comunitario, in *Guce* n. C 121 del 29 aprile 2000.

⁵ Cfr. R. CORI, *La concessione di servizi*, in www.giustamm.it, 2007.

ovvero dei principi di non discriminazione, di parità di trattamento, trasparenza, mutuo riconoscimento e proporzionalità.

2. L'ordinamento comunitario e l'ordinamento nazionale

Se quella sopra descritta è la posizione della Corte di giustizia e della Commissione europea, appare chiara la differenza, in merito agli omologhi istituti della concessione e dell'appalto di servizi, sussistente tra tale impostazione e quella tradizionale del diritto interno italiano. Secondo quest'ultimo, infatti, a contraddistinguere la fattispecie della concessione di servizi non sarebbe tanto il meccanismo di remunerazione dell'investimento e il connesso rischio di gestione quanto altri aspetti quali la natura pubblica o meno del servizio da svolgere e l'intenzione dell'Amministrazione di delegare lo svolgimento del servizio pubblico ad un soggetto privato⁶.

Tale orientamento è confermato dalla giurisprudenza⁷, la quale afferma che sussiste un contratto di appalto in presenza di prestazioni rese in favore dell'Amministrazione (in base ad uno schema di rapporto bilaterale), mentre la concessione di servizi comporta l'instaurazione di un rapporto trilaterale tra Amministrazione, concessionario ed utenti. Viene, poi, posto l'accento sul fatto che nella concessione le prestazioni rese dal concessionario sarebbero rivolte a vantaggio della collettività mentre nell'appalto esse sarebbero rivolte a vantaggio dell'Amministrazione.

Normalmente, nella concessione di pubblici servizi il costo del servizio grava (almeno in parte) sugli utenti, mentre nell'appalto di servizi spetta all'Amministrazione l'onere di compensare l'attività svolta dal soggetto economico privato.

Non è semplice coordinare gli istituti di matrice comunitaria con quelli propri della nostra tradizione, soprattutto in considerazione del fatto che gli stessi paiono rispondere ad esigenze diverse. Se, infatti, la Commissione appare preoccupata soprattutto di scongiurare il rischio che la concessione di servizi possa confondersi con l'altra figura tipica dell'appalto e prestarsi ad intenti elusivi della fattispecie disciplinata dalle direttive in materia di procedure di aggiudicazione di appalti pubblici, l'ordinamento nazionale, cerca di conciliare l'obiettivo perseguito dalla Commissione con una visione più amministrativistica dell'istituto in parola dove, pur sorvolando sui tradizionali elementi della sostituzione dell'Amministrazione e della traslazione dei pote-

⁶ Si veda a riguardo la posizione del Governo italiano in causa n. C-382/05, *Commissione CE c. Italia*, in *Urbanistica ed Appalti*, n. 5/2008.

⁷ Cfr. sentenze Consiglio di Stato, sez. V, n. 2294 del 30 aprile 2002 e sez. VI, n. 3333 del 5 giugno 2006.

ri, è presente l'esigenza di salvaguardia dell'interesse della collettività ad una corretta gestione del servizio pubblico⁸.

Quindi, per effetto del recepimento del diritto comunitario nell'ordinamento italiano, vi è stata certamente una radicale modifica dell'istituto della concessione, ormai caratterizzata da una struttura contrattuale.

Per quanto concerne il problema della differenziazione fra la concessione di servizi e l'appalto di servizi, si deve rammentare, anzitutto, la circolare n. 3944 del 1° marzo 2002, con la quale la Presidenza del Consiglio dei Ministri ha fornito alcuni elementi interpretativi. La circolare specifica che, mentre negli appalti di servizi, l'appaltatore presta il servizio in favore della pubblica amministrazione, la quale utilizza tale prestazione ai fini dell'eventuale erogazione del servizio pubblico a vantaggio della collettività, nella concessione di servizi il concessionario sostituisce la pubblica amministrazione nell'erogazione del servizio, ossia nello svolgimento dell'attività diretta al soddisfacimento dell'interesse collettivo.

La giurisprudenza nazionale ha affrontato, da tempo, il problema della distinzione tra concessione ed appalto di servizi, utilizzando il criterio del destinatario del servizio⁹. Accanto a tale criterio, la giurisprudenza ha indicato anche il c.d. «criterio gestionale», secondo cui si è in presenza, di una concessione di servizi quando l'operatore economico si assume i rischi di gestione del servizio, rivalendosi sull'utente attraverso la riscossione di un canone¹⁰.

Inoltre, si è fatto riferimento anche al criterio del costo del servizio, ed ai soggetti utenti¹¹, sui quali il medesimo ricade, affermando che «nella concessione di servizi il costo del servizio grava sugli utenti e, invece, nel corri-

⁸ Cfr. Sul punto F. LEGGIADRO, *I contratti di rilevanza comunitaria*, in *Urbanistica ed Appalti*, n. 8/2006, p. 873.

⁹ TAR Liguria, sez. II, n. 484 del 22 aprile 2004: «Diverso dalla concessione di pubblico servizio, è il caso dell'appalto di servizi, dove si è in presenza dell'aggiudicazione di un servizio, ovvero della prestazione che deve essere resa da un imprenditore nei confronti dell'amministrazione pubblica, ai fini del funzionamento interno della propria macchina operativa, e non solo allo scopo diretto di fornire utilità ai cittadini».

¹⁰ TAR Trentino-Alto Adige, sezione autonoma per la provincia di Bolzano, n. 129 dell'8 aprile 2008: «In sostanza, poiché la concessione di servizi è caratterizzata da un trasferimento delle responsabilità di gestione, si viene a configurare una concessione di servizi allorché l'operatore si assume i rischi di gestione del servizio rifacendosi sull'utente. La modalità di remunerazione dell'operatore, pertanto, costituisce uno degli elementi che permettono di stabilire l'assunzione del rischio di gestione». Si vedano anche sentenze Consiglio di Stato, sez. VI, n. 2634 del 15 maggio 2002 e sez. IV, n. 253 del 17 gennaio 2002.

¹¹ In base al «criterio della remunerazione» (e a quello connesso del «rischio di gestione»), devono, di norma, ritenersi sottoposti alla disciplina prevista per gli appalti di servizi e non a quella delle concessioni, ad esempio, la gestione del verde pubblico (parchi e giardini comunali), la gestione e la manutenzione degli impianti di illuminazione pubblica; il servizio di scuolabus; il servizio di ristorazione per gli alunni degli asili nido comunali e delle scuole elementari; la manutenzione delle strade e degli edifici pubblici; la pulizia degli edifici pubblici; il c.d. «servizio calore» (cfr. sentenza TAR Sicilia, sez. II, n. 461, 12 marzo 2007; Consiglio di Stato, sez. V, n. 4080 del 25 agosto 2008; Consiglio di Stato, sez. V, n. 348 del 31 gennaio 2006 e TAR Campania, sez. I, n. 5111 del 29 novembre 2001).

spondente appalto, l'obbligazione di compensare l'attività svolta dal privato grava sull'amministrazione»¹².

Le direttive comunitarie n. 2004/17 e n. 2004/18, pur escludendo dal proprio ambito di applicazione l'istituto della concessione di servizi, ne hanno introdotto per la prima volta una definizione normativa nel diritto comunitario. Entrambe definiscono la concessione di servizi come «un contratto che presenta le stesse caratteristiche di un appalto pubblico di servizi, ad eccezione del fatto che il corrispettivo della fornitura di servizi consiste unicamente nel diritto di gestire i servizi o in tale diritto accompagnato da un prezzo».

Tale definizione di concessione di servizi è stata ripresa nel Codice dei contratti pubblici (art. 3, comma 12), il quale detta anche – all'art. 30 (Concessioni di servizi) – la disciplina dell'istituto per i settori ordinari e all'art. 216 (Concessioni di lavori e servizi) – che contiene un rinvio all'art. 30 – la disciplina per i settori speciali.

L'art. 30 del Codice esclude le concessioni di servizi dall'ambito di applicazione del Codice stesso, salvo quanto previsto dal medesimo articolo, dettando così una disciplina speciale.

La controprestazione, in favore del concessionario, consiste unicamente nel diritto di gestire funzionalmente e di sfruttare economicamente il servizio. Il soggetto concedente può stabilire, in sede di gara, anche un prezzo, qualora al concessionario venga imposto di praticare, nei confronti degli utenti, prezzi inferiori a quelli corrispondenti alla somma del costo del servizio e dell'ordinario utile di impresa, ovvero qualora sia necessario assicurare al concessionario il perseguimento dell'equilibrio economico-finanziario degli investimenti e della connessa gestione in relazione alla qualità del servizio da prestare.

Per quanto riguarda la scelta del concessionario, essa deve avvenire nel rispetto dei principi desumibili dal Trattato e dei principi generali relativi ai contratti pubblici e, in particolare, dei principi di trasparenza; adeguata pubblicità; non discriminazione; parità di trattamento; mutuo riconoscimento; proporzionalità; previa gara informale alla quale sono invitati almeno cinque concorrenti, se sussistono in tale numero soggetti qualificati in relazione all'oggetto della concessione, e con predeterminazione dei criteri selettivi.

Inoltre, sono fatte salve discipline specifiche che prevedono forme più ampie di tutela della concorrenza.

Per dare sostanza ai principi delineati nell'art. 30 del Codice, si può fare riferimento alla Comunicazione interpretativa della Commissione relativa al diritto comunitario applicabile alle aggiudicazioni di appalti non o solo parzialmente disciplinate dalle direttive «appalti pubblici»¹³, anche se non trattate in tale atto.

¹² Cfr. TAR Trentino-Alto Adige, sezione autonoma per la provincia di Bolzano, n. 129 dell'8 aprile 2008, *cit. supra*, nota 10.

¹³ Comunicazione interpretativa relativa al diritto comunitario applicabile alle aggiudicazioni di appalti non o solo parzialmente disciplinate dalle direttive «appalti pubblici», in *Guce* n. C 179

Afferma la Commissione che i principi di uguaglianza di trattamento e di non discriminazione sulla base della nazionalità, comportano un obbligo di trasparenza che, conformemente alla giurisprudenza della Corte di giustizia, «consiste nel garantire, in favore di ogni potenziale offerente, un adeguato livello di pubblicità che consenta l'apertura degli appalti dei servizi alla concorrenza, nonché il controllo sull'imparzialità delle procedure di aggiudicazione». Tali norme, a parere della Commissione, si applicano all'aggiudicazione di concessioni di servizi, agli appalti inferiori alle soglie e agli appalti di servizi di cui all'allegato II B della direttiva n. 2004/18/Ce e all'allegato XVII B della direttiva n. 2004/17/Ce quando si tratta di aspetti non disciplinati dalle predette direttive.

Per stabilire in concreto quale sia la disciplina applicabile all'affidamento delle concessioni di servizi, occorre quindi interpretare i principi comunitari richiamati nell'art. 30 del Codice¹⁴.

Il principio di parità di trattamento comporta che la scelta del concessionario avvenga tramite una procedura competitiva, per quanto l'amministrazione è libera di scegliere il tipo di procedura.

Inoltre è necessario assicurare una adeguata pubblicità agli atti di indizione della procedura in modo da consentire ai potenziali interessati di partecipare. I requisiti di partecipazione, i criteri di aggiudicazione e le modalità vanno fissati preventivamente e non possono essere modificati.

Il principio di trasparenza comporta la necessità, come già richiamato, di garantire una pubblicità adeguata.

Il principio di proporzionalità impone che ogni provvedimento non sia eccessivo rispetto al fine da perseguire; di conseguenza, ad esempio, i requisiti devono essere proporzionati rispetto all'oggetto dell'affidamento.

Il principio di mutuo riconoscimento implica che l'amministrazione aggiudicatrice debba accettare le specifiche tecniche, i certificati prescritti in un altro Stato membro, nella misura in cui siano equivalenti a quelli richiesti.

Conclusivamente, la differenza fondamentale tra appalto di servizi e concessione di servizi consta nel fatto che nel primo tipo di contratto il rischio dell'appaltatore consiste nel non aver valutato correttamente il costo della prestazione del servizio, mentre nella concessione di servizi il rischio del concessionario consiste nel non aver valutato correttamente il costo della prestazione del servizio ed il corrispettivo della tariffa a carico dell'utenza, nonché il numero degli utenti (rischio di domanda); nella concessione di lavori pubblici al rischio presente nella concessione di servizi si aggiunge quello ti-

del 1° agosto 2006.

¹⁴ Sul punto, si veda, ad esempio la determinazione n. 1 del 2006 dell'Autorità di vigilanza sui contratti pubblici di lavori, servizi e forniture che riguarda l'affidamento dei servizi di ingegneria di importo inferiore a centomila euro con una procedura analoga a quella prevista per le concessioni di servizi (www.avcp.it).

pico dell'appalto di lavori, e cioè il rischio di costruzione. Nella concessione di lavori pubblici, infatti, vi è un investimento che normalmente nella concessione di servizi non è presente poiché essa comporta generalmente la gestione di un'opera già realizzata.

Tiziana Bianchi e Lorenza Ponzone*****

** Dirigente l'Ufficio Relazioni Internazionali e Comunitarie / Autorità per la Vigilanza sui Contratti Pubblici di Lavori, Servizi e Forniture.

*** Dirigente l'Ufficio Regolazione / Autorità per la Vigilanza sui Contratti Pubblici di Lavori, Servizi e Forniture.

II. MASSIMARIO ANNOTATO*

LA CORTE DI GIUSTIZIA PRECISA I LIMITI DELLA TUTELA DEL CONSUMATORE NEI CONTRATTI CONCLUSI FUORI DEI LOCALI COMMERCIALI

Corte di giustizia

Sentenza del 17 dicembre 2009 in causa n. C-227/08

Eva Martin Martin c. EDP Editores SI

Art. 234 CE - Questione pregiudiziale - Direttiva n. 85/577/Cee - Art. 4 - Tutela dei consumatori - Contratti negoziati fuori dei locali commerciali - Diritto di recesso - Obbligo d'informazione da parte del commerciante - Nullità del contratto - Misure appropriate - Insussistenza del contrasto.

L'art. 4 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 non osta a che un giudice nazionale dichiari d'ufficio la nullità di un contratto rientrante nell'ambito di applicazione di tale direttiva a causa della circostanza che il consumatore non era stato informato del suo diritto di recesso, anche qualora detta nullità non sia mai stata fatta valere dal consumatore dinanzi ai giudici nazionali competenti¹.

* A cura di *ENRICA ADOBATI*.

¹ In presenza di un contratto concluso fuori dei locali commerciali, determinante per la tutela del consumatore non è soltanto il suo diritto di recedere dal contratto stesso, ma anche il fatto che egli venga debitamente informato di tale diritto e che siano garantite misure adeguate ed efficaci per il caso in cui tale informazione non gli venga fornita. Poiché nell'ambito di tale contratto il consumatore è normalmente la parte più debole, nella causa n. C-227/08 è stata accertata la necessità, ai fini dell'efficace tutela dei suoi diritti, che nelle controversie riguardanti i contratti di questo tipo, i giudici nazionali provvedano d'ufficio ad assicurare tale tutela.

La presente causa ha sollevato, infatti, la questione se il giudice nazionale possa attivarsi d'ufficio e dichiarare la nullità di un contratto concluso fuori dei locali commerciali perché il consumatore non era stato informato del proprio diritto di recedere dal contratto, sebbene la normativa nazionale applicabile non stabilisca che il giudice possa intervenire d'ufficio, e preveda a carico del consumatore – che non abbia ricevuto tale informativa – l'onere di attivarsi per ottenere l'annullamento del contratto.

Oggetto di interpretazione è l'art. 4, 3° comma della direttiva n. 85/577/Cee (in *Guce* n. L 372 del 1985, p. 31), relativo alla tutela dei consumatori in caso di contratti negoziati fuori dai locali commerciali) ai sensi del quale gli Stati membri devono prevedere misure appropriate per la tutela dei consumatori qualora questi non vengano informati in merito al diritto di recedere dal contratto.

Nel mese di maggio del 2003 la signora Martín Martín sottoscriveva, presso la propria abitazione, un contratto con un rappresentante dell'EDP avente ad oggetto l'acquisto di quindici volumi di un'opera, di cinque dischi DVD e di un lettore DVD. La ricorrente riceveva la merce nel giugno del 2003.

L'EDP Editores SL (di seguito denominata: EDP), non avendo ricevuto il pagamento della merce, chiedeva al Tribunale civile di Salamanca l'emissione di un decreto ingiuntivo nei confronti della signora Martín Martín. Questa interponeva appello dinanzi alla Corte d'appello di Salamanca che decideva di sospendere il procedimento e di rivolgersi alla Corte di giustizia.

In sostanza, alla Corte è stato chiesto di chiarire se l'art. 4 della direttiva debba essere interpretato nel senso di consentire ad un giudice nazionale di rilevare d'ufficio la violazione di tale disposizione e di dichiarare la nullità di un contratto per il fatto che il consumatore non sia stato informato del diritto di recesso, anche nell'ipotesi in cui la nullità non sia mai stata fatta valere dal consumatore dinanzi ai giudici nazionali competenti.

La Corte di giustizia ha richiamato il quarto e il quinto *considerando* della direttiva che sono volti a tutelare il consumatore contro i rischi derivanti dalle circostanze specifiche inerenti alla conclusione dei contratti fuori dei locali commerciali (cfr. sentenza del 10 aprile 2008 in causa n. C-412/06, *Hamilton*, in *Raccolta*, 2008, I, p. 2383). Tali contratti «sono caratterizzati dalla circostanza che è di regola il commerciante a prendere l'iniziativa delle trattative e che il consumatore non si è per nulla preparato ad una vendita a domicilio, confrontando, ad esempio, la qualità e il prezzo proposti con altre offerte» presenti sul mercato (cfr. punto 22 della sentenza in epigrafe). È proprio per tali ragioni che il consumatore, in qualità di contraente debole, viene tutelato mediante il diritto di recesso. Non solo, ma il consumatore deve essere informato per iscritto della possibilità, nonché delle modalità per recedere dal contratto concluso.

L'obbligo di informazione ex art. 4 della direttiva n. 85/577/Cee costituisce la garanzia essenziale dell'esercizio effettivo di un diritto di recesso e realizza il livello di tutela voluto dal legislatore comunitario.

Tale disposizione, a parere della Corte di giustizia, concerne l'interesse pubblico e può, pertanto, giustificare un intervento positivo del giudice nazionale per ovviare allo squilibrio esistente tra il consumatore e il commerciante professionista nell'ambito dei contratti conclusi fuori dei locali commerciali.

Ne consegue che, qualora il consumatore non abbia ricevuto la dovuta informativa circa l'esercizio del proprio diritto di recesso, il giudice nazionale potrà far valere d'ufficio la violazione dell'art. 4 della direttiva. Tale conclusione, ha osservato la Corte, non esclude che altre misure possano assicurare il livello di tutela necessario, come per esempio, la riapertura dei termini applicabili in materia di recesso dal contratto. Inoltre, il giudice nazionale potrebbe altresì dover tener conto della volontà del consumatore di non voler esercitare il proprio diritto di recesso (cfr. sentenza del 4 giugno 2009 in causa n. C-243/08, *Pannon GSM*, inedita in *Raccolta*, annotata in questa *Rivista*, 2009, p. 543).

**È POSSIBILE CHE UN SOGGETTO DIVENTI APOLIDE
E PERDA LO STATUS DI CITTADINO DELL'UNIONE
NEL RISPETTO DEL PRINCIPIO DI PROPORZIONALITÀ**

Corte di giustizia

Sentenza del 2 marzo 2010 in causa n. C-135/08

Janko Rottmann c. Freistaat Bayern

Art. 234 CE - Rinvio pregiudiziale - Cittadinanza dell'Unione - Art. 17 CE - Cittadinanza di uno Stato membro acquisita per nascita - Cittadinanza di un altro Stato membro acquisita per naturalizzazione - Perdita della cittadinanza originaria a motivo di tale naturalizzazione - Perdita con effetto retroattivo della cittadinanza ottenuta per naturalizzazione a causa di atti fraudolenti commessi in occasione della sua acquisizione - Apolidia comportante la perdita dello *status* di cittadino dell'Unione - Ammissibilità.

Il diritto dell'Unione, e segnatamente l'art. 17 CE, non osta a che uno Stato membro revochi ad un cittadino dell'Unione la cittadinanza di tale Stato acquisita per naturalizzazione, qualora questa sia stata ottenuta in maniera fraudolenta, a condizione che tale decisione di revoca rispetti il principio di proporzionalità¹.

¹ Poiché la cittadinanza dell'Unione europea, che dipende indubbiamente dal godimento dello *status* di cittadino di uno Stato membro, è istituita dal Trattato, il potere degli Stati membri di fissare le condizioni di acquisto e di perdita della cittadinanza può ancora essere esercitato al di fuori di qualsiasi controllo dell'ordinamento comunitario? Questo è, in sostanza, il punto controverso nella presente causa. È la prima volta che viene posta la questione relativa all'ampiezza del potere discrezionale di cui dispongono gli Stati membri per determinare lo *status* dei loro cittadini (cfr. conclusioni dell'Avvocato generale Poiares Maduro del 30 settembre 2009).

La questione pregiudiziale è stata posta nell'ambito di una controversia tra il signor Rottmann, e il Freistaat Bayern, avente ad oggetto la revoca disposta da quest'ultimo della naturalizzazione del ricorrente. Il signor Rottmann era cittadino austriaco, per nascita. Nel 1995 trasferiva il proprio domicilio a Monaco di Baviera dopo esser stato sentito dal Tribunale regionale a causa della pendenza di cause penali a Graz, nell'ambito di un'inchiesta avviata nei suoi confronti per truffa aggravata. Nel 1997 il Tribunale penale di Graz emetteva nei suoi confronti un mandato di arresto nazionale. Nel 1998 il ricorrente chiedeva la cittadinanza tedesca omettendo di specificare nella richiesta le azioni penali che erano state avviate in Austria nei suoi confronti. L'atto di naturalizzazione gli veniva rilasciato nel 1999 e il ricorrente perdeva così la cittadinanza austriaca. Il Freistaat Bayern, successivamente informato dei fatti, revocava la naturalizzazione con effetto *ex tunc*. Esauriti tutti i gradi di giudizio, il giudice del rinvio – la Corte suprema amministrativa – sospendeva il procedimento e si rivolgeva alla Corte di giustizia per far chiarire se la revoca della cittadinanza acquisita per naturalizzazione in maniera fraudolenta, che determina l'apolidia del soggetto privandolo dello *status* di cittadino dell'Unione, contrasti con l'art. 17 CE.

È pacifico che lo *status* di cittadino dell'Unione è destinato ad essere lo *status* fondamentale dei cittadini degli Stati membri (cfr. sentenze del 20 settembre 2001 in causa n. C-184/99, *Grzelczyk*, in *Raccolta*, 2001, I, p. 6193 e annotata in questa *Rivista*, 2001, p. 696 e del 17 settembre 2002 in causa n. C-413/99, *Baumbast e R*, in *Raccolta*, 2001, I, p. 7091).

La Corte di giustizia ha precisato che la definizione dei modi di acquisto e di perdita della cittadinanza rientra nella competenza di ciascuno Stato membro (cfr. sentenza del 7 luglio 1992 in causa n. C-369/90, *Micheletti e a.*, in *Raccolta*, 1992, I, p. 4239; dell'11 novembre 1999 in causa n. C-179/98, *Mesbah*, in *Raccolta*, 1999, I, p. 7955 e del 19 ottobre 2004 in causa n. C-200/02, *Zhu e Chen*, in *Raccolta*, 2001, I, p. 9925 e annotata in questa *Rivista*, 2005, p. 89). Gli Stati membri, tuttavia, devono, nell'esercizio della loro competenza, agire nel rispetto del diritto dell'Unione (cfr. sentenza *Micheletti*, *cit.*).

A parere della Corte di giustizia, la decisione di revoca della naturalizzazione del signor Rottmann, a motivo di atti fraudolenti, corrisponde ad un motivo di interesse pubblico e, risulta pertanto, legittima. Tale conclusione è confortata dalle disposizioni contenute nella Convenzione sulla riduzione dei casi di apolidia, dalla Convenzione europea sulla cittadinanza, nonché dalla Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo.

La situazione di apolidia che si è determinata nei confronti del ricorrente deve essere verificata dal giudice del rinvio alla luce del principio di proporzionalità, ossia occorre verificare se la perdita della cittadinanza dell'Unione sia giustificata in rapporto alla gravità dell'infrazione commessa dall'interessato, al tempo trascorso tra la decisione di naturalizzazione e la decisione di revoca, nonché alla possibilità per l'interessato di recuperare la propria cittadinanza di origine.

Infine, a parere della Corte, il giudice competente dovrà, altresì, verificare se, per rispettare il principio di proporzionalità, debba essere accordato all'interessato – prima della revoca definitiva della naturalizzazione – un termine ragionevole affinché egli possa recuperare la cittadinanza del Paese d'origine. In sostanza, è importante che le autorità nazionali verifichino gli effetti della perdita della cittadinanza nei confronti del soggetto interessato.

LA CORTE DI GIUSTIZIA INTERPRETA LA DIRETTIVA SUI CONTRATTI A DISTANZA

Corte di giustizia

Sentenza del 15 aprile 2010 in causa n. C-511/08

Handelsgesellschaft Heinrich Heine GmbH c. Verbraucherzentrale Nordrhein-Westfalen eV

Art. 234 CE - Questione pregiudiziale - Direttiva n. 97/7/Ce - Tutela dei consumatori - Contratti conclusi a distanza - Diritto di recesso - Addebito al consumatore delle spese di consegna dei beni - Contrasto - Sussistenza.

L'art. 6, nn. 1, primo comma, seconda frase, e 2, della direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio del 20 maggio 1997, n. 97/7/Ce, riguardante la protezione dei consumatori in materia di contratti a distanza, deve essere interpretato nel senso che esso osta ad una normativa nazionale che consente al fornitore, nell'ambito di un contratto concluso a distanza, di addebitare le spese di consegna dei beni al consumatore qualora questi eserciti il suo diritto di recesso¹.

¹ La Corte suprema tedesca ha chiesto alla Corte di giustizia di interpretare l'art. 6, nn. 1, seconda frase, e 2, della direttiva n. 97/7/Ce sui contratti a distanza (in *Guce* n. L 144 del 1997, p. 19). La domanda è scaturita da una controversia che ha visto contrapposti, da un lato, la Verbraucherzentrale Nordrhein-Westfalen, un'associazione tedesca di consumatori e,

dall'altro lato, la Handelsgesellschaft Heinrich Heine GmbH, una società specializzata nella vendita per corrispondenza, per l'addebito ai consumatori, in caso di recesso, delle spese di consegna della merce nei contratti conclusi a distanza.

La direttiva n. 97/7/Ce prevede che il consumatore ha diritto di recedere entro un termine di almeno sette giorni lavorativi senza alcuna penalità e senza specificarne il motivo. Se il diritto di recesso è stato esercitato dal consumatore secondo tali modalità, il fornitore deve rimborsare gratuitamente le somme versate dal consumatore. Le uniche spese eventualmente a carico del consumatore collegate all'esercizio del suo diritto di recesso sono le spese dirette sostenute per la spedizione dei beni al fornitore-mittente. Tale rimborso deve avvenire nel minor tempo possibile e in ogni caso entro trenta giorni (art. 6, nn. 1 e 2 della direttiva).

L'associazione dei consumatori ha convenuto la Handelsgesellschaft Heinrich Heine davanti il giudice tedesco di primo grado al fine di far cessare il comportamento consistente nell'addebitare ai consumatori, in caso di recesso, anche le spese sostenute dal fornitore per la consegna delle merci al consumatore.

Esauriti tutti i gradi interni di giudizio, il giudice del rinvio ha ritenuto di sospendere la causa e di rivolgersi alla Corte al fine di chiarire se le disposizioni dell'art. 6 della direttiva n. 97/7/Ce contrastino con la normativa tedesca che consente al fornitore di addebitare le spese di consegna dei beni (un *forfait* di euro 4,95) ai consumatori qualora questi esercitino il loro diritto di recesso.

In *primis*, la Corte di giustizia ha sottolineato lo scopo della direttiva sui contratti a distanza che è quello di introdurre un minimo di regole comuni a livello europeo.

In secondo luogo, sulla nozione di «somme versate dal consumatore», la Corte ha precisato che con essa devono intendersi tutte le prestazioni di natura finanziaria eseguite dal consumatore nei confronti del fornitore nell'ambito di esecuzione del contratto, comprendendovi, altresì, le spese di consegna.

La Corte ha rilevato che l'art. 6 ha per oggetto tutte le spese che possono essere addebitate al consumatore nell'esercizio del proprio diritto di recesso.

Sul punto, il quattordicesimo *considerando* della direttiva contiene il divieto di addebitare al consumatore, in caso di recesso, le spese risultanti dal contratto. Ciò è finalizzato ad assicurare che il diritto di recesso garantito dalla direttiva non resti un puro atto formale (cfr. sentenza del 3 settembre 2009 in causa n. C-489/07, *Messner*, inedita in *Raccolta*). L'art. 6 della direttiva persegue, quindi, lo scopo di evitare che il consumatore possa essere scoraggiato dall'esercitare il proprio diritto di recesso. Sarebbe perciò contrario allo scopo della direttiva interpretare tale norma nel senso di autorizzare gli Stati membri a consentire che le spese di consegna possano essere addebitate al consumatore nel caso di recesso contrattuale.

GLI STATI MEMBRI STABILISCONO QUALI SIANO I BENEFICIARI DEL DIRITTO AD UN CORRISPETTIVO SULLE VENDITE DI UN'OPERA D'ARTE SUCCESSIVE AL DECESSO DELL'AUTORE

Corte di giustizia

Sentenza del 15 aprile 2010 in causa n. C-518/08

Fundación Gala-Salvador Dalí e Visual Entidad de Gestión de Artistas Plásticos (VEGAP) c. Société des auteurs dans les arts graphiques et plastiques (ADAGP) e altri

Art. 234 CE - Questione pregiudiziale - Ravvicinamento delle legislazioni - Proprietà intellettuale - Diritto d'autore e diritti connessi - Diritto dell'autore di un'opera d'arte sulle successive vendite dell'originale - Diretti-

va n. 2001/84/Ce - Beneficiari del diritto sulle successive vendite dopo la morte dell'autore dell'opera - Nozione di «aventi causa» - Normativa nazionale che mantiene, per un periodo di settant'anni dopo l'anno della morte, il diritto sulle successive vendite a favore dei soli eredi dell'autore, ad esclusione di ogni legatario e avente causa - Compatibilità con la direttiva n. 2001/84/Ce.

L'art. 6, n. 1, della direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio del 27 settembre 2001, n. 2001/84/Ce, relativa al diritto dell'autore di un'opera d'arte sulle successive vendite dell'originale, dev'essere interpretato nel senso che non osta ad una disposizione di diritto nazionale, quale quella oggetto della causa principale, che riservi il beneficio del diritto sulle successive vendite ai soli eredi ex lege dell'artista, ad esclusione dei legatari testamentari. Ciò premesso, spetta al giudice del rinvio, ai fini dell'applicazione della disposizione nazionale che recepisce tale art. 6, n. 1, tenere in debito conto tutte le regole pertinenti intese a risolvere i conflitti di legge in materia di devoluzione ereditaria del diritto sulle successive vendite di opere d'arte¹.

¹ L'art. 1, n. 1, della direttiva n. 2001/84/Ce (in Guce n. L 272 del 2001, p. 32) impone agli Stati membri di prevedere «a favore dell'autore di un'opera d'arte un diritto sulle successive vendite dell'originale dell'opera stessa, definito come diritto inalienabile, cui non è possibile rinunciare nemmeno anticipatamente, ad un compenso sul prezzo ottenuto per ogni vendita successiva alla prima cessione da parte dell'autore».

La legislazione francese prevede che, alla morte dell'autore dell'opera, possano beneficiare del diritto sulle successive vendite soltanto gli eredi per legge dell'autore, con esclusione dei legatari testamentari.

L'artista Salvador Dalí, deceduto nel 1989, ha lasciato per testamento tutti i suoi diritti di proprietà intellettuale allo Stato spagnolo. Tali diritti sarebbero spettati, «*ab intestato*», a vari eredi collaterali.

In base al diritto francese, i diritti sulle successive vendite delle opere di Dalí in Francia sono stati percepiti per conto di tali eredi collaterali. La controversia ha visto contrapposti, da un lato la società spagnola che riscuote i diritti per conto dello Stato spagnolo, rappresentata da una fondazione creata da Dalí prima della sua morte, la Fundación Gala-Salvador Dalí e la Visual Entidad de Gestión de Artistas Plásticos (di seguito denominata: VEGAP), nonché, dall'altro lato, la società di riscossione francese che ha trasferito i diritti agli eredi collaterali dell'artista, la Société des auteurs dans les arts graphiques et plastiques (di seguito denominata: ADAGP).

In tale contesto, il Tribunal de Grande Instance di Parigi ha chiesto alla Corte di giustizia se la limitazione agli eredi per legge (ad esclusione dei legati testamentari) dei beneficiari del diritto sulle successive vendite effettuata dalla Francia, sia compatibile con la direttiva n. 2001/84/Ce.

La Corte di giustizia si è soffermata, innanzitutto, sulla duplice finalità della direttiva n. 2001/84/Ce: da un lato, essa assicura agli autori di opere d'arte figurative la partecipazione economica al successo delle loro opere e, dall'altro lato, pone termine alle distorsioni della concorrenza sul mercato dell'arte, in quanto il pagamento di un diritto sulle successive vendite in alcuni Stati membri può portare a delocalizzare le vendite di opere d'arte negli Stati membri dove tale diritto non trova applicazione. Soprattutto questo secondo obiettivo deve essere realizzato per evitare che le opere d'arte si concentrino negli Stati membri ove il diritto sulle successive vendite non risulta del tutto applicato oppure risulta applicato ad un'aliquota inferiore a quella vigente in altri Stati membri.

La direttiva, ha precisato la Corte di giustizia, non interferisce sul diritto delle successioni

degli Stati membri che sono così pienamente liberi di determinare le categorie degli aventi causa successivamente alla morte dell'autore di un'opera d'arte.

Il giudice francese dovrà pertanto decidere la controversia alla luce delle norme di diritto internazionale privato in materia di successione che regolano i conflitti di leggi.

GLI STATI MEMBRI POSSONO OFFRIRE INCENTIVI AI MEDICI CHE PRESCRIVONO MEDICINALI MENO COSTOSI

Corte di giustizia

Sentenza del 22 aprile 2010 in causa n. C-62/09

The Queen, su istanza di: Association of the British Pharmaceutical Industry c. Medicines and Healthcare Products Regulatory Agency, con l'intervento di: The NHS Confederation (Employers) Company Ltd

Art. 234 CE - Questione pregiudiziale - Direttiva n. 2001/83/Ce - Art. 94 - Incentivi finanziari a favore di ambulatori medici in cui si prescrivono taluni medicinali ai loro pazienti - Autorità pubbliche responsabili del settore sanitario - Medici - Libertà di prescrizione - Insussistenza del contrasto.

L'art. 94, n. 1, della direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio del 6 novembre 2001, n. 2001/83/Ce, recante un codice comunitario relativo ai medicinali per uso umano, come modificata dalla direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio del 31 marzo 2004, n. 2004/27/Ce, deve essere interpretato nel senso che esso non osta a regimi di incentivi finanziari, come quello di cui trattasi nella causa principale, istituiti dalle autorità nazionali responsabili della sanità pubblica per ridurre le loro spese in materia e diretti a favorire, ai fini del trattamento di talune patologie, la prescrizione, da parte dei medici, di medicinali specificamente designati contenenti un principio attivo diverso da quello del medicinale che era prescritto in precedenza o che avrebbe potuto esserlo in assenza di un siffatto regime di incentivi¹.

¹ La direttiva n. 2001/83/Ce istitutiva di un codice comunitario relativo ai medicinali per uso umano (in *Guce* n. L 136 del 2004, p. 34) vieta la promozione di medicinali presso persone autorizzate a prescriverli mediante premi, vantaggi pecuniari o in natura, salvo che siano di valore trascurabile o rientrino nella prassi corrente in campo medico o farmaceutico. La questione pregiudiziale sull'interpretazione dell'art. 94, n. 1, della direttiva ha riguardato i regimi di incentivazione delle prescrizioni istituiti dal «Primary Care Trusts», i centri locali di assistenza primaria, (di seguito denominati: PCT), in particolare, se essi rientrino in tale disposizione e se siano in contrasto con l'art. 94, n. 1, della direttiva n. 2001/83/Ce.

La domanda pregiudiziale è stata presentata nell'ambito di una controversia che ha visto contrapposti, da un lato l'Association of the British Pharmaceutical Industry («ABPI») e, dall'altro lato, la Medicines and Healthcare Products Regulatory Agency («MHPR»), un'agenzia esecutiva dipendente dal Department of Health (Ministero della Sanità), in merito

alla legittimità della posizione di quest'ultima secondo cui l'art. 94, n. 1, della direttiva n. 2001/83/Ce non si applica ad un regime di incentivi finanziari introdotto dalle autorità pubbliche e diretto alla prescrizione di medicinali specificatamente designati.

In Inghilterra e in Galles, i PCT e i LHB (Local Health Boards), i servizi sanitari locali, al fine di ridurre le spese pubbliche in materia di medicinali, hanno introdotto un regime di incentivi finanziari per gli ambulatori medici, affinché in questi ultimi vengano prescritti ai pazienti medicinali specificatamente designati, oppure farmaci generici.

Il sistema di incentivi così introdotto spinge i medici a modificare il trattamento dei loro pazienti (talvolta con conseguenze negative nei loro confronti) nel caso di prescrizioni esistenti e, dall'altro, a privilegiare, in sede di prima prescrizione di un medicinale per una determinata patologia, un trattamento fondato su un principio attivo piuttosto che su un altro. Il regime di incentivi di cui si discute nella causa principale riguarda la prescrizione di statine per la riduzione del colesterolo.

Il giudice del rinvio, la High Cour of Justice, ritenendo necessaria un'interpretazione della direttiva n. 2001/83/Ce per risolvere la controversia, ha deciso di sospendere il procedimento e di rivolgersi alla Corte di giustizia.

La Corte di giustizia ha precisato che il divieto contenuto nella direttiva si applica nell'ambito della promozione dei medicinali presso medici e farmacisti. Il divieto impedisce le pratiche promozionali che possano influenzare i professionisti del settore sanitario al momento della prescrizione o della fornitura di medicinali, volti unicamente a perseguire un interesse economico.

Tale divieto non trova applicazione nei confronti delle autorità nazionali responsabili della sanità pubblica che devono garantire l'applicazione della direttiva, nonché definire le priorità di azione delle politiche di sanità pubblica per quanto attiene la razionalizzazione della spesa pubblica.

La Corte di giustizia ha argomentato nel senso che la politica sanitaria definita da uno Stato membro e la relativa spesa pubblica non perseguono alcun fine di lucro, né commerciali.

Inoltre, dal momento che il regime di incentivi finanziari di cui si discute nella causa principale rientra nella politica sanitaria, non può essere considerato come rientrante nell'ambito della promozione commerciale di medicinali. Le autorità pubbliche responsabili della sanità pubblica possono dare la preferenza, per il trattamento di alcune patologie, ad un medicinale avente un principio attivo diverso, ma rientrante nella medesima classe terapeutica. Gli Stati membri, infatti, possono adottare norme miranti a disciplinare il consumo dei prodotti farmaceutici salvaguardando l'equilibrio finanziario dei loro sistemi sanitari (cfr. sentenza del 2 aprile 2009 in cause riunite da n. C-352/07 a n. C-356/07, da n. C-365/07 a n. C-367/07 e n. C-400/07, *A. Menarini Industrie Farmaceutiche Riunite e a.*, in *Raccolta*, 2009, I, p. 2495 e annotata in questa *Rivista*, 2009, p. 539).

I medici devono avere a disposizione studi dettagliati relativi all'equivalenza terapeutica tra i principi attivi disponibili appartenenti alla classe terapeutica oggetto del regime di incentivi finanziari. Il professionista non deve prescrivere un farmaco (oggetto di incentivi finanziari) se quest'ultimo non è idoneo al trattamento terapeutico del paziente.

Ne consegue, e così ha concluso la Corte di giustizia, che il regime di incentivi finanziari previsti per la riduzione delle spese sanitarie non contrasta con la direttiva n. 2001/83/Ce.

LA CORTE DI GIUSTIZIA DETERMINA IL LIMITE DI INDENNIZZO DOVUTO DAI VETTORI AEREI AI PASSEGGERI PER LA PERDITA DEL BAGAGLIO

Corte di giustizia

Sentenza del 6 maggio 2010 in causa n. C-63/09

Axel Walz c. Clickair SA

Art. 234 CE - Questione pregiudiziale - Trasporti aerei - Convenzione di Montreal - Responsabilità dei vettori in materia di bagagli consegnati - Art. 22, n. 2 - Limitazioni di responsabilità in caso di distruzione, perdita, deterioramento o ritardo di bagagli - Nozione di «danno» - Danni materiali e morali - Specificazione.

Il termine «danno» contenuto all'art. 22, n. 2, della Convenzione per l'unificazione di alcune norme relative al trasporto aereo internazionale conclusa a Montreal il 28 maggio 1999, che fissa la limitazione della responsabilità del vettore aereo per il danno derivante in particolare dalla perdita di bagagli, deve essere interpretato nel senso che include tanto il danno materiale quanto il danno morale¹.

¹ La Quarta Sezione del Tribunale commerciale di Barcellona ha sottoposto alla Corte di giustizia una questione pregiudiziale volta a chiarire se la limitazione di responsabilità prevista dall'art. 22, n. 2, della Convenzione per l'unificazione di alcune regole relative al trasporto aereo internazionale, firmata a Montreal il 28 maggio 1999 (e approvata dalla Comunità europea con la decisione del Consiglio del 5 aprile 2001, n. 2001/539/Ce, in *Guce* n. L 194 del 2001, p. 39), comprenda i danni sia materiali, sia morali derivanti dalla perdita del bagaglio. Tale questione è scaturita nell'ambito di una controversia tra il signor Axel Walz e la compagnia aerea Clickair SA.

Il signor Walz ha avviato un'azione di risarcimento danni perché la propria valigia è stata smarrita il 4 giugno 2007, in occasione di un volo Clickair in partenza da Barcellona e diretto a Oporto. Il signor Walz ha consegnato la valigia su tale volo, ma, all'arrivo a Oporto, il bagaglio non gli è stato riconsegnato.

Il ricorrente ha chiesto un risarcimento complessivo pari a euro 3.200, di cui euro 2.700 corrispondenti al valore del bagaglio smarrito ed euro 500 per i danni morali.

Osservando che la Convenzione di Montreal non opera una distinzione in funzione del tipo di danno cui si collega la responsabilità del vettore, il giudice del rinvio è partito dal presupposto che la limitazione di responsabilità del vettore dovesse comprendere i danni sia morali che materiali.

Il regolamento Ce del Consiglio del 9 ottobre 1997, n. 2027, sulla responsabilità del vettore aereo con riferimento al trasporto aereo dei passeggeri e dei loro bagagli (in *Guce* n. L 285 del 1997, p. 1), come modificato dal regolamento n. 889/2002 (in *Guce* n. L 140 del 2002, p. 2) prevede l'applicazione della Convenzione di Montreal. Questa, all'art. 22, statuisce che «nel trasporto di bagagli, la responsabilità del vettore in caso di distruzione, perdita, deterioramento o ritardo è limitata alla somma di 1.000 diritti speciali di prelievo (DSP) per passeggero, salvo dichiarazione speciale di interesse alla consegna a destinazione effettuata dal passeggero al momento della consegna al vettore del bagaglio, dietro pagamento di un'eventuale tassa supplementare. In tal caso il vettore sarà tenuto al risarcimento sino a concorrenza della somma dichiarata, a meno che egli non dimostri che tale somma è superiore all'interesse reale del mittente alla consegna a destinazione».

La Clickair si è opposta alla domanda del signor Walz argomentando principalmente sul fatto che il risarcimento chiesto dal ricorrente eccedeva i limiti previsti dalla Convenzione di Montreal.

La Corte di giustizia, investita della questione dal Tribunale commerciale di Barcellona, ha osservato come la Convenzione di Montreal, – il cui obiettivo è quello di unificare le regole relative al trasporto aereo internazionale – nella sua versione francese, non contenga alcuna definizione dei termini «*préjudice*» e «*dommage*». Tali termini devono ricevere un'interpretazione uniforme e autonoma, nonostante i significati differenti attribuiti a tali concetti nel diritto interno degli Stati parti di tale Convenzione. I termini «*préjudice*» e «*dommage*»

devono essere interpretati secondo le regole del diritto internazionale generale che si impongono all'Unione e devono essere intesi nel senso che includono tanto i danni di natura materiale quanto quelli di natura morale.

La Corte ha osservato, inoltre, che la Convenzione prevede un regime di responsabilità rigorosa per i vettori aerei, purché sia preservato il giusto equilibrio degli interessi dei vettori e dei passeggeri. Il vettore, ai sensi dell'art. 17, n. 2, si presume responsabile per i danni sopravvenuti in caso di distruzione, perdita, deterioramento di bagagli consegnati «per il fatto stesso che l'evento che ha causato la distruzione, la perdita o il deterioramento si è prodotto a bordo dell'aeromobile oppure nel corso di qualsiasi periodo durante il quale il vettore aveva in custodia i bagagli consegnati».

È proprio per preservare l'equilibrio, sopra citato, che l'art. 22, n. 2 della Convenzione di Montreal ha previsto di limitare l'obbligazione per responsabilità gravante sui vettori aerei. Infatti, a parere della Corte di giustizia, limitare il risarcimento consente, da un lato, ai passeggeri di essere risarciti velocemente senza imporre, dall'altro lato, oneri eccessivamente gravosi sulle compagnie aeree che potrebbero compromettere lo svolgimento delle loro attività.

Infine, e così ha concluso la Corte di giustizia, il fatto che il passeggero, in occasione del *check-in*, sia messo nella condizione di fare una dichiarazione speciale di interesse quando consegna i propri bagagli, conferma la circostanza che il limite di responsabilità del vettore aereo per il danno derivante dalla perdita del bagaglio deve interpretarsi come assoluto, comprendente ossia sia il danno morale che materiale.

LA NORMATIVA CHE LIMITA AD ALCUNI OPERATORI L'OFFERTA DI SERVIZI TRAMITE INTERNET NON CONTRASTA CON LA DISCIPLINA COMUNITARIA SULLA LIBERA PRESTAZIONE DI SERVIZI

I

Corte di giustizia

Sentenza del 3 giugno 2010 in causa n. C-258/08

Ladbrokes Betting & Gaming Ltd, Ladbrokes International Ltd c. Stichting de Nationale Sporttotalisator

Art. 234 CE - Questione pregiudiziale - Art. 49 CE - Restrizioni alla libera prestazione dei servizi - Giochi d'azzardo - Esercizio del gioco d'azzardo su internet - Normativa che riserva l'autorizzazione ad un unico operatore - Rifiuto di concedere un'autorizzazione ad un operatore che dispone di un'autorizzazione in altri Stati membri - Giustificazione - Proporzionalità - Controllo di ogni misura concreta di applicazione della normativa nazionale - Lotta contro le frodi e la criminalità - Giustificazione.

Si può considerare che una normativa nazionale, come quella oggetto della causa principale, che persegue lo scopo di contenere la dipendenza dal gioco d'azzardo nonché di contrastare le frodi, e che effettivamente contribuisce alla realizzazione di questi obiettivi, limita le attività di scommessa in modo coerente e sistematico, sebbene il titolare o i titolari di un'autorizzazione esclu-

siva siano autorizzati a rendere attraente la loro offerta sul mercato introducendo nuovi giochi d'azzardo e facendo ricorso alla pubblicità. Spetta al giudice del rinvio verificare se la pratica del gioco illegale possa costituire un problema nello Stato membro interessato cui possa porre rimedio un'espansione delle attività autorizzate e regolamentate, e se tale espansione non presenti una portata che la rende inconciliabile con la finalità di contenimento di detta dipendenza¹.

Ai fini dell'applicazione di una normativa di uno Stato membro sui giochi d'azzardo compatibile con l'art. 49 CE, il giudice nazionale non è tenuto a verificare, in ogni fattispecie, se il provvedimento d'esecuzione diretto a salvaguardare l'osservanza di tale normativa sia idoneo ad assicurare la realizzazione dello scopo da essa perseguito e sia conforme al principio di proporzionalità, purché tale provvedimento rappresenti un elemento necessario per garantire che detta normativa produca i suoi effetti e non contenga alcuna ulteriore restrizione rispetto a quella risultante dalla normativa stessa. Per la soluzione della controversia sottoposta al giudice del rinvio è irrilevante che tale provvedimento di esecuzione sia stato adottato in seguito ad un intervento delle pubbliche autorità volto a garantire l'osservanza della normativa nazionale oppure in seguito ad un'istanza di un privato nel contesto di un procedimento civile per la tutela dei suoi diritti derivanti dalla medesima normativa².

L'art. 49 CE deve essere interpretato nel senso che non osta ad una normativa di uno Stato membro, come quella oggetto della causa principale, che subordina l'organizzazione e la promozione dei giochi d'azzardo ad un regime di esclusività a favore di un unico operatore e che vieta a tutti gli altri operatori, compreso un operatore stabilito in un altro Stato membro, di proporre mediante internet, sul territorio del primo Stato membro, servizi rientranti nel citato regime³.

II

Corte di giustizia

Sentenza del 3 giugno 2010 in causa n. C-203/08

Sporting Exchange Ltd, operante con la denominazione «Betfair» c. Minister van Justitie, con l'intervento di: Stichting de Nationale Sporttotalisator

Art. 234 CE - Questione pregiudiziale - Art. 49 CE - Restrizioni alla libera prestazione dei servizi - Giochi d'azzardo - Esercizio del gioco d'azzardo su internet - Normativa che riserva l'autorizzazione ad un unico operatore - Rinnovo dell'autorizzazione senza procedura concorrenziale - Principio della parità di trattamento e obbligo di trasparenza - Applicazione nel settore dei giochi d'azzardo - Lotta contro la frode e la criminalità - Giustificazione.

L'art. 49 CE deve essere interpretato nel senso che non osta ad una normativa di uno Stato membro, come quella oggetto della causa principale, che subordina l'organizzazione e la promozione dei giochi d'azzardo ad un regime di esclusività a favore di un unico operatore e che vieta a tutti gli altri operatori, compreso un operatore stabilito in un altro Stato membro, di proporre mediante internet, sul territorio del primo Stato membro, servizi rientranti nel citato regime⁴.

L'art. 49 CE deve essere interpretato nel senso che il principio della parità di trattamento e l'obbligo di trasparenza che ne deriva sono applicabili alle procedure per il rilascio e il rinnovo di un'autorizzazione a favore di un operatore unico nel settore dei giochi d'azzardo purché non si tratti di un operatore pubblico la cui gestione è soggetta al controllo diretto dello Stato o di un operatore privato sulle cui attività i pubblici poteri sono in grado di esercitare uno stretto controllo⁵.

¹⁻⁵ La concessione, da parte di uno Stato membro, del diritto esclusivo di gestire un gioco di azzardo ad un operatore unico può essere compatibile con il diritto comunitario? Questo è l'interrogativo al quale le due sentenze, sopra massimate, danno una risposta.

Non è la prima volta che la Corte di giustizia si pronuncia sui limiti di competenza degli Stati membri in materia di giochi di azzardo (cfr. sentenze dell'8 settembre 2009 in causa n. C-42/07, *Liga Portuguesa de Futebol Profissional e Bwin International*, inedita in *Raccolta*, annotata in questa *Rivista*, 2010 p. 81; del 6 novembre 2003 in causa n. C-243/01, *Gambelli*, in *Raccolta*, 2003, I, p. 13031, annotata in questa *Rivista*, 2004, p. 528; del 6 marzo 2007 in cause riunite n. C-338/04, n. C-359/04 e n. C-360/04, *Placanica*, in *Raccolta*, 2007, I, p. 1891, annotata in questa *Rivista*, 2007, p. 332) e la questione continua a suscitare nuovi interrogativi (cfr. le seguenti cause attualmente pendenti dinanzi alla Corte di giustizia: *Winner Wetten* in causa n. C-409/06; *Markus Stoß e a.* in cause n. C-316/07, da n. C-358/07 a n. C-360/07, n. C-409/07 e n. C-410/07; *Carmen Media Group* in causa n. C-46/08; *Santa Casa da Misericórdia de Lisboa* in causa n. C-55/08; *Zeturf* in causa n. C-212/08, nonché *Sjöberg e Gerdin* in cause n. C-447/08 e n. C-448/08).

Entrambe le pronunce hanno per oggetto l'interpretazione dell'art. 49 CE.

Nella causa n. C-258/08 la domanda pregiudiziale è scaturita nell'ambito di una controversia pendente tra la Stichting de Nationale Sporttotalisator, fondazione di diritto olandese (di seguito denominata: De Lotto) e le società inglesi Ladbrokes Betting & Gaming Ltd e Ladbrokes International Ltd, relativamente al comportamento irregolare tenuto da queste ultime sul mercato olandese dei giochi d'azzardo.

A sua volta la causa n. C-203/08 ha visto contrapposti, da un lato, la società inglese Sporting Exchange Ltd (di seguito denominata: Betfair) e il Ministero della giustizia con riferimento al rigetto, da parte di quest'ultimo, delle domande presentate dalla ricorrente per ottenere l'autorizzazione ad organizzare giochi di azzardo nei Paesi Bassi, nonché dei ricorsi proposti da quest'ultima contro le autorizzazioni concesse ad altri due operatori.

La normativa olandese relativa ai giochi d'azzardo si basa su un sistema di autorizzazioni esclusive ai sensi del quale è vietato organizzare o promuovere giochi d'azzardo, a meno che non sia stata a tal fine rilasciata un'autorizzazione amministrativa e le autorità nazionali concedono una sola autorizzazione per ognuno dei giochi d'azzardo autorizzati.

Inoltre, nei Paesi Bassi non esiste alcuna possibilità di offrire in modo interattivo giochi d'azzardo mediante *internet*.

Lo statuto della società De Lotto, fondazione di diritto privato, non avente scopo di lucro, ha come obiettivo la raccolta di fondi mediante l'organizzazione di giochi d'azzardo e la ripartizione di tali fondi tra enti che operano principalmente nel settore dello sport, dell'educazione fisica, della salute e della cultura.

Le società Ladbrokes operano, invece, nel settore dell'organizzazione di scommesse

sportive e propongono, tramite internet, diversi giochi d'azzardo collegati allo sport.

La De Lotto adiva il Tribunale di Arnhem sostenendo che le società Ladbrokes offrivano, tramite internet, i loro servizi nei Paesi Bassi senza disporre delle prescritte autorizzazioni.

La Corte di cassazione olandese, adita in ultima istanza, ha ritenuto di sospendere il giudizio e di chiedere alla Corte di giustizia se la normativa nazionale che di fatto limita le attività di scommessa al fine di contenere la dipendenza dal gioco, contrasti con la normativa comunitaria.

La Corte di giustizia ha precisato che la normativa olandese che sottopone l'organizzazione e la promozione dei giochi d'azzardo ad un regime di esclusività a favore di un unico operatore e che vieta a tutti gli altri operatori, compreso un operatore stabilito in un altro Stato membro, di proporre servizi mediante internet, costituisce una restrizione alla libera prestazione dei servizi garantita dall'art. 49 CE. La Corte ha, pertanto, analizzato se tale restrizione possa essere giustificata sulla base delle misure derogatorie previste dalla normativa comunitaria, ossia da motivi imperativi di interesse generale.

L'art. 46, n. 1, CE si riferisce alle restrizioni giustificate da motivi di ordine pubblico, di pubblica sicurezza o di sanità pubblica. La Corte di giustizia, nella propria giurisprudenza, ha precisato come gli obiettivi di tutela dei consumatori, di prevenzione della frode e dell'incitazione dei cittadini ad una spesa eccessiva collegata al gioco, nonché la prevenzione di turbative all'ordine sociale in generale (cfr. sentenza *Liga Portuguesa de Futebol Profissional e Bwin International, cit.*) possano giustificare tali limitazioni e come spetti ai giudici nazionali verificare se le normative nazionali rispondano realmente agli obiettivi idonei a giustificarle e se le restrizioni che esse impongono non appaiano sproporzionate rispetto a tali obiettivi.

La Corte ha, peraltro sottolineato come la De Lotto disponga di un'autorizzazione esclusiva ad organizzare giochi d'azzardo, possa proporre nuovi giochi, nonché avvalersi di messaggi pubblicitari per rendere attraente la loro offerta sul mercato.

A parere della Corte, il giudice nazionale deve verificare se la normativa nazionale rientri nell'ambito di una politica di espansione controllata diretta ad incanalare lo stimolo al gioco entro circuiti legali tenendo sempre in considerazione la tutela dei consumatori. Il problema è proprio quello di trovare il giusto equilibrio tra l'esigenza di un'espansione controllata dei giochi d'azzardo autorizzati allo scopo di rendere l'offerta di tali giochi appetibile al pubblico e la necessità di ridurre il più possibile la dipendenza dei consumatori da tali giochi.

La Corte di giustizia ha concluso affermando che uno Stato membro può ritenere che il solo fatto che un operatore, come le società Ladbrokes, offra servizi rientranti nel settore dei giochi d'azzardo tramite internet in un altro Stato membro, in cui sia stabilito e in cui sia già soggetto, in linea di principio, a determinati requisiti di legge e a rigorosi controlli da parte delle competenti autorità di quest'ultimo Stato, non rappresenti una garanzia sufficiente di protezione dei consumatori per il fatto che i giochi d'azzardo accessibili via internet implicano rischi differenti e maggiori rispetto a quelli connessi ai giochi tradizionali.

Le argomentazioni svolte dalla Corte nella causa n. C-203/08 sono le medesime sull'ammissibilità delle restrizioni alla libera prestazioni di servizi relativamente all'offerta di giochi d'azzardo tramite internet, nell'obiettivo di lottare contro la frode e contro la criminalità.

La Betfair, che opera nel settore dei giochi d'azzardo e offre a partire dal Regno Unito i suoi servizi unicamente mediante internet e per telefono, volendo offrire attivamente i propri servizi sul mercato olandese, si rivolgeva al Ministero competente chiedendo il rilascio delle prescritte autorizzazioni che le venivano successivamente negate. La Betfair ha sostenuto l'obbligo, da parte delle autorità olandesi, di riconoscere l'autorizzazione di cui essa usufruisce nel Regno Unito e di rispettare (cfr. sentenza del 13 settembre 2007 in causa n. C-260/04, *Commissione c. Italia*, in *Raccolta*, 2007, I, p. 7083) il principio di trasparenza per il rilascio di un'autorizzazione ad offrire giochi d'azzardo.

Il Raad van State ha deciso di sospendere il procedimento e si è rivolto alla Corte di giustizia la quale ha chiarito che, perché un regime di previa autorizzazione amministrativa possa risultare giustificato anche quando deroga ad una libertà fondamentale, deve essere fondato su criteri oggettivi, non discriminatori e resi noti, così da circoscrivere sufficientemente l'esercizio del potere discrezionale delle autorità nazionali ed evitare abusi (cfr., in proposito, sentenze del 17 luglio 2008 in causa n. C-389/05, *Commissione c. Francia*, in *Raccolta*, 2008, I, p. 5337 e del 10 marzo 2009 in causa n. C-169/07, *Hartlauer*, in *Raccolta*, 2009, I, p. 1721, annotata in questa *Rivista*, 2009, p. 247).

Un procedimento per il rinnovo di un'autorizzazione, come quello oggetto della causa principale, che non rispetta tali condizioni, contrasta con la normativa comunitaria perché impedisce ad altri operatori di esercitare tali attività.

La Corte ha concluso che le restrizioni alla libera prestazione di servizi derivanti dalle procedure per il rilascio e il rinnovo di un'autorizzazione a favore di un operatore unico, come avviene nella causa principale, potrebbero giustificarsi solamente qualora lo Stato membro interessato decida di rilasciare o rinnovare l'autorizzazione ad un operatore pubblico la cui gestione sia soggetta al controllo diretto dello Stato oppure a un operatore privato sulle cui attività i pubblici poteri siano in grado di esercitare il dovuto controllo (cfr., in proposito, le sentenze del 21 settembre 1999 in causa n. C-124/97, *Läärä e a.*, in *Raccolta*, 1999, I, p. 6067, nonché *Liga Portuguesa de Futebol Profissional e Bwin International*, cit.). È compito del giudice nazionale che ha operato il rinvio verificare che le società titolari delle autorizzazioni nei Paesi Bassi siano in regola con quanto sopra specificato.

LA NORMATIVA SPAGNOLA CHE CONSENTE IL CONTROLLO GIURISDIZIONALE SULLE CLAUSOLE ABUSIVE FORMULATE IN MANIERA CHIARA E COMPRESIBILE NON CONTRASTA CON LA DIRETTIVA N. 93/13/CEE

Corte di giustizia

Sentenza del 3 giugno 2010 in causa n. C-484/08

Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Madrid c. Asociación de Usuarios de Servicios Bancarios (Ausbanc)

Art. 234 CE - Questione pregiudiziale - Direttiva n. 93/13/Cee - Contratti stipulati con i consumatori - Clausole che definiscono l'oggetto principale del contratto - Controllo giurisdizionale del loro carattere abusivo - Esclusione - Disposizioni nazionali più severe per garantire un più elevato livello di protezione per il consumatore - Insussistenza del contrasto.

Gli artt. 4, n. 2, e 8 della direttiva del Consiglio del 5 aprile 1993, n. 93/13/Cee, concernente le clausole abusive nei contratti stipulati con i consumatori, debbono essere interpretati nel senso che non ostano ad una normativa nazionale, come quella in questione nella causa principale, che autorizza un controllo giurisdizionale del carattere abusivo delle clausole contrattuali vertenti sulla definizione dell'oggetto principale del contratto o sulla perequazione tra il prezzo e la remunerazione, da un lato, e i servizi o beni che devono essere forniti in cambio, dall'altro, anche se tali clausole sono formulate in modo chiaro e comprensibile¹.

Gli artt. 2 CE, 3, n. 1, lett. g., CE e 4, n. 1, CE non ostano ad un'interpretazione degli artt. 4, n. 2, e 8 della direttiva secondo la quale gli Stati membri possono adottare una normativa nazionale che autorizza un controllo giurisdizionale del carattere abusivo delle clausole contrattuali vertenti sulla defi-

nizione dell'oggetto principale del contratto o sulla perequazione tra il prezzo e la remunerazione, da un lato, e i servizi o i beni che devono essere forniti in cambio, dall'altro, anche se tali clausole sono formulate in modo chiaro e comprensibile².

¹⁻² Il Tribunal Supremo spagnolo ha sottoposto alla Corte di giustizia tre questioni pregiudiziali sull'interpretazione dell'art. 8 in combinato disposto con l'art. 4, n. 2, della direttiva n. 93/13/Cee, concernente le clausole abusive nei contratti stipulati con i consumatori. La questione ha riguardato il fatto se gli Stati membri possano invocare l'art. 8 della direttiva n. 93/13/Cee per estendere, in deroga all'art. 4, n. 2, la valutazione sostanziale delle clausole contrattuali sotto il profilo del loro carattere abusivo anche a quelle clausole che vertono sulla definizione dell'oggetto principale del contratto, oppure sulla perequazione tra il prezzo e la remunerazione, da un lato, e i servizi o i beni che devono essere forniti in cambio, dall'altro.

La controversia ha visto contrapposti, da un lato, l'Asociación de Usuarios de Servicios Bancarios, l'Associazione spagnola degli utenti di servizi spagnoli – una persona giuridica, il cui oggetto statutario consiste nella «difesa degli interessi legittimi degli utenti di servizi degli istituti di credito e finanziari» (di seguito denominata: AUSBANC) – e, dall'altro lato, l'Istituto di credito, la Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Madrid in merito all'inserimento, da parte di quest'ultima, di una «clausola di arrotondamento», sotto forma di clausola contrattuale redatta preventivamente, nei contratti di mutuo destinati all'acquisto di immobili stipulati con i propri clienti.

Nel diritto spagnolo la tutela dei consumatori contro le clausole abusive è stata garantita dalla legge generale n. 26/1984, relativa alla tutela dei consumatori e degli utenti (Ley General 26/1984 para la Defensa de los Consumidores y Usuarios) del 19 luglio 1984. Tale provvedimento è stato modificato dalla legge n. 7/1998, relativa alle condizioni generali dei contratti (Ley 7/1998 sobre Condiciones Generales de la Contratación) del 13 aprile 1998, che ha trasposto la direttiva nel diritto interno. La normativa nazionale non ha, tuttavia, ripreso le eccezioni concernenti la valutazione del carattere abusivo delle clausole contrattuali contenute all'art. 4, n. 2 della direttiva. I giudici spagnoli perciò possono valutare l'abusività di una clausola contrattuale anche nell'ipotesi in cui essa sia stata predisposta dal professionista in maniera chiara e comprensibile.

I contratti di mutuo a tasso di interesse variabile destinati all'acquisto di alloggi, stipulati tra la Caja de Madrid ed i suoi clienti contengono la c.d. clausola di arrotondamento ai sensi della quale il tasso di interesse nominale previsto dal contratto varia periodicamente a seconda dell'indice di riferimento pattuito.

L'AUSBANC ha presentato un ricorso per ottenere l'eliminazione di tali clausole nei contratti di mutuo. Il Tribunal Supremo spagnolo, adito in ultima istanza, ha così sospeso il procedimento e si è rivolto alla Corte di giustizia. La Corte di giustizia ha chiarito, innanzitutto, la finalità della direttiva che è quella di tutelare il consumatore, quale contraente debole che si trova generalmente in una situazione di inferiorità rispetto al professionista (cfr. sentenze del 27 giugno 2000 in cause riunite da n. C-240/98 a n. C-244/98, *Océano Grupo Editorial e Salvat Editores*, in *Raccolta*, 2000, I, p. 4941, annotata in questa *Rivista*, 2000, p. 638 e del 26 ottobre 2006 in causa n. C-168/05, *Mostaza Claro*, in *Raccolta*, 2006, I, p. 10421, annotata in questa *Rivista*, 2006, 761).

Gli Stati membri possono prevedere un livello di protezione più elevato di quello contemplato dalla direttiva. Nel caso di specie, la normativa spagnola prevede che il giudice spagnolo possa in qualsiasi circostanza valutare, nell'ambito di una controversia concernente un contratto stipulato tra un professionista ed un consumatore, il carattere abusivo di una clausola, non negoziata individualmente, vertente in particolare sull'oggetto principale del contratto, anche nelle ipotesi in cui tale clausola sia stata predisposta in modo chiaro e comprensibile. Tale circostanza non fa che aumentare la tutela nei confronti del contraente più debole, il consumatore, e non determina perciò alcun contrasto con la normativa comunitaria.

GIURISPRUDENZA ITALIANA E STRANIERA

ETICHETTATURA DEI PRODOTTI ALIMENTARI E TUTELA DEL CONSUMATORE TRA DIRITTO NAZIONALE E DIRITTO COMUNITARIO

I

Corte di cassazione

Sentenza del 17 dicembre 2009-26 marzo 2010 n. 7296/10*

Lidl Italia srl c. Comune di Arcole e Ministero delle politiche agricole

Presidente, *Giovanni Settini* - Estensore, *Ippolito Parziale*

Art. 1 legge n. 286/61 - Bevanda analcolica con nome di frutto e succo - Uso di additivi - Inosservanza delle percentuali di un ingrediente - Diritto del consumatore ad una trasparente e corretta informazione - Applicazione della normativa nazionale - Violazione dell'art. 2 dlgs n. 109/92.

Il Giudice di Pace è incorso nella denunciata violazione dell'art. 112 c.p.c., come reso palese dalla sua motivazione. Infatti, il giudice di pace nella sua motivazione, dopo aver ritenuto inconferente il dedotto contrasto tra normativa in questione e quella comunitaria, ha argomentato la sua decisione operando un richiamo all'articolo 2 del Dlgs. 1992 n. 109 che costituisce la normativa disciplinante l'etichettatura dei prodotti alimentari.

* In argomento v. *infra*, p. 309 ss., il commento di *ENRICA ADOBATI*.

II

Giudice di pace di Perugia**Sentenza del 18 aprile-27 giugno 2005 n. 1411/2005**

Kash Rudiger [*rectius*: Kasch Rüdiger *n.d.r.*] e Lidl Italia srl c. Comune di Arcole e Ministero delle politiche agricole e forestali

Bevanda analcolica con nome di succo e frutto - Uso di additivi - Inosservanza delle percentuali di un ingrediente - Ricorso avverso l'applicazione dell'art. 2 dlgo n. 109/92 - Violazione dell'art. 112 c.p.c. - Cassazione con rinvio.

Nel caso che ci occupa, l'etichettatura identificativa della bevanda commercializzata dalla società ricorrente riportante la dicitura "Orange" a caratteri più evidenti e marcati rispetto alle altre diciture ed utilizzando per lo sfondo colorazioni arancioni poteva, associando immagini e scritte, a parere del giudicante, ingenerare un falso convincimento nel consumatore circa la natura, la composizione, l'identità e la qualità della bevanda stessa. Assimilata pertanto alle bibite al gusto di arancio, in base alla citata normativa doveva contenere una percentuale minima pari al 12% di succo e non la percentuale effettivamente indicata del 3% né tantomeno gli indicati coloranti. Appare quindi legittima la contestazione operata nei confronti del ricorrente (...).

I

(Omissis) **In diritto****1. Motivi di ricorso**

Parte ricorrente lamenta con i primi due la violazione della normativa di cui alla legge n. 689 del 1981 nonché la violazione dell'art. 112 c.p.c. Sostiene la ricorrente che il Giudice di Pace e lo stesso Comune in sede di difese [*rectius*: difesa *n.d.r.*] avanzata in giudizio avrebbero applicato alla fattispecie in questione non già la normativa contestata, ma altra normativa relativa alla etichettatura di alimenti di cui al decreto legislativo n. 109 del 1992. Ciò sarebbe reso evidente dalla motivazione del Giudice di Pace che richiamava espressamente tale ultima normativa.

Col terzo motivo la ricorrente sostiene che la legge del 1961 sarebbe ormai superata dalla disciplina comunitaria dettata in materia di alimenti.

2. Il ricorso è fondato e va accolto quanto ai primi due motivi, restando assorbito il terzo.

2.1 I primi due motivi in quanto strettamente connessi possono essere trattati congiuntamente e risultano fondati. Il Giudice di Pace è incorso nella denunciata violazione dell'art. 112 c.p.c., come reso palese dalla sua motivazione. Infatti, il giudice

di pace della [*rectius*: nella *n.d.r.*] sua motivazione, dopo aver ritenuto inconferente il dedotto contrasto tra normativa in questione e quella comunitaria, ha argomentato la sua decisione operando un richiamo all'articolo 2 del Dlgs. 1992 n. 109 (normativa relativa all'etichettatura con riguardo alla tutela del consumatore) successivamente affermando che «Nel caso che ci occupa, la etichettatura identificativa della bevanda commercializzata dalla società ricorrente riportando la dicitura "Orange" a caratteri più evidenti e marcati rispetto alle altre diciture ed utilizzando per lo sfondo colorazioni arancioni poteva, associando immagine [*rectius*: immagini *n.d.r.*] e scritte, a parere del giudicante, ingenerare un falso convincimento nel consumatore circa la natura, la composizione, l'identità e la qualità della bevanda stessa. Assimilata pertanto alle bibite al gusto di arancio, in base alla citata normativa doveva contenere una percentuale minima pari al 12% di succo e non la percentuale effettivamente indicata del 3% né tantomeno gli indicati coloranti. Appare quindi legittima la contestazione operata nei confronti del ricorrente della qualifica».

Nella sua motivazione, quindi, il giudice di pace sembra porre in relazione normative diverse, valorizzando l'articolo 2 del Dlgs. 1992 n. 109, non posto a fondamento della violazione contestata, così incorrendo nella denunciata violazione dell'articolo 112 c.p.c., dovendo, come è noto, il giudice dell'opposizione valutare esclusivamente la contestazione, senza poter far riferimento ad altre possibili violazioni.

2.2 L'accoglimento dei primi due motivi determina l'assorbimento del terzo.

3. Il ricorso va accolto, il provvedimento impugnato e cassato nei limiti indicati, e la causa va rimessa per nuovo esame ad altro giudice del merito pari ordinato, che si indica in diverso magistrato dello stesso ufficio, cui è anche demandato, ex art. 385 c.p.c., di pronunciare sulle spese del giudizio di legittimità.

(*Omissis*)

II

(*Omissis*)

Con ricorso depositato il 5 luglio 2004 Kash Rudiger [*rectius*: Kasch Rüdiger *n.d.r.*] nella qualifica, proponeva opposizione avverso ordinanza-ingiunzione n. 6888 del 03.06.2004 emessa dal Comune di Arcole in conseguenza della violazione delle norme di cui all'art. 1 L. n. 286/61. Il citato articolo prescrive il divieto di colorazione di bibite analcoliche vendute con una denominazione di fantasia con un contenuto di succhi di agrumi inferiore [*rectius*: inferiore *n.d.r.*] al 12%. Eccepiva il ricorrente la illegittimità del provvedimento impugnato in quanto la normativa posta a base della contestazione appare ampiamente superata dalle norme comunitarie in materia. Si costituivano il Comune di Arcole, contestando le motivazioni di parte ricorrente e il Ministero delle Politiche Agricole e Forestali, ritenendo la propria carenza di legittimazione passiva. (*Omissis*) All'udienza del 18.04.2005 la causa veniva discussa; all'esito il Giudice definiva il giudizio emettendo il dispositivo di cui dava contestuale lettura. La doglianza sollevata dal ricorrente appare fondata. La presunta inapplicabilità della citata legge in quanto in contrasto con le norme comunitarie appare inconferente con il caso di specie; sulla base dell'art. 30 del Trattato

CE in relazione all'art. 14 Direttiva Consiglio n. 112/79 CEE [*rectius*: 79/112 *n.d.r.*] è ammissibile l'applicazione della normativa nazionale in ordine alla etichettatura dei prodotti alimentari che non deve indurre in errore il consumatore sulla caratteristiche del prodotto. Invero l'art. 1 L. n. 286/61 contiene delle prescrizioni in ordine alla percentuale minima (12%) di contenuto nelle bevande poste in commercio con nomi di frutto a succo. L'art. 2 del D.Lgs. 109/92 a sua volta recita «(...) l'etichettatura e le relative modalità di realizzazione sono destinate ad assicurare la corretta e trasparente informazione del consumatore (...)», in modo da non indurre in errore quest'ultimo sulle caratteristiche del prodotto alimentare.

Nel caso che ci occupa, l'etichetta identificativa della bevanda commercializzata dalla società ricorrente riportando la dicitura «Orange» a caratteri più evidenti e marcati rispetto alle altre diciture ed utilizzando per lo sfondo colorazioni arancioni poteva, associando immagine e scritte, a parere del Giudicante, ingenerare un falso convincimento nel consumatore circa la natura, la composizione, l'identità e la qualità della bevanda stessa. Assimilata pertanto alle bibite al gusto di arancio, in base alla citata normativa doveva contenere una percentuale minima pari al 12% di succo e non la percentuale effettivamente indicata del 3% né tantomeno gli indicati coloranti.

Appare quindi legittima la contestazione operata nei confronti della ricorrente nella qualifica; ciò posto il ricorso va respinto.

(*Omissis*)

L'AUTORITÀ GIUDIZIARIA NON PUÓ EMETTERE UNA SENTENZA DI CONDANNA FONDANDOLA SU UNA NORMA DIVERSA DA QUELLA POSTA A FONDAMENTO DI UNA SANZIONE AMMINISTRATIVA IRROGATA DALL'AUTORITÀ DI CONTROLLO PER VIOLAZIONE DELLA NORMATIVA IN MATERIA ALIMENTARE

La Corte di cassazione, con la sentenza sopra riportata, ha correttamente cassato una sentenza del Giudice di pace di Perugia, pure sopra riportata, che ha posto a fondamento della propria decisione una norma diversa da quella sulla quale la competente Autorità di controllo aveva fondato la sua sanzione.

La Corte di cassazione ha giustamente fatto riferimento alla violazione dell'art. 112 del codice di procedura civile, applicabile anche nel procedimento amministrativo disciplinato dalla legge n. 689 del 24 novembre 1981, secondo cui: *«Il giudice deve pronunciare su tutta la domanda e non oltre i limiti di essa; e non può pronunciare d'ufficio su eccezioni, che possono essere proposte soltanto dalle parti»*.

In estrema sintesi, la fattispecie decisa dal Giudice di pace di Perugia con la sentenza cassata dalla Corte di cassazione sopra riportata, riguardava la legittimità dell'impiego di coloranti (consentiti dal punto di vista sanitario) in una bevanda analcolica, denominata *«Freeway-gusto Orange»*, nella quale era contenuto, come ingrediente, il succo di arancia in una quantità pari al 3%, invece di quella del 12% come previsto dall'art. 1 della legge n. 286 del 3 aprile 1961.

Stabilisce infatti l'art. 1 della legge n. 286/1961 che: *«Le bevande analcoliche vendute con denominazione di fantasia, il cui gusto e aroma fondamentale deriva dal loro contenuto di essenze di agrumi, o di paste aromatizzanti di agrumi non possono essere colorate se non contengono anche succo di agrumi in misura non inferiore al 12 per cento»*.

Orbene, l'Autorità di controllo, nella sua ordinanza-ingiunzione, aveva irrogato la sanzione perché nella preparazione della bevanda *«Freeway-gusto Orange»* era stato impiegato un colorante (senz'altro consentito sotto il profilo sanitario) anche se la percentuale di succo di arancia presente nella bevan-

da era pari al 3%, in violazione dell'art. 1 della legge n. 286/1961 sopra riportato (che imponeva il raggiungimento di una percentuale di succo d'arancia del 12% come quantità minima per l'utilizzo di coloranti).

Poiché la controversia, davanti al Giudice di pace di Perugia, verteva unicamente sulla possibilità di utilizzare coloranti (autorizzati) nella preparazione di una bevanda analcolica con un contenuto di succo d'arancia inferiore al 12%, l'operatore ricorrente ha affrontato soltanto il punto oggetto di contestazione, svolgendo le proprie difese essenzialmente con riferimento al diritto comunitario, dato che si trattava di stabilire la portata e l'efficacia della normativa comunitaria in materia di additivi tra i quali, come ovvio, rientrano i coloranti utilizzati nella preparazione delle bevanda contestata.

In effetti, la materia degli additivi alimentari è, da tempo, esclusivamente disciplinata in sede comunitaria.

L'ordinamento giuridico italiano, con il decreto ministeriale n. 209 del 27 febbraio 1996¹, ha recepito diverse direttive comunitarie che regolamentano compiutamente la materia.

L'art. 2.2 del decreto ministeriale n. 209/96 specifica che i coloranti sono additivi alimentari e, pertanto, la disciplina applicabile alla fattispecie in esame era quella di cui al dm n. 209/96 per cui occorreva analizzare, nell'ambito della materia degli additivi, le norme sui coloranti contenute nello stesso dm n. 209/96.

L'art. 6 del decreto n. 209/96 (cfr. anche gli allegati da esso richiamati), conferma che i coloranti autorizzati dalla disciplina comunitaria possono essere utilizzati nella preparazione di bevande analcoliche aromatizzate, *indipendentemente* dalla concentrazione di succo di agrumi (cfr. art. 6 ed in particolare l'allegato VII del dm n. 209/96).

Ne conseguirebbe che l'art. 1 della legge n. 286/61 non potrebbe più trovare applicazione all'interno del nostro ordinamento giuridico, per contrasto con la disciplina comunitaria in materia di additivi, correttamente recepita nel nostro ordinamento nazionale.

Inoltre, l'art. 31 della legge comunitaria n. 52 del 6 febbraio 1996² ha espressamente previsto l'abrogazione di ogni disposizione contrastante con la disciplina comunitaria in materia di additivi alimentari.

Tale interpretazione della normativa di cui si discute è stata, a suo tempo, sostenuta anche dall'allora Ministero delle Attività Produttive nella circolare n. 168 del 10 novembre 2003³.

¹ In *Guri* del 24 aprile 1996 n. 96, *suppl. ord.*

² In *Guri* del 10 febbraio 1996 n. 34, *suppl. ord.*

³ Vi è stata pure un'applicazione di natura giurisprudenziale con la sentenza n. 310/06 del Giudice di Pace di Cecina che, in un'identica fattispecie, ha annullato l'ordinanza-ingiunzione, sempre basata sull'art. 1 della legge n. 286/61, emessa dal Sindaco di Cecina.

A ciò aggiungasi che, indipendentemente dall'applicazione della disciplina comunitaria in materia di additivi alimentari, la disposizione del citato art. 1 della legge n. 286/61 avrebbe potuto essere ritenuta contraria all'art. 28 del Trattato Ce (ora art. 34 TFUE) che sancisce il principio della libera circolazione delle merci nell'area comunitaria.

Infatti, la bevanda di cui si discute risulta prodotta in nome e per conto di una società tedesca per cui è la società tedesca il soggetto giuridico che si presenta sul mercato come produttore della bevanda.

L'art. 1 della legge n. 286/61 finisce quindi per imporre ad un produttore tedesco che commercializza la bevanda in tutti i Paesi membri dell'Unione europea di osservare, soltanto in Italia, le norme di produzione vigenti nell'ordinamento giuridico dello Stato italiano dove la bevanda è anche commercializzata. Si tratta, quindi, di un'imposizione che potrebbe costituire una misura di effetto equivalente ad una restrizione quantitativa vietata dall'art. 28 TCE (ora art. 34 TFUE) prima citato. Nel caso di specie deve infatti trovare applicazione il principio del mutuo riconoscimento affermato dalla Corte di giustizia con la celeberrima sentenza *Cassis de Dijon* pronunciata nel 1979⁴.

Senza contare che le predette osservazioni sarebbero valide anche nel caso in cui si trattasse di una bevanda prodotta da un fabbricante italiano e non da un fabbricante comunitario.

Se ciò fosse, la disposizione dell'art. 1 della legge n. 286/61 introdurrebbe infatti una *discriminazione alla rovescia* ai danni della sola produzione italiana poiché vieterebbe al produttore nazionale ciò che, invece, sarebbe consentito ad un produttore comunitario⁵.

In tal caso, l'illegittimità della norma risulterebbe dalla violazione dell'art. 3 della nostra Costituzione così come interpretato dalla Corte costituzionale con la sentenza n. 443/97⁶.

⁴ Sentenza del 20 febbraio 1979 in causa n. 120/78, *Rewe-Zentral AG c. Bundesmonopolverwaltung für Branntwein*, in *Raccolta*, 1979, p. 649. Cfr. i commenti di J.-C. MASCIET, *Les articles 30, 36 et 100 du traité CEE à la lumière de l'arrêt "Cassis de Dijon"*, in *Rev. trim. dr. eur.*, 1980, p. 611 ss.; L. COSTATO, *Sull'interpretazione dell'art. 30 del Trattato CEE*, in *Riv. dir. agr.*, 1981, II, p. 26 ss.; L. GORMLEY, *Cassis de Dijon and the Communication from the Commission*, in *EL Rev.*, 1981, p. 454 ss.; A. MATTERA RICIGLIANO, *La sentenza Cassis de Dijon: un nuovo indirizzo programmatico per la realizzazione definitiva del mercato comune*, in questa *Rivista*, 1981, p. 273 ss.

⁵ Sulle "discriminazioni alla rovescia" cfr. R. STREINZ, *Das Problem "umgekehrter Diskriminierungen" im Bereich des Lebensmittelrechts*, in *Zeitschrift für das gesamte Lebensmittelrecht*, 1990, p. 487; F. CAPELLI, *È legittima la "discriminazione alla rovescia" imposta per tutelare la qualità della pasta alimentare italiana*, in *Alimenta*, 1994, p. 147 e in questa *Rivista*, 1994, p. 421 ss.; S. NINATTI, *"La sola alternativa praticabile": eguaglianza, discrezionalità legislativa e norme comunitarie nella sentenza 443/97 della Corte Costituzionale*, in *Riv. it. dir. pubbl. comun.*, 1998, p. 215 ss.; 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. 95 ss.; I. ZOPPI, *Le discriminazioni a rovescio*, in questa *Rivista*, 2006, p. 795 ss.

⁶ Sentenza del 30 dicembre 1997, in *Guri del 7 gennaio 1998* e in *Riv. it. dir. pubbl. comun.*, 1998, p. 246 con commento di S. NINATTI, *«La sola alternativa praticabile»*, cit. *supra*, nota 5.

Il principio sopra enunciato è stato da tempo accolto anche nel nostro diritto positivo grazie all'art. 2 comma I, lett. *h.*, della legge 18 aprile 2005 n. 62 secondo cui l'ordinamento nazionale, nel recepire il diritto comunitario, deve evitare: «(...) *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 per l'esercizio di attività commerciali e professionali, una disciplina più restrittiva di quella applicata ai cittadini degli altri Stati membri (...)*».

Recentemente l'art. 6 lett. *d.* del comma 1 della legge n. 88 del 7 luglio 2009⁷ ha inserito un nuovo articolo – l'art. 14 *bis* – nella legge n. 11 del 4 febbraio 2005⁸ che disciplina la partecipazione dell'Italia al processo normativo comunitario e l'esecuzione degli obblighi comunitari in capo all'Italia. Il citato art. 14 *bis* così recita: «1. *Le norme italiane di recepimento e di attuazione di norme e principi della Comunità europea e dell'Unione europea assicurano la parità di trattamento dei cittadini italiani rispetto ai cittadini degli altri Stati membri dell'Unione europea residenti o stabiliti nel territorio nazionale e non possono in ogni caso comportare un trattamento sfavorevole dei cittadini italiani.* 2. *Nei confronti dei cittadini italiani non trovano applicazione norme dell'ordinamento giuridico italiano o prassi interne che producano effetti discriminatori rispetto alla condizione e al trattamento dei cittadini comunitari residenti o stabiliti nel territorio nazionale*».

Lo Stato italiano ha dunque adottato, proprio nel quadro della normativa che disciplina i rapporti tra Italia e Unione europea, una specifica norma, che vieta le c.d. *discriminazioni alla rovescia*. Siamo quindi in presenza di un principio di diritto positivo, di amplissima portata, che impone la non applicazione di tutte quelle norme interne, non riferibili agli operatori comunitari, che possono comportare situazioni di discriminazione ai soli danni degli operatori italiani⁹.

Sulla base delle predette considerazioni, il Giudice di pace di Perugia avrebbe dovuto quindi stabilire se l'art. 1 della legge n. 286/61 sul quale è stata fondata la sanzione amministrativa contestata, dovesse essere ritenuto illegittimo perché in contrasto sia con la disciplina comunitaria specifica contenuta nelle direttive comunitarie in materia di additivi alimentari, sia con la norma prevista dall'art. 28 TCE (ora art. 34 TFUE) sulla libertà di circolazione delle merci.

Gli argomenti di diritto sopra esaminati erano quelli sui quali anche

⁷ Disposizioni per l'adempimento di obblighi derivanti dall'appartenenza dell'Italia alle Comunità europee, Legge comunitaria 2008, in *Guri* del 14 luglio 2009, n. 161, *suppl. ord.*

⁸ *Guri* del 15 febbraio 2005 n. 37.

⁹ Sulla disposizione riportata nel testo v. F. VISMARA, *La disciplina della discriminazione "al contrario" nella legge comunitaria 2008*, in questa *Rivista*, 2010, p. 141 ss.

l'Autorità di controllo, parte in causa, avrebbe dovuto soffermarsi, approfondendoli nelle proprie memorie difensive.

Inopinatamente l'Autorità di controllo, nel procedimento davanti al Giudice di pace di Perugia, ha sostenuto la legittimità della propria ordinanza-ingiunzione, non sulla base di quanto dichiarato nel verbale di contestazione, vale a dire per la violazione dell'art. 1 della legge n. 286/61, sopra esaminato, ma bensì sulla base delle disposizioni applicabili in materia di etichettatura dei prodotti alimentari disciplinata dal decreto legislativo n. 109 del 27 gennaio 1992, che non era stata minimamente menzionata nel verbale di contestazione.

Poiché il procedimento introdotto davanti al Giudice di pace di Perugia era basato sull'art. 22 della legge n. 689/81, il giudice avrebbe dovuto verificare la legittimità dell'ordinanza-ingiunzione in relazione alle specifiche norme, ritenute violate, che risultavano dal verbale di contestazione e non sulla base di norme del tutto diverse e mai contestate prima dell'instaurazione del procedimento di opposizione.

Diversamente si sarebbe verificata una chiara violazione dell'art. 112 c.p.c. richiamato agli inizi di questo commento.

La Corte di cassazione ha immediatamente rilevato tale violazione, affermando nella sentenza sopra riportata che: *«Il Giudice di pace è incorso nella denunciata violazione dell'art. 112 c.p.c., come reso palese dalla sua motivazione. Infatti, il giudice di pace della sua motivazione, dopo aver ritenuto inconferente il dedotto contrasto tra normativa in questione e quella comunitaria, ha argomentato la sua decisione operando un richiamo all'art. 2 del Dlgs. 1992 n. 109 (normativa relativa all'etichettatura con riguardo alla tutela del consumatore), successivamente affermando che:*

"Nel caso che ci occupa, la etichettatura identificativa della bevanda commercializzata dalla società ricorrente riportante la dicitura "Orange" a caratteri più evidenti e marcati rispetto alle altre diciture ed utilizzando per lo sfondo colorazioni arancioni poteva, associando immagini e scritte, a parere del giudicante, ingenerare un falso convincimento nel consumatore circa la natura, la composizione, l'identità e la qualità della bevanda stessa. Assimilata pertanto alle bibite al gusto di arancio, in base alla citata normativa doveva contenere una percentuale minima pari al 12% di succo e non la percentuale effettivamente indicata del 3% né tantomeno gli indicati coloranti. Appare quindi legittima la contestazione operata nei confronti del ricorrente (...)".

Nella sua motivazione, quindi, il Giudice di pace sembra porre in relazione normative diverse, valorizzando l'art. 2 del Dlgs. 1992 n. 109, non posto a fondamento della violazione contestata, così incorrendo nella denunciata violazione dell'art. 112 c.p.c., dovendo, come è noto, il giudice dell'opposizione valutare esclusivamente la contestazione, senza poter far riferimento ad altre possibili violazioni».

Di conseguenza, e concludendo, la Corte di cassazione provvede a cassare la sentenza del Giudice di pace di Perugia disponendo la rimessione della causa ad altro giudice perché decida la causa nel merito.

Enrica Adobati*

* Avvocato in Novara; Cultore di Diritto dell'Unione europea e Diritti dell'uomo / Università Cattolica del Sacro Cuore di Milano.

ATTI DELLE ISTITUZIONI EUROPEE

COOPERAZIONE GIUDIZIARIA CIVILE: ISTITUZIONE DI UNA PROCEDURA DI AUTORIZZAZIONE ALLA CONCLUSIONE DI TRATTATI FRA STATI MEMBRI E PAESI TERZI

Regolamento (Ce) n. 662/2009 del Parlamento europeo e del Consiglio del 13 luglio 2009 che istituisce una procedura per la negoziazione e la conclusione di accordi tra Stati membri e paesi terzi su particolari materie concernenti la legge applicabile alle obbligazioni contrattuali ed extracontrattuali*

Il Parlamento europeo e il Consiglio dell'Unione europea,
visto il Trattato che istituisce la Comunità europea, in particolare l'art. 61, lett. c., l'art. 65 e l'art. 67, par. 5,
vista la proposta della Commissione,
deliberando secondo la procedura di cui all'art. 251 del Trattato¹,
considerando quanto segue:

* In *Gu-Ue* n. L 200 del 31 luglio 2009, p. 25 ss. In argomento v. *infra*, p. 319 ss., il commento di SILVIA MARINO.

Per motivi redazionali si omette la pubblicazione del regolamento (Ce) n. 664/2009 del Consiglio del 7 luglio 2009 che istituisce una procedura per la negoziazione e la conclusione di accordi tra Stati membri e paesi terzi riguardanti la competenza, il riconoscimento e l'esecuzione delle decisioni in materia matrimoniale, in materia di responsabilità genitoriale e di obbligazioni alimentari, e la legge applicabile in materia di obbligazioni alimentari, in *Gu-Ue* n. L 200 del 31 luglio 2009, p. 46 ss., essendo sostanzialmente identico al regolamento n. 662/2009 pubblicato *supra*, ad eccezione dell'art. 2 rubricato «Definizioni» che qui si riporta: «1. Ai fini del presente regolamento, per «accordo» si intende: a. un accordo bilaterale tra uno Stato membro e un paese terzo; b. gli accordi regionali di cui all'art. 59, par. 2, lett. a., del regolamento (Ce) n. 2201/2003, fatti salvi l'art. 59, par. 2, lett. c., e l'art. 59, par. 3, di tale regolamento, e di cui all'art. 69, par. 3, del regolamento (Ce) n. 4/2009. 2. Nel contesto degli accordi regionali di cui al par. 1, lett. b., ogni riferimento nel presente regolamento ad uno Stato membro o a un paese terzo si intende rispettivamente come riferimento agli Stati membri o ai paesi terzi interessati».

¹ Parere del Parlamento europeo del 7 maggio 2009 (non ancora pubblicato nella *Gazzetta ufficiale*) e decisione del Consiglio del 7 luglio 2009.

(*Omissis*)

11. Al fine di garantire che un accordo previsto da uno Stato membro non comprometta l'efficacia del diritto comunitario e non pregiudichi il corretto funzionamento del sistema istituito da tale diritto o che non pregiudichi la politica delle relazioni esterne della Comunità da quest'ultima definita, lo Stato membro in questione dovrebbe essere tenuto a notificare alla Commissione le sue intenzioni in vista dell'ottenimento di un'autorizzazione per avviare o proseguire i negoziati formali su un accordo come pure per concludere un accordo. Tale notifica dovrebbe essere effettuata con lettera o per via elettronica. Essa dovrebbe contenere tutte le informazioni e la documentazione pertinenti per consentire alla Commissione di valutare l'impatto atteso dell'esito dei negoziati sul diritto comunitario.

12. Sarebbe opportuno valutare se la Comunità ha un interesse sufficiente a concludere un accordo bilaterale con il paese terzo interessato o, se del caso, a sostituire un accordo bilaterale esistente tra uno Stato membro e un paese terzo con un accordo comunitario. A tal fine, tutti gli Stati membri dovrebbero essere informati di qualsiasi notifica ricevuta dalla Commissione riguardante un accordo previsto da uno Stato membro affinché possano manifestare interesse ad aderire all'iniziativa dello Stato membro notificante. Se da questo scambio di informazioni dovesse emergere un interesse sufficiente della Comunità, la Commissione dovrebbe valutare l'eventualità di proporre un mandato di negoziazione ai fini della conclusione di un accordo tra la Comunità e il paese terzo interessato.

(*Omissis*)

hanno adottato il presente regolamento:

Articolo 1 - Oggetto e ambito di applicazione

1. Il presente regolamento istituisce una procedura diretta ad autorizzare uno Stato membro a modificare un accordo esistente o a negoziare e concludere un nuovo accordo con un paese terzo, nel rispetto delle condizioni stabilite dal presente regolamento.

Tale procedura non pregiudica le rispettive competenze della Comunità e degli Stati membri.

2. Il presente regolamento si applica agli accordi riguardanti particolari materie e rientranti, in tutto o in parte, nell'ambito di applicazione del regolamento (Ce) n. 593/2008 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 17 giugno 2008, sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali (Roma I)⁴ e del regolamento (Ce) n. 864/2007 del Parlamento europeo e del Consiglio, dell'11 luglio 2007, sulla legge applicabile alle obbligazioni extracontrattuali (Roma II)⁵.

3. Il presente regolamento non si applica se la Comunità ha già concluso un accordo avente ad oggetto la stessa materia con il paese terzo interessato.

⁴ *Gu-Ue* n. L 177 del 4 luglio 2008, p. 6.

⁵ *Gu-Ue* n. L 199 del 31 luglio 2007, p. 40.

Articolo 2 - Definizioni

1. Ai fini del presente regolamento, per «accordo» si intende:
 - a. un accordo bilaterale tra uno Stato membro e un paese terzo;
 - b. un accordo regionale concluso tra un numero limitato di Stati membri e un numero limitato di paesi terzi confinanti con tali Stati membri che è inteso a risolvere situazioni locali e non è aperto all'adesione di altri Stati.
2. Nel contesto degli accordi regionali di cui al par. 1, lett. b., ogni riferimento nel presente regolamento ad uno Stato membro o a un paese terzo si intende rispettivamente come riferimento agli Stati membri o ai paesi terzi interessati.

Articolo 3 - Notifica alla Commissione

1. Lo Stato membro che intende avviare negoziati al fine di modificare un accordo esistente o concluderne uno nuovo rientrante nell'ambito di applicazione del presente regolamento notifica per iscritto alla Commissione la sua intenzione il più presto possibile prima dell'avvio previsto dei negoziati formali.
2. Alla notifica è acclusa, se del caso, una copia dell'accordo esistente, del progetto di accordo o del progetto di proposta e ogni altro documento pertinente. Lo Stato membro indica l'oggetto dei negoziati e precisa gli aspetti da trattare nell'accordo previsto ovvero le disposizioni dell'accordo esistente da modificare. Lo Stato membro può fornire altre informazioni supplementari.

Articolo 4 - Valutazione della Commissione

1. Ricevuta la notifica di cui all'art. 3, la Commissione valuta se lo Stato membro può avviare negoziati formali.
2. Nell'ambito di tale valutazione, la Commissione stabilisce anzitutto se sia specificamente previsto nei ventiquattro mesi successivi un pertinente mandato di negoziazione ai fini della conclusione di un accordo comunitario con il paese terzo interessato. In caso negativo, la Commissione valuta se sono soddisfatte tutte le seguenti condizioni:
 - a. lo Stato membro interessato ha fornito informazioni con cui rende noto di avere un interesse specifico a concludere l'accordo, a motivo dei rapporti economici, geografici, culturali, storici, sociali o politici che lo legano al paese terzo interessato;
 - b. sulla scorta delle informazioni fornite dallo Stato membro, l'accordo previsto non sembra rendere inefficace il diritto comunitario, né pregiudicare il corretto funzionamento del sistema istituito da tale diritto; e
 - c. l'accordo previsto non pregiudicherebbe l'oggetto e la finalità della politica delle relazioni esterne della Comunità, da quest'ultima definita.
3. Se le informazioni fornite dallo Stato membro non sono sufficienti ai fini della valutazione, la Commissione può richiedere informazioni supplementari.

(Omissis)

Articolo 8 - Autorizzazione a concludere l'accordo

1. Prima di firmare un accordo negoziato, lo Stato membro interessato notifica alla Commissione l'esito dei negoziati e le trasmette il testo dell'accordo.

2. Al ricevimento di tale notifica, la Commissione valuta se l'accordo negoziato:

a. soddisfa la condizione di cui all'art. 4, par. 2, lett. *b.*;

b. soddisfa la condizione di cui all'art. 4, par. 2, lett. *c.*, qualora sussistano nuove ed eccezionali circostanze in relazione a detta condizione; e

c. rispetta il requisito di cui all'art. 5, par. 2.

3. Se l'accordo negoziato rispetta le condizioni e i requisiti di cui al par. 2, la Commissione, entro novanta giorni dal ricevimento della notifica di cui al par. 1, adotta una decisione motivata in merito alla domanda dello Stato membro autorizzandolo a concludere tale accordo.

(Omissis)

L'ESERCIZIO DELLE COMPETENZE ESTERNE COMUNITARIE E LA COOPERAZIONE GIUDIZIARIA IN MATERIA CIVILE

Sommario: 1. *Introduzione* - 2. *Campo di applicazione dei regolamenti* - 3. *La procedura di autorizzazione* - 4. *La competenza esterna comunitaria*.

1. Introduzione

Sono recentemente entrati in vigore due regolamenti comunitari dal contenuto peculiare, avendo ad oggetto l'istituzione di una procedura di autorizzazione alla conclusione di trattati fra Stati membri e Paesi terzi. I due atti si applicano a materie chiaramente circoscritte, ovvero nei settori *a.* delle obbligazioni contrattuali ed extracontrattuali¹ e, *b.* della cooperazione giudiziaria nelle materie: matrimoniale, della responsabilità genitoriale e delle obbligazioni alimentari². La previsione di un procedimento di autorizzazione si giustifica, secondo la Commissione, perché l'Unione europea non ha sempre un interesse attuale e sufficiente alla conclusione di tutti gli accordi con un Paese terzo e alla sostituzione delle convenzioni già esistenti con trattati conclusi dalla stessa, pur avendo acquisito la competenza esterna esclusiva a seguito dell'adozione di regolamenti nei detti settori³. Invece, particolari legami stori-

¹ Regolamento (Ce) n. 662/2009 del Parlamento europeo e del Consiglio del 13 luglio 2009 che istituisce una procedura per la negoziazione e la conclusione di accordi fra Stati membri e Paesi terzi su particolari materie concernenti la legge applicabile alle obbligazioni contrattuali ed extracontrattuali, in *Gu-Ue* n. L 200 del 31 luglio 2009, p. 25.

² Regolamento (Ce) n. 664/2009 del Consiglio del 7 luglio 2009 che istituisce una procedura per la negoziazione e la conclusione di accordi fra Stati membri e Paesi terzi riguardanti la competenza, il riconoscimento e l'esecuzione delle decisioni in materia matrimoniale, in materia di responsabilità genitoriale e di obbligazioni alimentari, e la legge applicabile in materia di obbligazioni alimentari, in *Gu-Ue* n. L 200 del 31 luglio 2009, p. 46.

³ Regolamento (Ce) n. 864/2007 del Parlamento europeo e del Consiglio dell'11 luglio 2007 sulla legge applicabile alle obbligazioni extracontrattuali («Roma II»), in *Gu-Ue* n. L 199 del 31 luglio 2007, p. 40; Regolamento (Ce) n. 593/2008 del Parlamento europeo e del Consiglio del 17 giugno 2008 sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali (Roma I), in *Gu-Ue* n. L 177 del 4 luglio 2008, p. 6; Regolamento (Ce) n. 2201/2003 del Consiglio, del 27 novembre 2003, relativo

ci, economici o sociali possono fondare un particolare interesse di uno Stato membro alla conclusione di trattati bilaterali con un Paese terzo nel settore della cooperazione giudiziaria civile. Il punto di equilibrio fra competenza esterna esclusiva comunitaria e interesse meramente statale è individuato nella procedura di autorizzazione alla negoziazione e alla conclusione di questi accordi, alla cui analisi è dedicato il presente lavoro.

I due regolamenti sono pressoché identici dal punto di vista dei contenuti; tuttavia, non sarebbe stata possibile l'adozione di un solo testo, poiché la procedura di approvazione degli atti in materia di cooperazione giudiziaria civile varia a seconda del relativo settore. Infatti, se generalmente si segue la procedura di codecisione, per gli «aspetti connessi con il diritto di famiglia» si richiede l'unanimità in seno al Consiglio e la mera consultazione del Parlamento europeo (art. 67, par. 5 TCE; l'art. 81, par. 3 TFUE contiene una norma sostanzialmente analoga).

Il presente lavoro non intende affrontare la questione della competenza esterna comunitaria. Si vuole solo ricordare come il suo carattere esclusivo sia stato stabilito nel parere n. 1/03 della Corte di giustizia⁴, limitatamente a quanto attiene alla conclusione di accordi multilaterali in materia di competenza, riconoscimento ed esecuzione in materia civile e commerciale⁵. Nonostante il fatto che il parere confermi la necessaria valutazione caso per caso, al fine di caratterizzare la tipologia di competenza di cui si tratta⁶, la Comunità europea ne ha automaticamente dedotto l'esclusività per la conclusione di tutti gli accordi – anche bilaterali – nei settori della cooperazione giudiziaria in materia civile già oggetto di regolamentazione interna. Ciò è evidente non so-

alla competenza, al riconoscimento e all'esecuzione delle decisioni in materia matrimoniale e in materia di responsabilità genitoriale, in *Gu-Ue* n. L 338 del 23 dicembre 2003, p. 1; Regolamento (Ce) n. 4/2009 del Consiglio, del 18 dicembre 2008, relativo alla competenza, alla legge applicabile, al riconoscimento e all'esecuzione delle decisioni e alla cooperazione in materia di obbligazioni alimentari, in *Gu-Ue* n. L 7 del 10 gennaio 2009, p. 1.

⁴ Corte di giustizia, parere reso ai sensi dell'art. 300, par. 6 TCE, del 7 febbraio 2006, in *Raccolta*, 2006, I, p. 1145.

⁵ Su cui si veda: P. FRANZINA, *Le condizioni di applicabilità del regolamento (CE) n. 44/2001 alla luce del parere 1/03 della Corte di giustizia*, in *Riv. dir. int.*, 2006, p. 948; H. GAUDEMET-TALLON, *Quelques réflexions à propos de trois arrêts récents de la Cour de cassation française sur l'art. 5-1 et de l'avis 1/03 de la Cour de justice des Communautés sur les compétences externes de la Communauté*, in A. BONOMI - E. CASHIN RITAINE - G. P. ROMANO (a cura di), *La Convention de Lugano: passé, présent et devenir: actes de la 19^e journée de droit international privé du 16 mars 2007 à Lausanne*, Genève, Schulthess, 2007, p. 97; A. SANTINI, *The doctrine of Implied External Powers and Private International Law Concerning Family and Succession Matters*, in A. MALATESTA - S. BARIATTI - F. POCAR (a cura di), *The External Dimension of EC Private International Law in Family and Succession Matters*, Padova, Cedam, 2008, p. 31.

⁶ Si vedano i paragrafi da 122 a 127. Questo tipo di esame era già chiaro nei noti precedenti *AETS* e nelle sentenze *open skies* (sentenza della Corte di giustizia del 31 marzo 1971 in causa n. 22/70, *Commissione c. Consiglio*, detta «*AETS*», in *Raccolta*, 1971, p. 263; fra le decisioni *open skies*, ricordiamo la sentenza del 5 novembre 2002 in causa n. C-467/98, *Commissione c. Danimarca*, in *Raccolta*, 2002, I, p. 9519).

lo nelle proposte dei due regolamenti in esame⁷, nei quali il carattere esclusivo di questa competenza viene dato per presupposto, previo un breve riferimento al parere della Corte, ma anche, ad esempio, dal *considerando* n. 5 della decisione relativa alla conclusione da parte della Comunità del Protocollo sulla legge applicabile alle obbligazioni alimentari⁸. Nonostante parte della dottrina abbia dimostrato l'impossibilità di applicare analogicamente il citato parere in altri settori, e in relazione ad accordi bilaterali⁹, a seguito della chiara presa di posizione della Commissione deve riconoscersi il carattere esclusivo della competenza comunitaria in materia¹⁰.

2. Campo di applicazione dei regolamenti

Fin dalle proposte dei regolamenti in esame, viene chiarito che la procedura di autorizzazione costituisce una deroga alla competenza esclusiva comunitaria, e che pertanto deve considerarsi come misura eccezionale, con una durata e un campo di applicazione limitati. Gli artt. 13 dei due atti stabiliscono che, non prima del luglio 2017, la Commissione debba presentare al Parlamento, al Consiglio e al Comitato economico e sociale una relazione sull'applicazione dei regolamenti. Quest'ultima deve specificare se sia opportuno sostituire il regolamento con uno nuovo, ovvero confermarne la scadenza, fissata a tre anni dalla data di presentazione della relazione (art. 14 di entrambi i regolamenti). La scelta fra l'una e l'altra soluzione dipenderà, probabilmente, dall'effettività dell'utilizzo della procedura di autorizzazione, nonché dallo sviluppo futuro della cooperazione giudiziaria civile, che potrebbe accrescere l'interesse comunitario a concludere in via esclusiva tutti gli ac-

⁷ Proposta di Regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio che istituisce una procedura per la negoziazione e la conclusione di accordi bilaterali tra gli Stati membri e i Paesi terzi riguardanti aspetti settoriali e aventi ad oggetto la legge applicabile alle obbligazioni contrattuali ed extracontrattuali, del 23 dicembre 2008, Com(2008)893 def. 2008/0259 (COD); Proposta di Regolamento del Consiglio che istituisce una procedura per la negoziazione e la conclusione di accordi bilaterali tra gli Stati membri e i Paesi terzi riguardanti aspetti settoriali e aventi ad oggetto la competenza, il riconoscimento e l'esecuzione delle decisioni in materia matrimoniale e in materia di responsabilità genitoriale e di obbligazioni alimentari, e la legge applicabile alle obbligazioni alimentari (presentata dalla Commissione), del 19 dicembre 2008, Com(2008)894 def. 2008/0266 (CNS).

⁸ Decisione del Consiglio del 30 novembre 2009 relativa alla conclusione da parte della Comunità europea del protocollo dell'Aia, del 23 novembre 2007, sulla legge applicabile alle obbligazioni alimentari, in *Gu-Ue* n. L 331 del 16 dicembre 2009, p. 17.

⁹ D. McCLEAN, *Bilateral agreements with non-Member States after the Lugano Opinion*, in *The External Dimension of EC Private International Law*, cit. *supra*, nota 5, p. 55.

¹⁰ Risulta dal parere n. 1/03 che il riferimento agli ordinamenti statali e la clausola di deconnessione contenuti nei regolamenti confermano, invece di smentire, il fatto che i trattati internazionali eventualmente conclusi dagli Stati membri pregiudicherebbero la corretta applicazione degli atti comunitari. A queste condizioni, è difficile dimostrare al contrario che la competenza è concorrente, se il regolamento comunitario uniforma, e non solo armonizza, le norme nazionali. Maggior riflessione sarebbe stata opportuna per quanto attiene agli accordi bilaterali.

cordi con Stati terzi.

Per quanto attiene all'ambito materiale, il regolamento n. 662/2009 si applica a tutti gli accordi riguardanti, in tutto o in parte, le materie disciplinate dai regolamenti n. 864/2007 e n. 593/2008; il regolamento n. 664/2009 ai trattati relativi ai settori ricompresi nei regolamenti n. 2201/2003 e n. 4/2009; quelli rientranti nell'ambito del regolamento n. 44/2001, invece, sono esclusi¹¹. I due nuovi atti non si applicano se la Comunità ha già concluso una convenzione con il Paese terzo: in tal caso, infatti, sussiste chiaramente un interesse generale a che i rapporti con quello Stato siano disciplinati allo stesso modo in tutto il territorio comunitario, e l'uniformità non può essere sacrificata per la sola esistenza di peculiari rapporti fra un Paese membro e uno terzo.

La procedura di autorizzazione deve essere esperita sia per la negoziazione di nuovi accordi, sia per la modifica di quelli già esistenti. Quest'ultima ipotesi presenta particolare interesse. Infatti, ai sensi dell'art. 307 TCE (oggi art. 351 TFUE), gli Stati membri sono tenuti a eliminare le incompatibilità sussistenti fra obblighi comunitari e quelli derivanti da convenzioni concluse con Stati terzi e precedenti la data di adesione alla Comunità. L'invocabilità di questa disposizione nel settore della cooperazione giudiziaria civile è stata recentemente confermata dall'art. 69, par. 1, del regolamento n. 4/2009, che la richiama espressamente nel porre una norma di coordinamento con le convenzioni internazionali già concluse dagli Stati membri. I *considerando* n. 3 dei due regolamenti in esame fanno riferimento all'art. 307 TCE, ricordando l'obbligo di rinegoziazione. Nell'ottemperarvi, gli Stati membri devono richiedere l'autorizzazione alla Commissione. Ciò significa che anche la conclusione di accordi con uno Stato terzo, modificativi di precedenti convenzioni, rientrano nell'ambito della competenza esclusiva comunitaria¹².

I regolamenti forniscono altresì una definizione di «accordo» (art. 2 di entrambi gli atti). Si tratta, in entrambi i casi, di trattati bilaterali conclusi fra uno Stato membro e un Paese terzo. Vi sono comprese anche talune convenzioni multilaterali; per quanto attiene alla materia contrattuale ed extracontrattuale, si tratta di «accord[i] regional[i] conclus[i] tra un numero limitato di Stati membri e un numero limitato di paesi terzi confinanti con tali Stati membri» (art. 2, par. 1, lett. b.), intesi a risolvere situazioni locali e non aperti all'adesione di altri Stati; per quanto attiene al settore del diritto di famiglia, vengono espressamente citati alcuni accordi regionali la cui applicazione è

¹¹ 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 *Gu-Ue* n. L 12 del 16 gennaio 2001, p. 1. Si vedrà nelle conclusioni (par. 3) il motivo della mancata inclusione dei settori della competenza, il riconoscimento, l'esecuzione delle decisioni in materia civile e commerciale.

¹² La questione era stata affrontata in dottrina da S. BARIATTI, *Bilateral Agreements with non-Member States after the Lugano Opinion: Some Procedural Issues*, in *The External Dimension of EC Private International Law*, cit. *supra*, nota 5, p. 77.

fatta salva dai regolamenti n. 2201/2003 e n. 4/2009¹³, per modificare i quali è quindi necessario richiedere l'autorizzazione.

La maggior parte degli accordi multilaterali è esclusa dall'ambito dei regolamenti, con una chiara differenza fra i due. Se ciò può essere giustificato nei casi in cui più Stati membri vogliano concludere un accordo con un Paese terzo¹⁴, poiché sarebbe presumibilmente ravvisabile un interesse comunitario, questa soluzione non pare ragionevole in altri casi, ad esempio se uno Stato membro intenda negoziare una convenzione con più Paesi terzi non confinanti¹⁵. In questa ipotesi, potrebbe venir meno qualsiasi interesse dell'Unione europea nel suo complesso, mentre per lo Stato membro la conclusione di un accordo potrebbe essere utile e giustificata alla luce di particolari legami storici, culturali o economici con un gruppo di Paesi non europei. Al fine di evitare la conseguente stasi, lo Stato membro sembrerebbe costretto a negoziare, previa autorizzazione, una serie di trattati bilaterali con tutti i Paesi terzi interessati, e questi ultimi una convenzione multilaterale fra loro, con conseguente dispendio di tempo e il rischio di non giungere alla conclusione di accordi perfettamente uguali. Il riferimento, nel regolamento n. 662/2009, a trattati conclusi con Stati confinanti, supera solo in parte questa difficoltà, fornendo dei limiti geografici. La questione, invece, resta aperta nell'ambito del regolamento n. 664/2009, che fa riferimento ad alcuni trattati specifici e non a tipologie di convenzioni.

3. La procedura di autorizzazione

La procedura stabilita dai due regolamenti prevede una duplice autorizzazione da parte della Commissione.

Prima dell'avvio dei negoziati, lo Stato membro deve notificare l'intenzione di concludere un accordo rientrante nell'ambito dei regolamenti. La notifica deve essere accompagnata, se del caso, dalla copia della convenzione

¹³ Si tratta, precisamente, della convenzione del 6 febbraio 1931 tra Danimarca, Finlandia, Islanda, Norvegia e Svezia contenente disposizioni di diritto internazionale privato in materia di matrimonio, adozione e tutela, nonché il relativo protocollo finale e della convenzione del 23 marzo 1962 tra la Svezia, la Danimarca, la Finlandia, l'Islanda e la Norvegia sul recupero dei crediti alimentari. Ne consegue che la Comunità si considera esclusivamente competente a concludere accordi di modifica di queste convenzioni.

¹⁴ Si veda *infra*, il prossimo paragrafo.

¹⁵ Proprio A. BORRÁS, *Institutional Framework: Adequate Instruments and the External Dimension*, in J. MEEUSEN - M. PERTEGÁS - G. STRAETSMAAN e F. SWENNEN (a cura di), *International Family Law for the European Union*, Antwerpen, Oxford, Intersentia, 2007, p. 146, pone ad esempio il caso della Spagna, che potrebbe avere interesse a concludere convenzioni internazionali in materia di riconoscimento ed esecuzione con Stati dell'America Latina, per i quali non sussisterebbe alcun interesse comunitario effettivo. Secondo l'A. rimangono dubbie le condizioni alle quali questi accordi potrebbero essere conclusi. A seguito dell'approvazione dei regolamenti, il caso specifico non viene in effetti risolto, trattandosi di trattati multilaterali conclusi con Paesi non confinanti.

già vigente, del progetto di trattato o di proposta e ogni altro documento rilevante; inoltre, devono essere precisati l'oggetto dei negoziati e gli aspetti da trattare ovvero le disposizioni dell'accordo esistente da modificare. Ogni altra informazione pertinente deve essere allegata (art. 3 di entrambi i regolamenti).

La Commissione valuta se lo Stato membro può avviare i negoziati formali sulla base di alcuni criteri specificati nell'art. 4 del regolamento n. 662/2009 e del regolamento n. 664/2009.

In primo luogo, l'istituzione verifica che non sia prevista la conclusione da parte dell'Unione europea di un accordo vertente sulle stesse materie con quello Stato terzo nei ventiquattro mesi successivi. I *considerando* nn. 12 di entrambi i regolamenti precisano che gli altri Stati membri dovrebbero essere informati dell'intenzione di un Paese a procedere alla conclusione di un accordo bilaterale, al fine di manifestare il loro interesse ad aderire all'iniziativa. Pertanto, la Commissione deve inviare agli altri Stati membri le notifiche ricevute (art. 11 di entrambi gli atti). Se da questo scambio emerge un interesse comunitario, la Commissione valuta la possibilità di proporre un mandato di negoziato ai fini della conclusione dell'accordo da parte dell'Unione. È interessante notare come alcuni emendamenti del Parlamento europeo ad entrambe le proposte¹⁶ volessero definire l'interesse comunitario alla conclusione di un accordo, che sarebbe sorto quando almeno cinque Stati membri avessero concluso o intendessero concludere una convenzione con un Paese terzo, ovvero se il Parlamento europeo o il Consiglio avesse notificato una comunicazione a tal fine. Probabilmente, una presunzione fondata sul numero degli Stati che hanno o che intendono avere rapporti più stretti con un Paese terzo è stata considerata troppo rigida, rendendosi allora più opportuno un esame flessibile che tenga in debita considerazione anche altri fattori¹⁷.

Non è chiaro, invece, a cosa si riferisca il termine «adesione», impiegato dai *considerando* n. 12 di entrambi i regolamenti. Probabilmente, si tratta solo di una manifestazione di interesse alla conclusione del trattato. Nel campo di applicazione del regolamento n. 664/2009, ciò può eventualmente portare all'individuazione di un interesse generale e alla conclusione dell'accordo da parte dell'Unione. Nell'ambito del regolamento n. 662/2009, invece, più Stati membri potrebbero essere autorizzati a negoziare con uno o più Paesi terzi. In

¹⁶ I pareri sono stati resi il 16 aprile 2009 per il regolamento in materia di diritto di famiglia e il 23 aprile 2009 per il regolamento sulle obbligazioni contrattuali ed extracontrattuali.

¹⁷ L'art. 11 dei due regolamenti prevede che le notifiche effettuate dagli Stati membri alla Commissione siano trasmesse agli altri Stati membri, ai quali dovranno essere comunicate, altresì, le diverse decisioni motivate adottate dalla Commissione nel corso della procedura, salve le informazioni indicate come riservate dallo Stato interessato (art. 10 di entrambi gli atti). Il continuo scambio di informazioni dovrebbe evidenziare fin da subito l'eventuale esistenza di un interesse comunitario. Potrebbe sorgere una prassi per quanto attiene alla portata e agli effetti delle clausole inserite negli accordi, sulla quale gli Stati membri potrebbero fare affidamento.

assenza di un limite numerico al novero degli Stati che possono concludere un accordo multilaterale, essendo solo richiesto che si tratti di un numero limitato, spetterà alla Commissione valutare di volta in volta se sussiste un interesse comunitario o meno.

In secondo luogo, la Commissione procede a un esame di merito. Preliminarmente, lo Stato membro deve dimostrare che sussistono rapporti economici, geografici, culturali, storici, sociali o politici che lo legano al Paese terzo interessato e che giustificano il suo particolare interesse a concludere quel determinato accordo (art. 4, par. 2, lett. *a*. del regolamento n. 662/2009 e del regolamento n. 664/2009). Trattandosi di un'eccezione alla competenza esterna esclusiva comunitaria, questa condizione sarà interpretata restrittivamente. Un mero interesse economico non dovrebbe essere sufficiente, dovendo lo Stato piuttosto dimostrare l'esistenza di legami intensi e continuativi con il Paese terzo, in modo tale che l'interesse alla conclusione dell'accordo sia particolarmente qualificato.

Inoltre, la Commissione deve valutare che la convenzione prevista non sembri «rendere inefficace il diritto comunitario, né pregiudicare il corretto funzionamento del sistema istituito da tale diritto» (art. 4, par. 2, lett. *b*. di entrambi i regolamenti). La formulazione letterale della disposizione è molto più rigida rispetto a quella originariamente proposta dalla Commissione, secondo la quale era sufficiente che l'accordo avesse un impatto limitato sull'applicazione uniforme e coerente del diritto comunitario e sul corretto funzionamento del sistema normativo. Tuttavia, sarebbe stato difficile determinare quando si produce un pregiudizio non significativo della coerenza del sistema interno. Inoltre, dal parere n. 1/03 sembra dedursi che la sola applicazione della Convenzione di Lugano del 2007¹⁸, invece che del regolamento n. 44/2001, da parte dei giudici degli Stati membri sarebbe idonea a pregiudicare il corretto funzionamento del sistema comunitario¹⁹. Ne consegue che difficilmente potrebbe porsi la distinzione fra pregiudizio significativo e non significativo. Un'interpretazione restrittiva consentirebbe di affermare che tutti gli accordi pregiudicano la coerenza interna del sistema comunitario, anche se essi sono riproducono letteralmente le stesse disposizioni di diritto comunitario, come si verifica in particolare con il regolamento n. 44/2001 e la Convenzione di Lugano del 2007. Se così fosse, l'esistenza stessa di una procedura di autorizzazione non avrebbe alcun senso, poiché tutti gli accordi futuri e tutte le revisioni degli accordi esistenti pregiudicherebbero il corretto funzionamento del sistema comunitario per il solo fatto di esser stati conclusi dagli

¹⁸ La decisione del Consiglio del 15 ottobre 2007, relativa alla firma, a nome della Comunità, della convenzione concernente la competenza giurisdizionale, il riconoscimento e l'esecuzione delle decisioni in materia civile e commerciale (n. 2007/712/Ce) è pubblicata in *Gu-Ue* n. L 339 del 21 dicembre 2007, p. 1. Ad essa è allegato il testo della Convenzione.

¹⁹ V. in tal senso chiaramente il punto 153 del parere.

Stati membri. Pertanto, la disposizione dovrebbe essere interpretata in modo maggiormente estensivo, nel senso che l'applicazione della Convenzione non dovrebbe contrastare con i principi fondamentali del diritto comunitario, né impedirne la corretta applicazione da parte degli altri Stati membri.

In terzo luogo, la Commissione deve valutare se l'accordo pregiudichi l'oggetto e lo scopo «della politica delle relazioni esterne della Comunità» (art. 4, par. 2, lett. c. dei due regolamenti).

Si ritiene che difficilmente accordi bilaterali possano comportare questi effetti pregiudizievoli al diritto comunitario e alla politica estera dell'Unione, in considerazione delle materie disciplinate da questi regolamenti, a meno di non interpretare in senso restrittivo la nozione di pregiudizio.

In questa prima fase la Commissione può richiedere ulteriori informazioni.

Entro novanta giorni dalla ricezione della notifica, l'istituzione adotta una decisione motivata positiva; può anche richiedere che siano inserite clausole particolari. In ogni caso, al fine di garantire la perdurante coerenza dell'ordinamento comunitario, l'accordo deve prevedere una clausola di denuncia totale o parziale nel caso in cui l'Unione concluda con il Paese terzo un accordo in materia, nonché la sostituzione della prima convenzione con quest'ultima. Gli artt. 5, par. 2 e 3 dei due regolamenti forniscono dei modelli di clausola di denuncia e di sostituzione da inserire nell'accordo.

Nello stesso periodo, la Commissione può adottare anche un parere, nel caso in cui ritenga che non siano soddisfatte le condizioni per concedere l'autorizzazione. Entro trenta giorni, lo Stato membro interessato può chiedere di avviare una discussione con la Commissione al fine di pervenire a una soluzione; in tal caso, l'istituzione deve o adottare una decisione motivata entro trenta giorni dalla chiusura della discussione, o emanare una decisione negativa motivata entro centotrenta giorni dalla prima notifica.

La Commissione può partecipare ai negoziati in qualità di osservatore (art. 7 di entrambi i regolamenti); altrimenti, è tenuta al corrente dei relativi progressi.

Prima della conclusione dell'accordo, lo Stato membro deve richiedere una nuova autorizzazione. La Commissione dovrà valutare se sono state inserite le clausole di denuncia e di sostituzione, e se l'accordo non pregiudica il diritto comunitario e la politica delle relazioni esterne comunitaria (art. 9 del regolamento n. 662/2009 e del regolamento n. 664/2009). L'autorizzazione deve essere data entro novanta giorni dal ricevimento della notifica della richiesta da parte dello Stato membro. Se le condizioni per il rilascio dell'autorizzazione non sembrano soddisfatte, la Commissione elabora un parere da comunicare al Parlamento, al Consiglio e allo Stato membro. Quest'ultimo può richiedere di aprire una discussione con la Commissione, come avveniva nella fase precedente; in tal caso, la decisione finale deve essere trasmessa anche alle altre due istituzioni comunitarie.

La Commissione, com'è chiaro dai termini indicati dai regolamenti, deve procedere rapidamente nel senso della concessione o del diniego dell'autorizzazione, sia nella fase dell'apertura dei negoziati, sia al momento della conclusione dell'accordo. I regolamenti non precisano quale sia la conseguenza del mancato rispetto dei termini da parte della Commissione, ma non sembra possa costituire un'autorizzazione tacita.

Il principale vantaggio che consegue dall'attivazione della procedura consiste nel fatto che il rilascio dell'autorizzazione a negoziare e a concludere l'accordo garantisce la perfetta compatibilità comunitaria del trattato come (ri)negoziato, visto il controllo della Commissione sul suo contenuto. In seguito alla concessione dell'autorizzazione, non sarebbe più possibile agire per inadempimento nei confronti dello Stato membro che si sia attenuto alla procedura stabilita dai regolamenti, nonché alle indicazioni espresse dalla Commissione nel corso dei negoziati con lo Stato terzo, anche qualora una violazione del diritto comunitario dovesse comunque manifestarsi. Infatti, si creerebbe un legittimo affidamento dello Stato membro in ordine alla compatibilità comunitaria dell'accordo così concluso, che impedirebbe qualsiasi successiva azione²⁰. D'altra parte, l'attivazione di questa procedura comporta formalità ulteriori, con conseguente inevitabile allungamento dei tempi e probabili maggiori difficoltà nella conclusione della convenzione²¹.

4. La competenza esterna comunitaria

Come è chiarito dagli stessi regolamenti (art. 1, par. 1, secondo comma dei due atti), l'istituzione di una procedura di autorizzazione non modifica le competenze esterne comunitarie e degli Stati membri. Pertanto, la possibilità, lasciata a questi ultimi, di concludere degli accordi bilaterali – ed entro certi limiti, multilaterali – con Paesi terzi, non incide sul carattere esclusivo della competenza dell'Unione europea²². Tuttavia, non si tratta nemmeno di una delega, dal momento che parte all'accordo rimane lo Stato membro interessato e

²⁰ Il principio è stato, ad esempio, applicato nel caso in cui l'amministrazione statale o la Commissione abbia fatto nascere nell'interessato un'aspettativa ragionevolmente fondata con il suo comportamento (sentenze della Corte di giustizia del 24 novembre 1987 in causa n. 223/85, *RSV*, in *Raccolta*, 1987, p. 4617; del 15 gennaio 2002 in causa n. C-179/00, *Weidacher*, in *Raccolta*, 2002, I, p. 501; del 6 marzo 2003 in causa n. C-14/01, *Molkerei Wagenfeld*, in *Raccolta*, 2003, I, p. 2279). Allo stesso modo, il principio può applicarsi nei rapporti fra Commissione e Stato membro.

²¹ Ai sensi dell'art. 12 del regolamento n. 662/2009 e del regolamento n. 664/2009, se al momento dell'entrata in vigore dei regolamenti, uno Stato membro ha già avviato i negoziati con un Paese terzo, la procedura di autorizzazione deve essere comunque richiesta. Ciò rischia di ostacolare la continuazione dei negoziati, soprattutto quando essi si trovano già in uno stato avanzato.

²² I *considerando* 5 dei due regolamenti fanno riferimento al parere n. 1/03 della Corte di giustizia, e i *considerando* 6 di entrambi gli atti ricordano che la competenza esclusiva spettante alla Comunità deve essere esercitata ai sensi dell'art. 300 TCE (oggi art. 218 TFUE).

non l'Unione nel suo complesso. Pertanto, la procedura di autorizzazione non può configurarsi nemmeno come una forma di esercizio della competenza esterna comunitaria. Una qualificazione più precisa del rapporto fra Stato membro ed Unione europea non pare possibile in termini più precisi, trattandosi di esercizio autorizzato di competenza comunitaria in nome e per conto di uno Stato. Data questa particolarità, è chiaro che i regolamenti configurano una procedura di carattere eccezionale.

È interessante notare che i *considerando* n. 7 dei due regolamenti richiamano espressamente l'obbligo di leale cooperazione di cui all'art. 10 TCE (oggi, art. 4, par. 3, TUE). Ne deriva che, trattandosi di materie rientranti nella competenza esclusiva comunitaria, gli Stati membri devono astenersi dal compiere atti che possano pregiudicare il ruolo dell'Unione, ad esempio, concludendo convenzioni internazionali²³. Poiché le competenze comunitarie vengono esercitate dagli Stati, l'obbligo di leale cooperazione ha assunto un significato diverso, nel senso che l'esercizio della competenza in via eccezionale deve essere conforme a quanto stabilito dai regolamenti. Poiché l'obbligo di cooperazione è stato precisato tramite la previsione di una procedura di autorizzazione e di alcune clausole tipizzate che devono essere contenute negli accordi così conclusi, il riferimento all'art. 10 TCE non ha un particolare significato, se non eventualmente pedagogico. Infatti, se gli Stati membri dovessero venir meno agli obblighi procedurali, sarebbe configurabile una violazione del diritto comunitario per inadempimento alla fonte regolamentare, e non all'obbligo di leale cooperazione.

I citati *considerando* ricordano, altresì, che l'obbligo sussiste nei casi di competenza sia esclusiva, sia concorrente. Quest'ultima ipotesi non ha rilevanza nell'ambito dei regolamenti in esame, trattandosi di materie tutte rientranti nella competenza esclusiva. Nell'ambito delle competenze concorrenti gli Stati membri sono liberi di concludere convenzioni internazionali con Paesi terzi, senza attivare alcuna procedura preventiva, e dover accettare il controllo della Commissione. L'obbligo di leale cooperazione si concretizza, in questo caso, nel fatto che gli Stati non devono eccedere i limiti della loro competenza, e non possono concludere accordi che pregiudicherebbero l'esercizio delle attribuzioni comunitarie o l'applicazione del diritto comunitario sul loro territorio. Si tratta, tuttavia, di un principio più generale, che non attiene specificamente alla cooperazione giudiziaria civile.

Conclusivamente, deve essere motivata l'assenza dal campo di applicazione del regolamento in materia contrattuale ed extracontrattuale delle materie rientranti nell'ambito del regolamento n. 44/2001. Si tratta della logica conseguenza della pubblicazione del Libro Verde sulla revisione di quest'ul-

²³ Punto 119 del parere n. 1/03.

timo regolamento²⁴, che suggerisce l'estensione del suo campo di applicazione anche a persone residenti in Paesi non membri²⁵. Le modalità, che possono consentire di pervenire a questo risultato, sono diverse e la scelta non è facile. Fra le varie possibilità, si discute se sia corretto estendere i titoli di giurisdizione già stabiliti anche ai convenuti domiciliati in Stati terzi, o se devono essere introdotti nuovi criteri per queste sole ipotesi; inoltre, si pongono problemi particolari per quanto attiene alla disciplina delle situazioni di litispendenza e di competenza esclusiva di un Paese terzo, nonché del riconoscimento e dell'esecuzione delle decisioni provenienti da Stati terzi. Nell'incertezza delle soluzioni che saranno in futuro adottate, è tuttavia chiara l'attuale intenzione di estendere il campo di applicazione *ratione personae* del regolamento. Pertanto, al fine di non pregiudicarne la revisione, le istituzioni comunitarie hanno presumibilmente preferito non introdurre la possibilità di autorizzare gli Stati membri a concludere accordi bilaterali in questa materia. Tuttavia, ciò impedisce la rinegoziazione delle convenzioni già esistenti ai sensi dell'art. 307 TCE (art. 351 TFUE), la quale, come visto, rientra altresì nelle competenze esclusive comunitarie. Inoltre, viene pregiudicato lo sviluppo della cooperazione giudiziaria civile fra Stati membri e Paesi terzi, rimesso all'esercizio delle competenze esterne dell'Unione europea, come si è verificato con la conclusione della Convenzione di Lugano del 2007 e della Convenzione dell'Aja del 2005 sugli accordi di proroga del foro²⁶. In mancanza di qualsiasi iniziativa comunitaria, non è possibile concludere accordi – bilaterali o multilaterali – in materia civile e commerciale con Stati terzi.

Silvia Marino*

²⁴ Libro Verde sulla revisione del regolamento (Ce) n. 44/2001 del Consiglio concernente la competenza giurisdizionale, il riconoscimento e l'esecuzione delle decisioni in materia civile e commerciale, presentato il 21 aprile 2009, Com(2009)175 def.

²⁵ Le questioni del campo di applicazione del regolamento e delle possibili discriminazioni che possono sorgere dall'art. 4 sono state analizzate in modo approfondito nello Studio sulla giurisdizione residuale, richiesto dalla Commissione e presentata dal Prof. Nuyts il 3 settembre 2007. Qui si propongono diverse possibili soluzioni, fra le quali: prevedere che il regolamento sia applicabile alle controversie intracomunitarie; oppure, ampliarne l'ambito ai casi in cui l'attore sia domiciliato in uno Stato membro; o definire il campo di applicazione del regolamento sulla base di quello del diritto comunitario, con particolare riferimento al diritto alla libera circolazione; oppure aggiungere nuovi titoli di giurisdizione invocabili nei confronti di convenuti domiciliati in Stati terzi; infine, estendere gli esistenti titoli di giurisdizione a convenuti domiciliati in Stati terzi. La preferenza del redattore dello studio va a quest'ultima soluzione.

²⁶ Decisione del Consiglio del 26 febbraio 2009 relativa alla firma a nome della Comunità europea della convenzione sugli accordi di scelta del foro, in *Gu-Ue* n. L 133 del 29 maggio 2009, p. 1. Ad essa è allegato il testo della Convenzione.

* Assegnista di ricerca / Università dell'Insubria.

DOCUMENTAZIONE

LA GESTIONE DELLE FRONTIERE ESTERNE NEL TRATTATO DI LISBONA

Trattato sul funzionamento dell'Unione europea (versione consolidata)

TITOLO V - Spazio di libertà, sicurezza e giustizia

(*Omissis*)

CAPO 2 - Politiche relative ai controlli alle frontiere, all'asilo e all'immigrazione

*Articolo 77 (ex articolo 62 del TCE)**

1. L'Unione sviluppa una politica volta a:
 - a. garantire l'assenza di qualsiasi controllo sulle persone, a prescindere dalla nazionalità, all'atto dell'attraversamento delle frontiere interne;
 - b. garantire il controllo delle persone e la sorveglianza efficace dell'attraversamento delle frontiere esterne;
 - c. instaurare progressivamente un sistema integrato di gestione delle frontiere esterne.
2. Ai fini del par. 1, il Parlamento europeo e il Consiglio, deliberando secondo la procedura legislativa ordinaria, adottano le misure riguardanti:
 - a. la politica comune dei visti e di altri titoli di soggiorno di breve durata;
 - b. i controlli ai quali sono sottoposte le persone che attraversano le frontiere

* La versione consolidata del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea è pubblicata in *Gu-Ue* n. C 83 del 30 marzo 2010, p. 47 ss. Il testo integrale è reperibile sul sito internet <http://eur-lex.europa.eu/it/treaties/index.htm> (*n.d.r.*). In argomento v. *infra*, p. 333 ss., il commento di GIUSEPPE LICASTRO.

esterne;

c. le condizioni alle quali i cittadini dei Paesi terzi possono circolare liberamente nell'Unione per un breve periodo;

d. qualsiasi misura necessaria per l'istituzione progressiva di un sistema integrato di gestione delle frontiere esterne;

e. l'assenza di qualsiasi controllo sulle persone, a prescindere dalla nazionalità, all'atto dell'attraversamento delle frontiere interne.

3. Se un'azione dell'Unione risulta necessaria per facilitare l'esercizio del diritto, di cui all'art. 20, par. 2, lett. *a.*, e salvo che i trattati non abbiano previsto poteri di azione a tale scopo, il Consiglio, deliberando secondo una procedura legislativa speciale, può adottare disposizioni relative ai passaporti, alle carte d'identità, ai titoli di soggiorno o altro documento assimilato. Il Consiglio delibera all'unanimità previa consultazione del Parlamento europeo.

4. Il presente articolo lascia impregiudicata la competenza degli Stati membri riguardo alla delimitazione geografica delle rispettive frontiere, conformemente al diritto internazionale.

(Omissis)

VERSO UN «SISTEMA» EUROPEO «DI GESTIONE INTEGRATA DELLE FRONTIERE ESTERNE»*

In seguito alle modifiche introdotte dal Trattato di Lisbona¹, il Titolo V del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea (TFUE), dedicato allo «Spazio di libertà, sicurezza e giustizia»² (artt. 67-89 TFUE), contempla l'istituzione progressiva di un «sistema» europeo «di gestione integrata delle frontiere esterne» (art. 77, par. 1, lett. c.).

L'istituzione progressiva di un «sistema» europeo «di gestione integrata delle frontiere esterne» costituisce, senza dubbio, un "elemento" significativo dello «Spazio di libertà, sicurezza e giustizia»³, fondamentale per sviluppare e rafforzare ulteriormente il quadro delle diverse "misure" adottate (nell'ambito dell'Unione europea) in un settore particolarmente delicato e complesso.

Il quadro delle diverse "misure" adottate nel corso del tempo nell'ambito generale e particolare della gestione delle frontiere esterne concerne moltepli-

* Il presente contributo è pubblicato anche sulla rivista *Foroeuropa*, n. 2, marzo-aprile 2010, <http://www.foroeuropa.it/> (n.d.r.).

¹ Cfr. *Gu-UE* n. C 115 del 9 maggio 2008, p. 1 ss. Sul Trattato di Lisbona v. tra gli altri J. ZILLER, *Il nuovo Trattato europeo*, Bologna, il Mulino, 2007; L. DANIELE, *Diritto dell'Unione europea*, III ed., Milano, Giuffrè, 2008; P. BILANCIA - M. D'AMICO (a cura di), *La nuova Europa dopo il Trattato di Lisbona*, Milano, Giuffrè, 2009; U. DRAETTA, *Elementi di diritto dell'Unione Europea*, V ed., Milano, Giuffrè, 2009.

² Per un'analisi complessiva dello "Spazio" cfr. R. CAFARI PANICO, *Lo spazio di libertà, sicurezza e giustizia nel trattato di Lisbona*, in M. C. BARUFFI (a cura di), *L'evoluzione del sistema comunitario a 50 anni dalla sua istituzione*, Padova, Cedam, 2008, pp. 51-93.

³ Per un'analisi dello "Spazio" con particolare riferimento ai settori «dei controlli alle frontiere, dell'asilo e dell'immigrazione» cfr. G. CAGGIANO, *Le nuove politiche dei controlli alle frontiere, dell'asilo e dell'immigrazione nello Spazio unificato di libertà, sicurezza e giustizia*, in P. BENVENUTI (a cura di), *Flussi migratori e fruizione dei diritti fondamentali*, Ripa di Fagnano Alto (AQ), il Sirente, 2008, pp. 101-146; cfr. anche F. MORRONE, *Il processo di integrazione europea e il ruolo delle istituzioni nell'ambito della politica migratoria dell'Unione alla luce dei Trattati di riforma*, in *Studi sull'integrazione europea*, 2008, pp. 611-638.

ci *strumenti*⁴ tra loro complementari che regolano: *a.* l'attraversamento delle frontiere esterne; *b.* il rilascio dei visti⁵; *c.* la cooperazione (operativa) tra Stati membri nonché le operazioni intraprese appunto dagli Stati membri alle frontiere esterne coordinate dall'agenzia FRONTEX; *d.* l'assistenza in particolari situazioni di necessità; *e.* la raccolta, la consultazione nonché lo scambio di informazioni e dati.

Gli *strumenti* che assumono una significativa rilevanza nel delicato e complesso settore in esame appaiono però i seguenti: 1. il «codice frontiere Schengen»⁶; 2. il «lasciapassare per traffico frontaliero locale»⁷; 3. il «codice comunitario dei visti»⁸ e il «sistema di informazione visti»⁹; 4. l'Agenzia europea per la gestione della cooperazione operativa alle frontiere esterne degli Stati membri dell'Unione europea (FRONTEX)¹⁰ e le squadre di intervento rapido alle frontiere¹¹; 5. la rete di funzionari di collegamento incaricati dell'immigrazione¹². Occorre quindi procedere ad una breve ma puntuale disamina degli *strumenti (atti)* richiamati:

1. il «codice frontiere Schengen»¹³ (regolamento n. 562/2006) costituisce un vero e proprio *codice* in materia di attraversamento delle frontiere aeree, marittime, terrestri. Specificatamente, il regolamento n. 562/2006 prevede, nel quadro del Titolo II (artt. 4-19) dedicato proprio alla disciplina relativa alle frontiere esterne, i principi relativi all'attraversamento delle frontiere esterne (art. 4), le condizioni di ingresso per i cittadini di Paesi terzi (art. 5), le «verifiche» da effettuare sulle persone all'atto dell'attraversamento delle frontiere esterne (art. 7), l'apposizione dei timbri sui documenti di viaggio (art. 10), la cooperazione (operativa) tra Stati membri nel quadro (ovviamente) del controllo delle frontiere esterne (art. 16, par. 1) che rappresenta, peraltro, una "misura" particolarmente importante da adottare soprattutto nell'ambito delle azioni di contrasto al fenomeno del terrorismo¹⁴;

2. il «lasciapassare per traffico frontaliero locale» (regolamento n.

⁴ Sul punto cfr. G. CELLAMARE, *La disciplina dell'immigrazione nell'Unione europea*, Torino, Giappichelli, 2006, p. 115 ss.; G. CAGGIANO, *Le nuove politiche dei controlli*, loc. cit., p. 103.

⁵ Sul "regime" dei visti v. anche E. GUILD - D. BIGO, *Polizia a distanza. Le frontiere mobili e i confini di carta dell'Unione europea*, in *Conflitti globali*, n. 2, 2006, pp. 61-70.

⁶ Cfr. Regolamento (Ce) n. 562/2006, in *Gu-Ue* n. L 105 del 13 aprile 2006, p. 1 ss.

⁷ Cfr. Regolamento (Ce) n. 1931/2006, in *Gu-Ue* n. L 405 del 30 dicembre 2006, p. 1 ss.

⁸ Cfr. Regolamento (Ce) n. 810/2009, in *Gu-Ue* n. L 243 del 15 settembre 2009, p. 1 ss.

⁹ Cfr. Regolamento (Ce) n. 767/2008, in *Gu-Ue* n. L 218 del 13 agosto 2008, p. 60 ss.

¹⁰ Cfr. Regolamento (Ce) n. 2007/2004, in *Gu-Ue* n. L 349 del 25 novembre 2004, p. 1 ss.

¹¹ Cfr. Regolamento (Ce) n. 863/2007, in *Gu-Ue* n. L 199 del 31 luglio 2007, p. 30 ss.

¹² Cfr. Regolamento (Ce) n. 377/2004, in *Gu-Ue* n. L 64 del 2 marzo 2004, p. 1 ss.

¹³ Sul «codice frontiere Schengen» sia consentito rinviare a G. LICASTRO, *Il «codice frontiere Schengen»*, in questa *Rivista*, 2006, p. 587 ss.

¹⁴ Sul punto cfr. A. ADINOLFI, *Politica dell'immigrazione dell'Unione europea e lotta al terrorismo*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2008, p. 490-491.

1931/2006) istituito nel quadro dell'introduzione del «regime di traffico frontaliero locale» (art. 1, par. 1) consente (alle condizioni previste specificamente all'art. 4, prima frase, lett. *a.*, *b.*, *c.*) ai «residenti frontalieri», ossia «i cittadini di Paesi terzi residenti legalmente nella zona di frontiera di un Paese confinante con uno Stato membro» (art. 3, par. 6), di varcare la frontiera terrestre esterna di uno Stato membro confinante (art. 4, prima frase)¹⁵;

3. il «codice comunitario dei visti» (regolamento n. 810/2009) stabilisce le procedure e le condizioni per il rilascio del visto (di transito o di soggiorno breve) ai cittadini di Paesi terzi allo scopo di varcare le frontiere esterne (art. 1, par. 1 e 2). Il regolamento n. 810/2009 contempla, secondo la disciplina di cui all'art. 35, anche la possibilità di chiedere alle autorità responsabili ai valichi di frontiera, il rilascio di un visto alla frontiera esterna;

4. il «sistema di informazione visti» (regolamento n. 767/2008) stabilisce invece le condizioni e le procedure per lo scambio di dati tra Stati membri riguardo le domande di visto e le relative decisioni (art. 1) allo scopo (anche) di «facilitare i controlli ai valichi di frontiera esterna» (*considerando* n. 5);

5. l'Agenzia europea per la gestione della cooperazione operativa alle frontiere esterne degli Stati membri dell'Unione europea (regolamento n. 2007/2004) svolge senza dubbio una funzione significativa nell'ambito della gestione integrata delle frontiere esterne. L'Agenzia FRONTEX¹⁶ svolge infatti significativi compiti di assistenza, supporto, coordinamento, analisi nell'ambito dei diversi, delicati aspetti concernenti la gestione integrata delle frontiere esterne, ad esempio: il coordinamento operativo delle operazioni intraprese dagli Stati membri alle frontiere esterne (art. 2, par. 1, lett. *a.*);

6. le squadre di intervento rapido alle frontiere (regolamento n. 863/2007), coordinate dall'Agenzia FRONTEX, assicurano assistenza operativa (limitata però nel tempo) «allo Stato membro (...) che si trovi a fare fronte» ad un «afflusso massiccio (...) di cittadini di Paesi terzi che tentano di entrare illegalmente» nel suo territorio (art. 1, par. 1);

7. la rete di funzionari di collegamento incaricati dell'immigrazione (regolamento n. 377/2004) costituisce uno strumento importante (anche) nell'ambito delle attività di prevenzione e di contrasto all'immigrazione illegale (art. 1, par. 1). Il regolamento n. 377/2004 prevede la possibilità di inviare (*rectius*: "distaccare"), per un periodo di tempo determinato, funzionari di collegamento sull'immigrazione degli Stati membri presso le autorità competenti di Paesi terzi (art. 1, par. 3) allo scopo di raccogliere informazioni particolarmente rilevanti nell'ambito di attività operative o strategiche riguardanti (ad esempio): le orga-

¹⁵ In merito cfr. A. LANG, *L'Unione europea quale spazio senza frontiere interne: implicazioni per i cittadini dei paesi confinanti*, in C. FIAMINGO - E. GIUNCHI (a cura di), *Muri, confini, passaggi. Studi storico-politici e prospettive giuridiche*, Milano, Giuffrè, 2009, p. 256-258.

¹⁶ Riguardo l'Agenzia FRONTEX v. il Doc. Com(2008)67 definitivo, del 13 febbraio 2008, *Relazione sulla valutazione e sullo sviluppo futuro dell'Agenzia FRONTEX*, p. 2 ss.

nizzazioni criminali dedite al contrabbando di (migranti) clandestini¹⁷ (art. 2, par. 2).

Un «sistema» europeo «di gestione integrata delle frontiere esterne» dovrebbe però, nell'ambito delle procedure di controllo alla frontiera (o delle operazioni di sorveglianza alla frontiera svolte nel contesto della cooperazione operativa coordinata dall'Agenzia FRONTEX), *garantire* soprattutto il (pieno) rispetto del principio di non-respingimento (*non-refoulement*).

Per quanto riguarda il principio di non-respingimento, previsto dall'art. 33, par. 1, della Convenzione di Ginevra del 1951 relativa allo status di rifugiato¹⁸ (*principio* richiamato, peraltro, all'art. 78, par. 1, del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea¹⁹ nonché all'art. 21, par. 1, della direttiva n. 2004/83/Ce che stabilisce «norme minime sull'attribuzione, a cittadini di paesi terzi o apolidi, della qualifica di rifugiato o di persona altrimenti bisognosa di protezione internazionale, nonché norme minime sul contenuto della protezione riconosciuta»²⁰), autorevole dottrina (recente) ritiene che il citato articolo si applica anche alla frontiera²¹: pertanto, nell'ambito delle procedure di controllo alla frontiera tese a contrastare il fenomeno dell'immigrazione illegale, occorre (indubbiamente) rispettare tale principio (con specifico riferimento invece alle operazioni di sorveglianza delle frontiere marittime coordinate da FRONTEX appare importante ricordare, succintamente, una recente proposta di decisione²² che sostanzialmente ribadisce, proprio nel delicato e complesso contesto delle operazioni marittime di FRONTEX²³, l'obbligo di

¹⁷ Riguardo le suddette *organizzazioni criminali v.* lo studio di F. PASTORE - P. MONZINI - G. SCIORTINO, *Schengen's Soft Underbelly? Irregular Migration and Human Smuggling across Land and Sea Borders to Italy*, in *International Migration*, Vol. 44, n. 4, 2006, p. 95-119.

¹⁸ Sul principio di non-respingimento v., tra gli altri, F. GRAZIANI, *Antichi e nuovi "rifugiati" nel diritto internazionale contemporaneo*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2006, p. 124 ss.; M. PEDRAZZI, *Il diritto di asilo nell'ordinamento internazionale agli albori del terzo millennio*, in L. ZAGATO (a cura di), *Verso una disciplina comune europea del diritto d'asilo*, Padova, Cedam, 2006, p. 19 ss.; B. NASCIBENE - C. FAVILLI, *Rifugiati*, in S. CASSESE (diretto da), *Dizionario di Diritto Pubblico*, Vol. V, Milano, Giuffrè, 2006, p. 5307; N. PARISI, *Ai confini d'Europa. Politiche migratorie e diritto d'asilo*, in D. RINOLDI (a cura di), *Questioni di diritto delle migrazioni fra diritto europeo, diritto internazionale e diritto interno*, Milano, ISU (Università Cattolica), 2007, p. 108 ss.; F. LENZERINI, *Asilo e diritti umani. L'evoluzione del diritto d'asilo nel diritto internazionale*, Milano, Giuffrè, 2009, p. 335 ss.

¹⁹ Cfr. *Gu-Ue* n. C 115 del 9 maggio 2008, p. 76.

²⁰ Cfr. *Gu-Ue* n. L 304 del 30 settembre 2004, p. 20 (riguardo le modifiche da apportare alla direttiva n. 2004/83/Ce contemplate dalla recente proposta presentata dalla Commissione v. il Doc. Com(2009)551 def., del 21 ottobre 2009, p. 2 ss.).

²¹ Cfr. F. LENZERINI, *Asilo e diritti umani. L'evoluzione*, loc. cit., p. 344-346.

²² Cfr. *Proposta di decisione del Consiglio che integra il codice frontiere Schengen per quanto riguarda la sorveglianza delle frontiere marittime esterne nel contesto della cooperazione operativa coordinata dall'Agenzia europea per la gestione della cooperazione operativa alle frontiere esterne*, doc. Com(2009)658 def., del 27 novembre 2009, p. 8, *considerando* n. 3.

²³ Si tratta davvero di un "*contesto*" molto delicato e complesso, in merito cfr. S. TREVISANUT, *L'Europa e l'immigrazione clandestina via mare: FRONTEX e diritto internazionale*, in *Dir. Un. Eur.*, 2008, p. 367-388.

rispettare il principio di non-respingimento²⁴).

L'istituzione progressiva di un «sistema» europeo «di gestione integrata delle frontiere esterne» costituisce quindi, senza dubbio, un significativo, fondamentale *strumento* per sviluppare e rafforzare ulteriormente l'ampio e variegato quadro delle "misure" adottate nel corso del tempo in un settore davvero molto particolare.

Giuseppe Licastro*

²⁴ Sul principio di non-respingimento in mare cfr. S. TREVISANUT, in A. VON BOGDANDY - R. WOLFRUM (a cura di), *The Principle of Non-Refoulement at Sea and the Effectiveness of Asylum Protection*, in *Max Planck Yearbook of United Nations Law*, Vol. 12, 2008, The Netherlands, Martinus Nijhoff Publishers, pp. 205-246.

* Dottore in giurisprudenza / Università degli Studi "Mediterranea" di Reggio Calabria.

COMUNICAZIONI E NOTE INFORMATIVE

LA GIURISPRUDENZA DELLA CORTE DI GIUSTIZIA IN MATERIA DI QUALITÀ DEI PRODOTTI ALIMENTARI*

Sommario: **I.** *La qualità dei prodotti agroalimentari* - **II.** *La giurisprudenza della Corte di giustizia e del Tribunale di Primo grado* - **1.** *Sentenze e ordinanze della Corte di giustizia* - **a.** *I criteri per stabilire se la denominazione di un prodotto alimentare sia divenuta generica* - **b.** *Invalidità del regolamento adottato dalla Commissione per rendere possibile la registrazione della denominazione di un prodotto alimentare come DOP o IGP* - **c.** *Obbligo di eseguire le operazioni di "condizionamento" del prodotto alimentare all'interno dell'area protetta* - **d.** *Le vicende riguardanti la denominazione "Parmesan"* - **e.** *La sentenza sul marchio "Cambozola"* - **f.** *Il caso "Tocai"* - **2.** *Sentenze e ordinanze del Tribunale di primo grado* - **III.** *Conclusioni.*

I. La qualità dei prodotti agroalimentari

La Comunità europea per molto tempo non ha avuto modo di occuparsi della qualità dei prodotti alimentari.

Negli Stati membri fondatori della Comunità, invece, la qualità dei prodotti alimentari è stata sottoposta da tempo a discipline specifiche che in alcuni Stati, come la Francia e l'Italia, hanno svolto un ruolo molto importante, divenendo un modello al quale si è successivamente ispirata la stessa disciplina dell'Unione europea.

Le discipline nei vari Paesi membri erano però diverse e quindi creavano occasioni di conflitti e controversie.

Quando la Comunità ancora non esisteva, è ovvio, ad esempio, che il fabbricante italiano di un prodotto alimentare destinato ad essere venduto in un

* Relazione tenuta al Convegno organizzato da Association Internationale Des Jeunes Avocats su «Droit de l'alimentation» svoltosi a Parma nei giorni 6-8 maggio 2010.

altro Paese europeo, doveva adattarsi alle regole di quest'ultimo Paese (di destinazione) sia per quanto riguarda la composizione e l'etichettatura del prodotto, sia per quanto riguarda il suo confezionamento, perché ciascun Stato, in casa propria, era sovrano nella scelta delle disposizioni da applicare e, quindi, tutto dipendeva dall'interesse che ciascun Stato dimostrava per ogni specifico prodotto.

In Italia, come in Francia, sono sempre esistite regole molto particolari in materia alimentare disciplinanti tutto quello che potrebbe essere importante, ivi compresa la «qualità del prodotto», o meglio, le sue caratteristiche qualitative.

In Italia abbiamo quasi 400 tipi di formaggio come in Francia e, se si segue l'opinione del generale *De Gaulle*, non è per niente facile governare un Paese che abbia 400 tipi di formaggio. E in effetti la Gran Bretagna, che ne ha pochi, sembra più facile da governare.

Forse c'è un segreto legame tra stabilità politica e prodotti alimentari. Ma la differenza effettiva sta nella diversa cultura gastronomica e nella diversa tradizione.

Si racconta che nel Quattrocento, un ambasciatore di *Lorenzo de' Medici* inviato in Inghilterra per vedere come vivevano gli inglesi, ai quali i fiorentini e i lombardi allora prestavano denaro, abbia redatto un dettagliato rapporto, osservando tra l'altro: «*questi inglesi io proprio non li capisco, hanno 50 religioni e una salsa sola*». Per noi in Italia è tutto il contrario: di religioni ne abbiamo avute sempre una (anche se adesso le cose stanno cambiando) ma di salse tantissime.

Da qui, forse, le diversissime legislazioni in materia alimentare. Per alcuni Paesi, se un prodotto alimentare svolge la funzione per la quale viene fabbricato, vale a dire: è efficiente dal punto di vista nutrizionale, è sano e non è nocivo, basta. Che cosa si può pretendere di più da un prodotto alimentare?

In Francia e in Italia, la situazione è un po' diversa. Pensiamo infatti a tutte le regole che in Francia e in Italia hanno sempre disciplinato la composizione, la presentazione e la denominazione dei prodotti alimentari.

Pertanto, quando la Comunità europea ha cominciato a funzionare, ci si accorse che sorgevano problemi difficili da superare proprio per questo differente approccio. Occorreva quindi trovare una soluzione, cercandola possibilmente nel processo di armonizzazione delle legislazioni nazionali applicabili.

Ed infatti, in presenza di regolamentazioni nazionali discordanti, con riferimento alla produzione, alla composizione e alla presentazione sul mercato dei prodotti agroalimentari, la Comunità europea si è resa conto, agli inizi, della necessità di dover procedere ad una armonizzazione di tali regolamentazioni essenzialmente allo scopo di eliminare i punti di divergenza esistenti che finivano per creare ostacoli effettivi alla libera circolazione di tali prodotti nell'area comunitaria.

La Commissione europea di Bruxelles ha quindi cercato di imporre la solu-

zione che, a prima vista, appariva più semplice, vale a dire: adottare una direttiva ogni volta che si dovevano armonizzare leggi nazionali divergenti per ogni specifico prodotto alimentare. Una volta armonizzate le leggi relative ad un determinato prodotto, ogni problema concernente quel prodotto doveva ritenersi risolto.

Procedendo in questa direzione, la Commissione, ad esempio, aveva quindi cercato, nel 1968, di disciplinare in modo uniforme nella Comunità la produzione delle paste alimentari, proponendo addirittura la "ricetta" italiana della pasta prodotta soltanto con il grano duro. Se si accettava questo principio, il problema sarebbe stato agevolmente risolto. Ma non è stato così, perché in caso di armonizzazione delle legislazioni nazionali poteva essere utilizzato, nel passato, unicamente l'art. 100 del Trattato di Roma e questo articolo prevedeva l'unanimità dei consensi degli Stati membri: obiettivo quasi impossibile da raggiungere. Bastava infatti l'opposizione di un singolo Stato membro per bloccare qualunque tipo di proposta. Risultato: non si è fatto niente, anzi pochissimo. Pochi prodotti, infatti, sono stati disciplinati mediante una direttiva verticale, mediante regole, cioè, che stabiliscono con precisione come si fabbrica un determinato prodotto, come deve essere presentato sul mercato etc. Solo alcuni prodotti, quindi, come i succhi di frutta, le marmellate, il latte condensato, etc. sono stati in definitiva assoggettati a direttive di armonizzazione verticale in tutta la Comunità europea. Per la stragrande maggioranza dei prodotti alimentari, invece, non è stato possibile raggiungere alcuna soluzione armonizzata per cui occorreva continuare ad osservare le regole applicabili nel Paese di destinazione.

L'impossibilità di trovare una soluzione in via "normativa" ha reso necessario l'intervento della Corte di giustizia di Lussemburgo che ha risolto, come è noto, il problema in via "giurisprudenziale", mediante la celebre sentenza sul *Cassis de Dijon* pronunciata alla fine degli anni Settanta (1979)¹.

Questa sentenza ha permesso alla Corte di giustizia di affermare il principio del mutuo riconoscimento, di cui tanto si è parlato ed ancora si parla, secondo cui il prodotto legalmente fabbricato in base alle leggi in vigore nel Paese di origine, deve poter liberamente circolare in tutti gli altri Paesi dell'Unione europea.

L'impatto di questa sentenza e della successiva giurisprudenza della Corte di giustizia, come sappiamo, è stato tale da rendere possibile la soppressione di

¹ Sentenza della Corte del 20 febbraio 1979 in causa n. 120/78, *Rewe-Zentral AG c. Bundesmonopolverwaltung für Branntwein*, in *Raccolta*, 1979, p. 649. Cfr. i commenti di J.-C. MASCLÉ, *Les articles 30, 36 et 100 du traité CEE à la lumière de l'arrêt "Cassis de Dijon"*, in *Rev. trim. dr. eur.*, 1980, p. 611 ss.; L. COSTATO, *Sull'interpretazione dell'art. 30 del Trattato CEE*, in *Riv. dir. agr.*, 1981, II, p. 26 ss.; L. GORMLEY, *Cassis de Dijon and the Communication from the Commission*, in *EL Rev.*, 1981, p. 454 ss.; A. MATTERA RICIGLIANO, *La sentenza Cassis de Dijon: un nuovo indirizzo programmatico per la realizzazione definitiva del mercato comune*, in questa *Rivista*, 1981, p. 273 ss.

una quantità notevole di regole e di misure nazionali sicuramente discriminatorie, o protezionistiche, o irragionevoli, o comunque sproporzionate².

La Corte di giustizia ha quindi costretto molti Stati membri ad eliminare regolamentazioni nazionali effettivamente limitative della libera circolazione delle merci. Ricordiamo i casi della birra in Germania, della pasta di grano duro e dell'aceto in Italia e numerosi altri: tutti casi che hanno consentito di creare un'importante giurisprudenza.

Questa giurisprudenza che era applicabile ad ogni tipo di prodotto, alimentare e non alimentare, non poteva però produrre effetti utili con riferimento a qualunque prodotto alimentare. Per alcuni prodotti, infatti, che presentavano caratteristiche qualitative particolari, questa giurisprudenza creava difficoltà.

Ciò si è manifestato in modo palese quando la Corte di giustizia si è trovata di fronte ad alcuni casi in cui l'applicazione di tale giurisprudenza avrebbe comportato conseguenze negative evidenti. Il caso dello *yogurt*, deciso con la sentenza *Smanor* alla fine degli anni Ottanta³ ha reso evidenti queste conseguenze negative.

Se si esportava a quel tempo, ad esempio, dall'Olanda in Italia, un prodotto denominato «*yogurt*», che in Italia (e in Francia) viene normalmente fabbricato con una quantità rilevante di fermenti lattici vivi, mentre in Olanda può anche esserne privo (se sottoposto a trattamento termico), tale prodotto avrebbe potuto essere bloccato alle frontiere determinando un inevitabile contenzioso. Alle frontiere, infatti, avvenivano i controlli sui prodotti.

Con il 1993, però, i controlli alla frontiera, in seguito alla creazione del mercato unico europeo, sono venuti a cadere e ovviamente lo «*yogurt*» olandese poteva entrare in Italia ed essere portato in uno degli innumerevoli punti di vendita del nostro Paese. Il contenzioso, quindi, dopo il 1993, sarebbe sorto non più alla frontiera, ma nei grandi magazzini e nei negozi del Paese di destinazione dove i controlli dovevano essere effettuati. Arbitri di questo contenzioso diventavano, innanzitutto, i funzionari statali e locali competenti a controllare nei punti vendita se un determinato prodotto proveniente dall'estero era conforme alle disposizioni nazionali e, successivamente, i giudici (amministrativi oppure ordinari) competenti ad emettere decisioni in materia⁴.

L'insoddisfacente situazione creata dalla giurisprudenza della Corte di giustizia è stata avvertita dalla dottrina specialistica che ha invitato la Commissione europea ad affrontare una buona volta, in via normativa, il problema della qualità dei prodotti alimentari⁵.

² Sull'evoluzione della giurisprudenza della Corte di giustizia v. F. CAPELLI, *I malintesi provocati dalla sentenza «Cassis de Dijon», vent'anni dopo*, in questa *Rivista*, 1996, p. 673.

³ Cfr. sentenza della Corte di giustizia del 4 luglio 1988 in causa n. 298/87, *Smanor*, in *Raccolta*, 1988, p. 4489.

⁴ Cfr. sentenza *Smanor*, *cit. supra*, nota 3, spec. punto 24.

⁵ Cfr. W. BROUWER, *Free movement of foodstuffs and quality requirements: has the Commis-*

La Commissione europea ha quindi dovuto cambiare indirizzo, ispirandosi ai principi della tutela della qualità. Nell'ottobre del 1991 ha così pubblicato sulla *Gazzetta Ufficiale delle Comunità Europee* n. C 270 una Comunicazione che affrontava, tra l'altro, il problema dello yogurt. Secondo tale Comunicazione, gli Stati membri che ritenevano di dover riservare la denominazione «yogurt» soltanto a quei prodotti contenenti una rilevante quantità di fermenti lattici vivi, potevano continuare a farlo.

Le conseguenze di questa Comunicazione della Commissione si sono fatte rapidamente sentire anche sulla base degli stimoli ripresi dalla precedente Comunicazione della stessa Commissione, dal titolo «*L'Avvenire del mondo rurale*»⁶.

Cambiando il quadro giuridico nel quale ci si doveva muovere, la Commissione ha ritenuto che effettivamente il problema della qualità meritava di essere affrontato con una disciplina specifica. Di qui l'adozione del noto regolamento Cee n. 2081/92 sulle denominazioni di origine dei prodotti e sulle indicazioni geografiche protette che, come è noto, ha reso possibile un radicale mutamento di prospettive⁷.

Oggi⁸, con l'approvazione di centinaia di DOP e IGP per i prodotti europei (tra i quali numerosi prodotti italiani), è stata avviata in sede europea una decisa politica di valorizzazione della qualità dei prodotti agroalimentari che viene garantita dal legame esistente tra i prodotti e il territorio dal quale essi provengono.

La prova del collegamento esistente tra i prodotti alimentari e le aree geografiche dalle quali essi provengono ha acquisito un'importanza sempre maggiore conquistando la fiducia dei consumatori.

Il fatto che, come dicono i sondaggi, i consumatori vadano alla ricerca di prodotti dei quali sia documentata l'origine, significa che il collegamento con un'area geografica determinata finisce per costituire un fattore rilevante per la scelta dei prodotti da acquistare.

In particolare, un formaggio e un prosciutto contrassegnati con DOP valorizzano l'area geografica da cui provengono arricchendone il nome con un elemento di pregio fondato sulla qualità che rimane impresso nella memoria

sion got it wrong?, CMLR, 1988, p. 237; D. WAELBROECK, *L'harmonisation des règles et normes techniques dans la CEE*, in *Cah. dr. eur.*, 1988, p. 243; F. CAPELLI, *Yaourt français et pâtes italiennes: deux arrêts et une proposition de solution*, RMC, 1988, p. 615.

⁶ Cfr. Com(88)501 Final/3 dell'11 novembre 1988.

⁷ Regolamento (Cee) n. 2081/92 del Consiglio del 14 luglio 1992, in *Guce* n. L 208 del 24 luglio 1992, p. 1.

⁸ La materia, come è noto, è ora disciplinata dal Regolamento Ce n. 510/2006 che ha abrogato il precedente Regolamento Cee n. 2081/92 (in *Gu-Ue* n. L 93 del 31 marzo 2006 p. 12). Su tale regolamento v. 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*, in questa *Rivista*, 2006, p. 115 ss.

del consumatore, il quale resta ad esso legato non solo per ragioni meramente alimentari, ma anche per motivi connessi alle tradizioni culturali ampiamente intese. Un esempio calzante è quello rappresentato dal nome *Parma* e da quello della sua provincia.

I più recenti dati statistici confermano l'aumento della domanda di prodotti con denominazione di origine e con indicazione di provenienza geografica⁹.

II. La giurisprudenza della Corte di giustizia e del Tribunale di Primo grado

Il ruolo svolto dalle denominazioni di origine e dalle indicazioni geografiche di provenienza nella valorizzazione dei prodotti agro-alimentari da esse designati, è stato fin dall'inizio pienamente compreso dalla Corte di giustizia, come risulta dalla sua giurisprudenza che ne ha ripetutamente sottolineato l'importanza¹⁰. Anche la giurisprudenza del Tribunale di Primo grado, nelle poche decisioni da esso pronunciate in questa materia, ha seguito lo stesso indirizzo.

1. Sentenze e ordinanze della Corte di giustizia

Le sentenze della Corte di giustizia, pronunciate in questa materia, che fanno espresso riferimento al regolamento Cee n. 2081/92 (e, da ultimo, al regolamento Ce n. 510/2006) sulle denominazioni di origine e sulle indicazioni geografiche dei prodotti agro-alimentari sono in tutto, salvo errore, diciassette¹¹. A queste si aggiungono tre ordinanze, ognuna delle quali si allinea all'in-

⁹ Appare significativo che, ad esempio, in Italia tre grandi catene di distribuzione di prodotti alimentari abbiano lanciato campagne promozionali per offrire prodotti provenienti da specifiche regioni italiane: *Carrefour*, mediante l'iniziativa "*Terre d'Italia*"; *COOP*, mediante "*Viaggio tra i sapori d'Italia*"; *Lidl Italia*, mediante "*Giro tra le specialità italiane*".

¹⁰ Da ultimo, la Corte di giustizia nella sentenza dell'8 settembre 2009 in causa n. C-478/07, *Budvar, národní podnik c. Rudolf Ammersin GmbH*, inedita in *Raccolta*, al punto 110, ha così dichiarato: «Le denominazioni di origine rientrano nei diritti di proprietà industriale e commerciale. La normativa pertinente tutela i beneficiari contro l'uso illegittimo delle dette denominazioni da parte di terzi che intendano profittare della reputazione da esse acquisita. Tali denominazioni sono dirette a garantire che il prodotto cui sono attribuite provenga da una zona geografica determinata e possieda talune caratteristiche particolari. Esse possono godere di una grande reputazione presso i consumatori e costituire per i produttori che soddisfano le condizioni per usarle un mezzo essenziale per costituirsi una clientela. La reputazione delle denominazioni di origine dipende dall'immagine di cui queste godono presso i consumatori. A sua volta tale immagine dipende, essenzialmente, dalle caratteristiche particolari e, in generale, dalla qualità del prodotto. È quest'ultima, in definitiva, che costituisce il fondamento della reputazione del prodotto. Nella percezione del consumatore, il nesso tra la reputazione dei produttori e la qualità dei prodotti dipende, inoltre, dalla sua convinzione che i prodotti venduti con la denominazione di origine sono autentici».

¹¹ I riferimenti alle sentenze sono riportati nell'Allegato della presente relazione.

dirizzo seguito nelle sentenze di riferimento¹².

Bisogna riconoscere che tutte le sentenze affrontano argomenti giuridici di indubbia rilevanza risolvendo, alla fine, anche problemi economici importanti.

Nel passare rapidamente in rassegna le sentenze, seguiamo un ordine logico e non cronologico.

a. I criteri per stabilire se la denominazione di un prodotto alimentare sia divenuta generica

Nella sentenza sul *Salame di felino*¹³ (che, tra l'altro, è un salame squisito originario della provincia di Parma) e nella prima sentenza *Feta*¹⁴ pronunciata nel 1999, la Corte di giustizia ha indicato i criteri per accertare se una determinata denominazione sia divenuta generica e, quindi, non più idonea ad essere registrata in sede comunitaria come denominazione protetta.

In particolare la Corte ha precisato che la genericità di una denominazione deve risultare da un'esplicita constatazione effettuata dalla stessa Commissione europea.

b. Invalidità del regolamento adottato dalla Commissione per rendere possibile la registrazione della denominazione di un prodotto alimentare come DOP o IGP

Ugualmente importanti sono i criteri indicati dalla Corte di giustizia nella seconda sentenza *Feta*¹⁵ e nella sentenza *Bavaria*¹⁶ per stabilire quando un regolamento della Commissione europea, che abbia disposto la registrazione di

¹² I riferimenti alle ordinanze sono riportati nell'Allegato della presente relazione.

¹³ Sentenza del 10 settembre 2009 in causa n. C-446/07, *Alberto Severi c. Regione Emilia Romagna*, inedita in *Raccolta*.

¹⁴ Sentenza del 16 marzo 1999 in cause riunite n. C-289/96, n. C-293/96 e n. C-299/96, *Regno di Danimarca, Repubblica federale di Germania, Repubblica francese c. Commissione delle Comunità europee*, in *Raccolta*, 1999, I, p. 1541. Cfr. i commenti di L. COSTATO, *Brevi note a proposito di tre sentenze su circolazione dei prodotti, marchi e protezione dei consumatori*, in *Riv. dir. agr.*, 1999, II, p. 157 ss. e di A. DI LAURO, *Denominazione d'origine protetta e nozione di denominazione generica: il caso "Feta"*, *ivi*, p. 161 ss.; M. HOFSTÖTTER, *Feta: Das Ende einer geschützten Ursprungsbezeichnung*, in *European Law Reporter*, 1999, p. 173 ss.

¹⁵ Sentenza del 25 ottobre 2005 in cause riunite n. C-465/02 e n. C-466/02, *Repubblica federale di Germania, Regno di Danimarca c. Commissione delle Comunità europee*, in *Raccolta*, 2005, I, p. 9115. Cfr. i commenti di C. BENATTI, *Il revirement della Corte di giustizia sul caso "Feta"*, in *Riv. dir. agr.*, 2006, II, p. 110 ss.; R. KNAAK, *Gemeinschaftsweiter Schutz der Bezeichnung "Feta" für Erzeugnisse aus Griechenland*, in *Zeitschrift für das gesamte Lebensmittelrecht*, 2006, p. 59 ss.; S. VENTURA, *La tormentata vicenda della denominazione «Feta»*, in questa *Rivista*, 2006, 497 ss.

¹⁶ Sentenza del 2 luglio 2009 in causa n. C-343/07, *Bavaria NV, Bavaria Italia Srl c. Bayerischer Brauerbund eV*, inedita in *Raccolta*. Cfr. il commento di L. GONZÁLEZ VAQUÉ, *Coexistencia entre una marca y una indicación geográfica protegida*, in *Revista de Derecho Alimentario*, 2009, n. 49, p. 39 ss.

una denominazione protetta, possa essere dichiarato *invalido* (o possa essere annullato).

La sentenza *Bavaria* appena menzionata, è pure importante perché fissa i limiti di validità di un marchio commerciale che sia stato registrato prima della registrazione di una indicazione geografica protetta (IGP). È noto infatti che nella causa *Bavaria* si trattava, tra l'altro, di risolvere il conflitto tra l'indicazione geografica protetta "*Bayerisches Bier*" che designa una birra prodotta in Baviera (Germania) e il marchio "*Bavaria*", come marchio commerciale della nota birra prodotta in Olanda.

Anche in questa come in altre sentenze, la Corte di giustizia affida al giudice nazionale, che ha disposto il rinvio, il compito di risolvere in concreto la fattispecie controversa.

c. Obbligo di eseguire le operazioni di "condizionamento" del prodotto alimentare all'interno dell'area protetta

Due interessanti sentenze del 2003 che riguardano i due più celebri prodotti gastronomici dell'area di Parma, vale a dire il *Prosciutto di Parma*¹⁷ e il *Parmigiano-Reggiano*¹⁸ (nonché il *Grana Padano*) hanno avuto un impatto notevole sullo sviluppo delle vendite di tali prodotti sui mercati europei.

Con tali sentenze, infatti, la Corte ha stabilito che tanto il disciplinare di produzione del *Prosciutto di Parma*, quanto quello del *Parmigiano-Reggiano* (e del *Grana Padano*), potessero prevedere che l'affettatura del prosciutto nonché la grattugia del formaggio dovessero obbligatoriamente avvenire all'interno della zona di produzione dei prodotti rispettivi.

Grazie a tali sentenze, i produttori operanti nelle aree protette sono riusciti ad incrementare notevolmente la distribuzione dei rispettivi prodotti. In particolare sono riusciti ad incrementare le vendite delle loro specialità nei Paesi esteri nei quali non è mai stato agevole collocare prodotti aventi una dimensione ragguardevole come un intero prosciutto crudo di Parma (o di San Daniele) o una forma intera di *Parmigiano-Reggiano* o di *Grana Padano*.

Avendo infatti il diritto di effettuare in esclusiva la preparazione, nella zona di produzione protetta, di *Prosciutto di Parma* (o di *Prosciutto di San Daniele*) già affettato, come pure quella di *Parmigiano-Reggiano* (o di *Grana Padano*) già grattugiato, i produttori rispettivi hanno visto aumentare in modo

¹⁷ Sentenza del 20 maggio 2003 in causa n. C-108/01, *Consorzio del Prosciutto di Parma e Solumificio S. Rita SpA c. Asda Stores Ltd e Hygrade Foods Ltd.*, in *Raccolta*, 2003, I, p. 5121 ss.

¹⁸ Sentenza del 20 maggio 2003 in causa n. C-469/00, *Ravil SARL c. Bellon import SARL e Biraghi SpA*, in *Raccolta*, 2003, I, p. 5053 ss. Questa sentenza riguardava espressamente il *Grana Padano*, ma nella realtà si riferiva ai formaggi di pasta dura con denominazione protetta tra i quali il *Parmigiano Reggiano*.

sensibile le loro vendite all'estero negli ultimi anni, grazie anche all'utilizzo di sistemi di confezionamento molto efficaci.

d. *Le vicende riguardanti la denominazione "Parmesan"*

La denominazione di origine protetta *Parmigiano-Reggiano* è stata oggetto, come è noto, di due cause decise dalla Corte di giustizia, rispettivamente nel 2002¹⁹ e nel 2008²⁰.

In particolare, nella causa decisa il 26 febbraio 2008²¹ la Corte di giustizia ha dovuto decidere se la denominazione tedesca "*Parmesan*", utilizzata per designare in Germania un formaggio di pasta dura, simile al *Parmigiano-Reggiano*, potesse essere considerata generica all'interno del territorio tedesco, con la conseguenza di poter continuare ad essere impiegata su tale territorio insieme alla denominazione protetta *Parmigiano-Reggiano*.

La risposta della Corte di giustizia, a mio avviso, è stata molto timida, in quanto si è limitata ad affermare che lo Stato tedesco, parte convenuta nella procedura di infrazione introdotta dalla Commissione europea, non aveva provato che la denominazione *Parmesan* fosse divenuta generica, precisando che la prova di tale genericità avrebbe dovuto in ogni caso essere acquisita da un giudice nazionale competente ad effettuare un'indagine completa degli aspetti fattuali, basandosi sulla precedente sentenza emessa nel caso "*Époisses de Bourgogne*"²², nella quale la Corte aveva deciso che l'eventuale genericità di un termine, costituente parte di una denominazione composta da più termini

¹⁹ Sentenza del 25 giugno 2002 in causa C-66/00, Procedimento penale a carico di Dante Bigi, con l'intervento del *Consorzio del Formaggio Parmigiano Reggiano*, in *Raccolta*, 2002, I, p. 591 ss.

²⁰ Sentenza del 26 febbraio 2008 in causa n. C-132/05, *Commissione delle Comunità europee c. Repubblica federale di Germania*, in *Raccolta*, 2008, I, p. 957.

²¹ Cfr. i commenti di M. BORRACCETTI, *Parmesan e Parmigiano: la Corte di giustizia interviene ancora una volta*, in *La nuova giurisprudenza civile commentata*, 2008, p. 1009 ss.; I. CANFORA, *Il caso "Parmigiano Reggiano": denominazioni di origine composte e strumenti di tutela tra competenze nazionali e diritto comunitario*, in *Riv. dir. agr.*, 2008, II, p. 16 ss.; F. CAPELLI, *La sentenza Parmesan della Corte di giustizia: una decisione sbagliata (Nota a Sentenza del 26 febbraio 2008 in causa n. C-132/05)*, in questa *Rivista*, 2008, p. 329 ss.; F. GENCARELLI, *Il caso "Parmesan": la responsabilità degli Stati nella tutela delle DOP e IGP tra interventi legislativi e giurisprudenziali*, in *Dir. Un. Eur.*, 2008, p. 825 ss.; C. HAUER, *Using the Designation "Parmesan" for Hard Cheese (Grated Cheese) of Non-Italian Origin. Judgment of the ECJ of 26 February 2008 in case C-132/05 (Commission of the European Communities vs. Federal Republic of Germany)*, in *European Food and Feed Law Review*, 2008, Vol. 3, n° 6, p. 387 ss.; C. HEATH, *Parmigiano Reggiano by Another Name - The ECJ's Parmesan Decision*, in *International Review of Intellectual Property and Competition Law*, 2008, p. 951 ss.; N. LUCIFERO, *Denominazione composte, denominazioni generiche e la tutela delle denominazioni di origine protette. Il caso "parmesan"*, in *Giur. it.*, 2009, c. 579 ss.; M. PARDO LEAL, *Protección de la denominación de origen del queso "Parmigiano Reggiano"*, in *Revista de Derecho Alimentario*, 2008, n. 34, p. 29 ss.; S. VENTURA, *Il caso Parmesan visto dalla Corte di giustizia*, in questa *Rivista*, 2008, p. 323 ss.

²² *Époisses de Bourgogne* era la denominazione composta che è stata presa in esame nella sentenza del 9 giugno 1998 in cause riunite n. C-129/97 e n. C-130/97, Procedimenti penali a carico di *Yvon Chiciak e Fromagerie Chiciak e Jean-Pierre Fol*, in *Raccolta*, 1998, I, p. 3315 ss.

(nel caso di specie, il termine *Époisses* nella denominazione completa *Époisses de Bourgogne*), doveva essere stabilita dal giudice nazionale competente dopo aver effettuato una compiuta analisi dei fatti.

Questo modo di procedere ha una sua logica e un suo fondamento con riferimento alle denominazioni composte da più termini, delle quali un termine sia effettivamente generico, in quanto unicamente destinato ad individuare il genere del prodotto tutelato senza possedere, di per sé, capacità distintive specifiche legate all'origine tradizionale del nome²³: ad esempio "Pecorino", nella denominazione protetta "Pecorino Romano" (dato che esiste tradizionalmente anche la denominazione "Pecorino Toscano") oppure "Provolone" nella denominazione protetta "Provolone Val Padana".

Come si può comprendere, i termini "Pecorino" e "Provolone" designano, in tali denominazioni, il tipo di formaggio, mentre i qualificativi "Romano" e "Val Padana" ne indicano l'origine geografica rispettiva.

Nel caso della denominazione *Parmigiano-Reggiano*, al contrario, entrambi i termini si riferiscono all'area geografica da cui il prodotto proviene e, in particolare, proprio il termine "Parmigiano" viene usato normalmente in Italia da solo, separatamente da *Reggiano*, proprio per designare il celebre prodotto, essendo il termine *Parmigiano* divenuto il nome del formaggio medesimo per antonomasia.

Di conseguenza, sembra evidente che il precedente della denominazione "*Époisses de Bourgogne*", richiamato dalla Corte di giustizia, non avrebbe potuto applicarsi al caso della denominazione *Parmigiano-Reggiano*, perché se il primo dei due termini (*Parmigiano*) dovesse essere dichiarato generico, l'intera denominazione perderebbe la sua efficacia distintiva.

Questo è stato l'indirizzo seguito anche dal Tribunale di Berlino nella sua sentenza emessa nel 2008²⁴, subito dopo la citata sentenza della Corte di giustizia.

Il Tribunale di Berlino ha infatti vietato ai produttori tedeschi di immettere sul mercato tedesco un formaggio di pasta dura designandolo con la denominazione "*Parmesan*".

²³ Si consideri a questo proposito il termine "Grana" come componente della denominazione composta "Grana Padano" (cfr. sentenza del Tribunale di primo grado del 12 settembre 2007 in causa n. T-291/03, *Consorzio per la tutela del formaggio Grana Padano c. UAMI*, cit. *infra*, nota 37) nonché l'espressione "Aceto Balsamico" come componente della denominazione completa "Aceto Balsamico di Modena" (cfr. regolamento (Ce) n. 583/2009 della Commissione del 3 luglio 2009 recante iscrizione di una denominazione nel registro delle denominazioni d'origine protette e delle indicazioni geografiche protette [Aceto Balsamico di Modena (IGP)], in *Gu-Ue* n. L 175 del 4 luglio 2009, p. 7 ss.; su tale regolamento cfr. F. CAPELLI, *La registrazione dell'Indicazione Geografica Protetta «Aceto Balsamico di Modena» e i tentativi deliberatamente messi in atto sia per ostacolarla sia per circoscriverne gli effetti e la portata*, in questa *Rivista*, 2009, p. 573 ss.).

²⁴ Sentenza del Tribunale regionale (*Landgericht*) di Berlino del 22 aprile 2008, *Consorzio del Formaggio Parmigiano Reggiano c. Allgäuland-Käseereien GmbH*, in questa *Rivista*, 2008, p. 359 ss. con commento di S. VENTURA, *Il caso Parmesan visto da un tribunale tedesco*, p. 367 ss.

La causa, nella quale il Consorzio del formaggio *Parmigiano Reggiano* è parte attrice, è ora pendente davanti alla Corte d'Appello. Si prevede che la sentenza della Corte d'Appello sarà pronunciata nei prossimi mesi.

e. *La sentenza sul marchio "Cambozola"*

Un'altra sentenza interessante è quella pronunciata dalla Corte di giustizia nel caso "*Cambozola*"²⁵.

In questa causa si trattava di stabilire se l'uso del marchio "*Cambozola*" in Austria per designare un formaggio con caratteristiche simili a quelle del "*Gorgonzola*", la cui denominazione era stata registrata come DOP, in base al regolamento Cee n. 2081/92, fosse illegittimo a causa dell'illiceità della registrazione del marchio.

Come sappiamo, la Corte di giustizia ha affidato al giudice nazionale (in questo caso al giudice austriaco) il compito di verificare in concreto l'esistenza delle condizioni per poter considerare nullo il marchio "*Cambozola*" a suo tempo registrato.

Il giudice austriaco ha ritenuto che, nel caso di specie, la registrazione in Austria del "*Cambozola*" non era avvenuta in mala fede e, quindi, doveva ritenersi legittima.

A questo proposito occorre ricordare la situazione verificatasi in Germania. In tale Paese, infatti, era intervenuta, prima dell'emissione della sentenza della Corte di giustizia nel caso "*Cambozola*", una sentenza della Corte di cassazione tedesca che, in base alla legge tedesca sui marchi, aveva sancito la legittimità dell'utilizzo del marchio "*Cambozola*" in Germania, con la conseguenza di rendere improcedibile, secondo il diritto tedesco, ogni azione ulteriore per impedire la commercializzazione in Germania del formaggio designato con il marchio "*Cambozola*".

f. *Il caso "Tocai"*

La citazione della sentenza della Corte di cassazione tedesca emessa nel caso *Cambozola*, mi consente di far riferimento ad un altro caso ugualmente sottoposto al giudizio della Corte di giustizia: quello sul "*Tocai*"²⁶.

²⁵ Sentenza del 4 marzo 1999 in causa n. C-87/97, *Consorzio per la tutela del formaggio Gorgonzola c. Käserei Champignon Hofmeister GmbH & Co. KG e Eduard Bracharz GmbH*, in *Raccolta*, 1999, I, p. 1301; cfr. i commenti di F. CAPELLI, *La Corte di giustizia tra «Feta» e «Cambozola»*, in questa *Rivista*, 1999, p. 273 ss.; L. COSTATO, *Brevi note a proposito di tre sentenze su circolazione dei prodotti*, cit. *supra*, nota 12; A. DI LAURO, *Denominazione d'origine protetta*, cit. *supra*, nota 12.

²⁶ Sentenza della Corte del 12 maggio 2005 in causa n. C-347/03, *Regione autonoma Friuli-Venezia Giulia e ERSR c. Ministero delle Politiche Agricole e Forestali*, in *Raccolta*, 2005, I, p. 3785 ss. Cfr. i commenti di G. MACCIONI, *«Tokaji» contro «Tocai» di fronte alla Corte di giustizia*, in *Riv. dir. agr.*, 2006, II, p. 28 ss.; M. NICOLAI, *Il vino tra tutele e logiche della commercializza-*

Per essere precisi, la sentenza sul "Tocai" non riguarda espressamente l'applicazione del regolamento Cee n. 2081/92 perché i vini non rientravano nel campo di applicazione di tale regolamento all'epoca dei fatti di causa.

Come è noto, la disciplina sulle denominazioni di origine e sulle indicazioni geografiche prevista dal regolamento Cee n. 2081/92 (e successivamente dal regolamento Ce n. 510/2006) è stata estesa anche ai vini soltanto recentemente, a seguito dell'adozione del regolamento Ce n. 479/2008²⁷ entrato in vigore nel 2009.

Orbene, anche nel caso "Tocai" era stata emessa nel 1962 dalla Corte di cassazione italiana una sentenza²⁸, poi passata in giudicato, che aveva ritenuto fra loro non confondibili le denominazioni "Tokaji" (di origine ungherese) e "Tocai friulano" (di origine italiana).

Ciononostante, su proposta della Commissione, la Comunità europea ha concluso un Accordo con l'Ungheria nel 1993²⁹ nel quale è stata prevista la soppressione della denominazione "Tocai friulano".

Nella prima causa introdotta davanti alla Corte di giustizia su rinvio del Tribunale Amministrativo Regionale del Lazio³⁰, si è discusso della possibilità di considerare "omonime" le due denominazioni con la conseguenza che entrambe avrebbero potuto coesistere sul mercato europeo. Nella relativa sentenza³¹, la Corte di giustizia ha ritenuto che non potesse esservi omonimia fra una denominazione riferentesi ad un'area geografica, come nel caso del "Tokaji" ungherese, e una denominazione riferentesi ad un vitigno, come nel caso del "Tocai friulano".

La posizione della Corte di giustizia è stata contestata in una seconda causa³², nella quale è stato sostenuto che, secondo la normativa comunitaria, il

zione, in *Diritto e giurisprudenza agraria e dell'ambiente*, 2006, fasc. 11, p. 633-646, pt. 1; F. SPITALERI, *Denominazioni d'origine e indicazioni omonime: la Corte di giustizia definisce la controversia del vino Tocai [Nota ad ordinanza C. giust. CE 18 giugno 2008, cause riunite C-23/07 e C-24/07; sentenza 12 maggio 2005, causa C-347/03]*, in *Dir. Un. Eur.*, 2008, 4, p. 835 ss.; S. MONICA, *Duo sunt vini, unum nomen! La Corte di Giustizia sul caso Tocai*, in *Agricoltura istituzioni mercati*, 2005, fasc. 1, p. 171 ss.; P. AMICO, *Addio al Tocai friulano?*, in www.diritto.it/archivio/1/21028.pdf.

²⁷ Regolamento (Ce) n. 479/2008 del Consiglio, del 29 aprile 2008, relativo all'organizzazione comune del mercato vitivinicolo, che modifica i regolamenti (Ce) n. 1493/1999, (Ce) n. 1782/2003, (Ce) n. 1290/2005 e (Ce) n. 3/2008 e abroga i regolamenti (Cee) n. 2392/86 e (Ce) n. 1493/1999, in *Gu-UE* n. L 148 del 6 giugno 2008, p. 1 ss. Cfr. D. MINCHELLA, *Il campo di applicazione materiale del regolamento comunitario per la protezione dei prodotti a denominazione d'origine*, in *Dir. Un. Eur.*, 2009, p. 825 ss.; F. BARQUE, *Les droit communautaire des appellations d'origine et indications géographiques en matière vinicole*, in *Rev. trim. dr. eur.*, 2009, p. 743 ss.

²⁸ Sentenza della Corte di cassazione n. 1659 del 1962, in *Foro it.*, 1962, I, c. 51.

²⁹ Decisione del Consiglio del 23 novembre 1993 concernente la conclusione di un accordo tra la Comunità europea e la Repubblica d'Ungheria sulla tutela e il controllo reciproci delle denominazioni dei vini, in *Guce* n. L 337 del 31 dicembre 1993.

³⁰ *Cit. supra*, nota 26.

³¹ Cfr. punti 90-102 della sentenza, *cit. supra*, nota 26.

³² Cause riunite n. C-23/07 e n. C-24/07, *Confcooperative Friuli Venezia Giulia, Luigi Soini e altri c. Ministero delle Politiche agricole, alimentari e forestali e Regione Friuli-Venezia Giulia*.

nome di un vitigno può essere utilizzato, in combinazione con il nome di un'area, di un luogo o di una regione, per designare un vino, divenendo parte integrante della denominazione geografica riferita a tale vino.

Ad esempio, il vitigno "*Pinot grigio*", può essere utilizzato per designare sia il vino "*Pinot grigio-Alto Adige*", sia il vino "*Pinot grigio-Collio*" (nel Friuli) sia, infine, il vino "*Pinot grigio-Oltrepo Pavese*".

Analogamente il nome del vitigno "*Tocai friulano*" (il relativo vitigno poteva essere coltivato soltanto in Friuli), poteva essere utilizzato per designare sia il vino "*Tocai friulano-Collio*", sia il "*Tocai friulano-Isonzo*" (entrambe aree geografiche friulane) divenendo quindi parte integrante delle rispettive denominazioni geografiche.

Di conseguenza, la denominazione "*Tocai Friulano-Collio*" (oppure "*Tocai friulano-Isonzo*" od altre simili) avrebbe dovuto essere considerata una denominazione geografica per cui si sarebbe dovuto riconoscere la sussistenza di un'omonimia tra, ad esempio, la denominazione "*Tocai friulano-Collio*" e la denominazione "*Tokaji*" riferita al vino ungherese.

La Corte di giustizia non ha accolto questo argomento come pure non ha accolto un altro argomento fondato sull'Accordo internazionale TRIP's (sulla proprietà intellettuale)³³, per dimostrare la possibilità di riconoscere l'esistenza di un caso di omonimia tra il nome di un vitigno e una denominazione geografica.

Infatti, secondo l'art. 24, par. 6, del citato Accordo TRIP's, il nome di un vitigno può essere utilizzato anche per indicare il nome del vino che da esso deriva.

Pertanto, se il nome di un vitigno è considerato equiparabile a quello di un vino, l'utilizzo del solo nome di un vitigno può determinare un caso di omonimia con riferimento ad un nome simile, utilizzato per designare un altro vino.

In conclusione, il vitigno "*Tocai friulano*" da cui deriva il vino "*Tocai friulano*" avrebbe potuto essere considerato omonimo della denominazione "*Tokaji*" usata per designare il noto vino ungherese.

Come anticipato, la Corte di giustizia non ha ritenuto di accogliere neanche questo argomento.

Non essendo quindi più possibile utilizzare la denominazione "*Tocai friulano*" per designare il vino derivato dall'omonimo vitigno, nel commercio all'interno del mercato unico europeo, si è cercato di mantenere il diritto di uti-

La causa è stata decisa con l'ordinanza della Corte di giustizia del 12 giugno 2008, in *Raccolta*, 2008, I, p. 4277 ss.

³³ Accordo internazionale sulla proprietà intellettuale e sulle denominazioni di origine (TRIP's), ratificato in Italia con la legge n. 747 del 29 dicembre 1994 (Ratifica ed esecuzione degli atti concernenti i risultati dei negoziati dell'Uruguay Round, adottati a Marrakech il 15 aprile 1994), in *Guri* n. 7 del 10 gennaio 1995, *suppl. ord.*

lizzare tale denominazione unicamente per il vino commercializzato all'interno dei confini italiani.

Ciò sarebbe stato (e giuridicamente sarebbe ancora) possibile sulla base del già citato art. 24, par. 6, dell'Accordo TRIP's, secondo cui uno Stato aderente all'Accordo, come l'Italia, ha il diritto di mantenere il nome di un vino tradizionalmente utilizzato sul proprio territorio (e "Tocai" è un nome usato da secoli in Friuli per designare un vino bianco) se tale vino deriva da un vitigno recante lo stesso nome ("Tocai friulano"), normalmente coltivato sul territorio medesimo.

Era esattamente il caso del "Tocai friulano".

Di conseguenza la Regione Autonoma Friuli-Venezia Giulia ha adottato una legge regionale³⁴ in base alla quale era consentito utilizzare il nome "Tocai friulano" unicamente per designare il vino commercializzato entro i confini italiani.

Il Governo italiano ha allora impugnato la legge regionale davanti alla Corte costituzionale italiana.

Nella causa davanti alla Corte costituzionale, la Regione Friuli-Venezia Giulia ha sostenuto che in base al proprio Statuto di Regione autonoma, essa aveva competenza esclusiva in materia agricola, per cui aveva il potere di dare attuazione diretta all'art. 24, par. 6, dell'Accordo TRIP's, correttamente recepito dallo Stato italiano con la legge n. 747/1994 del 29 dicembre 1994.

La Corte costituzionale ha deciso, con la sentenza n. 368 del 5 novembre 2008³⁵, che le indicazioni geografiche non rientrano nella materia agricola, bensì nella materia della proprietà intellettuale, per cui la questione risultava di competenza dello Stato italiano come Stato centrale dichiarando, quindi, incostituzionale la legge regionale impugnata³⁶.

³⁴ Legge regionale della Regione Friuli-Venezia Giulia n. 24 del 2 ottobre 2007. Attuazione dell'art. 24, par. 6, dell'Accordo relativo agli aspetti dei diritti di proprietà intellettuale attinenti al commercio (Accordo TRIPs), in *Bollettino Ufficiale della Regione Autonoma Friuli Venezia Giulia* n. 41 del 10 ottobre 2007, p. 15 s.

³⁵ In *Foro it.*, 2009, fasc. 1, c. 6, con nota di R. ROMBOLI. Cfr. i commenti di N. RAUSEO, *Illegittimità della denominazione Tocai Friulano*, in *Rivista di diritto alimentare*, 2009, n. 1, gennaio-marzo; C. DI SERI, *La "priorità logico-giuridica" del vizio di incompetenza di leggi regionali in contrasto con il diritto comunitario*, in *Giur. it.*, 2009, fasc. 8-9; A.-O. COZZI, *La legge "salva Tocai" davanti alla Corte costituzionale: "i vincoli derivanti dall'ordinamento comunitario" non scattano, ma i parametri si integrano (nota a sentenza 14 novembre 2008, n. 368)*, in *Le regioni*, 2009, 1, p. 150 ss.; M. P. IADICICCO, *Violazione del riparto costituzionale delle competenze e rispetto degli obblighi comunitari: questioni processuali e possibile contrasto tra parametri del giudizio di legittimità costituzionale in via principale*, in *Giur. cost.*, novembre-dicembre, 2008, p. 4397 ss.; A. JANNARELLI, *Il "Tocai friulano" al capolinea: spunti di riflessione su una tragicommedia "all'italiana" e sugli indirizzi della Corte costituzionale circa il rapporto tra "tutela della concorrenza" e "ordinamento civile" nella strutturazione e promozione del mercato*, in *Riv. dir. agr.*, 2008, fasc. 4, parte. II, p. 194 ss. nonché F. GENCARELLI, *La tormentata vicenda della denominazione «Tocai»: ultimo atto*, in *Diritto e giurisprudenza agraria, alimentare e dell'ambiente*, 2009, n. 11, p. 690 ss.

³⁶ Sulle vicende che hanno riguardato il Tocai friulano cfr. F. CAPELLI, *Tocai friulano: storia di una congiura*, Cormons, Edizioni Vino della Pace, 2010.

2. Sentenze e ordinanze del Tribunale di primo grado

Oltre alla Corte di giustizia, anche il Tribunale di Primo grado ha dovuto occuparsi di questioni riguardanti l'applicazione del regolamento Cee n. 2081/92 (divenuto in seguito, come già ricordato, il regolamento Ce n. 510/2006).

Si è trattato però, per lo più, di questioni relative all'irricevibilità di ricorsi che erano stati introdotti per contestare l'avvenuta registrazione di una denominazione protetta.

Trattandosi di questioni relative all'irricevibilità di ricorsi di annullamento, le stesse sono state risolte, nella quasi totalità, mediante la pronuncia di ordinanze. Tutti i riferimenti relativi alle ordinanze (e alle sentenze) sono riportati nell'Allegato della presente relazione.

L'unica sentenza interessante in questa materia pronunciata dal Tribunale di Primo grado è quella sul *Grana Padano*³⁷ nella quale, come è noto, è stata riconosciuta la non genericità della parola "grana" anche considerata separatamente dalla denominazione protetta "*Grana Padano*".

III. Conclusioni

Le sentenze in precedenza esaminate sono le più significative emesse dalla Corte di giustizia con riferimento all'applicazione del regolamento Cee n. 2081/92 (e del regolamento Ce n. 510/2006).

Ma vorrei chiudere il mio intervento, al termine della breve rassegna effettuata, accennando a una sentenza che è stata pronunciata il giorno 8 settembre 2009 nella causa *Budvar c. Ammersin*³⁸, (una delle numerose cause rientranti nel contenzioso relativo all'utilizzo della denominazione "*Bud*" per designare la famosa birra).

La particolarità di questa sentenza è che, per risolvere le questioni tecnico-giuridiche sollevate dal giudice austriaco, autore del rinvio, la Corte di giustizia è arrivata ad affermare che, in materia di riconoscimento della quali-

³⁷ Sentenza del 12 settembre 2007 in causa n. T-291/03, *Consorzio per la tutela del formaggio Grana Padano c. Ufficio per l'armonizzazione nel mercato interno (marchi, disegni e modelli) (UAMI)*, in *Raccolta*, 2007, II, p. 3081 ss. Cfr. i commenti di L. GONZÁLEZ VAQUÉ, *Protección de la denominación de origen "grana padano". Sentencia del TPI de 12 de septiembre de 2007, "Grana Biraghi"*, asunto T-291/03, in *Revista de Derecho Alimentario*, 2007, n. 27, p. 31 ss.; P. MAGNO, *Genericità assoluta, genericità relativa e tutela della DOP*, in *Riv. dir. agr.*, 2007, p. 180 ss.; A. LAANIO-FLURY, *Fehlender Gattungscharakter eines GUB-Bestandteiles steht der Markeintrag entgegen*, in *European Law Reporter*, 2008, p. 13 ss.; S. VENTURA, *Quando una DOP composta protegge anche i singoli elementi che la compongono: il caso del nome "Grana"*, in questa *Rivista*, 2008, p. 81 ss.

³⁸ Sentenza dell'8 settembre 2009 in causa n. C-478/07, *Budějovický Budvar, národní podnik c. Rudolf Ammersin GmbH*, cit. *supra*, nota 10. Cfr. V. RUBINO, *Indicazioni geografiche indirette e denominazioni di origine dei prodotti alimentari nella sentenza "Bud II"*, in questa *Rivista*, *supra*, p. 255 ss.

tà dei prodotti alimentari e, in particolare, in materia di denominazioni di origine e di indicazioni geografiche, sussiste una competenza legislativa esclusiva dell'Unione europea, essendo venuta meno la concorrente competenza degli Stati membri³⁹.

A mio avviso, si tratta di una conclusione sbagliata, come ho cercato di dimostrare in un articolo che sarà pubblicato prossimamente in questa *Rivista*.

Poiché la disciplina delle denominazioni di origine e delle indicazioni geografiche rientra nella materia della proprietà intellettuale e industriale, nella quale rientrano anche la disciplina dei marchi e quella dei brevetti, non si comprende come all'Unione europea possa essere attribuita una competenza esclusiva in materia di indicazioni geografiche dato che in tale materia è riconosciuta una ripartizione delle competenze legislative tra la stessa Unione europea e gli Stati membri.

Tale ripartizione è ammessa dalla stessa Corte di giustizia non solo in materia di brevetti e di marchi, ma anche in materia di indicazioni geografiche⁴⁰.

Ad esempio, come è noto, in materia di *marchi*, la loro tutela avviene su base territoriale in quanto esistono numerosi marchi registrati in uno Stato membro che non possono essere utilizzati in un altro Stato membro perché confondibili con marchi simili registrati in tale ultimo Stato. Anche un marchio comunitario, registrato sulla base del regolamento Ce n. 40/94⁴¹, non può impedire, all'interno di uno Stato membro, l'utilizzo di un marchio nazionale, con esso confondibile, se tale marchio è stato anteriormente registrato.

Lascia quindi molto perplessi la sentenza della Corte di giustizia, la quale è giunta alle sue conclusioni interpretando il regolamento Cee n. 2081/92, adottato in materia agricola dal solo Consiglio dei Ministri (che allora poteva legiferare senza l'intervento del Parlamento europeo) sulla base di una disposizione del Trattato Ce – art. 43, poi art. 37 ed *ora* nuovamente art. 43 del TFUE – che non aveva certo, tra le sue finalità, quella di disciplinare la materia della proprietà industriale e intellettuale.

In sostanza la Corte di giustizia, in via interpretativa, è arrivata ad espropriare gli Stati membri delle loro prerogative in un settore importante come quello delle indicazioni geografiche.

Sarebbe quindi interessante se i colleghi che si occupano di proprietà industriale e intellettuale volessero approfondire questo aspetto della sentenza citata che mi sembra estremamente importante.

Fausto Capelli

³⁹ Cfr. punti 107 ss. della sentenza *Budvar*, spec. punto 114.

⁴⁰ Ciò risulta in modo esplicito dal parere n. 1/94 della Corte di giustizia, in *Raccolta*, 1994, I, p. 526 ss.

⁴¹ 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., ora abrogato e sostituito dal Regolamento (Ce) n. 207/2009, del 26 febbraio 2009 (versione codificata), in *Gu-Ue* n. L 78 del 24 marzo 2009, p. 1 ss.

ALLEGATO

**SENTENZE E ORDINANZE DELLA CORTE DI GIUSTIZIA
E DEL TRIBUNALE DI PRIMO GRADO CONCERNENTI
L'APPLICAZIONE DEL REGOLAMENTO CEE N. 2081/92
(E DEL REGOLAMENTO CE N. 510/2006)****I. Corte di giustizia****A. SENTENZE**

1. Sentenza del 7 maggio 1997 in cause riunite n. C-321/94, n. C-322/94, n. C-323/94 e n. C-324/94 (Procedimento penale a carico di *Jacques Pistre, Michèle Barthes, Yves Milhau e Didier Oberti*: Artt. 30 e 36 del Trattato CE - Normativa nazionale relativa all'utilizzazione della denominazione "montagna" per prodotti agricoli e alimentari), *Raccolta*, 1997, I, p. 2343.
2. Sentenza del 9 giugno 1998 in cause riunite n. C-129/97 e n. C-130/97 (Procedimenti penali a carico di *Yvon Chiciak e Fromagerie Chiciak e Jean-Pierre Fol*: Competenza esclusiva della Commissione - Portata della protezione delle denominazioni composte), *Raccolta*, 1998, I, p. 3315.
3. Sentenza del 4 marzo 1999 in causa n. C-87/97 (*Consorzio per la tutela del formaggio Gorgonzola c. Käserei Champignon Hofmeister GmbH & Co. KG e Eduard Bracharz GmbH*: Austria. - Artt. 30 e 36 del Trattato CE - Regolamento (Cee) n. 2081/92, relativo alla protezione delle indicazioni geografiche e delle denominazioni d'origine dei prodotti agricoli ed alimentari), in *Raccolta*, 1999, I, p. 1301.
4. Sentenza del 16 marzo 1999 in cause riunite n. C-289/96, n. C-293/96 e n. C-299/96 (*Regno di Danimarca, Repubblica federale di Germania, Repubblica francese c. Commissione delle Comunità europee*, sostenuta da *Repubblica ellenica*: Regolamento (Ce) della Commissione n. 1107/96 - Registrazione delle indicazioni geografiche e delle denominazioni di origine - "Feta"), *Raccolta*, 1999, I, p. 1541.
5. Sentenza del 7 novembre 2000 in causa n. C-312/98 (*Schutzverband gegen Unwesen in der Wirtschaft eV c. Warsteiner Brauerei Haus Cramer GmbH & Co. KG*: Protezione delle indicazioni geografiche e delle denominazioni di origine - Disciplina nazionale che proibisce l'uso ingannevole delle indicazioni di origine geografica dette "semplici"), *Raccolta*, 2000, I, p. 9187.
6. Sentenza del 6 dicembre 2001 in causa n. C-269/99 (*Carl Kühne GmbH & Co. KG, Rich. Hengstenberg GmbH & Co., Ernst Nowka GmbH & Co. KG c. Jütro Konservenfabrik GmbH & Co. KG*: Indicazioni geografiche e denominazioni d'origine - Procedimento semplificato di registrazione - Protezione della denominazione "Spreewälder Gurken"), *Raccolta*, 2001, I, p. 9517.
7. Sentenza del 25 giugno 2002 in causa C-66/00 (Procedimento penale a carico di *Dante Bigi*, con l'intervento di: *Consorzio del Formaggio Parmigiano Reggiano*: Protezione delle indicazioni geografiche e delle denominazioni d'origine dei

- prodotti agricoli ed alimentari - Art. 13 - Regime derogatorio - Ambito di applicazione), *Raccolta*, 2002, I, p. 591.
8. Sentenza del 6 marzo 2003 in causa n. C-6/02 (*Commissione delle Comunità europee c. Repubblica francese*: Inadempimento di uno Stato membro - Libera circolazione delle merci - Misure di effetto equivalente - Indicazione di provenienza - Marchi regionali), *Raccolta*, 2003, I, p. 2389.
 9. Sentenza del 20 maggio 2003 in causa n. C-469/00 (*Ravil SARL c. Bellon import SARL e Biraghi SpA*: Denominazione di origine protetta - Grana Padano grattugiato fresco - Disciplinare - Convezione fra due Stati membri - Condizione relativa all'effettuazione delle operazioni di grattugiatura e di confezionamento del formaggio nella zona di produzione - Artt. 29 CE e 30 CE - Giustificazione - Opponibilità della condizione ai terzi - Certezza del diritto - Pubblicità), *Raccolta*, 2003, I, p. 5053.
 10. Sentenza del 20 maggio 2003 in causa n. C-108/01 (*Consorzio del Prosciutto di Parma e Salumificio S. Rita SpA c. Asda Stores Ltd e Hygrade Foods Ltd.*: Denominazioni di origine protette - Prosciutto di Parma - Disciplinare - Condizione di affettamento e di confezionamento del prosciutto nella zona di produzione - Artt. 29 CE e 30 CE - Giustificazione - Opponibilità della condizione ai terzi - Certezza del diritto - Pubblicità), *Raccolta*, 2003, I, p. 5121.
 11. Sentenza del 18 novembre 2003 in causa n. C-216/01 (*Budějovický Budvar, národní podnik c. Rudolf Ammersin GmbH*: Protezione delle indicazioni geografiche e delle denominazioni d'origine - Convenzione bilaterale tra uno Stato membro e un paese terzo che protegge indicazioni di origine geografica di tale Paese terzo - Artt. 28 CE e 30 CE - Art. 307 CE - Successione degli Stati nei trattati), *Raccolta*, 2003, I, p. 13617.
 12. Sentenza del 25 ottobre 2005 in cause riunite n. C-465/02 e n. C-466/02 (*Repubblica federale di Germania, Regno di Danimarca*, sostenuti da *Repubblica francese, Regno Unito di Gran Bretagna e Irlanda del Nord c. Commissione delle Comunità europee*, sostenuta da *Repubblica ellenica*: Indicazioni geografiche e denominazioni d'origine dei prodotti agricoli ed alimentari - Denominazione "feta" - Regolamento (Ce) n. 1829/2002 - Validità), *Raccolta*, 2005, I, p. 9115.
 13. Sentenza del 26 febbraio 2008 in causa n. C-132/05 (*Commissione delle Comunità europee* sostenuta da *Repubblica ceca e Repubblica italiana c. Repubblica federale di Germania* sostenuta da *Regno di Danimarca e Repubblica d'Austria*: Inadempimento di uno Stato - Protezione delle indicazioni geografiche e delle denominazioni d'origine dei prodotti agricoli ed alimentari - Formaggio "Parmigiano Reggiano" - Uso della denominazione "parmesan" - Obbligo di uno Stato membro di sanzionare d'ufficio l'uso illegittimo di una denominazione d'origine protetta), *Raccolta*, 2008, I, p. 957.
 14. Sentenza del 2 luglio 2009 in causa n. C-343/07 (*Bavaria NV, Bavaria Italia Srl c. Bayerischer Brauerbund eV*: Sindacato di validità - Ricevibilità - Regolamenti

(Cee) n. 2081/92 e (Ce) n. 1347/2001 - Validità - Denominazione generica - Coesistenza tra un marchio e un'indicazione geografica protetta), inedita in *Raccolta*.

15. Sentenza dell'8 settembre 2009 in causa n. C-478/07 (*Budějovický Budvar, národní podnik c. Rudolf Ammersin GmbH*): Trattati bilaterali fra Stati membri - Protezione in uno Stato membro di un'indicazione di provenienza geografica di un altro Stato membro - Denominazione "Bud" - Utilizzazione del marchio American Bud - Artt. 28 CE e 30 CE - Regolamento (Ce) n. 510/2006 - Regime comunitario di protezione delle indicazioni geografiche e delle denominazioni di origine - Adesione della Repubblica Ceca - Misure transitorie - Regolamento (Ce) n. 918/2004 - Sfera di applicazione del regime comunitario - Natura esauriente), inedita in *Raccolta*.
16. Sentenza del 10 settembre 2009 in causa n. C-446/07 (*Alberto Severi c. Regione Emilia Romagna*): Direttiva n. 2000/13/Ce - Etichettatura dei prodotti alimentari destinati ad essere consegnati come tali al consumatore finale - Regolamento (Ce) n. 510/2006 - Etichettatura atta ad indurre in errore l'acquirente circa l'origine o la provenienza del prodotto alimentare - Denominazioni generiche ai sensi dell'art. 3 del regolamento (Cee) n. 2081/92 - Rilevanza), inedita in *Raccolta*.

B. ORDINANZE

17. Ordinanza del 26 ottobre 2000 in causa n. C-447/98 P (*Molkerei Großbraunschweig GmbH c. Bene Nahrungsmittel GmbH*): Tutela comunitaria delle denominazioni di origine - Regolamento della Commissione recante registrazione della denominazione "Altenburger Ziegenkäse" - Ricorso di annullamento - Irricevibilità - Ricorso manifestamente infondato), *Raccolta*, 2000, I, p. 9097.
18. Ordinanza del 30 gennaio 2002 in causa n. C-151/01 P (*La Conquête SCEA c. Commissione delle Comunità europee*): Protezione comunitaria delle indicazioni geografiche - Regolamento (Ce) n. 1338/2000 - Registrazione della denominazione "canard à foie gras du Sud-Ouest" - Irricevibilità del ricorso di annullamento - Ricorso manifestamente infondato), *Raccolta*, 2002, I, p. 1179.

C. CAUSE IN CORSO

Domanda di pronuncia pregiudiziale proposta dal Bundesgerichtshof (Germania) il 20 marzo 2008 - *Bayerischer Brauerbund e.V. c. Bavaria N.V.* (causa n. C-120/08)

Riteniamo opportuno segnalare anche le seguenti sentenze della Corte di giustizia (e un'ordinanza):

Sentenza della Corte del 20 febbraio 1975 in causa n. 12/74 (*Commissione delle Comunità europee c. Repubblica federale di Germania*): Restrizioni quantitative

all'importazione - Misure d'effetto equivalente - Denominazioni d'origine - Indicazioni di provenienza - Definizione rispetto alle denominazioni non tutelate - Direttiva 70/50/Cee, art. 2, n. 3 - Restrizioni quantitative - misure d'effetto equivalente - Diritti di proprietà industriale e commerciale - Indicazioni di provenienza - Introduzione di una nuova misura - Tutela di una denominazione generica - Divieto - Trattato Cee, art. 36), in *Raccolta*, 1975, p. 181.

Sentenza del 22 settembre 1988 in causa n. 286/86 (*Pubblico ministero c. Gérard Deserbais*: Libera circolazione delle merci - Normativa nazionale che protegge la denominazione di vendita di un tipo di formaggio), *Raccolta*, 1988, p. 4907.

Sentenza del 25 aprile 1989 in causa n. 141/87 (*Commissione delle Comunità europee c. Repubblica italiana*: Disposizioni relative ai vini di qualità prodotti in regioni determinate - "Lago di Caldaro" Delimitazione delle zone di produzione da parte degli Stati membri - Applicazione di criteri stabiliti dalla normativa comunitaria - Potere discrezionale - Controllo da parte della Commissione e della Corte - Limiti - Regolamento del Consiglio n. 338/79, art. 3, n. 2 - Caratterizzazione con riferimento alle condizioni tradizionali di produzione - Estensione della zona tradizionale di produzione - Ammissibilità - Presupposti - Regolamento del Consiglio n. 338/79, art. 2), in *Raccolta*, 1989, p. 943.

Sentenza del 9 giugno 1992 in causa n. C-47/90 (*Établissements Delhaize frères & Compagnie Le Lion SA c. Promalvin SA e AGE Bodegas Unidas SA*: Esportazione di vino sfuso - Divieto - Denominazione di origine - Artt. 34 e 36 del Trattato), *Raccolta*, 1992, I, p. 3669.

Sentenza 10 novembre 1992 in causa n. C-3/91 (*Exportur SA c. LOR SA e Confiserie du Tech SA*: Convenzione franco-spagnola sulla tutela delle indicazioni di provenienza e delle denominazioni di origine - Compatibilità con le norme sulla libera circolazione delle merci), *Raccolta*, 1992, I, p. 5529.

Sentenza del 18 maggio 1994 in causa n. C-309/89 (*Codorniu SA c. Consiglio dell'Unione europea*: Ricorso d'annullamento - Regolamento - Persona fisica o giuridica - Presupposti di ricevibilità del ricorso - Designazione dei vini spumanti - Condizione di utilizzazione della dicitura "crémant"), *Raccolta*, 1994, I, p. 1853.

Sentenza del 13 dicembre 1994 in causa n. C-306/93 (*SMW Winzersekt GmbH c. Land Rheinland-Pfalz*: Rinvio pregiudiziale - Sindacato di legittimità - Designazione dei vini spumanti - Divieto di indicazione del metodo di elaborazione detto "méthode champenoise"), *Raccolta*, 1994, I, p. 5555.

Sentenza del 28 gennaio 1999 in causa n. C-303/97 (*Verbraucherschutzverein eV c. Sektkellerei G.C. Kessler GmbH und Co.*: Marchio - Vino spumante - Art. 13, n. 2, lett. b), del regolamento (Cee) n. 2333/92 - Designazione del prodotto - Tutela del consumatore - Rischio di confusione), *Raccolta*, 1999, I, p. 513.

Sentenza del 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*: - Ravvicinamento delle legislazioni - Marchi - Direttiva 89/104 - Diniego di registrazione o nullità - Marchi composti esclusivamente da indicazioni di provenienza geografica - Nozione - Direttiva del Consiglio n. 89/104/Cee,

art. 3, n. 1, lett. c.; Mancanza di carattere distintivo - Eccezione - Carattere distintivo acquisito a seguito dell'uso - Nozione - Interpretazione - Criteri - Direttiva del Consiglio n. 89/104, art. 3, n. 3) in *Raccolta*, 1999, I, p. 2779.

Sentenza del 16 maggio 2000 in causa n. C-388/95 (*Regno del Belgio c. Regno di Spagna*: Art. 34 del Trattato CE [divenuto, in seguito a modifica, art. 29 CE] - Regolamento (Cee) n. 823/87 - Vini di qualità prodotti in una regione determinata - Denominazioni di origine - Obbligo di imbottigliamento nella regione di produzione - Giustificazione - Conseguenze di una precedente pronuncia pregiudiziale - Art. 5 del Trattato CE [divenuto art. 10 CE]), *Raccolta*, 2000, I, p. 3123.

Sentenza del 12 maggio 2005 in causa n. C-347/03 (*Regione Autonoma Friuli-Venezia Giulia e Agenzia regionale per lo sviluppo rurale (ERSA) c. Ministero delle Politiche Agricole e Forestali*, in presenza di: *Regione Veneto*: Relazioni esterne - Accordo CE-Ungheria sulla tutela e il controllo reciproci delle denominazioni dei vini - Tutela nella Comunità di una denominazione di vini provenienti dall'Ungheria - Indicazione geografica "Tokaj" - Scambio di lettere - Possibilità di utilizzare il termine "Tocai" nella menzione "Tocai friulano" o "Tocai italico" per la designazione e la presentazione di taluni vini italiani, in particolare dei vini di qualità prodotti in una regione determinata ["v.q.p.r.d."], durante un periodo transitorio che scade il 31 marzo 2007 - Esclusione di tale possibilità dopo il periodo transitorio - Validità - Fondamento giuridico - Art. 133 CE - Principi di diritto internazionale relativi ai trattati - Artt. 22-24 dell'accordo ADPIC (TRIPS) - Tutela dei diritti fondamentali - Diritto di proprietà), in *Raccolta*, 2005, I, p. 3785.

Ordinanza del 12 giugno 2008 in cause riunite n. C-23/07 e n. C-24/07 (*Confcooperative Friuli Venezia Giulia e a.*: Agricoltura - Regolamenti (Ce) n. 1493/1999, n. 753/2002 e n. 1429/2004 - Organizzazione comune del mercato vitivinicolo - Etichettatura dei vini - Utilizzazione di nomi di varietà di viti o di loro sinonimi - Indicazione geografica "Tokaj" per vini originari dell'Ungheria - Possibilità di utilizzare la denominazione di vitigno "Tocai friulano" o "Tocai italico" in aggiunta alla menzione dell'indicazione geografica di taluni vini originari d'Italia - Esclusione dopo un periodo transitorio di tredici anni avente termine il 31 marzo 2007 - Validità - Fondamento normativo - Art. 34 CE - Principio di non discriminazione - Principi di diritto internazionale relativi ai trattati - Adesione dell'Ungheria all'Unione europea - Artt. 22-24 dell'accordo ADPIC), in *Raccolta*, 2008, I, p. 4277.

II. Tribunale di primo grado

A. SENTENZE

Sentenza del 12 giugno 2007 in cause riunite n. T-57/04 e n. T-71/04 (*Budějovický Budvar, národní podnik e Anheuser - Busch, Inc. c. Ufficio per l'armonizzazione nel mercato interno (marchi, disegni e modelli) (UAMI)*: Marchio comunitario - Opposizione - Domanda di registrazione di marchio comunitario figurativo contenente i termini "AB", "genuine", "budweiser", "king of beers" - Marchio internazionale denominativo anteriore Budweiser - Denominazioni d'origine registrate ai sensi del-

l'Accordo di Lisbona - Art. 8, n. 1, lett. b., e n. 4, del regolamento (Ce) n. 40/94 - Accoglimento e rigetto parziali dell'opposizione), *Raccolta*, 2007, II, p. 1829

Sentenza del 16 dicembre 2008 in riunite n. T- 225/06, n. T- 255/06, n. T- 257/06 e n. T- 309/06 (*Budějovický Budvar, národní podnik c. Ufficio per l'armonizzazione nel mercato interno (marchi, disegni e modelli) (UAMI)*): Marchio comunitario - Opposizione - Domande di marchi comunitari denominativo e figurativo BUD - Denominazioni "bud" - Impedimenti relativi alla registrazione - Art. 8, n. 4, del regolamento (Ce) n. 40/94), *Raccolta*, II, p. 3555.

Sentenza del 12 settembre 2007 in causa n. T-291/03 (*Consorzio per la tutela del formaggio Grana Padano c. Ufficio per l'armonizzazione nel mercato interno (marchi, disegni e modelli) (UAMI)*): Marchio comunitario - Procedimento di nullità - Marchio comunitario denominativo Grana Biraghi - Protezione della denominazione d'origine "Grana Padano" - Assenza di genericità - Art. 142 del regolamento (Ce) n. 40/94 - Regolamento (Cee) n. 2081/92), *Raccolta*, 2007, II, p. 3081.

B. ORDINANZE

Ordinanza 15 settembre 1998 in causa n. T-109/97 (*Molkerei Großbraunschweig GmbH e Bene Nahrungsmittel GmbH c. Commissione delle Comunità europee*): Protezione comunitaria delle denominazioni d'origine - Registrazione, mediante un regolamento della Commissione, di una denominazione per un'area geografica ritenuta troppo vasta dalle ricorrenti), *Raccolta*, 1998, II, p. 3533.

Ordinanza 26 marzo 1999 in causa n. T-114/96 (*Confiserie du TECH SA e Biscuiterie Confiserie LOR SA c. Commissione delle Comunità europee*): Registrazione di indicazioni geografiche - "Turrón de Jijona" e "Turrón de Alicante"), *Raccolta*, 1999, II, p. 913.

Ordinanza 29 aprile 1999 in causa n. T-78/98 (*Unione provinciale degli agricoltori di Firenze, Unione pratese degli agricoltori, Consorzio produttori dell'olio tipico di oliva della provincia di Firenze, Francesco Miari Fulcis, Bonaccorso Gondi, Simone Giannozzi e Antonio Morino c. Commissione delle Comunità europee*): Registrazione di indicazione geografica - Olio d'oliva "Toscano"), *Raccolta*, 1999, II, p. 1377.

Ordinanza 9 novembre 1999 in causa n. T-114/99 (*CSR PAMPRYL c. Commissione delle Comunità europee*): Registrazione di una denominazione d'origine - "Pays d'Auge/Pays d'Auge-Cambremer"), *Raccolta*, 1999, II, p. 3331.

Ordinanza 30 gennaio 2001 in causa n. T-215/00 (*SCEA La Conquete c. Commissione delle Comunità europee*): Registrazione di una denominazione geografica protetta - "Canard à foie gras du Sud-Ouest"), *Raccolta*, 2001, II, p. 181.

Ordinanza 6 luglio 2004 in causa n. T-370/02 (*Alpenhain-Camembert-Werk e altri c. Commissione delle Comunità europee*): Registrazione di una denominazione di origine - "Feta"), *Raccolta*, 2004, II, p. 2097.

Ordinanza 27 ottobre 2005 in causa n. T-89/05 (*Gaec Salat c. Commissione*): Denuncia concernente la denominazione d'origine protetta "Salers"), *Raccolta*, 2005, II, p. II-16* pubblicazione sommaria.

Ordinanza 13 dicembre 2005 in causa n. T-381/02 (*Confédération générale des producteurs de lait de brebis et des industriels de roquefort c. Commissione delle Comunità europee*: Registrazione di una denominazione di origine - "Feta"), *Raccolta*, 2005, II, p. 5337.

Ordinanza 13 dicembre 2005 in causa n. T-397/02 (*Arla Foods AMBA e altri c. Commissione delle Comunità europee*: Registrazione di una denominazione di origine - "Feta"), *Raccolta*, 2005, II, p. 5365.

Ordinanza 11 settembre 2007 in causa n. T- 35/06 (*Honig-Verband eV c. Commissione delle Comunità europee*: iscrizione di una denominazione nel "Registro delle denominazioni di origine protette e delle indicazioni geografiche protette" - "Miel de Provence"), *Raccolta*, 2007, II, p. 2865.

C. CAUSE IN CORSO

Ricorso presentato il 28 giugno 2006 - Bavaria c. *Consiglio Comunità europee* (causa n. T-178/06).

Ricorso presentato il 4 settembre 2009 - *Acetificio Marcello de Nigris c. Commissione delle Comunità europee* (causa T-351/09).

Riteniamo opportuno segnalare anche due sentenze e un'ordinanza del Tribunale di primo grado:

Sentenza del 15 ottobre 2003 in causa n. T-295/01 (*Nordmilch eG c. Ufficio per l'armonizzazione nel mercato interno (marchi, disegni e modelli) (UAMI)*: Marchio comunitario - Regolamento (Ce) n. 40/94 - Vocabolo Oldenburger - Impedimento assoluto alla registrazione - Carattere descrittivo - Provenienza geografica - Art. 7, n. 1, lett. c), e n. 2 - Limitazione del diritto conferito - Art. 12, lett. b) - Dichiarazione sulla portata della tutela - Art. 38, n. 2), *Raccolta*, 2003, II, p. 4365.

Sentenza del 31 maggio 2005 in causa n. T-373/03 (*Solo Italia Srl c. Ufficio per l'armonizzazione nel mercato interno (marchi, disegni e modelli) (UAMI)*: Marchio comunitario - Marchio denominativo Parmitalia - Termine di ricorso contro la decisione della divisione di opposizione - Art. 59 del regolamento (Ce) n. 40/94 - Regola 48 del regolamento (Ce) n. 2868/95 - Irricevibilità del detto ricorso), *Raccolta*, 2005, II, p. 1881.

Ordinanza del 3 luglio 2007 in causa n. T-212/02 (*Comune di Champagne, Défense de l'appellation Champagne ASBL, Cave des viticulteurs de Bonvillars e altri, tutti residenti in Svizzera c. Consiglio dell'Unione europea, Commissione delle Comunità europee, sostenuti da Repubblica francese*: Ricorso di annullamento - Accordo CE/Confederazione svizzera sul commercio di prodotti agricoli - Decisione relativa all'approvazione dell'accordo - Portata giuridica - Prodotti vitivinicoli - Denominazioni protette - Eccezione di omonimia - Regolamento (Cee) n. 2392/89 e regolamento (Ce) n. 753/2002 - v.q.p.r.d. "Champagne" - Vini provenienti dal comune di

Champagne nel cantone di Vaud - Ricevibilità - Atto che arreca pregiudizio - Legittimazione ad agire - Persona individualmente interessata - Ricorso per risarcimento danni - Nesso causale - Danno imputabile alla Comunità - Incompetenza).

IL MULTILINGUISMO NELL'UNIONE EUROPEA*

Sommario: **1.** *Le origini del multilinguismo in Europa* - **2.** *Il regime linguistico dell'Unione europea* - **3.** *Le iniziative per il multilinguismo nell'Unione europea* - **4.** *Quale futuro per l'euro-multilinguismo?*

1. Le origini del multilinguismo in Europa

La lingua ha da sempre rappresentato l'indispensabile strumento per la diffusione delle idee e per rendere possibile la comunicazione fra uomini. Basti pensare all'utilizzo del greco e del latino negli scambi commerciali, nella diffusione delle conoscenze, nella gestione politico-amministrativa delle terre conquistate, nella risoluzione delle controversie nonché nell'attività di proselitismo religioso svolto attraverso i secoli. Il concetto di idioma comune si associa al riconoscimento di una pluralità di lingue distintive di ogni comunità, in grado di determinare persino confini territoriali o, nei secoli scorsi, la supremazia di un popolo su altri, e si collega alla nota dicotomia monolinguisma-plurilinguismo¹. Al latino e al greco si sono lentamente affiancate nuove lingue che con il trascorrere dei secoli si sono imposte nelle rispettive aree di influenza come l'inglese, lo spagnolo, il francese, il tedesco, il russo, l'arabo e il cinese. Esse si sono sviluppate nelle diverse branche degli scambi interna-

* Ringrazio il Dott. *ROBERTO SANTANIELLO*, Portavoce della Rappresentanza in Italia della Commissione europea, la Dott.ssa *ALESSANDRA CENTIS* e il Dott. *GIUSEPPE MANGANARO* della Direzione Generale Traduzione di Roma della Commissione europea e la Prof.ssa *MARIA MIGLIAZZA* dell'Università IULM di Milano per i puntuali aggiornamenti giurisprudenziali e normativi e per i preziosi suggerimenti.

¹ Secondo il Consiglio d'Europa, la parola «*plurilinguismo*» si riferisce alle varietà di lingue che molti individui utilizzano e si contrappone perciò al concetto di «*monolinguisma*». Il plurilinguismo include la varietà linguistica indicata come «*lingua madre*» o «*prima lingua*», nonché un numero variabile di altre lingue o linguaggi. Pertanto, in alcune zone considerate multilingue, alcune persone sono monolingue e altre plurilingue. La parola «*multilinguismo*» si riferisce invece alla presenza in un'area geografica, indipendentemente dalle sue dimensioni, di più varietà linguistiche, come ad esempio il modo di comunicare di un particolare gruppo sociale (indipendentemente dal riconoscimento o meno di tale forma di comunicazione come lingua). In tale area le persone possono pertanto essere anche monolingue e comunicare solo nella loro specifica varietà linguistica. L'Unione europea adotta invece unicamente il termine «*multilinguismo*».

zionali, come dimostrato, ad esempio, dalle edizioni dei siti internet della *World Trade Organization*², delle Nazioni Unite³ e dell'UNESCO⁴, dell'*Organization for Security and Co-operation in Europe*⁵ (OSCE) o della Banca Mondiale⁶.

La consapevolezza delle enormi potenzialità delle lingue e del loro forte impatto sul processo di integrazione, si diffuse sin dall'immediato dopoguerra, grazie in particolar modo all'operato del Consiglio d'Europa⁷. Al fine di favorire il dialogo interculturale e la comprensione reciproca fra i popoli (quale efficace collante durante la delicata fase *post* bellica di ricostruzione economica in molti paesi europei), e sulla scia dell'intenso dibattito sui principi inalienabili consacrati dalla Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo del 1948⁸, il Consiglio d'Europa elaborò nel 1954 la Convenzione culturale europea⁹. Essa si compone di undici articoli che sanciscono principi e obiettivi comuni ai quarantanove Stati che l'hanno ratificata, fra i quali: la tutela di una comprensione linguistica reciproca fra Stati e popoli, la possibilità di una maggiore coesione sociale attraverso le lingue e il diritto dei migranti all'integrazione linguistica. Alla Convenzione Culturale Europea seguì nel 1957 l'istituzione a Strasburgo della *Modern Languages Section*, oggi nota come *Language Policy Division*, promotrice di programmi di cooperazione intergovernativa volti a proteggere anche le innumerevoli lingue minoritarie presenti nel continente. Si tratta di un obiettivo che richiama sia il Patto internazionale sui diritti civili e politici del 1966, il quale, all'art. 27, ribadisce che «*In quegli Stati, nei quali esistono minoranze etniche, religiose, o linguistiche, gli individui appartenenti a tali minoranze non possono essere privati del diritto di avere una vita culturale propria, (...) o di usare la propria lingua, in co-*

² Cfr. <http://www.wto.org/>. Il sito internet è tradotto in inglese, spagnolo e francese.

³ Cfr. <http://www.un.org/>. Il sito internet è tradotto in inglese, francese, spagnolo, arabo, cinese e russo.

⁴ Cfr. <http://www.unesco.org/>. Il sito internet è tradotto in inglese, francese, spagnolo, arabo, cinese e russo.

⁵ Cfr. <http://www.osce.org/>. Il sito internet è tradotto in inglese, francese, tedesco, italiano, russo e spagnolo.

⁶ Cfr. <http://www.worldbank.org/>. Il sito internet è tradotto in ben diciotto lingue, fra le quali il turco, il thailandese, il rumeno, il portoghese e l'hindi.

⁷ Il Consiglio d'Europa, attualmente composto da quarantasette Stati membri e cinque Stati osservatori (un Paese candidato: Bielorussia), è un'organizzazione intergovernativa paneuropea istituita il 5 maggio 1949 con l'obiettivo di favorire la creazione di uno spazio giuridico e democratico comune in Europa, emana atti non vincolanti e ha come lingue ufficiali il francese e l'inglese. Tedesco, italiano e russo sono utilizzate come lingue di lavoro. Per ulteriori approfondimenti in merito alla storia, alle finalità e al funzionamento del Consiglio d'Europa si consulti il sito internet <http://www.coe.int/DefaultT.asp>.

⁸ In particolare l'art. 2 della Dichiarazione Universale dei Diritti dell'Uomo sancisce: «Ad ogni individuo spettano tutti i diritti e tutte le libertà enunciate nella presente Dichiarazione, senza distinzione alcuna, per ragioni di razza, di colore, di sesso, di lingua, di religione, di opinione politica (...)».

⁹ Cfr. <http://conventions.coe.int/Treaty/Commun/QueVoulezVous.asp?NT=018&CM=1&CL=ITA>.

mune con gli altri membri del proprio gruppo», sia il Patto internazionale sui diritti economici, culturali e sociali, il cui art. 2, comma 2, così recita: «*Gli Stati parti del presente Patto si impegnano a garantire che i diritti in esso enunciati verranno esercitati senza discriminazione alcuna, sia essa fondata sulla (...) lingua, (...) o qualsiasi altra condizione»*.

Nel medesimo periodo si manifestava altresì l'esigenza di nuovi metodi per l'apprendimento e l'insegnamento delle lingue e la condivisione di un approccio maggiormente innovativo ed internazionale. Così fra gli anni Sessanta e gli anni Settanta il Consiglio d'Europa promuoveva l'uso di mezzi audiovisivi come strumenti didattici e di valutazione linguistica, nonché linee guida comuni, quali i c.d. «*Unit-credit scheme*», «*Threshold level*» e «*Un Niveau-Seuil*». Il progressivo evolversi delle *Information Communication Technologies* (ICT) e le sfide poste dalla comunicazione sociale e politica spingevano successivamente il Consiglio d'Europa ad istituire nel 1994 l'*European Centre for Modern Languages*¹⁰ (ECML), centro di sostegno anche finanziario per piani pluriennali di cooperazione fra Stati; mentre nel 1998 veniva emanata la Raccomandazione n. 6 del Consiglio dei Ministri¹¹, che introduce il concetto di «*Lifelong Language Learning*» e riconosce il diritto allo studio delle lingue associato proprio all'applicazione delle più innovative tecnologie informatiche. Il Consiglio d'Europa si impegnava inoltre a consolidare ulteriormente la relazione fra multilinguismo e multiculturalità, al fine di forgiare una identità europea riconosciuta da tutti gli Stati. Tale obiettivo veniva accompagnato dalla definizione del 2001 come Anno europeo delle Lingue, che dava l'avvio alla celebrazione annuale della Giornata europea delle lingue (26 settembre) e si lanciò il c.d. *Common European Framework of Reference*¹² (CEFR) e l'*European Language Portfolio*¹³ (ELP)¹⁴.

¹⁰ Cfr. www.ecml.at.

¹¹ «Recommendation No. R (98) 6 encourages member states to promote widespread plurilingualism: by encouraging all Europeans to achieve a degree of communicative ability in a number of languages; (...) by encouraging the use of foreign languages in the teaching of non-linguistic subjects (for example history, geography, mathematics) and creating favorable conditions for such teaching (...); by supporting the development of links and exchanges with institutions and persons at all levels of education in other countries so as to offer to all the possibility of authentic experience of the language and culture of others; by facilitating lifelong language learning through the provision of appropriate resources». La Raccomandazione, frutto di una conferenza sulle lingue moderne tenutasi nel 1997 a Strasburgo, è consultabile sul sito internet <https://wcd.coe.int/com.instranet.InstraServlet?command=com.instranet.CmdBlobGet&InstranetImage=530647&SecMode=1&DocId=459522&Usage=2>.

¹² Il *Common European Framework of Reference* (CEFR), disponibile in oltre trenta versioni linguistiche, rappresenta un pratico ed efficace strumento per il comune riconoscimento delle qualificazioni linguistiche, al fine di facilitare la mobilità nel campo della formazione e dell'occupazione. È particolarmente utilizzato nelle riforme didattiche nazionali e da coloro che si occupano di confrontare certificati linguistici provenienti da differenti Stati europei e costituisce un indispensabile punto di riferimento per tutti i soggetti operanti nel campo dell'insegnamento e delle certificazioni.

¹³ L'*European Language Portfolio* (ELP) consente a chi studia lingue di formulare osservazioni in merito alle proprie esperienze culturali e linguistiche. Si tratta di una sorta di «biografia linguistica» personalizzata, che può inoltre tradursi in una versione elettronica nota come «*Europass*

Negli stessi anni gli Stati, nel pieno rispetto della loro sovranità nazionale ed integrità territoriale, proposero di rafforzare la tutela delle minoranze linguistiche, stipulando la Carta europea per le lingue regionali e minoritarie del Consiglio d'Europa, firmata a Strasburgo nel 1992¹⁵. Il documento, attualmente ratificato da ventitré Stati europei¹⁶, individua all'art. 7 otto principi fondamentali, che comprendono ad esempio il riconoscimento delle lingue regionali e minoritarie come espressione di ricchezza culturale; il rispetto per l'area geografica di ogni lingua regionale e minoritaria; una politica per agevolare ed incoraggiare l'uso orale e scritto di tali lingue, sia nella vita pubblica sia in quella privata e la proibizione di tutte le forme di ingiustificata distinzione, esclusione, restrizione o preferenza riguardante l'uso di una lingua regionale o minoritaria e finalizzata a scoraggiare o mettere in pericolo il suo sviluppo e la sua salvaguardia. Si tratta di concetti¹⁷ che consacrano una serie di diritti inalienabili fedeli ai principi summenzionati sanciti dal Patto internazionale sui diritti civili e politici e dalla Convenzione sulla salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali. La Carta europea per le lingue regionali e minoritarie è inoltre fortemente innovativa, poiché l'art. 1 conferisce natura formale a talune definizioni (ad esempio «Lingue regionali o minoritarie»¹⁸, «Territorio in cui la lingua regionale o minoritaria è utilizzata»¹⁹ e «Lingue non territoriali»²⁰) adoperate sovente nei rapporti presentati dagli Stati membri al Segretario generale del Consiglio d'Europa.

Accanto al Consiglio d'Europa corre l'obbligo di segnalare il prezioso

Language Passport».

¹⁴ L'attuale attività del Consiglio d'Europa coniuga una intensa cooperazione internazionale, nazionale, regionale e locale ed un approccio armonioso e interdisciplinare all'insegnamento e all'utilizzo delle lingue. Esso vanta anche un gruppo di esperti che studiano tutte le ramificazioni linguistiche della vita pubblica, ad esempio nella pubblica amministrazione, nella scuola, nella giustizia, negli scambi transfrontalieri e nelle attività artistico-culturali.

¹⁵ La Carta è entrata in vigore il 1° marzo 1998.

¹⁶ Il numero di Stati che hanno ratificato la Carta è esiguo rispetto alla moltitudine di Paesi che vantano al loro interno varietà linguistiche regionali e/o minoritarie. Desta perplessità che fra le mancate ratifiche del documento vi sia anche quella dell'Italia. La materia costituisce inoltre uno dei pilastri della difesa identitaria di popoli e nazioni. A differenza di altri «connotati» nazionali, quali ad esempio la religione, le lingue assicurano e sollevano sovente posizioni neutrali che certamente non alimentano, o riducono sensibilmente, le occasioni di contrasto politico e sociale.

¹⁷ Elaborati nell'ambito della CSCE, dell'Atto Finale di Helsinki del 1975 e del Documento della Riunione di Copenhagen del 1990.

¹⁸ Esse sono «languages traditionally used within a given territory of a state by nationals of that state who form a group numerically smaller than the rest of the state's population; they are different from the official language(s) of that state, and they include neither dialects of the official language(s) of the state nor the languages of migrants».

¹⁹ Si riferisce alla «geographical area in which the said language is the mode of expression of a number of people justifying the adoption of protective and promotional measures as provided for in the Charter».

²⁰ Si tratta di «languages used by nationals of the state which differ from the language(s) used by the rest of the state's population but which, although traditionally used within the state's territory, cannot be identified with a particular area thereof».

ruolo svolto da altre organizzazioni operanti in modo diretto o indiretto nel settore, quali ad esempio l'Unesco, l'Organizzazione per la sicurezza e la cooperazione in Europa, l'Organizzazione per la cooperazione economica e lo sviluppo, l'*European Association for Quality Language Services*, la Fondazione per le lingue europee e i centri di formazione, l'*International Association for the Improvement of Mother Tongue Education*, la Federazione mondiale delle associazioni per le lingue moderne e l'*International Mother Tongue Education Network*.

L'Unione europea rappresenta tuttavia il *partner* più importante del Consiglio d'Europa, in quanto coinvolge nelle sue attività ben ventisette Stati membri, presenta un'ineguagliabile complessità gestionale, finanziaria e umana, vanta innumerevoli radici storiche e culturali che sorreggono con solidità i pilastri del multilinguismo in Europa e, a differenza di altre organizzazioni internazionali, non considera quest'ultimo uno strumento unicamente comunicazionale, bensì un mezzo per garantire una cittadinanza attiva, per promuovere una sana dialettica democratica, per stimolare l'evoluzione di un diritto internazionale dei privati e per mostrare la grande apertura e proiezione linguistica comunitaria nelle relazioni con i Paesi terzi²¹.

2. Il regime linguistico dell'Unione europea

«La nostra unione multilingue è come un'antica scacchiera. Ogni pezzo è il frutto di un lungo e paziente lavoro artigianale; ogni pezzo si muove secondo regole diverse e ha un ruolo distinto nella strategia del giocatore, ma tutti sono ugualmente preziosi e importanti. L'efficacia di qualsiasi tattica risiede nella combinazione delle loro caratteristiche, e basta perdere un piccolo pedone per ridurre sensibilmente il valore dell'insieme». Con questa efficace metafora Leonard Orban, Commissario europeo per il Multilinguismo nel periodo 2004-2009²², confermò in una conferenza tenutasi a Roma nel 2007 come il multilinguismo rappresenti una perfetta sintesi dell'identità e dei valori europei, quali il concetto di unità nella diversità, di trasparenza e di partecipazione attiva alla vita comunitaria, indispensabile condizione per colmare il c.d. «*deficit* democratico» dell'Unione europea²³. Si tratta di un patrimonio

²¹ Per un'efficace introduzione al regime linguistico dell'Unione europea si veda L. IEVA, *Il Latino come lingua dell'Europa unita. Studio sul regime linguistico dell'U.E.*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2009, capitolo 1.

²² La nuova Commissione Barroso (2010-2014), approvata dal Parlamento europeo il 9 febbraio 2010, include fra i suoi nuovi membri Androulla Vassiliou, Commissario per l'Istruzione, la Cultura, il Multilinguismo e la Gioventù. L'inserimento del multilinguismo accanto all'istruzione, alla cultura e alla gioventù parrebbe evidenziare l'intento di rafforzare maggiormente il ruolo educativo e formativo delle lingue, sensibilizzando in primo luogo il pubblico giovanile.

²³ Si veda sull'argomento F. CAPELLI, *Il sistema istituzionale dell'Unione europea come fon-*

tutelato attraverso il riconoscimento a tutte le lingue di pari dignità, *in primis* dal punto di vista normativo. La peculiarità di questo regime è data proprio dal suo essere un fattore essenziale per l'intervento di ogni Stato membro nella vita dell'Unione, nonché all'ingresso di ogni nuovo Paese. La cessione di competenze nazionali ruota attorno all'utilizzo di tutte le lingue ufficiali, come sancito dall'art. 4 del regolamento n. 1/1958/Cee nonché dagli artt. 20 e 24 TFUE²⁴ nei quali si afferma rispettivamente: «I regolamenti e gli altri testi di portata generale sono redatti nelle lingue ufficiali»; «I cittadini dell'Unione (...) hanno, tra l'altro: (...) d. il diritto di presentare petizioni al Parlamento europeo, di ricorrere al Mediatore europeo, di rivolgersi alle istituzioni e agli organi consultivi dell'Unione in una delle lingue dei trattati e di ricevere una risposta nella stessa lingua» e «Ogni cittadino dell'Unione può scrivere alle istituzioni o agli organi (...) in una delle lingue menzionate all'art. 55, par. 1, di tale trattato e ricevere una risposta nella stessa lingua».

A partire dalla firma dei Trattati di Roma, il numero delle lingue è invero cresciuto dalle quattro iniziali agli attuali ventitré idiomi ufficiali, distribuiti nei ventisette Stati membri²⁵. Il quadro è inoltre ampiamente arricchito da oltre sessanta lingue minoritarie o regionali²⁶, molte delle quali sono protette da specifici statuti e leggi nazionali²⁷. Sin dalla nascita delle Comunità europee si comprende pertanto l'enorme ruolo delle lingue, non solo per combattere fenomeni di razzismo e xenofobia e garantire relazioni pacifiche e armoniose fra i popoli²⁸, ma anche per agevolare la libera circolazione di merci, servizi, capitali e persone. Ciò motiva la traduzione di tutti gli atti normativi emanati dall'Unione europea. Affinché tale legislazione possa essere compresa dai cittadini e le autorità nazionali possano applicarla, si procede alla coredazione testuale in tutte le lingue ufficiali. Il principio di coredazione acquista ulteriore efficacia attraverso l'espressione «lingue facenti fede dei Trattati», inaugurata dall'art. 100 Trattato CECA e sancita dall'ex art. 314 TCE²⁹ e dall'art. 55 TUE³⁰. A dispetto dell'inevitabile confusione che potrebbe generare il con-

damento di una nuova forma di democrazia, in questa *Rivista*, 2004, p. 221 ss.

²⁴ Nel presente lavoro si fa riferimento agli articoli del Trattato sull'Unione europea (TUE) e a quelli del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea (TFUE) nelle versioni consolidate che risultano a seguito delle modifiche introdotte dal Trattato di Lisbona firmato il 13 dicembre 2007 ed entrato in vigore il 1° dicembre 2009, in *Gu-Ue* n. C 83 del 30 marzo 2010.

²⁵ Cfr. *infra*, nota 30, il par. 1 dell'art. 55 TUE.

²⁶ Basti pensare che solo in Italia sono state individuate ben undici lingue minoritarie o regionali, quali l'albanese, il catalano, il croato, il friulano, il tedesco, il ladino, l'occitano, il sardo, lo sloveno, il greco e la lingua franco-provenzale.

²⁷ A titolo esemplificativo si cita lo Statuto d'Autonomia della Catalogna, con il quale nel 1979 si riconobbe il catalano come lingua minoritaria e da tutelare.

²⁸ Obiettivi ampiamente condivisi dal Consiglio d'Europa.

²⁹ Abrogato. Sostituito, nella sostanza, dall'art. 55 TUE.

³⁰ Art. 55 TUE: «1. Il presente trattato, redatto in unico esemplare in lingua bulgara, ceca, danese, estone, finlandese, francese, greca, inglese, irlandese, italiana, lettone, lituana, maltese, olan-

fronto fra le espressioni «lingue ufficiali» e «lingue facenti fede dei Trattati», sulla quale sarebbe opportuno fare chiarezza e raggiungere un'adeguata uniformità terminologica, si coglie tuttavia l'equivalenza semantica dei testi originali e dei testi successivi tradotti a seguito delle adesioni di nuovi Stati e la conseguente omogeneità contenutistica e concettuale della legislazione comunitaria prodotta³¹. Tale rigore è da ricercarsi a partire dai tratti peculiari degli atti vincolanti: si pensi ai regolamenti, che hanno portata generale, sono obbligatori in ogni loro elemento e hanno applicabilità diretta³². Quest'ultima può essere garantita solamente attraverso la disponibilità del testo in tutti gli idiomi. Inoltre, l'art. 342 TFUE stabilisce che «il regime linguistico delle istituzioni dell'Unione è fissato, senza pregiudizio delle disposizioni previste dallo Statuto della Corte di giustizia dell'Unione europea, dal Consiglio, che delibera all'unanimità mediante regolamenti». A tale disposizione si affianca il regolamento n. 1/1958 del Consiglio³³, il primo atto vincolante delle Comunità economiche europee, «che stabilisce il regime linguistico della Comunità economica europea»³⁴. Le conclusioni adottate dal Consiglio il 13 giugno 2005 confermano l'esistenza nell'Unione europea di lingue diverse da quelle di cui al regolamento n. 1/1958, il cui *status* è riconosciuto dalla Costituzione di uno Stato membro in tutto o parte del proprio territorio o la cui adozione in quanto lingua nazionale è autorizzata dalla legge. Ciò ha portato nel 2008 ad una intesa amministrativa tra il Governo del Regno Unito e il Consiglio dell'Unione europea, che consente l'impiego ufficiale da parte dei cittadini e dei loro rappresentanti in seno al Consiglio medesimo di altre lingue nazionali autorizzate dalla legge³⁵. L'intesa offre un valido esempio di sostegno alla diversità linguistica, garantendo la partecipazione attiva della società civile e

dese, polacca, portoghese, rumena, slovacca, slovena, spagnola, svedese, tedesca e ungherese, i testi in ciascuna di queste lingue facenti ugualmente fede, sarà depositato negli archivi del governo della Repubblica italiana, che provvederà a trasmetterne copia certificata conforme a ciascuno dei governi degli altri Stati firmatari. 2. Il presente trattato può essere parimenti tradotto in qualsiasi altra lingua determinata da uno Stato membro che, in base all'ordinamento costituzionale dello Stato in questione, sia lingua ufficiale in tutto il suo territorio o in parte di esso. Lo Stato membro interessato fornisce copia certificata conforme di tale traduzione affinché sia depositata negli archivi del Consiglio».

³¹ Sul punto si veda P. PALLARO, *La diversità delle lingue in Europa e l'integrazione comunitaria*, in questa *Rivista*, 2002, p. 10-14.

³² Sulle norme emanate dalle istituzioni comunitarie si veda F. POCAR, *Diritto dell'Unione e delle Comunità europee*, Milano, Giuffrè, 2006, p. 253-323.

³³ Regolamento n. 1/1958 del Consiglio, in *Guce* n. 17 del 6 ottobre 1958, p. 385.

³⁴ In tema di regime linguistico comunitario risulta essere particolarmente interessante la distinzione elaborata da COSMAI fra multilinguismo *de jure* (squisitamente inerente al dettato del regolamento n. 1/1958 del Consiglio) e multilinguismo *de facto* (che richiama la prassi delle istituzioni e le lingue procedurali e/o di lavoro adottate). Per maggiori approfondimenti si rimanda alla lettura di D. COSMAI, *Tradurre per l'Unione europea - Prassi, problemi e prospettive del multilinguismo comunitario dopo l'ampliamento a est*, Milano, Hoepli, 2008.

³⁵ Intesa amministrativa tra il governo del Regno Unito di Gran Bretagna e Irlanda del Nord e il Consiglio dell'Unione europea, in *Gu-Ue* n. C 194 del 31 luglio 2008, p. 7 s.

rafforzando l'identificazione dei cittadini con il progetto politico dell'Unione europea³⁶. Anche gli allargamenti che si sono susseguiti nei decenni successivi, con le relative modifiche al Regolamento n. 1/1958, fanno risaltare la non comune capacità delle istituzioni comunitarie di adattarsi alla crescente diversità linguistica dell'Unione europea e di cooperare in forma sempre più intensa con il Consiglio d'Europa, data la condivisione dei medesimi obiettivi. Il riferimento va agli artt. 21³⁷ e 22³⁸ della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, nei quali rispettivamente si sottolinea il divieto di qualsiasi forma di discriminazione basata anche sulla lingua ed il rispetto della diversità linguistica. Le libertà e i principi sanciti dalla Carta dei diritti fondamentali sono resi giuridicamente vincolanti dal Trattato di Lisbona. L'art. 6 TUE recita infatti al par. 1: «L'Unione riconosce i diritti, le libertà e i principi sanciti nella Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea del 7 dicembre 2000, adattata il 12 dicembre 2007 a Strasburgo, che ha lo stesso valore giuridico dei trattati». L'art. 6 TUE è preceduto da un'attenta elencazione dei valori comuni su cui si fonda l'Unione europea, la quale: «(...) rispetta la ricchezza della sua diversità culturale e linguistica e vigila sulla salvaguardia e sullo sviluppo del patrimonio culturale europeo»³⁹. Tale principio è sottolineato anche dalla Dichiarazione n. 16 allegata all'Atto finale della Conferenza intergovernativa che ha adottato il Trattato di Lisbona⁴⁰, la quale recita: «La conferenza ritiene che la possibilità di tradurre i trattati nelle lingue di cui all'art. 55, par. 2 contribuisca a realizzare l'obiettivo di rispettare la ricchezza della diversità culturale e linguistica dell'Unione (...). In questo contesto la confe-

³⁶ Conferme giungono anche dalla giurisprudenza, come ad esempio nel procedimento davanti alla Corte di giustizia in causa n. C-233/08, *Milan Kyrián c. Celní úřad Tàbor*. Nella domanda di pronuncia pregiudiziale (in *Gu-Ue* n. C 209 del 15 agosto 2008, p. 26) formulata dalla Repubblica Ceca in materia di recupero crediti risultanti da contributi, dazi, imposte e altre misure, si affronta il problema della «notifica di un titolo esecutivo al debitore in una lingua diversa da quella a lui comprensibile, che non è neppure una lingua ufficiale dello Stato nel quale è effettuata la notifica al debitore (...)». Si ipotizza quindi la generazione di un vizio di taglio linguistico tale da compromettere i principi di un processo equo, di buona amministrazione dello Stato di diritto, che tuttavia ribadisce il riconoscimento di più lingue ufficiali all'interno di molti Stati membri. Alla domanda di pronuncia pregiudiziale segue la sentenza della Corte di giustizia del 14 gennaio 2010, che riconferma il rispetto del profilo linguistico scelto per la notifica al debitore. La sentenza è inedita in *Raccolta*, ma il testo integrale è reperibile sul sito internet www.curia.europa.eu nonché su http://www.giurcost.org/casi_scelti/CJCE/C-233-08.htm.

³⁷ Come è noto, la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea è stata solennemente proclamata una prima volta a Nizza il 7 dicembre 2000 e una seconda volta a Strasburgo il 12 dicembre 2007 in una versione adattata. V. il testo in *Gu-Ue* n. C 83 del 30 marzo 2010, p. 389 ss. L'art. 21 rubricato «Non discriminazione» recita: «1. È vietata qualsiasi forma di discriminazione fondata, in particolare, sul sesso, la razza, (...), la lingua, la religione (...), l'appartenenza ad una minoranza nazionale, (...). 2. Nell'ambito d'applicazione dei trattati e fatte salve disposizioni specifiche in essi contenute, è vietata qualsiasi discriminazione in base alla cittadinanza».

³⁸ L'art. 22 rubricato «Diversità culturale, religiosa e linguistica» recita: «L'Unione rispetta la diversità culturale, religiosa e linguistica».

³⁹ Si tratta dell'art. 3 TUE.

⁴⁰ Dichiarazione relativa all'art. 55, par. 2 del Trattato sull'Unione europea, in *Gu-Ue* n. C 83 del 30 marzo 2010, p. 344.

renza conferma l'importanza che l'Unione annette alla diversità culturale dell'Europa e la speciale attenzione che essa continuerà a prestare a queste e alle altre lingue».

Fra le novità del Trattato di Lisbona vi è inoltre l'introduzione del nuovo diritto di iniziativa popolare, che va ad affiancarsi al diritto di petizione, al diritto di rivolgersi al Mediatore europeo e al diritto di elettorato attivo dei cittadini europei. Il Libro Verde della Commissione sul diritto di iniziativa popolare, il quale apre la consultazione ed illustra gli aspetti giuridici, amministrativi e pratici che la normativa dovrà disciplinare, non indica direttamente gli aspetti linguistici che regolano il diritto d'iniziativa popolare, ma rimanda all'art. 11, par. 4, TUE. Quest'ultimo si affianca all'art. 24 TFUE il quale stabilisce che: «(...) Ogni cittadino dell'Unione può scrivere alle istituzioni o agli organi di cui al presente articolo o all'art. 13 del Trattato sull'Unione europea in una delle lingue menzionate all'art. 55, par. 1, di tale trattato e ricevere una risposta nella stessa lingua». Tale rimando deve regolamentare la fase di consultazione di cui sopra e la definizione delle procedure di ricevibilità, ammissibilità, registrazione e finanziamento dell'iniziativa popolare. Un aspetto di interesse concerne le modalità di scelta della lingua in cui presentare un'iniziativa popolare in caso di manifestazioni d'interesse «multilingue». L'iniziativa si restringerebbe ad un solo Stato ovvero può risultare anche dalla fusione di mobilitazioni «di pensiero» transnazionali?

Le radici delle iniziative popolari e del loro peso idiomatologico possono essere ricercate anche nelle ricerche statistiche e scientifiche dei sondaggi di Eurobarometro⁴¹. Esse forniscono una visione puntuale e dettagliata in merito a numerose aree ed i *feedback* raccolti registrano un crescente utilizzo anche in campo giurisprudenziale come possibili mezzi probatori. Visto il peso dell'industria linguistica dell'Unione europea e le sue ripercussioni economiche, è plausibile una maggiore adozione futura dei *report* di Eurobarometro da parte della Corte di giustizia dell'Unione, al fine di formulare più agevolmente le proprie conclusioni⁴².

Superando le ostilità di una *home page* ancora paradossalmente «bilingue» (presenta solo una versione in inglese e una in francese), si accede ad un ricco *database* multilingue. Esso mostra in alcuni suoi recenti sondaggi come la metà dei cittadini dell'Unione europea sia in grado di tenere una conversazione in almeno un idioma diverso dalla propria lingua madre, che il numero di Stati in cui domina solo quest'ultima sia in costante calo e che l'apprendimento delle lingue sia una possibilità sempre più concreta per i giovani. Eu-

⁴¹ Cfr. http://ec.europa.eu/public_opinion/index_en.htm.

⁴² Per approfondimenti su Eurobarometro e sull'impiego dei suoi dati a livello giurisprudenziale si veda R. BOGNI, *Opinione pubblica e Unione europea: i sondaggi Eurobarometro*, in *Il Mulino*, 2/2007, p. 310 ss.

robarometro conferma che il multilinguismo è oggi inteso come la capacità di società, istituzioni, gruppi e cittadini di relazionarsi quotidianamente in una lingua diversa dalla propria, utilizzando codici di comunicazione che riconoscono le diverse identità idiomatiche del continente. Tali risultati si intrecciano perfettamente con eventi che hanno influenzato «la scacchiera linguistica» europea, quali gli allargamenti del 2004 e del 2007, le innumerevoli opportunità offerte dal mercato unico, il processo di globalizzazione ed internazionalizzazione che coinvolge ogni settore della vita umana, la riqualificazione di molte regioni e zone di confine, il turismo globale, lo sviluppo delle ICT, la mobilità nel settore della formazione e della ricerca e l'intensificarsi dei flussi migratori. Ciò rileva sia un aspetto esterno, ossia la promozione delle lingue per i cittadini, sia un aspetto interno ed istituzionale, che si traduce nella partecipazione attiva al progetto europeo⁴³. Le attività delle istituzioni evidenziano infatti la trasversalità delle lingue, chiave di ogni efficace comunicazione⁴⁴. Ciò ha incentivato la produzione di nuovi rami di studio, ossia la Diversità linguistica, l'Apprendimento delle lingue, l'Insegnamento delle lingue, la Traduzione, l'Interpretazione e la Tecnologia linguistica. In particolare, per raggiungere un'adeguata trasposizione di tutta la documentazione prodotta dalle agenzie comunitarie specializzate e decentrate, è stato istituito a Lussemburgo nel 1994 il Centro di Traduzione degli Organismi dell'Unione europea⁴⁵, che offre servizi di traduzione nel caso in cui non siano previsti o non siano disponibili traduttori interni. Più precisamente, il Centro opera per conto di sette specifici organismi, fra cui l'Agenzia europea dell'ambiente, la Fondazione europea per la formazione, l'Agenzia europea per la salute e la sicurezza sul luogo di lavoro; l'Ufficio di armonizzazione a livello del mercato interno (marchi, disegni e modelli) e l'Ufficio europeo di polizia (Europol)⁴⁶. Il regolamento (Ce) n. 1645/2003 del Consiglio ha successivamente modificato il regolamento relativo all'istituzione di tale Centro, indicando i

⁴³ Sul tema si veda P. A. KRAUS, *Europäische Öffentlichkeit und Sprachpolitik*, Frankfurt am Main, Campus Verlag, 2004, capitoli 2 e 3.

⁴⁴ È qui opportuno sottolineare che le lingue costituiscono il mezzo di comunicazione principe di ogni ramo e/o politica comunitaria: Affari economici e monetari; Affari istituzionali; Agricoltura; Aiuti umanitari; Allargamento; Ambiente; Audiovisivo e media; Bilancio; Cultura; Diritti umani; Dogane; Energia; Giustizia, libertà e sicurezza; Imprese; Istruzione, Formazione, Gioventù; Lotta contro la frode; Mercato interno; Occupazione e politica sociale; Pesca e affari marittimi; Politica estera e di sicurezza; Politica regionale; Regime fiscale; Relazioni esterne; Ricerca e innovazione; Sanità pubblica; Sicurezza dei prodotti alimentari; Società dell'informazione; Sviluppo; Trasporti; Commercio estero; Concorrenza; Consumatori.

⁴⁵ Regolamento n. 2965/94 del Consiglio, in *Guce* n. L 314 del 7 dicembre 1994, modificato da ultimo dal regolamento n. 1645/2003 del Consiglio, in *Gu-Ue* n. L 245 del 29 settembre 2003.

⁴⁶ L'art. 12 del regolamento n. 2965/94 prevede inoltre: «Sulla base di accordi da concludere con il Centro, la Commissione fornirà al Centro stesso (...) i seguenti tipi di assistenza: 1. servizi di supporto: terminologia, basi di dati, documentazione, traduzione automatica, formazione di traduttori esterni nonché relativa documentazione e curerà inoltre il comando di funzionari presso il Centro; (...)».

principi generali e i limiti che disciplinano il diritto di accesso ai documenti⁴⁷ nonché prevedendo una clausola di ricorso giurisdizionale al fine di garantire l'esercizio del diritto di azione contro un rifiuto di accesso ai documenti o la possibilità di ricorso al Mediatore europeo. Il diritto di accesso⁴⁸, salvo le limitazioni previste dall'art. 15 TFUE a motivo di specifici interessi pubblici o privati, è assicurato ad ogni persona fisica o giuridica che risieda o abbia la sede sociale in uno Stato membro e presuppone pertanto anche il diritto di comunicare e di essere informati nella lingua comunitaria prescelta. Tale previsione ha quindi spinto ciascuna istituzione e organo consultivo ad avere un proprio servizio di traduzione ed interpretazione e a tradurre un numero estremamente ampio di documenti e sezioni *on line* del sito internet ufficiale⁴⁹. Il pilastro su cui si fonda il Centro è da ricercarsi proprio nel concetto di cooperazione interistituzionale, ossia nella efficacia di una stretta collaborazione fra i vari organismi comunitari, che consente di razionalizzare i metodi di lavoro, di procedere ad economie d'insieme, di evitare lavoro superfluo e la creazione di strutture parallele onerose ed assorbire i carichi eccedenti di lavoro. Nello stesso periodo, la consapevolezza del peso che il regime linguistico riveste nella costruzione di una democratica identità comunitaria ha portato il Parlamento europeo ed il Consiglio ad emanare, in perfetta sintonia con il Consiglio d'Europa⁵⁰, una decisione che istituisce l'Anno europeo delle lingue 2001⁵¹, seguita nel febbraio 2002 da una Risoluzione del Consiglio dell'Unione europea sulla promozione della diversità linguistica e dell'apprendimento delle lingue⁵². Questa strategia ha condotto alla nascita nel 2006 di un Gruppo ad alto livello sul multilinguismo⁵³, ossia di un comitato di esperti il cui compito è «dar vita a scambi di idee, di esperienze e buone pratiche nel campo del multilinguismo e formulare raccomandazioni destinate alla Com-

⁴⁷ Il diritto di accesso è previsto dall'art. 15 TFUE e i principi sono definiti dal regolamento n. 1049/2001 del Parlamento europeo e del Consiglio relativo all'accesso del pubblico ai documenti del Parlamento europeo, del Consiglio e della Commissione, in *Guce* n. L 145 del 31 maggio 2001, p. 43.

⁴⁸ Sul punto si veda M. MIGLIAZZA, *Profili internazionali ed europei del diritto all'informazione e alla riservatezza*, Milano, Giuffrè, 2004, p. 82 ss.

⁴⁹ La traduzione delle pagine del sito internet Europa (www.europa.eu) è gestita dalla Commissione, la quale dispone del servizio di traduzione più vasto del mondo. La Direzione Generale Traduzioni della Commissione traduce quasi due milioni di pagine all'anno in ventitré lingue, principalmente proposte di atti normativi.

⁵⁰ È opportuno ricordare che l'Unione europea e il Consiglio d'Europa presentano differenti caratteristiche giuridiche e gestionali, che si ripercuotono sulle rispettive politiche linguistiche ed i loro effetti.

⁵¹ Decisione n. 1934/2000/Ce del Parlamento europeo e del Consiglio sull'Anno europeo delle lingue 2001, in *Guce* L 232 del 14 settembre 2000.

⁵² Risoluzione n. 2002 del Consiglio relativa alla promozione della diversità linguistica e dell'apprendimento delle lingue nel quadro dell'attuazione degli obiettivi dell'Anno europeo delle lingue 2001, in *Guce* n. C 50 del 14 febbraio 2002, p. 1.

⁵³ Decisione n. 2006/644/Ce della Commissione che istituisce il gruppo ad alto livello sul multilinguismo, in *Gu-Ue* n. L 263 del 23 settembre 2006, p. 12.

missione per azioni in questo campo⁵⁴», e alla Conclusione del Gruppo di intellettuali per il dialogo interculturale elaborata nel gennaio 2008, secondo la quale «L'UE dovrebbe promuovere il concetto della "lingua personale d'adozione", da considerare una seconda lingua materna (...)»⁵⁵. L'idea di una lingua personale d'adozione, che all'apparenza può sembrare di difficile applicazione pratica, rispecchia tre elementi chiave efficacemente individuati dal parlamentare europeo *John Hume*⁵⁶: il primo principio consiste nel rispetto delle differenze, che filtra anche attraverso il riconoscimento e la tutela linguistica; il secondo concerne l'istituzione di organismi in grado di promuovere la diversità linguistica; il terzo riguarda la produzione, mediante l'attuazione dei due precedenti principi, di concreti risultati economici, facilmente individuabili nel libero mercato comunitario. Nel 2008 anche il Consiglio si è espresso in materia, richiamando una sua Risoluzione del novembre 2007 su un'Agenda europea per la cultura (che indica il multilinguismo come uno dei settori di azione prioritari per la promozione del patrimonio culturale) e manifestando l'esigenza di elaborare entro il 2008 delle proposte per un quadro strategico globale che non trascuri le potenzialità di una maggiore cooperazione con altre organizzazioni internazionali come il Consiglio d'Europa e l'UNESCO. Il 2008 celebra inoltre l'inizio dell'Anno europeo del dialogo interculturale, fissato mediante una decisione del Parlamento europeo e del Consiglio dell'Unione europea⁵⁷ al fine di sensibilizzare i cittadini sulle diverse culture, lingue, etnie e religioni. Si tratta di una tendenza rimarcata anche nella Risoluzione del Parlamento europeo del 2008 su «Un'Agenda europea per la cultura in un mondo in via di globalizzazione», che invita la Commissione, alla luce della sua peculiare funzione di rappresentanza, a sostenere le lingue europee nel mondo in quanto sinonimo di grande competitività. La Commissione interviene puntualmente con un notevole supporto finanziario, umano e gestionale attraverso l'operato delle sue Direzioni Generali⁵⁸, perseguendo sempre il concetto di economia multilingue⁵⁹. Obiettivo della Com-

⁵⁴ L'art. 2 della decisione che istituisce il gruppo ad alto livello sul multilinguismo prevede: «Il gruppo ha il compito di dar vita a scambi di idee, di esperienze e buone pratiche nel campo del multilinguismo e formulare raccomandazioni destinate alla Commissione per azioni in questo campo».

⁵⁵ La lingua personale d'adozione costituisce già una realtà per un numero sempre crescente di cittadini che si identificano con un'altra lingua a livello personale, culturale o professionale. Il testo integrale della relazione del Gruppo di intellettuali per il dialogo interculturale è disponibile sul sito internet http://ec.europa.eu/education/policies/lang/languages_en.html.

⁵⁶ Per un approfondimento sulla testimonianza di *HUME* si veda F. CAPELLI, *La partecipazione della società civile alla costruzione dell'unione politica dell'Europa*, in questa *Rivista*, 2001, p. 654-656.

⁵⁷ Decisione n. 1983/2006/Ce del Parlamento europeo e del Consiglio relativa all'Anno europeo del dialogo interculturale (2008), in *Gu-UE* n. L 412 del 30 dicembre 2006, p. 44.

⁵⁸ Quali ad esempio la DG Società dell'Informazione e Media, la DG Istruzione e Cultura, la DG Personale e Amministrazione, la DG Interpretazione e la DG Traduzione.

⁵⁹ Nell'economia multilingue le abilità comunicative giocano un ruolo sempre più ragguardevole nelle strategie di vendita e nel *marketing* globale.

missione, espresso nella Strategia di Lisbona, è «fare dell'Unione europea l'economia più competitiva e dinamica al mondo basata sulla conoscenza entro il 2010»⁶⁰. Anche l'Agenda sociale rinnovata, adottata dalla medesima nel luglio 2008, sottolinea tre punti chiave legati al multilinguismo, ossia le opportunità, l'accesso e la solidarietà. Si tratta di formule già emerse nella Comunicazione del 2005 «Una nuova strategia quadro per il multilinguismo»⁶¹, nonché nel *Business Forum for Multilingualism* (una delle iniziative più prestigiose per l'approfondimento del legame tra competenze linguistiche e competitività), e nella più recente Comunicazione «Il multilinguismo: una risorsa per l'Europa e un impegno comune»⁶². Comune denominatore di queste manifestazioni di interesse è il concetto di irreversibilità del multilinguismo – individuato da autorevole dottrina⁶³ – collegato all'esistenza di tre differenti modelli di regime linguistico che possono essere adottati dalle organizzazioni internazionali, caratterizzati da 1. uniformità, 2. neutralità, 3. multilinguismo, soluzione fatta propria dall'Unione europea. L'intensificarsi delle azioni in materia è parallela alla produzione di riferimenti linguistici all'interno di regolamenti e statuti interni delle altre istituzioni, dei servizi interistituzionali, degli organi consultivi e delle agenzie comunitarie. Ad esempio, il regolamento interno della Corte dei conti⁶⁴ indica all'art. 24 il regime linguistico da adottare, prevedendo che «1. Le relazioni, i pareri, le osservazioni, le dichiarazioni di affidabilità e gli altri documenti, nel caso questi ultimi siano pubblicati, sono redatti in tutte le lingue ufficiali. 2. L'autenticazione dei documenti avviene mediante firma di tutte le versioni linguistiche da parte del presidente». Anche il regolamento interno della Banca centrale europea⁶⁵ prevede all'art. 17 che «(...) tutte le istruzioni della BCE che debbano essere ufficialmente pubblicate sono tradotte nelle lingue ufficiali delle Comunità europee» e che «I principi contenuti nel regolamento (Ce) n. 1 del Consiglio che stabilisce il regime linguistico della Comunità economica europea, del 15 aprile 1958, si applicano agli atti giuridici elencati nell'art. 34 dello statuto». Particolarmente aggiornate sono inoltre le disposizioni previste dal Regola-

⁶⁰ Per approfondimenti ulteriori si rinvia a E. SABATAKAKIS, *Verse une politique linguistique européenne? A propos de la communication de la Commission sur le multilinguisme et de la stratégie de Lisbonne*, RMCUE, 2009, p. 475 ss.

⁶¹ Doc. Com(2005)596 def. del 22 novembre 2005, reperibile sul sito internet <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2005:0596:FIN:IT:PDF>.

⁶² Doc Com(2008)566 def. del 18 settembre 2008, reperibile sul sito internet http://ec.europa.eu/education/languages/pdf/com/2008_0566_it.pdf.

⁶³ All'analisi dei tre modelli di regime linguistico fatti propri dalle organizzazioni internazionali è dedicato il testo di E. A. RAFFAELLI, *Le lingue nell'ordinamento comunitario*, in B. CAMBIAGHI - C. MILANI e P. PONTANI (a cura di), *Europa plurilingue: comunicazione e didattica*, Atti del Convegno Internazionale «Europa plurilingue: comunicazione e didattica», Milano, Vita e Pensiero, 2005.

⁶⁴ In *Gu-Ue* n. L 18 del 20 gennaio 2005, p. 1 ss.

⁶⁵ In *Gu-Ue* n. L 80 del 18 marzo 2004, p. 33 ss.

mento di procedura del Tribunale di Primo Grado, modificato mediante decisione del Consiglio del 16 febbraio 2009. La Decisione concerne il regime linguistico applicabile alle impugnazioni proposte contro le decisioni del Tribunale della funzione pubblica dell'Unione europea e reca modifiche adottate attraverso l'inserimento dell'art. 136 *bis*, così formulato: «Nel giudizio d'impugnazione promosso contro le decisioni del Tribunale della funzione pubblica (...), la lingua del procedimento è quella della decisione del Tribunale della funzione pubblica oggetto di impugnazione, (...)». Le disposizioni relative al regime linguistico del Tribunale di primo grado si applicano, secondo quanto previsto dall'art. 7 dello Statuto della Corte di giustizia, al Tribunale della funzione pubblica⁶⁶. Le modifiche apportate dall'art. 136 *bis* garantiscono la tutela dei principi generali del diritto comunitario, in particolare le nozioni di processo equo e di buona amministrazione, e consentono l'eliminazione di vizi linguistici.

Come si mostrerà in seguito (esaminando anche alcuni casi giurisprudenziali), desta tuttavia perplessità che alcuni organi comunitari, quali l'Ufficio europeo di selezione del personale, il Garante europeo della protezione dei dati e gli organi finanziari come la Banca europea per gli investimenti e la Banca centrale europea non dispongano, ovvero dispongano solo parzialmente, di pagine *on line* doverosamente tradotte in tutte le lingue ufficiali (ma solo di versione in inglese, in francese ed in tedesco⁶⁷). La percezione di una scarsa trasparenza e di uno scarso rapporto con la società civile, privata della possibilità di conoscere appieno tali opportunità concorsuali, spinge a ricercare un sottile collegamento con la distinzione inaugurata da Platone fra potere legislativo e potere politico, applicata al sistema istituzionale comunitario⁶⁸. Il contrasto fra le due formule porta ad individuare nel potere democratico il riconoscimento delle lingue come strumento di coinvolgimento dei cittadini e di partecipazione attiva, e nel potere politico un utilizzo strategico ed insano delle lingue, come barriera in grado di pregiudicare volutamente la dialettica democratica.

3. Le iniziative per il multilinguismo nell'Unione europea

Parlare di multilinguismo nell'Unione europea significa elencare una lunga serie di parole chiave, che si possono racchiudere nel concetto di «lan-

⁶⁶ Ai sensi dell'art. 64 dello Statuto, le norme relative al regime linguistico applicabile al Tribunale di primo grado possono essere modificate solo secondo la procedura prevista dai trattati per modificare lo statuto, ossia con decisione del Consiglio che statuisce all'unanimità previa consultazione del Parlamento europeo e della Commissione.

⁶⁷ Per ulteriori prospettive di analisi si consulti P. J. WEBER, *Kampf der Sprachen. Die Europäische Union vor der sprachlichen Zerreißprobe*, Frankfurt am Main, R. Krämer Verlag, 2009, con particolare riferimento ai par. 2 e 3, capitolo II.

⁶⁸ Cfr. F. CAPELLI, *Il sistema istituzionale dell'Unione europea*, cit. *supra*, nota 23, p. 227-229.

guage-related industries». Le lingue si infiltrano in modo più o meno incisivo e diretto in ogni attività comunitaria e la loro complessità e originalità traspare già da una rapida consultazione del portale dell'Unione europea, ove compaiono precise aree tematiche, quali la Diversità linguistica, l'Apprendimento, l'Insegnamento, la Traduzione, l'Interpretazione e la Tecnologia linguistica⁶⁹. Esse esprimono cospicue realtà economiche e l'intensa attività di persone fisiche e giuridiche che operano nel settore (ad esempio nell'editoria, nel settore delle revisioni linguistiche, degli studi a livello terminologico, delle certificazioni, della ricerca, nonché delle tecnologie informatiche applicabili alle lingue). Tale elenco potrebbe facilmente proseguire, alimentato dai principi su cui si fonda l'Unione europea, dall'evoluzione normativa e giurisprudenziale comunitaria degli ultimi anni⁷⁰, dalle tendenze tecnologiche e comunicative che muovono l'attuale mercato mondiale, nonché dal coinvolgimento di oltre quattrocentonovantamiliardi di cittadini europei⁷¹. Dati recenti indicano che il mercato dei servizi linguistici è stato colpito in forma meno forte dalla crisi economica. Gli studi pubblicati dalla Commissione in novembre 2009⁷² evidenziano che il fatturato dell'industria linguistica europea è stimato in circa otto miliardi di euro (2008) e, secondo le previsioni, aumenterà annualmente almeno del 10%, per arrivare entro il 2015 ad un importo compreso tra sedici e venti miliardi di euro. Si tratta quindi di uno dei maggiori tassi di crescita registrati nell'economia dell'Unione europea⁷³. La ricerca condotta, prima nel suo genere, necessita di una valutazione diacronica nella materia, al fine di cogliere le radici di un settore sempre più rilevante dal punto di vista economico e strategico⁷⁴.

Le prime iniziative per il multilinguismo risalgono infatti agli anni Ottanta, durante i quali l'adesione della Grecia, della Spagna e del Portogallo incrementò la dimensione linguistica europea e spinse il Parlamento europeo ad elaborare una rosa di risoluzioni sul tema, a sostenere la stesura della Carta comunitaria delle lingue e culture regionali e della Carta dei diritti delle mino-

⁶⁹ Cfr. il sito internet <http://europa.eu/languages/it/home>.

⁷⁰ Sul punto si veda P. PALLARO, *La diversità delle lingue in Europa e l'integrazione comunitaria*, cit. *supra*, nota 31, p. 21 ss.

⁷¹ Basti pensare alle ripercussioni del multilinguismo in settori quali sanità, trasporti, affari internazionali, cultura, coesione e sviluppo sociale, turismo, occupazione e tutela dei diritti umani.

⁷² Cfr. European Commission - Directorate General for Translation, *Study on the size of the language industry in the EU*, Luxembourg, Office for Official Publications of the European Communities, 2009. Il testo è reperibile al seguente sito internet: http://ec.europa.eu/dgs/translation/publications/studies/index_en.htm.

⁷³ Cfr. http://ec.europa.eu/italia/attualita/primo_piano/istruzione/industria_linguistica_it.htm.

⁷⁴ Per comprendere il forte impatto della materia, si può fare riferimento al regime linguistico utilizzato ad esempio a livello amministrativo, per l'informazione ambientale, per la tutela dei consumatori o dalle reti di polizia transnazionali. Si menziona per approfondimenti sulla conseguente disciplina giuridica E. CHITI - R. GUALDO, *Il regime linguistico dei sistemi comuni europei. L'Unione tra multilinguismo e monolinguisimo*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2008, p. 175 ss.

ranze etniche. Decisivi furono tuttavia gli anni Novanta, dominati dal Trattato di Maastricht, dall'allargamento a Finlandia, Svezia e Austria, dall'introduzione del concetto di cittadinanza europea, e dall'avanzare di nuovi settori d'azione. L'Unione europea espresse il proprio dinamismo con risoluzioni che miravano in particolare a migliorare e diversificare l'apprendimento e l'insegnamento delle lingue nei sistemi educativi nazionali. Attraverso il Libro Bianco «*Education and Training, Teaching and Learning: Towards the Learning Society*»⁷⁵, la Commissione riconobbe l'unicità della sua diversità linguistica e le potenzialità di un'adeguata formazione, confermata anche dalla Risoluzione del Consiglio del dicembre 1997⁷⁶, che valorizzava il contributo delle nuove tecnologie e di internet, e dalla stessa Strategia di Lisbona. Fra il 2000 ed il 2002, con il supporto del Consiglio d'Europa e al termine dell'Anno europeo delle lingue, il Parlamento europeo ed il Consiglio adottarono due Risoluzioni per promuovere la diversità linguistica e l'apprendimento delle lingue, seguite dalle Conclusioni del Consiglio europeo di Barcellona nel marzo 2002, che posero particolare enfasi alle ripercussioni squisitamente economiche del settore⁷⁷.

L'entusiasmo per l'imminente ed imponente allargamento ai Paesi dell'Est Europa, Malta e Cipro motivò nel 2003 l'ideazione del complesso Piano d'Azione della Commissione per il periodo 2004-2006⁷⁸. I suoi risultati più evidenti⁷⁹ furono l'introduzione del c.d. «Indicatore europeo di competenza linguistica» e del principio dell'apprendimento permanente⁸⁰. La Commissione, in una Comunicazione del 2005⁸¹, ribadì al Consiglio ed al Parlamento europeo l'esigenza di un «*Indicatore*» per misurare le competenze linguistiche, ossia uno strumento in grado di offrire dati affidabili e validi sulle abilità dei cittadini e utili per valutazioni e certificazioni transfrontaliere.

Il *working paper* pubblicato nel 2007 dalla Commissione presenta un'attenta revisione del Piano d'Azione di cui sopra, i cui dati sono inoltre frutto di alcuni sondaggi di Eurobarometro, in particolar modo dell'indagine speciale

⁷⁵ Doc. Com(1995)590 final del 29 novembre 1995. Il testo è reperibile sul sito internet <http://ec.europa.eu/education/doc/official/keydoc/lb-en.pdf>.

⁷⁶ In *Guce* n. C 98 del 3 gennaio 1998, p. 2.

⁷⁷ http://www.consilium.europa.eu/ueDocs/cms_Data/docs/pressData/en/ec/71025.pdf.

⁷⁸ http://ec.europa.eu/education/doc/official/keydoc/actlang/act_lang_en.pdf.

⁷⁹ Il Piano prevedeva quarantacinque azioni promosse da autorità locali, regionali, nazionali al fine di estendere i benefici dell'apprendimento linguistico a tutti i cittadini europei, migliorare la qualità dell'insegnamento delle lingue e creare in Europa un ambiente favorevole alle lingue.

⁸⁰ Questo principio è ulteriormente valorizzato dalla Raccomandazione del Parlamento europeo e del Consiglio del 2006, in *Gu-Ue* n. L 394 del 30 dicembre 2006, p. 10 ss., che lo considera un requisito indispensabile per garantire un'economia più competitiva. Il testo è reperibile anche al seguente indirizzo internet: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2006:394:0010:0018:IT:PDF>.

⁸¹ In *Gu-Ue* n. C 148 del 18 giugno 2005, p. 1.

64.3 «Gli Europei e le Lingue» del 2006⁸². Il progetto più ambizioso e complesso è tuttavia conosciuto come «*Education and Training 2010*», che prevede una radicale modernizzazione dei sistemi educativi europei. Già nel 2002, durante il Consiglio europeo di Lisbona, si sottolineò che «(...) By 2010, Europe should be the world leader in terms of the quality of its education and training systems»⁸³. Questo obiettivo esige un'adeguata cooperazione fra Stati membri, nota come «*open method of co-ordination*», nonché controlli sui risultati raggiunti, attraverso valutazioni fatte fra gli Stati medesimi (*peer pressure*) e giudizi comparativi (*benchmarking*). Tale strategia, densa di azioni e finanziamenti a lungo termine, si fonda su tre grandi pilastri, perfettamente sintetizzati dall'art. 165 TFUE: 1. migliorare la qualità e l'efficacia dell'educazione e dei sistemi formativi europei; 2. assicurare che questi ultimi siano accessibili a tutti; 3. inserire il mondo della formazione in un contesto globale⁸⁴. Uno dei risultati più rilevanti del progetto «*Education and Training 2010*» riguarda il c.d. «*European Qualifications Framework*» (EQF), adottato dal Parlamento europeo e dal Consiglio nel 2008. Esso sussiste in un sistema comune di valutazione e qualificazione al fine di agevolare il trasferimento e il riconoscimento delle competenze dei singoli cittadini e di consentire una maggiore mobilità da parte di studenti e/o lavoratori, nel pieno rispetto degli articoli sanciti dal Titolo IV «Libera circolazione delle persone, dei servizi e dei capitali» del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea.

Il concetto di apprendimento permanente è alla base di ulteriori azioni della Commissione, per le quali sono stati stanziati ben sette miliardi di Euro per il periodo 2007-2013. Fra i programmi sostenuti dall'art. 156 TFUE vi è Comenius, riservato agli scambi linguistici e ai gemellaggi fra le scuole e i centri di formazione, il programma Erasmus, per la mobilità transnazionale degli studenti universitari, mentre per quanto concerne la formazione degli adulti, si ricordano i programmi Leonardo da Vinci e Grundtvig. Infine vi è il programma Jean Monnet, che si propone di stimolare il dibattito, la riflessione e l'insegnamento del processo di integrazione europea presso le realtà universitarie mondiali, azione in cui si riconosce il ruolo sempre più forte del multilinguismo.

⁸² Il sondaggio di Eurobarometro sulle abilità linguistiche dei cittadini mise in luce un evidente apprezzamento ed una positiva valutazione collettiva verso il mondo dell'apprendimento e dell'insegnamento delle lingue. Grazie a sistemi formativi sempre più innovativi, il 56% dei cittadini afferma di essere in grado di sostenere una conversazione in una lingua differente rispetto alla propria lingua madre, mentre il 28% degli intervistati dichiara di saper comunicare in due lingue straniere senza particolari difficoltà di comprensione.

⁸³ È fondamentale ricordare che già il Processo di Bologna del 1999 ed il successivo Processo di Copenaghen inaugurarono lo sviluppo di una «*European Higher Education Area*», le cui linee guida saranno dettagliatamente riprese dalla stessa Strategia di Lisbona.

⁸⁴ «*Teacher training; basic skills; integration of Information and Communication Technologies; efficiency of investments; language learning; lifelong guidance; flexibility of the systems to make learning accessible to all, mobility, citizenship education*» sono solo alcune delle angolazioni da cui si può osservare questo processo di ottimizzazione delle risorse linguistiche comunitarie.

Quando fra gli anni Ottanta e Novanta furono promosse le prime iniziative era difficile immaginare l'impatto che il multilinguismo avrebbe avuto nel XXI secolo. Tale cognizione emerse gradualmente, grazie a campagne come l'*European Language Label*, dispositivo inaugurato dalla Commissione nel 1999 per incentivare progetti locali, regionali o nazionali dedicati all'insegnamento delle lingue, alla diversificazione delle offerte formative e ad un più intenso coinvolgimento degli studenti. Attualmente il *database* dell'*European Language Label* contiene ben milletrasette progetti, raccolti in un interessante catalogo multilingue. Ogni anno le giurie nazionali coordinate dalla Commissione esaminano le proposte presentate: elemento fondamentale per il loro successo è il rispetto del principio di trasferibilità, al fine di favorire la libera circolazione di idee e stimolare anche l'apprendimento di lingue extra-europee. Accanto alla creatività ed originalità si impongono anche le motivazioni addotte in sede di presentazione del progetto e si verifica che tali iniziative abbiano sempre una dimensione europea, ossia che rispettino l'art. 165 TFUE⁸⁵. Si includono pertanto anche azioni destinate a tutelare le lingue regionali e minoritarie, valorizzandole come risorsa non soltanto didattica ma anche professionale⁸⁶.

La diversità linguistica è un'altra area tematica della quale l'Unione europea si occupa con particolare dedizione e con una costante cooperazione a livello internazionale. La presenza di oltre quaranta milioni di cittadini che utilizzano regolarmente una lingua regionale o minoritaria⁸⁷ e l'adozione da parte di diversi Stati membri della Carta europea per le lingue regionali o minoritarie hanno spinto nel 1992 la Commissione a promuovere un dettagliato sondaggio transnazionale noto come *Euromosaic*. La sua singolarità è data da tabelle e dati statistici che schedano con grande precisione tutte le lingue regionali o minoritarie esistenti nell'Unione europea⁸⁸. Innumerevoli informazioni giungono inoltre dall'*European Bureau for Lesser Used Languages* (EBLUL), un'organizzazione non governativa istituita nel 1982 su iniziativa del Parlamento europeo e finanziata dall'Unione europea. I suoi uffici sostengono ad esempio programmi di studio e scambi scolastici e aiutano le comunità locali nell'ac-

⁸⁵ È stato infatti calcolato che il territorio comunitario include numerose comunità linguistiche regionali o minoritarie, le quali rappresentano realtà sociali, economiche, politiche e culturali di varia entità e nelle quali sono spesso presenti originali legami linguistici con idiomi parlati oltre frontiera o in Paesi extra-europei.

⁸⁶ Il progetto ADUM in particolare (promosso per il biennio 2004-2005) prevedeva ad esempio la distribuzione di co-finanziamenti destinati alla promozione e alla tutela delle lingue regionali o minoritarie nell'Unione europea.

⁸⁷ Sul punto si veda M. C. BALEANI - D. LIAKOPOULOS, *Il regime linguistico dell'Unione europea*, Napoli, ScriptaWeb, 2009, capitoli 3 e 4.

⁸⁸ Gli esperti coinvolti in tali osservazioni hanno inoltre analizzato queste lingue dal punto di vista sociale ed istituzionale, individuando una serie di variabili che influenzano l'uso degli idiomi locali, come ad esempio le tradizioni familiari o il prestigio che la conoscenza di tali lingue offre all'interno della comunità.

cesso ai finanziamenti comunitari per il settore attraverso una rete di distacamenti e contatti negli Stati membri. L'EBLUL conferma le molteplici operazioni su scala globale, coinvolgendo anche istituzioni extra-europee e stimolando politiche collegate ad una visione del multilinguismo estremamente complessa e variegata. Questa propensione è costantemente alimentata dalla consapevolezza dell'importanza delle realtà periferiche dell'Unione europea, che si compongono di amministratori locali e relativi quadri operativi in stretto contatto con i cittadini⁸⁹. Di conseguenza si manifesta l'esigenza di tutelare le lingue ufficiali degli Stati membri senza mai tuttavia trascurare il *background* regionale e minoritario che caratterizza il territorio europeo, ossia una fertile comunità fatta di cittadini che hanno il diritto di comunicare con le istituzioni partendo proprio da una più chiara e adeguata disciplina linguistica e con la consapevolezza che anche da una più solida ed efficace struttura comunicativa multilingue dipende una percezione maggiormente favorevole di tutto il sistema comunitario da parte della società civile.

4. Quale futuro per l'euro-multilinguismo?

Il costante ampliamento del gergo comunitario, la sua assimilazione negli idiomi ufficiali dell'Unione europea, la prassi linguistica dell'apparato comunitario e le innumerevoli teorie e problematiche connesse alle trasposizioni terminologiche nelle varie lingue⁹⁰ hanno portato all'individuazione di tre campi aggiuntivi di osservazione, in grado di stimolare l'evoluzione di politiche altamente innovative e uniche al mondo⁹¹: le traduzioni, l'interpretariato e l'applicazione delle tecnologie informatiche per lo studio e/o l'uso delle lingue⁹². Le istituzioni, le agenzie e tutti gli organismi che operano nell'Unione europea dispongono di traduttori ed interpreti, il cui supporto comprende sia le comunicazioni interne che le comunicazioni esterne⁹³. Per quanto concerne

⁸⁹ Sul punto si veda F. CAPELLI, *La partecipazione della società civile*, cit. supra, nota 56, p. 662.

⁹⁰ Si pensi ad esempio alle incongruenze concettuali di un termine nelle varie lingue (specialmente in campo giuridico), ai casi di dubbia equivalenza, iperonimia, intraducibilità, ecc. Si veda in proposito D. COSMAI, *Tradurre per l'Unione europea*, cit. supra, nota 34, capitoli VII e IX.

⁹¹ Ne è un esempio la recente inaugurazione della *Business Platform on Multilingualism*, avvenuta il 22 settembre 2009 a Bruxelles, ossia una tribuna per lo scambio di buone pratiche nel mondo delle aziende, il coinvolgimento delle parti sociali, delle organizzazioni internazionali, delle camere di commercio e di tutti gli organi che si occupano di istruzione e promozione linguistica.

⁹² Estremamente interessanti a riguardo sono le analisi contenute in V. JACOMETTI - B. POZZO, *Le politiche linguistiche delle Istituzioni comunitarie dopo l'Allargamento*, Milano, Giuffrè, 2006.

⁹³ La Risoluzione del Parlamento europeo del 24 marzo 2009 «Multilinguismo: una risorsa per l'Europa e un impegno comune» riconosce la Convenzione dell'UNESCO del 2003 per la salvaguardia del patrimonio culturale immateriale e propone l'istituzione di una giornata europea del traduttore e dell'interprete ovvero la valorizzazione di tali professioni nel quadro della giornata europea delle lingue che si celebra ogni anno il 26 settembre.

la documentazione per uso interno ad esempio, la Commissione prevede l'adozione di tre lingue procedurali – inglese, francese e tedesco – e l'utilizzo di tutti gli altri idiomi ufficiali per la diffusione di informazioni e la comunicazione con il pubblico. Il Parlamento europeo invece è composto da rappresentanti di tutti i cittadini europei che necessitano di documentazione nella propria lingua madre e che considerano il multilinguismo uno dei pilastri della democraticità, della trasparenza e del rispetto delle diversità degli Stati membri e dei cittadini da loro stessi rappresentati⁹⁴.

Il regime linguistico attuale si fonda su precise linee guida generali per assicurare al pubblico informazioni multilingue. È pertanto indispensabile *in primis* tradurre tutta la normativa comunitaria, seguendo il principio di corelazione e facendo riferimento a testi come l'Accordo interistituzionale sugli orientamenti comuni relativi alla qualità redazionale della legislazione comunitaria del 22 dicembre 1998⁹⁵ e la Guida Pratica Comune per la Redazione dei Testi Legislativi delle Istituzioni comunitarie, elaborata nel 2003⁹⁶. Parallelamente, le ICT hanno incentivato la traduzione di un grande numero di pagine *on line* e di *link*. La trasposizione delle cosiddette «*top-level pages*» permette così un'immediata comunicazione con i cittadini, assicurando inoltre la rapidità delle pubblicazioni e la riduzione del cosiddetto «*language mixing*»⁹⁷.

La puntualità e l'indiscutibile alta qualità delle traduzioni si scontrano tuttavia con l'assenza di una conversione in tutti gli idiomi ufficiali di pagine di grande interesse, quali ad esempio le sezioni dedicate alle opportunità professionali e finanziarie. Trasparenza e completezza sono infatti minate dalla impossibilità, per un cittadino che non conosce il francese, il tedesco e/o l'inglese, di accedere e consultare rilevanti pagine *on line*. Si pensi alla sezione riguardante le offerte di lavoro presso le istituzioni e le agenzie dell'Unione europea, meglio nota come EPSO⁹⁸, sulla quale la Relazione speciale n. 9/2009

⁹⁴ In tema di democrazia rappresentativa si veda U. DRAETTA, *Elementi di diritto dell'Unione europea*, Milano, Giuffrè, 2009, p. 79 ss.

⁹⁵ In *Raccolta dei Trattati dell'Unione europea*, Lussemburgo, Ufficio delle pubblicazioni ufficiali delle Comunità europee, 1999, vol. I, tomo 1, Testi interistituzionali, lettera J, p. 1027 ss. Obiettivo dell'Accordo è rendere più accessibile la legislazione comunitaria e fornire linee guida comuni per la stesura di testi normativi.

⁹⁶ Cfr. <http://eur-lex.europa.eu/fr/techleg/pdf/fr.pdf>. La sottosezione 5 cita in particolar modo il dovere dell'estensore di ricorrere «con prudenza a concetti e terminologie peculiari di un sistema giuridico nazionale», proprio per non «inceppare» le operazioni linguistiche delle istituzioni.

⁹⁷ Quest'ultimo aspetto si evidenzia in presenza di complessi sistemi di gestione informatica di aree tematiche che consentono collegamenti a *link* e pagine di siti internet nazionali: al fine di rendere disponibili in tutte le lingue comunitarie le informazioni, si opta per una traduzione immediata solo delle pagine principali del sito internet dell'UE, mentre all'interno di queste vi sono collegamenti con i testi integrali in lingua originale (per i quali è eccessivamente dispendiosa una conversione in tutti gli idiomi degli Stati membri). Sul tema si veda http://ec.europa.eu/information_society/help/multiling/index_en.htm.

⁹⁸ L'EPSO (Ufficio Europeo di selezione del personale) è l'organismo interistituzionale responsabile per la selezione dei funzionari e degli altri agenti delle Comunità europee, istituito con la decisione n. 2002/620/Ce del Parlamento europeo, del Consiglio, della Commissione, della Corte

della Corte dei conti europea regala una valutazione particolarmente dettagliata. Al fine di migliorare la propria strategia di comunicazione, l'EPSO ha avviato nel 2008 la trasposizione del sito internet in tutti gli idiomi ufficiali, permettendo agli interessati di visualizzare con maggiore facilità le pagine iniziali. Tuttavia il portale presenta ancora solo tre versioni (francese, tedesco e inglese) nella delicata sezione in cui compaiono minuziosamente tutte le «*on-going competitions*» e le «*on-going selection procedures*», e nella sezione dedicata alle FAQ e ai contatti presso le Risorse Umane di tutte le istituzioni comunitarie. Tale *gap*, che impedisce una corretta comprensione dei bandi, è solo parzialmente colmato dalle note informative dei *link* comunitari nazionali e dalle comunicazioni degli sportelli dell'Unione europea dislocati negli Stati membri, poiché la partecipazione ad eventuali concorsi presuppone comunque sovente l'invio di *application forms* in francese o inglese⁹⁹. Ecco perché l'EPSO ha recentemente previsto la traduzione in tutte le lingue ufficiali delle parti permanenti del sito internet e delle pagine che includono informazioni di carattere stabile, inaugurando un processo di semplificazione e razionalizzazione dei bandi tale da ridurre rischi di errore e favorire l'immagine medesima delle istituzioni (soprattutto considerando, come ricorda la Corte dei conti europea, che «il bando di concorso è spesso il primo contatto dei cittadini con le istituzioni»). Inoltre, come rimarcato dalla medesima Corte, prima della creazione dell'EPSO, i candidati potevano sostenere le prove concorsuali nella propria madrelingua, mentre la conoscenza di una seconda lingua veniva esaminata separatamente con una prova linguistica specifica. L'EPSO ha intrapreso la sua attività in un periodo in cui il numero delle lingue ufficiali è passato da undici a ventitré e ha ritenuto che, per ragioni pratiche (maggiori rischi di traduzione erronea o imprecisa delle prove, notevole durata delle procedure, costi più elevati, ecc.), non fosse possibile svolgere ciascun concorso generale in ventitré lingue. Dal 2006, i candidati di tutti i concorsi devono pertanto sostenere buona parte delle prove in una seconda lingua (di norma non la madrelingua), da scegliersi tra l'inglese, il francese o il tedesco. Di conseguenza, al momento, un'ottima padronanza di tali idiomi svolge, nella procedura di selezione, un ruolo più importante rispetto al passato¹⁰⁰. Ciò non giustifica tuttavia questa rigidità, che può provocare un'esclusione del

di giustizia, della Corte dei conti, del Comitato economico e sociale, del Comitato delle Regioni e del Mediatore, in *Guce* n. L 197 del 26 luglio 2002, p. 53. Per approfondimenti si veda http://europa.eu/epso/index_it.htm.

⁹⁹ L'unica eccezione è rappresentata dai certificati, dalle lettere di referenza e da tutti quei documenti che confermano le qualità, l'esperienza e le qualifiche richieste dai concorsi, per i quali è particolarmente dispendioso e complesso effettuare una traduzione in francese e/o inglese. Si pensi alle difficoltà, anche a livello temporale ed organizzativo, che un cittadino italiano ad esempio avrebbe nel contattare un traduttore e procedere ad eventuali asseverazioni della documentazione tradotta.

¹⁰⁰ Le eccezioni a tale regime linguistico riguardano solo i concorsi per interpreti o traduttori, per i quali si applicano disposizioni particolari, e alcuni altri concorsi specifici.

candidato già nella fase di preselezione. Nel quadro di riorganizzazione di cui sopra è stata pertanto prevista l'introduzione, a partire dal 2010, dei *test* nella lingua principale unicamente nei concorsi specifici per lingua e, in un secondo tempo (cioè a decorrere dal 2011), un utilizzo generalizzato delle ventitré lingue per la maggior parte dei *test* di accesso. I cittadini hanno infatti diritto alla massima chiarezza all'interno dei bandi, che dovrebbero indicare sempre i termini, i regolamenti e le procedure concorsuali in tutte le lingue comunitarie¹⁰¹. Durante le selezioni inoltre il candidato è sottoposto ad un'attenta valutazione linguistica e viene fissato uno specifico punteggio per la conoscenza di almeno due lingue comunitarie, fra cui l'inglese. È evidente che un candidato con una scarsa conoscenza dell'inglese e/o del francese potrebbe incontrare difficoltà di comprensione tali da compromettere la propria candidatura, anche quando si tratta di lacune che intende comunque superare attraverso una successiva fase di approfondimento personale, proprio nel lasso di tempo che intercorre fra la presentazione della candidatura e la selezione¹⁰². I punti deboli di tale procedura concorsuale sono confermati anche dalla giurisprudenza. Ne è un esempio la causa n. T-156/07, attualmente in corso di esame, riguardante l'azione legale che la Spagna avviò il 9 maggio 2007 contro la Commissione, per imporre la pubblicazione in tutte le lingue, nella *Gazzetta ufficiale*, di tutti i bandi di concorso per la copertura di posti nella funzione pubblica europea¹⁰³. Altro esempio è dato dalla successiva causa n. T-205/07, *Italia c. Commissione*, con la quale la ricorrente chiese di «annullare il bando per la manifestazione di interesse per la formazione di un elenco di candidati che potranno essere assunti come contrattisti per attività varie all'interno delle istituzioni e delle agenzie comunitarie, (...) pubblicato soltanto in lingua inglese, francese e tedesca nel sito internet dell'EPSO (...), in data 27 marzo 2007». Il ricorso presenta motivazioni e argomenti molto simili a quelli della causa n. T-156/07¹⁰⁴ e rimanda alla violazione del Regolamento n. 1/1958,

¹⁰¹ Ogni offerta di lavoro presso le strutture comunitarie include la voce «*Equal Opportunities*», nella quale si ribadisce che si accettano candidature senza distinzioni di età, razza, convinzioni politiche, filosofiche o religiose, senza distinzioni riguardanti genere ed orientamento sessuale e indipendentemente da eventuali *handicap* e/o situazioni familiari. È tuttavia curioso notare che non sussiste alcun riferimento all'aspetto linguistico, nonostante il suo forte richiamo identitario.

¹⁰² Mediamente, fra candidatura e selezione passano parecchi mesi, come lamentato nella Relazione Speciale n. 9/2009 della Corte dei conti europea.

¹⁰³ La causa riguarda in particolare il bando di concorso EPSO/AD/94/07 pubblicato da EPSO in *Gu-Ue* n. C 45 A del 28 febbraio 2007. Nel ricorso si sottolinea che «La convenuta (Commissione) ha violato il Regolamento n. 1/1958 del Consiglio che stabilisce il regime linguistico della Comunità Economica Europea (...), nonché i principi di uguaglianza e non-discriminazione dei cittadini europei (...)».

¹⁰⁴ La causa n. T-205/07, *Italia c. Commissione* (in *Gu-Ue* n. C 170 del 21 luglio 2007, p. 41) deve essere letta in collegamento con la successiva ordinanza del Tribunale di primo grado in causa n. T-285/07, *Italia c. Commissione e Parlamento europeo* (in *Gu-Ue* n. C 183 del 4 agosto 2007, p. 26), nella quale assume particolare rilievo l'eccezione di irricevibilità sollevata dal Parlamento europeo.

dell'art. 342 TFUE e dell'art. 18 TFUE¹⁰⁵, nonché dell'art. 22 della Carta europea dei diritti fondamentali e del correlato art. 6 TUE. Tali argomenti sono inoltre invocati anche nella causa *Italia c. Commissione e CESE*, relativa all'avviso di vacanza n. 73/07 concernente un posto di Segretario generale del Comitato economico e sociale, pubblicato nelle sole edizioni in lingua inglese, francese e tedesca¹⁰⁶.

Analoga situazione compare per richiedere finanziamenti comunitari. Nonostante nel 2007 siano state annunciate maggiore trasparenza e minore burocrazia nella cessione di aiuti economici, nonché norme finanziarie di più facile accesso, diverse informazioni del settore sono fornite in inglese, tedesco e francese, pregiudicando la consultazione dei bandi. A titolo esemplificativo si può osservare che nel portale sono tradotte le pagine principali inerenti ai finanziamenti comunitari¹⁰⁷. Nell'accedere invece alle note sulle opportunità di finanziamento e alla relativa regolamentazione ci si scontra ancora con una barriera caratterizzata da edizioni in inglese, francese e tedesco. Al cittadino non resta che consultare direttamente la *Gazzetta Ufficiale dell'Unione europea* o portali di supporto nazionale come ad esempio «La tua Europa»¹⁰⁸, grazie ai quali è possibile reperire notizie aggiornate sulle opportunità concorsuali ed evitare infruttuose candidature.

Tali *deficit* possono essere risolti guardando ancora una volta all'evoluzione delle ICT e ricordando che il diritto all'informazione è ulteriormente valorizzato dalla cosiddetta «traduzione computerizzata», ossia dalla recente ideazione di un sistema di traduzione assistita che potrebbe trovare un'efficace applicazione proprio a partire dalla conversione linguistica dei bandi. Grazie al sostegno della Commissione, sono state raccolte circa un milione di frasi, associate ad una traduzione di qualità in ventidue delle ventitré lingue ufficiali dell'UE¹⁰⁹. L'opera prende il nome di *DGT Multilingual Translation Memory*. Si tratta di un serbatoio terminologico unico per ampiezza e precisione, ora disponibile gratuitamente, nel quale i dati possono anche contribuire a promuovere strumenti informatizzati come i controllori grammaticali e ortografici, i dizionari *on line* e i sistemi di classificazione di testi multilingue¹¹⁰.

¹⁰⁵ Nell'art. 18 TFUE vi è implicito riferimento anche alla discriminazione linguistica: «Nel campo di applicazione dei trattati, e senza pregiudizio delle disposizioni particolari dagli stessi previste, è vietata ogni discriminazione effettuata in base alla nazionalità. Il Parlamento europeo e il Consiglio, deliberando secondo la procedura legislativa ordinaria, possono stabilire regole volte a vietare tali discriminazioni».

¹⁰⁶ In *Gu-Ue* n. C 116 del 9 maggio 2008, p. 26. Il ricorso include anche il *corrigendum* all'avviso di vacanza pubblicato in *Gu-Ue* n. C 25 del 30 gennaio 2008, nelle sole edizioni in lingua inglese, francese e tedesca.

¹⁰⁷ Cfr. http://europa.eu/publicprocurement/grants/index_it.htm.

¹⁰⁸ Cfr. http://ec.europa.eu/youreurope/business/index_it.htm.

¹⁰⁹ Solo le traduzioni in irlandese non sono ancora disponibili.

¹¹⁰ Leonard Orban, commissario responsabile per il multilinguismo nella precedente Commissione 2004-2009, ha dichiarato: «Con questa iniziativa la Commissione europea intende dare im-

Poiché questo *database* consente di consultare frasi con il loro equivalente in tutte le lingue ufficiali, è plausibile pensare che non sia particolarmente difficile procedere ad una automatica traduzione multilingue dei bandi, che presentano sovente la medesima struttura, le medesime premesse, nonché le medesime indicazioni giuridiche. Alla creazione di uno «scheletro linguistico» *standard* nelle varie lingue ufficiali si può in questo modo affiancare rapidamente un elenco di dati e scadenze che dovranno essere modificate contestualmente ad ogni nuova proposta occupazionale e/o finanziaria. Questo sistema, in grado fra l'altro di ridurre drasticamente i costi di conversione linguistica di buona parte della documentazione concorsuale¹¹¹, è affiancato da IATE, *InterActive Terminology for Europe*, ossia le banche dati documentarie e terminologiche dell'Unione europea¹¹². Qui ogni ricerca è impreziosita da valide indicazioni bibliografiche e dall'inserimento di sezioni specifiche dedicate alle definizioni dei vocaboli¹¹³. Degna di nota è inoltre l'aggiunta fra le lingue di partenza del latino, sovente utilizzato in campo giuridico, e la voce «Criteri opzionali», nella quale sono segnalate con grande accuratezza svariate aree tematiche per affinare le ricerche e in cui è possibile specificare il tipo di ricerca (termini o abbreviazioni)¹¹⁴. IATE è quindi uno strumento di lavoro ineguagliabile per traduttori, interpreti e tecnici del settore e denota l'ampia esperienza della Commissione nell'ideare i mezzi di trattamento dei testi multilingue¹¹⁵, come evidenziato dalla cosiddetta «Piattaforma Tecnologica Avanzata per la Comunicazione Multilingue»¹¹⁶ e dai frequenti rimandi alla *DGT Multi-*

pulso alle tecnologie del linguaggio, sostenere il multilinguismo e rendere la traduzione assistita da computer più semplice, economica e accessibile. I cittadini appartenenti a comunità linguistiche di ridotte dimensioni potranno accedere con maggiore facilità a documenti e pagine web disponibili unicamente nelle lingue più utilizzate». Janez Potočnik, commissario europeo per la scienza e la ricerca nel periodo 2004-2009, sostiene che: «Questa eccezionale raccolta di dati linguistici contribuisce alla creazione di una nuova generazione di programmi informatici per il trattamento del linguaggio umano e contribuisce ad incentivare la competitività dell'industria linguistica, che già risulta tra quelle in più rapida crescita nell'Unione europea».

¹¹¹ Il multilinguismo comporta dei costi rilevanti, soprattutto per quanto riguarda il servizio linguistico offerto. Basti pensare che la voce «Traduttori ed Interpreti» nel bilancio 2005 dell'Unione europea indicava una spesa di 1.123 milioni di euro, pari all'1% del bilancio generale annuo comunitario.

¹¹² IATE rappresenta uno strumento ampiamente richiesto e gestito congiuntamente da tutte le istituzioni dell'Unione europea per raccogliere, divulgare e gestire in comune la terminologia specifica dell'UE. Attualmente include circa otto milioni di schede multilingue. <http://iate.europa.eu/iatediff/SearchByQueryLoad.do?jsessionid=9ea7991930d7d5d62d09281a4e109646f5ad8a7c621d.e38KbN4MchyMb40SbxyRaN0Kaxz0?method=load>.

¹¹³ Esse sono d'ausilio per comprendere vocaboli che difficilmente vengono tradotti negli altri idiomi comunitari, come ad esempio la parola *acquis*.

¹¹⁴ Il suo sito internet, consultabile con estrema facilità e disponibile in tutti gli idiomi comunitari, rispecchia la politica d'informazione e trasparenza promossa dalla Commissione europea e racchiude tutte le banche dati usate in passato dai vari servizi di traduzione comunitari. Basti ricordare a titolo esemplificativo TIS, Euterpe e Eurodicautom.

¹¹⁵ Più precisamente, il capitolo «Tecnologie dell'informazione e della comunicazione» del Settimo programma quadro di ricerca e sviluppo sostiene la ricerca nel campo della traduzione e di altre tecnologie legate al linguaggio.

¹¹⁶ La Piattaforma permette ad esempio di collegare a distanza diversi auditori tramite un si-

lingual Translation Memory di cui sopra. Quest'ultima propone una raccolta terminologica multilingue dell'*acquis comunitario*, creata dal JRC di Ispra (Italia) e resa accessibile al pubblico dal 2007¹¹⁷. Non si tratta di un *software* per traduzioni, bensì di un *database* che racchiude ben duecentotrentuno combinazioni linguistiche e che viene utilizzato da specialisti del settore per conoscere il gergo giuridico comunitario in tutti gli idiomi ufficiali¹¹⁸. I termini ed i segmenti di frase tradotti e caricati (meglio noti come «*translation units*»¹¹⁹) agevolano ad esempio la creazione di sistemi statistici legati alle traduzioni e l'ideazione di *software* di controllo delle traduzioni. L'attività del JRC, che dal 1998 opera nel campo della tecnologia linguistica¹²⁰, mira a superare le barriere linguistiche, supportare la Commissione e le istituzioni degli Stati membri nella gestione ottimale dei flussi informativi, nonché promuovere strumenti di accesso all'informazione «*cross-lingual*». Un dispositivo parallelo (e molto simile dei criteri di classificazione) è rappresentato dal *JRC-Acquis*, raccolta multilingue di tutta la documentazione giuridica e giurisprudenziale¹²¹. Distribuito per finalità non commerciali e gestito dalla Commissione attraverso l'ufficio OPOCE (*Office for Official Publications*), esso è sostenuto da istituti accademici, quali la *Romanian Academy of Sciences*¹²² o il *Computational Linguistics Department (CIS)* dell'Università di Monaco¹²³. Lo studio del multilinguismo e delle sue potenzialità accomuna infatti molti atenei dell'Unione europea, che hanno inoltre accolto con grande entusiasmo *Europeana*, la prima grande Biblioteca digitale europea. La catalogazione digitale di oltre due milioni di opere persegue l'obiettivo di favorire l'accesso all'immenso patrimonio scientifico e culturale europeo. Il portale¹²⁴, inaugurato nel novembre 2008, mette a disposizione modalità di consultazione rigorosamente multilingue e presenta dettagliate linee guida per quanto concerne gli

stema di videoconferenza dotato di interpretazione simultanea.

¹¹⁷ Per informazioni dettagliate sulla *DGT Multilingual Translation Memory* si consulti il sito internet http://wt.jrc.it/lt/Acquis/DGT_TU_1.0/data/.

¹¹⁸ È opportuno ricordare che questo *database* tutela il diritto all'informazione dei cittadini europei. Ai sensi della decisione della Commissione n. 2006/292/Ce in *Gu-UE* n. L 107 del 20 aprile 2006, p. 38, si riconosce che l'*acquis communautaire* è di pubblico dominio e che tutta la documentazione della *Gazzetta Ufficiale dell'Unione europea* può essere riutilizzata liberamente dai cittadini.

¹¹⁹ I segmenti tradotti sono forniti dalla Direzione Generale Traduzioni della Commissione europea, che attinge in particolare dalla memoria Euramis (*European advanced multilingual information system*), contenente tutti i documenti dell'*acquis* comunitario.

¹²⁰ Per approfondimenti e indicazioni bibliografiche si consulti il sito internet <http://langtech.jrc.it>.

¹²¹ Il *database* contiene vocaboli, abbreviazioni e note in ventidue lingue comunitarie, per un totale di circa 57.217.002 termini per la versione italiana e di ben 62.100.432 termini per la versione francese.

¹²² Cfr. <http://www.racai.ro/>.

¹²³ Cfr. <http://www.cis.uni-muenchen.de/index.php>.

¹²⁴ Cfr. <http://www.europeana.eu/>.

orientamenti linguistici comunitari¹²⁵. La Biblioteca Digitale ben si inserisce ad esempio nel settore della formazione, della traduzione, dell'interpretariato e della ricerca, e stimola sempre maggiori sforzi per tutelare la posizione delle lingue europee sullo scenario internazionale, nonché per arricchire l'Unione europea di mezzi adeguati per l'apprendimento di lingue extra-europee¹²⁶. Si pensi ad esempio agli effetti occupazionali e sulla competitività economica, che trova innumerevoli consensi anche nello studio riguardante gli «Effetti sull'economia europea della scarsa conoscenza delle lingue straniere nelle imprese», promosso dal CILT (*UK National Centre for Languages*)¹²⁷. Sulla stessa linea di pensiero, il Master europeo di traduzione¹²⁸ risponde alle sempre maggiori esigenze di operatori economici ed istituzionali, che ricercano traduttori professionisti di alta qualità, in grado di utilizzare *software* e memorie di traduzione particolarmente sofisticate e tecniche sempre più computerizzate¹²⁹. Si affiancano inoltre abilità comunicative, sensibilità interculturale e continui interessi intellettuali, che completano il ruolo di «anatomista del testo»¹³⁰. Da non dimenticare è anche il concorso *Juvenes Translatores* della Direzione generale della Traduzione della Commissione, che premia ventisette traduttori (uno per Stato membro), selezionati accuratamente negli istituti scolastici dislocati in territorio comunitario. Il concorso summenzionato ed il Master europeo di Traduzione rappresentano due delle opportunità presentate dalla Commissione durante la ventisettesima edizione di *Expolangues*, che si è svolta a Parigi in gennaio 2009¹³¹. Alla manifestazione, durante la quale la

¹²⁵ In particolar modo, si garantisce la traduzione in tutte le lingue dell'Unione europea delle pagine di primo livello del portale, si promuove la rapidità di pubblicazione nel maggior numero di idiomi possibile, si tutela e si accoglie favorevolmente ogni attività di traduzione del materiale raccolto da parte delle istituzioni *partner* e si assicura la pubblicazione in inglese di tutte le informazioni tecniche e riguardanti la gestione del portale Europeana stesso. Seguendo le politiche adottate dall'Unione europea, il portale cerca inoltre di evitare il cosiddetto «*Language Mixing*» e di coordinare adeguatamente tutti gli strumenti di traduzione forniti.

¹²⁶ Basti pensare al sostegno che tale portale potrebbe garantire agli immigrati per una più semplice ed efficace integrazione, per incrementare il loro interesse verso le culture e tradizioni comunitarie e per trasmettere il patrimonio culturale del loro Paese d'origine.

¹²⁷ La ricerca mostra che l'insufficienza di competenze linguistiche nelle imprese è sovente causa di affari mancati.

¹²⁸ *European Master's in Translation (EMT)*.

¹²⁹ A partire da dicembre 2009 è istituita la rete EMT, marchio di qualità per programmi di traduzione a livello «*master*». Le università che la compongono e che forniscono i programmi di formazione per traduttori intendono promuovere un'istruzione di alta qualità, che amplierà gli orizzonti professionali e fornirà personale competente anche alle istituzioni pubbliche. Si svilupperanno perciò strumenti nel campo della fornitura dei servizi di traduzione che comprenderanno anche elementi come *marketing*, relazioni con i clienti, gestione degli aspetti finanziari, delle scadenze, della fatturazione. Accanto a competenze linguistiche e interculturali si svilupperanno capacità di riassumere testi, di reperire informazioni e stimolare sia competenze tecnologiche (strumenti di traduzione e terminologici, gestione di banche di dati, ecc...) che competenze tematiche (conoscenza in campi e applicazioni specializzate).

¹³⁰ Cfr. D. COSMAI, *Tradurre per l'Unione europea - Prassi, problemi e prospettive del multilinguismo comunitario dopo l'ampliamento a est*, cit. supra, nota 34, cap. II.

¹³¹ Cfr. <http://www.expolangues.fr/indexELgb.htm>.

Commissione ha partecipato come ospite d'onore, erano presenti oltre duecento *stand* appartenenti al settore. Il numero crescente di eventi¹³² conferma che la diversità linguistica è destinata a divenire una componente fondamentale nella vita dei cittadini, anche dal punto di vista politico¹³³. Una forte testimonianza emerge dalla crescente attenzione istituzionale in materia, come dimostrato dal vertice UE-India sulla promozione delle lingue, sul dialogo interculturale e sul multilinguismo, tenutosi nel 2008 a Marsiglia. Qui ha preso avvio un'intensa collaborazione internazionale ed il perfezionamento delle attività avviate nel medesimo anno nell'ambito dell'Anno europeo del dialogo interculturale. Esso ha inoltre supportato la conferenza di New Delhi (India) «*Multilingualism and Cultural Dialogue in Globalisation*» svoltasi nel dicembre 2008. Come sottolineato da Leonard Orban, l'India offre un'esperienza in materia di diversità unica al mondo, dalla quale l'Unione europea può trarre innumerevoli spunti. Basti pensare che in India vi è una popolazione di 1,1 miliardi di individui, si parlano ben ventinove lingue quali lingua madre da più di un milione di persone, centoventidue lingue con almeno diecimila parlanti e altre duecentotrentaquattro lingue parlate da popolazioni più ristrette; pertanto il territorio offre «un esempio senza pari di diversità etnica, socioculturale e religiosa»¹³⁴. La cooperazione con l'India ha portato ad una dichiarazione congiunta, firmata a New Delhi il 6 marzo 2009 dal Commissario europeo Leonard Orban e dal Ministro di Stato indiano Daggubati Purandeswari. Essa inaugura dibattiti e lo scambio di informazioni e pratiche riguardanti le tecnologie per l'apprendimento delle lingue, le potenzialità economiche e occupazionali connesse al settore, l'impatto delle lingue per la coesione sociale e la competitività internazionale, nonché gli aspetti squisitamente terminologici¹³⁵. La dichiarazione congiunta sollecita un confronto internazionale in materia e una totale a-

¹³² A titolo esemplificativo si cita anche la conferenza «Lingue romanze - traduzione, multilinguismo e costruzione europea», organizzata a Santiago di Compostela dal 12 al 13 marzo 2009 grazie al supporto della Direzione generale Traduzione della Commissione europea e della Rappresentanza di questa istituzione in Spagna. Temi centrali della conferenza sono il futuro comune delle lingue romanze nell'Unione europea e nel mondo, la valorizzazione della traduzione come strumento di mediazione linguistica, di cooperazione istituzionale e di collegamento culturale fra Europa e Mediterraneo, l'individuazione dei vantaggi comunicativi connessi alle somiglianze fra le lingue romanze, nonché la promozione di tavole rotonde riguardanti l'inter-comprensione, la didattica e le reti terminologiche comunitarie.

¹³³ Per ulteriori approfondimenti si veda M. GAZZOLA, *Multilingualism and the Economics of Language Policies*, Conferenza su: «Multilingualism and Intercultural Dialogue in Globalisation», New Delhi, 12 dicembre 2008.

¹³⁴ Cfr. http://ec.europa.eu/education/languages/news/news3134_en.htm. La Costituzione indiana dichiara l'hindi lingua ufficiale dell'Unione. L'inglese può essere usato a fini ufficiali e il Paese conta ventidue lingue regionali ufficiali. Questa grande diversità linguistica è ritenuta naturale dalla popolazione indiana e parte fondamentale della storia del loro paese.

¹³⁵ È curioso notare come l'Unione europea abbia scelto proprio l'India come «interlocutore privilegiato», soprattutto considerando che essa rappresenta da oltre due secoli il cuore di innumerevoli studi di linguistica comparativa e che il concetto medesimo di «Lingue indoeuropee», attorno al quale ruotano molti prestigiosi riferimenti bibliografici internazionali, trae origine appunto dalla fusione dei nomi delle due regioni estreme dell'area oggetto di ricerca, ossia l'Europa e l'India.

pertura verso l'esperienza dei Paesi extra-europei¹³⁶. Modulistica multilingue disponibile anche *on line* per la pubblica amministrazione, programmi televisivi e/o radiofonici con possibilità di scelta linguistica, siti internet dei principali quotidiani nazionali con pagine tradotte negli idiomi più diffusi e parlati dai cittadini, etichettature digitali che consentono di reperire informazioni dettagliate in più lingue sui prodotti: si tratta di alcuni esempi di modalità di incentivazione di una capillare ed armoniosa politica del multilinguismo di respiro internazionale.

Le lingue rispecchiano un patrimonio di inestimabile valore, retto da solidi pilastri quali il principio della dignità e della diversità linguistica: proprio per tali motivi la scelta di cooperare con l'India risulta particolarmente strategica e vantaggiosa, per trarre dall'esperienza indiana preziosi suggerimenti anche di taglio normativo. La Costituzione indiana infatti è densa di riferimenti al regime linguistico interno ed è aperta a nuovi «allargamenti» linguistici. Numerosi articoli delineano i profili linguistici che caratterizzano le comunicazioni fra Stati, istituzioni, corti di giustizia ed enti di vario genere e dimensione. Essi sottolineano che l'hindi è considerato lingua ufficiale (art. 343 Cost.) e che la Repubblica riconosce le lingue minoritarie. Tali articoli offrono utili spunti di riflessione e potranno stimolare maggiormente il confronto con altre esperienze extraeuropee ed internazionali. Ad esempio affiancando con soavità ai principi che reggono la sua struttura un raffinato e originale obiettivo, che compare nell'art. 70 della Costituzione svizzera: garantire la pace linguistica fra i popoli. Un concetto che trova nella Confederazione elvetica una curiosa applicazione di «federalismo linguistico» e che apre le porte a svariate riflessioni sulla necessità, a mio giudizio, di definire adeguatamente la voce «lingue dell'Unione europea» (riconoscendo e delineando con chiarezza a livello giuridico il concetto di lingue ufficiali, lingue facenti fede ai trattati, lingue procedurali, lingue di lavoro, lingue processuali, lingue ufficiali riconosciute dagli ordinamenti degli Stati membri, lingue regionali, lingue minoritarie, lingue maggioritarie e via dicendo) e perfezionando la costruzione di un *corpus* terminologico comunitario perfettamente uniforme da un punto di vista concettuale a tutti gli Stati membri, dotato di una precisa trasposizione linguistica in ogni lingua ufficiale ed elevato a pilastro identitario dell'Unione europea.

Roberta Bogni**

¹³⁶ Trasformando le lingue comunitarie in strumenti quotidiani di comunicazione e lavoro presso scuole, ospedali, enti pubblici e amministrativi, nel commercio, in campo artistico e culturale e nel mondo dei *mass-media*.

** Traduttrice specializzata in traduzioni giuridiche. L'A. collabora presso l'Istituto di Scienze Giuridiche dell'Informazione e della Comunicazione «A. Migliazza» dell'Università IULM di Milano, nell'ambito dei corsi di Diritto dell'Unione europea, Diritto internazionale, Organizzazione internazionale, Diritto dell'Informazione e Strumenti normativi UE per le arti.

RECENSIONI

Rocco Antonio Cangelosi, *Il ventennio costituzionale dell'Unione Europea. Testimonianze di un Diplomatico al servizio della causa europea*, (prefazione di Giorgio Napolitano), Venezia, Marsilio Editore, serie Idee d'Europa, 2009, pp. 1-306, € 16,00

La presente opera si inserisce nel filone della memorialistica diplomatica dedicata alla storia dell'idea di Europa, e fa seguito ad altre opere del genere relative ad esperienze di alti funzionari del Ministero degli Affari Esteri, reduci da missioni professionali di spiccata qualificazione testimoniate da ricordi personali, da commenti e riflessioni e dall'esposizione puntuale di documenti ufficiali di interi periodi dell'integrazione europea dell'ultimo cinquantennio. La fase messa sotto osservazione nel presente volume si riferisce ad un'epoca di "alta intensità" di eventi e di fenomeni, suscettibili di essere denominati ventennio costituzionale dell'Unione europea, in virtù del loro oggetto centrale rappresentato dal tentativo non riuscito di dare una Costituzione all'Europa. Con tale periodizzazione l'A. si occupa del processo politico diplomatico e giuridico sia interno che internazionale che va dal noto progetto di Trattato elaborato il 14 febbraio 1984 dal Parlamento europeo (c.d. progetto Spinelli) al corrispondente progetto di Trattato costituzionale approvato il 29 ottobre 2004 (c.d. Trattato di Roma che istituisce una Costituzione per l'Europa). L'ampiezza del processo sotto osservazione costituisce la caratteristica principale del volume e ne rappresenta il *trend* culturale ed intellettuale approfondito ed analizzato grazie ad un accorto dosaggio di elementi oggettivi e soggettivi, anche mediante opportuno rinvio al pensiero di altri autori citati nella ricca ed approfondita bibliografia finale comprensiva di note, citazioni e riferimenti (p. 293 ss.). In tal modo lo studio fornisce un im-

portante contributo a chi voglia occuparsi di un tema così complicato e controverso, nel quale l'A., già affermato e conosciuto per sue importanti opere precedenti, si muove con assoluta padronanza, ponendosi nella giusta distanza tra chi ritiene in modo avveniristico già preesistente una Costituzione unionistica-comunitaria, e chi viceversa la ritiene possibile solo al termine di un processo ancora incompiuto ed incompleto. Da diplomatico testimone privilegiato ed in parte anche operatore responsabile di grandi eventi del predetto ventennio il Nostro sembra piuttosto porsi nella linea di chi è al servizio non di un testo costituzionale "doppione" di Costituzioni nazionali, ultimo riflesso di miti romantici dello Stato costituzionale contemporaneo, bensì di un puro e semplice diritto costituzionale "esterno" dove ogni Stato non abbia difficoltà a condividere con altri più avanzate esperienze di cooperazione e di integrazione internazionale.

In merito alla data della sua pubblicazione si sottolinea che l'A. si è riservato una lunga pausa di riflessione dal 2005 al 2009, periodo nel quale si sono convulsamente agitate quasi in un groviglio inestricabile di carattere "neuro-costituzionale" speranze di una positiva conclusione del processo di ratifica del Trattato di Roma, insieme a delusioni per il fallimento di tale processo ed a rinnovate speranze a seguito dell'avvenuto rilancio del "Roma-Lisbona" grazie all'attuale Trattato del 13 dicembre 2007 poi entrato in vigore nel successivo 1° dicembre 2009.

L'opera sviluppa analiticamente la riflessione circa il venir meno dei presupposti costituzionali grazie ai quali una Costituzione avrebbe potuto ritenersi esistente non solo sotto il profilo formale e documentale ma anche sotto quello politico istituzionale per effetto del mai ottenuto consenso da parte dei popoli degli Stati membri ai progetti dei loro Governi. Constato il difetto di tale presupposto costituzionale più realisticamente il Trattato di Lisbona si è limitato a sviluppare il processo riformistico mediante un rinforzo ampio e considerevole dell'apparato di governo comune agli Stati membri in modo particolare nel campo nevralgico delle relazioni esterne all'Unione, fornendo una grande accelerazione agli organi di rappresentanza esterna dal Presidente dell'Unione all'Alto rappresentante per la politica estera, sicurezza, in parte della difesa, nonché ai correlati servizi comuni del servizio diplomatico europeo e delle missioni militari impegnati in un'attività di pace su fronti internazionale *out-of-area*. L'A. rende così realisticamente conto dell'avvenuta rimozione nel Trattato di Lisbona di tutti i simboli esterni capaci di caratterizzare una identità europea costituzionalmente rilevante a seguito della sparizione del vocabolario costituzionale.

Viceversa l'A. dà realisticamente atto del conseguito successo raggiunto non già dallo Stato costituzionale-comunitario bensì dallo Stato apparato di governo, garante e regolatore di servizi pubblici internazionali e di amministrazioni condivise a vantaggio dei popoli e dei cittadini dell'Unione e dei

suoi Stati membri, riproponendo così la formula del ventunesimo secolo come secolo della Costituzione amministrativa esterna dello Stato contemporaneo. Ne consegue come risultato finale un ragionevole "accordo di pace" tra le due tendenze del costituzionalismo europeo "strutturale" e "funzionale", fallito il primo dopo il ventennio costituzionale e salvaguardato il secondo lungo le migliori tradizioni dell'integrazione in Europa.

Ciò premesso l'opera si articola in diciotto capitoli di cui i primi quattro dedicati al periodo dall'Atto Unico europeo alla Dichiarazione di Laeken del dicembre 2001 sul futuro dell'Europa, mentre i dieci capitoli successivi sono dedicati al quadriennio "magico" che conduce al Trattato costituzionale di Roma per esaminarne insieme nelle ultime battute tutti gli esiti positivi e negativi. Tale ampia sistematica risulta profondamente innervata dall'analisi di tre documenti fondamentali tratti dagli atti parlamentari italiani e costituiti da altrettante Audizioni dinanzi alle Commissioni parlamentari competenti, cui l'Autore ha partecipato in virtù delle alte competenze professionali acquisite. Trattasi di atti documentali rispettivamente dell'8 novembre 2001 sul processo di allargamento in corso nell'Unione Europea alla vigilia della predetta dichiarazione di Laeken (capitolo IV, p. 49 ss.), nonché del 23 ottobre 2006 sull'esame della politica estera e di sicurezza dell'Unione dopo l'infelice esito del processo di ratifica del Trattato costituzionale (capitolo X, p. 153 ss.), nonché infine del 12 dicembre 2007 nel giorno immediatamente antecedente la raggiunta firma del Trattato di Lisbona (capitolo XIV, p. 215 ss.)

La sistematica dell'opera è altresì innervata da una serie di interessanti riflessioni dell'Autore risultanti dal testo di suoi interventi personali resi pubblici mediante saggi, articoli, commenti e conferenze lungo la doppia filiera del servizio alla causa europea e della intransigente salvaguardia degli interessi nazionali dell'Italia alla luce della scelta europea. Tale *file rouge* consente anche al volume interessantissime conclusioni nei cinque capitoli finali dedicati all'impatto di Lisbona o del post-Lisbona di fronte alla crisi economica internazionale dell'ultimo biennio 2008-2009. Aprendo importanti scenari interpretativi e di prospettazione di politica estera per il prossimo decennio l'A. rileva come l'apparato politico diplomatico messo in piedi a Lisbona serve a fronteggiare e a supportare la missione italiana derivante dal suo partenariato europeo rispetto all'esigenze di un vincolo esterno di una società internazionale così completamente cambiata a seguito dell'ingresso di nuovi protagonisti e antagonisti dello scenario mondiale: opinioni ben condivise dall'importante introduzione generale al volume scritta dal Presidente della Repubblica Giorgio Napolitano (p. 7-10) a suggello della straordinaria importanza del volume qui recensito.

Massimo Panebianco*

* Ordinario di Diritto Internazionale / Università degli Studi di Salerno.

Stefano Micossi - Gian Luigi Tosato (eds), *The European Union in the 21st Century Perspectives from the Lisbon Treaty*, (with an Introduction by Sabino Cassese), Bruxelles, CEPS (Centre for European Policy Studies), 2009, pp. 1-291, € 25,00

Questa importante opera collettanea intende segnare le prospettive cosmopolitiche dei prossimi decenni a partire dal recente Trattato di Lisbona, interpretato in senso non celebrativo, ma sistematico ricostruttivo non senza comprensibili profili critici sollevati dalle inquietudini economico-politiche dell'ultimo biennio. Trattasi di quindici contributi suddivisi in tre parti a cura di diciotto A. di estrazione accademica pura o accademico-istituzionale, come emerge dall'ampia presenza di A. già investiti o ancora incaricati di responsabilità sia a livello europeo, sia italiano (v. lista dei collaboratori alle p. 289-290). D'altra parte a marcare il carattere altamente politico del tema basterebbe la sola lista dei riferimenti bibliografici posta in fondo al contributo finale di uno dei due curatori G. L. Tosato dove compaiono citati scritti dei Presidenti della Repubblica Ciampi e Napolitano e dell'ex-Premier G. Amato, nonché del Giudice costituzionale S. Cassese, anteposto all'intero volume con un'interessante introduzione critica (p. 1-5). Ciò premesso, l'opera rende conto del nuovo Trattato di Lisbona, cui si attribuisce il merito di aver realizzato non un piccolo passo innanzi, ma importanti cambiamenti nella costruzione europea, ivi inclusi significativi accrescimenti delle politiche decise secondo il metodo comunitario, a testimonianza di un'ininterrotta validità dei trattati di base di oltre mezzo secolo fa. Peraltro senza nostalgia e atteggiamenti orgogliosi a sostegno del neo-diritto comunitario tutti gli A. ben rappresentano le novità di carattere istituzionale segnate da un insieme di fattori come la presidenza stabile chiamata a dare coerenza ed efficienza all'intero sistema, nonché la politica estera di sicurezza e di difesa, cui com'è noto è dedicata la maggior parte delle disposizioni del primo dei due accordi normalmente indicati con il nome unico di "Trattato di Lisbona". Dall'insieme di tali elementi, secondo un pensiero in un certo senso "unico" imputabile a i vari collaboratori, nel futuro dell'Unione è da immaginare maggior trasparenza, efficacia decisionale di risposta agli eventi e soprattutto un maggior rispetto dei limiti impliciti a tale potere secondo i noti criteri della sussidiarietà e proporzionalità.

Come già detto, l'opera si suddivide in tre parti, ciascuna rispettivamente di cinque contributi concernenti in senso multidisciplinare la connessione tra il contesto economico ed il "consenso" sociale (p. 9 ss.), le proiezioni internazionali del sistema europeo (p. 23 ss.), ed infine l'insieme dei suoi meccanismi istituzionali (p. 205 ss.). Ritengono gli A. che grazie al nuovo Trattato comunque l'Unione resti un soggetto ovvero un'entità in certa misura fluttuante, ancora alla ricerca del suo destino malgrado gli innegabili progressi istituzionali realizzati superando difficoltà ed ostacoli non lievi manifestatisi nell'ultimo decennio

preparatorio. A tale scopo viene segnalato il ruolo fondamentale esercitabile dalle forze politiche presenti nel Parlamento europeo come nei parlamenti nazionali, ritenute idonee ad attivare quei meccanismi preventivi di *early warning*, ovvero di allerta democratica, capaci di impedire insuccessi o sprofondamenti come quelli verificatisi a metà del decennio scorso in ordine ad alcune vicende referendarie nazionali concernenti i ben noti non realizzati progetti costituzionali. Di conseguenza il sistema, almeno nelle intenzioni dei riformatori lisboniani, si manifesta in grado di dimostrare una nuova abilità e capacità di risposta rispetto alle necessità degli Stati membri e dei loro cittadini, all'interno come all'esterno dei confini comunitari od unionistici. Detto più semplicemente, condividono l'idea che il contesto globale sia economico, che politico possa ricevere stabilità da una rinforzata Unione europea, così chiamata a divenire il "centro di gravità" della "governance del mondo" e relative strategie di decisione. Da segnalare a tale riguardo come ciascun contributo sia strettamente ed intimamente collegato alle referenze bibliografiche finali, dove compaiono tematiche, problematiche e prospettive di risoluzione degli ultimi decenni anche con riferimento al ruolo di altri soggetti rapidamente impostisi sullo scenario di vita internazionale, tra cui senz'altro il noto raggruppamento denominato G8-G14-G20, inteso come scenario di proiezione europea verso il Pacifico e gli altri Paesi emergenti.

Merito non irrilevante dell'opera e quella di aver forzato uno dei tabù storici del comunitarismo, come ordinamento unico ed inconfondibile e comunque terzo rispetto al diritto internazionale ed a quello costituzionale. Viceversa, in modo particolare nella parte terza del volume, si descrivono attentamente i processi di legittimazione democratica, nonché i relativi procedimenti di controllo dei *deficit* relativi sia a livello comunitario europeo, sia a livello parlamentare interno, sia nella base elettorale parlamentare di ciascun Paese.

Ciò premesso, comune conclusione ai vari contributi interdisciplinari di carattere economico, diplomatico e costituzionale, appare un nuovo equilibrio coeso tra legittimazione democratica nazionale e proiezione internazionale dell'Unione. In tal senso appare sotteso al pensiero dei vari A. l'idea dell'Unione europea come nazione globale o almeno di dinamiche europee globali, capaci di definirla in prospettiva come una nazione unica di nuovo tipo, aperta all'intero mondo. Trattasi, ovviamente, di previsioni non meramente ottimistiche contrapposte a quelle euroscettiche concorrenti.

A titolo finale occorre segnalare la spiccata importanza dell'opera qui recensita destinata a rimanere come testimonianza emblematica della letteratura dell'ultimo decennio e come messaggio significativo per gli sviluppi futuri dell'integrazione europea cui varie personalità accademico-istituzionali hanno senza dubbio giustapposto la firma della loro autorevolezza.

Massimo Panebianco

Volker Röben, *Außenverfassungsrecht*, Collana *Ius Publicum*, 160, Tübingen, Mohr Siebeck, 2007, pp. 1-565, € 109,00

L'opera qui recensita si inserisce nella lunga serie di importanti opere monografiche citate nella recente sentenza della Corte costituzionale tedesca del 30 giugno 2009, n. 182, spesso oggetto di incomprensioni e di rifiuti anche pregiudiziali, in forza della omessa valutazione di un *trend* dottrinale ormai collaudato nel mondo germanico euro-costituzionale ed euro-internazionale. Non a caso il volume contiene un importante allegato riproduttivo della legislazione più recente della Repubblica federale in materia di relazioni europee ed internazionali (p. 531 ss.), nonché una ricchissima bibliografia dell'ultimo ventennio (p. 543-565). A quest'ultima si deve l'elaborazione di un patrimonio di nozioni concettuali e di innovazioni terminologiche, poi tutte confluite nella sentenza predetta (*Stichwortverzeichnis*). Come ha giustamente rilevato la Corte nella sentenza *Lissabon*, la vera novità del testo di Röben consiste nel aver individuato un sistema giuridico articolato e complesso di relazioni costituzionali esterne dello Stato contemporaneo inteso come Stato aperto ("*Des offenen Staates*", p. 499 ss.). Come è noto, tali svolte dottrinali sono comuni anche ad altri Paesi del mondo occidentale, come ad esempio accade per il sistema costituzionale degli USA, cui l'A. dedica un'ampia attenzione (p. 516 ss.). Ovviamente, l'A. si mantiene prevalentemente radicato nell'ottica della tradizione costituzionale degli Stati europei e del relativo collegamento alla decisione nazionale e sovranazionale in materia, interessanti la Comunità universale degli Stati o di sue parti significative.

L'amplessima sistemática dell'opera, fondante le predette conclusioni si articola in sei parti, rispettivamente dedicate alle premesse internazionali e costituzionali, nonché alle loro possibili collisioni o disarmonie risolvibili nell'ottica di un coordinamento ordinamentale, dove il ruolo primario spetta alternativamente all'uno o all'altro settore giuridico (capitoli 1-3, p. 49-219). Viceversa, i rimanenti capitoli sono dedicati alla triade dei grandi settori in cui più propriamente si manifesta la trasformazione subita dallo Stato contemporaneo nel campo delle sue relazioni esterne, e cioè più precisamente la sicurezza e la difesa esterna, l'uropeizzazione ed i diritti fondamentali. Non sfugge ad alcuno come in virtù di tale impostazione settori tradizionalmente giuspubblicistici vengano riuniti all'interno di una nozione unitaria e come la stessa disciplina dei diritti fondamentali, così importanti nello Stato contemporaneo, finisca per perdere quei connotati individualistici e personalistici, normalmente loro assegnati in una visione eccessivamente autonomistica e talora ininfluente. Passando ad un'analisi più dettagliata si osserva come il punto di partenza dell'opera sia dedicato alle trasformazioni subite dallo Stato contemporaneo nell'ambito della nuova Comunità internazionale, in termini di diritto e di organizzazione, ma anche di regole convenzionali e non

convenzionali e soprattutto di regimi unilaterali spesso asimmetrici, ma comunque ben radicati nel cuore stesso dell'ordinamento attuale. Ciò premesso, l'A. rileva come, accanto alle funzioni classiche dello Stato ed ai suoi scopi di semplice coordinamento e cooperazione rispetto agli altri Stati, stia emergendo quale categoria generale e polivalente una terza e fondamentale funzione di "integrazione", sistematicamente esplorata nei tre settori prescelti della sicurezza esterna, dell'unificazione euro-nazionale e dei diritti fondamentali. Resta soluzione di specie quella finalizzata ad esaminare quale ruolo residuo o complementare sia riservato in modo esclusivo alle Costituzioni nazionali, cui comunque compete il saldo ancoraggio al primo anello della catena della "legittimazione democratica" da cui deriva la piena legalità di ogni decisione, sia individuale, sia collettiva.

In sede di sommaria conclusione è possibile segnalare il ribaltamento compiuto, sia rispetto alle tradizioni monistiche del secolo scorso, sia a quelle più propriamente dualistiche. L'A. non esclude che la partecipazione alla vita internazionale ed europea sia sostanzialmente affidata alla legittimazione proveniente dalle Costituzioni nazionali, nonché alla necessaria utilizzazione delle strutture interne, parlamentari, governative e giurisdizionali. Ma tanto non lo induce ad una visione internistica o strutturale di sostanziale predominio degli Stati come "padroni" dei trattati e dell'intero diritto internazionale. Né tantomeno lo avvia ad una soluzione esternalistica, ancorata ad una scelta di campo aprioristica in favore del primato quasi "religioso" o "teologico" del diritto euro-internazionale rispetto a quello nazionale. Egli sostiene, invece, che tale rapporto debba essere guidato *pari passu* secondo le nuove finalità dello Stato contemporaneo, di cui sono interpreti per la pace e la giustizia, come per la democrazia e l'integrazione, sia gli apparati costituzionali, sia le strutture democratiche di maggioranza e di opposizione, unitamente ai cittadini singoli ed associati come protagonisti e strumenti di garanzia della nuova statualità internazionalmente integrata. Nel complesso, quella recensita resta un'opera fondamentale e frutto di una vera e propria *leadership* nel settore degli studi giuridici europei ed internazionali, dominata con assoluta padronanza della materia e formulata con una ricchezza di innovazioni terminologiche, largamente inusuali in altre dottrine nazionali, e con risultati costruttivi capaci di superare le visioni strutturalistiche-interniste normalmente contestate alla dottrina giuridica di lingua tedesca come vera e propria "deformazione" dell'attuale diritto internazionale.

Massimo Panebianco

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*

TIZIANA BIANCHI, *Dirigente l'Ufficio Relazioni Internazionali e Comunitarie dell'Autorità Vigilanza Contratti Pubblici*

ROBERTA BOGNI, *Traduttrice specializzata in traduzioni giuridiche; collabora con l'Istituto di Scienze Giuridiche dell'Informazione e della Comunicazione «A. Migliazza» / Università IULM di Milano*

FAUSTO CAPELLI, *Direttore della Rivista*

FEDERICO FORNI, *Dottorando in Diritto dell'Unione europea / Università degli Studi di Bologna*

GIUSEPPE LICASTRO, *Dottore in giurisprudenza / Università degli Studi "Mediterranea" di Reggio Calabria*

SILVIA MARINO, *Assegnista di ricerca / Università dell'Insubria*

MASSIMO PANEBIANCO, *Ordinario di Diritto Internazionale / Università degli Studi di Salerno*

LORENZA PONZONE, *Dirigente l'Ufficio per la Regolazione dell'Autorità Vigilanza Contratti Pubblici*

VITO RUBINO, *Ricercatore di Diritto dell'Unione europea / Università degli Studi del Piemonte Orientale*

ARTICOLI

LA CORTE DI GIUSTIZIA, IN VIA INTERPRETATIVA, ATTRIBUISCE ALL'UNIONE EUROPEA UNA COMPETENZA ESCLUSIVA IN MATERIA DI RICONOSCIMENTO DELLE DENOMINAZIONI DI ORIGINE E DELLE INDICAZIONI GEOGRAFICHE PROTETTE, RIFERITE AI PRODOTTI AGROALIMENTARI, MEDIANTE LA SENTENZA *BUD II* MOTIVATA IN MODO AFFRETTATO, CONTRADDITTORIO E PER NULLA CONVINCENTE

Sommario: **I.** Osservazioni introduttive - **II.** Tutela della qualità dei prodotti agroalimentari. Evoluzione della normativa comunitaria - **III.** La giurisprudenza della Corte di giustizia sulla qualità dei prodotti agroalimentari - **1.** Premessa - **2.** Analisi delle sentenze della Corte di giustizia pronunciate prima dell'entrata in vigore della normativa europea sulle denominazioni di origine e sulle indicazioni geografiche (Regolamento Cee n. 2081/92) - **A.** Le sentenze pronunciate sia sulla legittimità dell'impiego di denominazioni riservate a determinati prodotti agroalimentari, sia sulla legittimità dell'impiego, per alcuni prodotti agroalimentari, di denominazioni in qualche modo collegate al loro rispettivo territorio di origine o alla loro provenienza- **a.** La sentenza «Sekt» e «Weinbrand» - **b.** La sentenza «Eggers» - **c.** La sentenza «Edam» - **d.** La sentenza «Exportur» - **B.** Le sentenze su alcuni prodotti con caratteristiche qualitative particolari - **a.** La sentenza sulle caratteristiche qualitative dei formaggi olandesi - **b.** La sentenza «Smanor» sullo yogurt - **C.** Considerazioni critiche di sintesi - **3.** Analisi delle sentenze della Corte di giustizia pronunciate dopo l'entrata in vigore della normativa europea sulle denominazioni di origine e sulle indicazioni geografiche (Regolamento Cee n. 2081/92, successivamente sostituito dal Regolamento Ce n. 510/2006) - **A.** Le sentenze più significative - **a.** La sentenza «Pistre» - **b.** La sentenza «Epoisses de Bourgogne» - **c.** La sentenza «Warsteiner» - **d.** La sentenza sui marchi regionali francesi - **e.** La sentenza Bud II - **B.** Alcune considerazioni preliminari sulla sentenza Bud II - **IV.** Considerazioni giuridiche sulla sentenza Bud II - **I.** Le conclusioni dell'Avvocato Generale Colomer - **a.** Analisi degli argomenti sviluppati nelle conclusioni - **b.** Considerazioni giuridiche e valutazioni critiche - **2.** Le motivazioni della sentenza Bud II della Corte di giustizia - **a.** La

posizione della Corte di giustizia - b. La posizione del legislatore comunitario - V. Valutazioni finali e conclusive - 1. Premesse - La problematica dei marchi e delle indicazioni geografiche - 2. Considerazioni critiche - 3. Conclusioni.

I. Osservazioni introduttive

Avendo ben presenti la particolarità e la complessità delle questioni relative all'applicazione della disciplina sulle denominazioni di origine e sulle indicazioni geografiche concernenti i prodotti agroalimentari, abbiamo sempre pensato, parafrasando la saggezza racchiusa nel celebre aforisma di *Clemenceau*¹, che la ripartizione delle competenze tra l'Unione europea e gli Stati membri, in tale materia, fosse un problema troppo serio per poterne affidare la soluzione ad una sentenza interpretativa della Corte di giustizia².

Abbiamo però dovuto constatare che, purtroppo, ciò è avvenuto con la sentenza pronunciata l'8 settembre 2009 nella causa *Budvar c. Ammersin*³ (*Bud II*), che ha attribuito all'Unione europea la competenza esclusiva in materia di riconoscimento delle denominazioni di origine e delle indicazioni geografiche riferite ai prodotti agroalimentari.

La sentenza è stata pronunciata in un procedimento pregiudiziale al quale hanno partecipato la *Repubblica Ceca* e la *Grecia*, ma nel quale nessuno degli Stati membri, depositari della memoria storica in tale materia, come la *Francia* e l'*Italia*, è intervenuto per dar vita ad un effettivo dibattito, in contraddittorio con tutte le altre parti del procedimento, su un problema di così grande rilevanza sotto il profilo giuridico-istituzionale oltre che sotto il profilo politico-economico.

¹ La celebre massima di *G. Clemenceau*, intesa a dimostrare che i problemi importanti e complessi non devono essere affrontati e risolti dai soli addetti ai lavori, in quanto richiedono l'intervento di competenze più ampie, è così formulata: «*La guerre! C'est une chose trop grave pour la confier à des militaires*».

² Nelle cause rimesse alla Corte di giustizia in via pregiudiziale, nelle quali sussiste soltanto la possibilità di presentare in giudizio un'unica memoria, difficilmente si instaura un vero contraddittorio fra le parti del procedimento. Per di più, ai procedimenti pregiudiziali non sempre partecipano gli Stati membri che avrebbero interesse a sostenere una posizione diversa rispetto a quella sostenuta da alcune delle parti presenti nel giudizio. Emblematico è il caso risolto con la sentenza *Bud II*, qui commentata, che è stato affrontato e discusso con la partecipazione di due soli Stati membri (la Repubblica Ceca e la Grecia), i quali, per di più, non avevano alcun interesse a contrastare le tesi sostenute dalla Commissione europea e dall'Avvocato Generale nel corso del giudizio. Ma su questi aspetti ci soffermeremo nel testo dell'articolo.

³ Cfr. sentenza della Corte di giustizia dell'8 settembre 2009 in causa n. C-478/07, *Budějovický Budvar c. Rudolf Ammersin GmbH*, ancora inedita. La sentenza è pubblicata in questa *Rivista*, 2010, p. 241 ss., con commento di V. RUBINO, *Indicazioni geografiche indirette e denominazioni di origine dei prodotti alimentari nella sentenza "Bud II"*, p. 255 ss. Cfr. inoltre il commento di F. GENCARELLI, *Il caso «Budweiser»: competenze comunitarie e nazionali in materia di indicazioni geografiche di prodotti alimentari*, *DGAAA*, n. 4, 2010, p. 237 ss.

Ci proponiamo quindi di dar vita, con il presente articolo, al contraddittorio che è completamente mancato nel predetto procedimento, in omaggio, se non altro, alla saggia lucidità della massima antica: "*Audiat et altera pars*"⁴.

II. Tutela della qualità dei prodotti agroalimentari. Evoluzione della normativa comunitaria

La Comunità europea, per molti anni, non si è mai occupata, in modo specifico, della qualità dei prodotti agroalimentari.

Di contro, negli Stati membri fondatori della Comunità, la composizione, la presentazione e la qualità dei prodotti agroalimentari risultavano sottoposte da tempo a discipline specifiche che in alcuni Stati, come la Francia e l'Italia, hanno svolto un ruolo molto importante, divenendo un modello al quale si è successivamente ispirata la stessa disciplina dell'Unione europea⁵.

Le discipline nei vari Paesi membri erano però diverse e quindi creavano occasioni di conflitti e controversie.

Quando la Comunità ancora non esisteva, è ovvio, ad esempio, che il fabbricante italiano di un prodotto alimentare destinato ad essere venduto in un altro Paese europeo, doveva adattarsi alle regole di quest'ultimo Paese (di destinazione) sia per quanto riguarda la composizione e l'etichettatura del prodotto, sia per quanto riguarda la sua denominazione e il suo confezionamento, perché ciascun Stato, in casa propria, era sovrano nella scelta delle disposizioni da applicare e, quindi, tutto dipendeva dall'interesse che ciascun Stato dimostrava per ogni specifico prodotto.

In Francia, come in Italia, sono sempre esistite normative molto particolari in materia di prodotti alimentari disciplinanti tutto quello che poteva essere importante, ivi compresa la «qualità» del prodotto, intesa come l'insieme delle caratteristiche qualitative anche legate all'origine geografica del prodotto medesimo.

Pertanto, quando la Comunità europea ha cominciato a funzionare, ci si accorse che sorgevano problemi difficili da superare proprio per il differente approccio seguito nei vari Stati membri. Occorreva quindi trovare una soluzione, possibilmente nell'ambito del processo di armonizzazione delle legislazioni nazionali applicabili.

Infatti, in presenza di regolamentazioni nazionali discordanti, non solo con riferimento alla produzione, alla denominazione, alla composizione e alla presentazione sul mercato dei prodotti agroalimentari, ma anche con rife-

⁴ Cfr. *Digesto*, 48, 17, 1.

⁵ Si intende far riferimento non soltanto alle normative nazionali disciplinanti l'origine o la provenienza geografica dei prodotti agroalimentari, ma anche alle normative volte a disciplinare le caratteristiche qualitative dei prodotti medesimi.

rimento alle loro caratteristiche qualitative, la Comunità europea si era resa conto, agli inizi, della necessità di dover procedere ad una armonizzazione di tali regolamentazioni, essenzialmente allo scopo di eliminare i punti di divergenza esistenti che finivano per creare ostacoli effettivi alla libera circolazione dei prodotti nell'area comunitaria.

La Commissione europea ha quindi cercato di imporre la soluzione che, a prima vista, appariva più semplice, vale a dire: adottare una direttiva ogni volta che si dovevano armonizzare leggi nazionali divergenti per ogni specifico prodotto alimentare. Una volta armonizzate le leggi relative ad un determinato prodotto, ogni problema concernente quel prodotto doveva ritenersi risolto.

Procedendo in questa direzione, la Commissione aveva quindi cercato, nel 1968, di disciplinare in modo uniforme, mediante una direttiva comunitaria, ad esempio, la produzione delle paste alimentari, proponendo addirittura la "ricetta" italiana della pasta prodotta soltanto con il grano duro⁶. Se fosse stato accolto questo principio, il problema sarebbe stato agevolmente risolto. Ma così non è stato, perché in caso di armonizzazione delle legislazioni nazionali poteva essere utilizzato, nel passato, unicamente l'art. 100 del Trattato di Roma che prevedeva l'unanimità dei consensi degli Stati membri: obiettivo quasi impossibile da raggiungere. Bastava infatti l'opposizione di un singolo Stato membro per bloccare qualunque tipo di proposta. Risultato: non si è fatto niente, anzi pochissimo. Pochi prodotti, infatti, sono stati disciplinati mediante una direttiva verticale, mediante regole, cioè, volte a stabilire con precisione come si produce un determinato prodotto, quali sono i suoi ingredienti, come deve essere denominato e presentato sul mercato etc. Solo alcuni prodotti, quindi, come i succhi di frutta⁷, le marmellate⁸, il latte condensato⁹, il miele¹⁰, le acque minerali¹¹ e, da ultimo, il cioccolato¹², risultano, in definitiva, assoggettati a direttive di armonizzazione verticale in tutta l'Unione euro-

⁶ Cfr. la proposta di direttiva della Commissione, in *Guce* n. C 136 del 1968.

⁷ Direttiva n. 2001/112/Ce del Consiglio, del 20 dicembre 2001, concernente i succhi di frutta e altri prodotti analoghi destinati all'alimentazione umana, in *Guce* n. L 10 del 12 gennaio 2002, p. 58 ss.

⁸ Direttiva n. 2001/113/Ce del Consiglio, del 20 dicembre 2001, relativa alle confetture, gelatine e marmellate di frutta e alla crema di marroni destinate all'alimentazione umana, in *Guce* n. L 10 del 12 gennaio 2002, p. 67 ss.

⁹ Direttiva n. 2001/114/Ce del Consiglio, del 20 dicembre 2001, relativa a taluni tipi di latte conservato parzialmente o totalmente disidratato destinato all'alimentazione umana, in *Guce* n. L 15 del 17 gennaio 2002, p. 19 ss.

¹⁰ Direttiva n. 2001/110/Ce del Consiglio, del 20 dicembre 2001, concernente il miele, in *Guce* n. L 10 del 12 gennaio 2002, p. 47 ss.

¹¹ Direttiva n. 80/777/Cee del Consiglio, del 15 luglio 1980, in materia di ravvicinamento della legislazione degli Stati Membri sull'utilizzazione e la commercializzazione delle acque minerali naturali, in *Guce* n. L 229 del 30 agosto 1980, p. 1 ss., ora abrogata dalla direttiva n. 2009/54/Ce del 18 giugno 2009 (versione consolidata), in *Gu-Ue* n. L 164 del 26 giugno 2009, p. 45 ss.

¹² Direttiva n. 2000/36/Ce del Parlamento europeo e del Consiglio, del 23 giugno 2000, relativa ai prodotti di cacao e di cioccolato destinati all'alimentazione umana, in *Guce* n. L 197 del 3 agosto 2000, p. 19 ss.

pea¹³. Per la stragrande maggioranza dei prodotti alimentari, invece, non è stato possibile raggiungere alcuna soluzione armonizzata (mediante direttive verticali) per cui occorre continuare ad osservare le regole applicabili nel Paese di destinazione.

Le sole direttive, riguardanti i prodotti agroalimentari che la Comunità è stata invece in grado di adottare sono state le direttive cosiddette orizzontali, come ad esempio la direttiva sull'etichettatura dei prodotti alimentari¹⁴ e la direttiva sugli additivi¹⁵, sulle quali è stato possibile raggiungere l'unanimità dei consensi degli Stati membri in quanto, essendo applicabili indistintamente a tutti i prodotti alimentari, ne agevolavano la circolazione all'interno del mercato europeo.

L'impossibilità di trovare una soluzione in via "normativa" ha reso necessario l'intervento della Corte di giustizia di Lussemburgo che, come è noto, ha risolto il problema in via "giurisprudenziale", mediante la celebre sentenza sul *Cassis de Dijon* pronunciata alla fine degli anni '70¹⁶.

III. La giurisprudenza della Corte di giustizia sulla qualità dei prodotti agroalimentari

1. PREMESSA

La sentenza sul "*Cassis de Dijon*", richiamata al termine del precedente paragrafo, che ha permesso alla Corte di giustizia di affermare, come è noto, il principio del "*mutuo riconoscimento*", ha esercitato un notevole impatto nell'ordinamento comunitario così da rendere possibile, come sappiamo, la soppressione di numerose regole e disposizioni nazionali degli Stati membri sicuramente discriminatorie, o protezionistiche, o irragionevoli o, comunque, sproporzionate.

¹³ Ovviamente i riferimenti sopra riportati nelle note da 7 a 12 sono relativi alle direttive attualmente vigenti che hanno modificato ed abrogato quelle in precedenza adottate.

¹⁴ Direttiva n. 2000/13/Ce del Parlamento europeo e del Consiglio, del 20 marzo 2000, relativa al ravvicinamento delle legislazioni degli Stati membri concernenti l'etichettatura e la presentazione dei prodotti alimentari, nonché la relativa pubblicità, in *Guce* n. L 109 del 6 maggio 2000, p. 29 ss. che ha abrogato la direttiva n. 79/112/Cee (*Guce* n. L 33 dell'8 febbraio 1979, p. 1).

¹⁵ Direttiva n. 95/2/Ce del Parlamento europeo e del Consiglio, del 20 febbraio 1995, relativa agli additivi alimentari diversi dai coloranti e dagli edulcoranti, in *Guce* n. L 61 del 18 marzo 1995, p. 1, ora abrogata e sostituita dal Regolamento (Ce) n. 1333/2008, del Parlamento europeo e del Consiglio, del 16 dicembre 2008, relativo agli additivi alimentari, in *Gu-Ue* n. L 354 del 31 dicembre 2008, p. 16 ss.

¹⁶ Sentenza della Corte del 20 febbraio 1979 in causa n. 120/78, *Rewe-Zentral AG c. Bundesmonopolverwaltung für Branntwein*, in *Raccolta*, 1979, p. 649. Cfr. i commenti di J.-C. MASCLÉ, *Les articles 30, 36 et 100 du traité CEE à la lumière de l'arrêt "Cassis de Dijon"*, in *Rev. trim. dr. eur.*, 1980, p. 611 ss.; L. COSTATO, *Sull'interpretazione dell'art. 30 del Trattato CEE*, in *Riv. dir. agr.*, 1981, II, p. 26 ss.; L. GORMLEY, *Cassis de Dijon and the Communication from the Commission*, in *EL Rev.*, 1981, p. 454 ss.; A. MATTERA RICIGLIANO, *La sentenza Cassis de Dijon: un nuovo indirizzo programmatico per la realizzazione definitiva del mercato comune*, in questa *Rivista*, 1981, p. 273 ss.

La sentenza sul "*Cassis de Dijon*" e le altre sentenze della Corte di giustizia che ne hanno seguito l'indirizzo e le finalità¹⁷, hanno in effetti costretto diversi Stati membri ad eliminare o a modificare numerose regolamentazioni nazionali effettivamente limitative della libera circolazione delle merci perché di ostacolo alla loro commercializzazione all'interno del mercato europeo, indipendentemente dal tipo di ostacoli che tali regolamentazioni creavano.

In estrema sintesi, dalla casistica è emerso che gli ostacoli creati dalle regolamentazioni nazionali potevano essere motivati da ragioni di natura sanitaria, oppure da ragioni di natura economico-commerciale oppure, infine, da ragioni di natura amministrativa¹⁸.

In particolare, tra gli ostacoli motivati da ragioni di natura economico-commerciale rientrano anche quelli creati dalle denominazioni collegate alla provenienza geografica dei prodotti che sono state prese in considerazione dalla Corte di giustizia in alcune sentenze pronunciate negli anni '70 e '80, prima dell'applicazione della specifica disciplina adottata in sede comunitaria in tale materia.

Più precisamente, le sentenze della Corte di giustizia appartenenti a questa categoria che qui interessano, pronunciate prima dell'entrata in vigore della normativa europea sulle denominazioni di origine e sulle indicazioni geografiche (Regolamento Cee n. 2081/92) sono quelle che hanno deciso: (A) questioni riguardanti sia la legittimità dell'impiego di denominazioni riservate a determinati prodotti agroalimentari, sia la legittimità dell'impiego, per alcuni prodotti agroalimentari, di denominazioni in qualche modo collegate al loro rispettivo territorio di origine o alla loro provenienza nonché (B) questioni riguardanti le caratteristiche qualitative di specifici prodotti agroalimentari.

Queste sentenze saranno in prosieguo brevemente esaminate allo scopo di inquadrare la materia, rendendo quindi possibile il successivo esame della giurisprudenza della Corte di giustizia pronunciata in materia di tutela delle denominazioni di origine e delle indicazioni geografiche dei prodotti agroalimentari alla luce della normativa europea contenuta nel Regolamento Cee n. 2081/92 e, da ultimo, nel Regolamento Ce n. 510/2006, attualmente in vigore.

¹⁷ F. CAPELLI, *I malintesi derivanti dalla sentenza sul Cassis de Dijon*, in questa *Rivista*, 1981, p. 566 ss.; A. NOVERO - G. ANDREIS, *Riflessioni in merito alle recenti sentenze della Corte di giustizia della CEE in relazione agli art. 30, 36 e 100 del Trattato di Roma*, in *Rass. dir. tecn. alim.*, 1980, *suppl.* n. 5-6, p. 331 ss.; R. DETTORI, *In merito alla sentenza "Cassis de Dijon"*, in *Rass. dir. tecn. alim.*, 1980, *suppl.* n. 5-6, p. 336 ss.; A. MATTERA, *Nota informativa ed interpretazione sulla sentenza "Cassis de Dijon"*, in *Rass. dir. tecn. alim.*, 1980, *suppl.* n. 5-6, p. 342 ss.; D. WYATT, *Article 30 EEC and Non-Discriminatory Trade Restrictions*, in *EL Rev.*, 1981, p. 185 ss.; A. DASHWOOD, *Cassis de Dijon. A Major Step in the Liberalisation of Trade*, in *European Intellectual Property Review*, 1981, p. 268 ss. G. CAVANI - G. GHIDINI, *Una sentenza pilota ("Cassis de Dijon") in tema di ostacoli alla libera circolazione delle merci*, in *Riv. dir. comm.*, 1981, I, p. 197 ss.

¹⁸ Cfr. F. CAPELLI, *La libera circolazione dei prodotti alimentari nel mercato unico europeo*, in questa *Rivista*, 1993, p. 7 ss.

2. ANALISI DELLE SENTENZE DELLA CORTE DI GIUSTIZIA PRONUNCIATE PRIMA DELL'ENTRATA IN VIGORE DELLA NORMATIVA EUROPEA SULLE DENOMINAZIONI DI ORIGINE E SULLE INDICAZIONI GEOGRAFICHE (REGOLAMENTO CEE N. 2081/92)
 - A. *Le sentenze pronunciate sia sulla legittimità dell'impiego di denominazioni riservate a determinati prodotti agroalimentari, sia sulla legittimità dell'impiego, per alcuni prodotti agroalimentari, di denominazioni in qualche modo collegate al loro rispettivo territorio di origine o alla loro provenienza*

Le sentenze a nostro parere più significative, appartenenti a questo gruppo, sono quattro.

a. La sentenza «Sekt» e «Weinbrand»

La prima in ordine di tempo è la nota sentenza del 20 febbraio 1975 emessa nella causa «Sekt» e «Weinbrand»¹⁹ che ha posto termine ad un procedimento di infrazione, avviato dalla Commissione europea contro la Germania, con la quale la Corte di giustizia ha accertato l'illegittimità della normativa tedesca che pretendeva di riservare la denominazione «Sekt» e la denominazione «Weinbrand», rispettivamente, al solo spumante e al solo distillato di vino prodotti in Germania.

Poiché la normativa tedesca riservava le predette denominazioni ai soli prodotti nazionali, pur se gli stessi non possedevano caratteristiche qualitative tali (collegabili, ad esempio, ad un territorio di origine o ad una specifica zona di provenienza) da renderli diversi dai prodotti concorrenti provenienti dagli altri Paesi della Comunità, la Corte di giustizia ha considerato le disposizioni della predetta normativa come misure di effetto equivalente a restrizioni quantitative all'importazione dichiarandole in contrasto con le norme del Trattato sulla libertà di circolazione delle merci (art. 30 del Trattato Cee allora vigente, successivamente divenuto art. 28 del Trattato Ce ed ora art. 34 del TFUE).

In particolare, al punto n. 6 della sentenza, la Corte di giustizia fa riferimento all'art. 2, n. 3, lett. (s), della direttiva Cee n. 70/50²⁰ secondo cui devo-

¹⁹ Sentenza della Corte di giustizia del 20 febbraio 1975 in causa n. 12/74, *Commissione c. Repubblica federale di Germania*, in *Raccolta*, 1975, p. 181 ss. Cfr. i commenti di G. MARENCO, *I termini "Sekt" e "Weinbrand" non sono riservati ai prodotti tedeschi*, in questa *Rivista*, 1975, p. 358 ss.; D. WYATT, *Free Movement of Goods and Indications of Origin*, in *The Modern Law Review*, 1975, p. 679 ss.

²⁰ Direttiva n. 70/50/Cee della Commissione, del 22 dicembre 1969, che trova la sua fonte normativa nel disposto dell'art. 33 par. 7, del Trattato, relativa alla soppressione delle misure d'effetto equivalente a restrizioni quantitative non contemplate da altre disposizioni prese in virtù del Trattato CEE, in *Guce* n. L 13 del 19 gennaio 1970, p. 29 ss. Cfr. L. DANIELE, *Le restrizioni quantitative e le misure d'effetto equivalente nella giurisprudenza della Corte di Giustizia*, in *Riv. dir. eur.*, 1984, p. 147 ss.; G. MARENCO, *La giurisprudenza comunitaria sulle misure di effetto equivalente a una restrizione quantitativa (1984-1986)*, in *Foro it.*, 1988, IV, c. 166 ss.; S. AMADEO,

no essere considerate «*misure di effetto equivalente a restrizioni quantitative all'importazione*» quelle che: «*riservano ai soli prodotti nazionali denominazioni che non costituiscono né denominazioni di origine né indicazioni di provenienza*».

Al successivo punto n. 7 della sentenza, la Corte, per la prima volta, chiarisce quali requisiti devono possedere le denominazioni dei prodotti agroalimentari per poter essere legittimamente tutelate da una normativa nazionale adottata da uno Stato membro.

Precisano infatti il secondo e il terzo capoverso del punto n. 7 della sentenza che:

«Nella misura in cui le predette denominazioni sono giuridicamente tutelate, esse devono giustificare tale protezione, cioè apparire necessarie non solo per difendere i produttori interessati dalla concorrenza sleale, ma altresì per impedire che i consumatori siano tratti in inganno da indicazioni fallaci. La loro ragion d'essere consiste precisamente nel designare un prodotto che possiede in effetti qualità e caratteristiche intimamente connesse alla zona di provenienza.

Per quanto riguarda più specificamente le indicazioni di provenienza, il collegamento con la zona geografica d'origine deve poter evocare una qualità e caratteristiche tali da consentire una precisa individuazione del prodotto».

Come si vede, per la prima volta la Corte di giustizia traccia un collegamento tra la qualità di un prodotto agroalimentare e la zona geografica di provenienza del medesimo, riconoscendo che, nel caso in cui tale collegamento venisse provato, la denominazione che designa il prodotto potrebbe essere tutelata sulla base delle norme del Trattato che proteggono i diritti di proprietà industriale e commerciale (art. 36 del Trattato Cee allora applicabile, divenuto in seguito art. 30 del Trattato Ce ed ora art. 36 TFUE).

Per quanto riguarda la fattispecie della causa «*Sekt*» e «*Weinbrand*» qui esaminata, la Corte ha escluso la possibilità di invocare le norme appena richiamate affermando, al primo capoverso del punto n. 15 della sentenza, che:

«Una volta negata alle denominazioni «Sekt» e «Weinbrand» la natura di indicazioni di provenienza, viene a cadere la possibilità di giustificare le disposizioni controverse con riferimento all'art. 36 del trattato, invocando motivi di tutela della proprietà industriale o commerciale».

Ne consegue, pertanto, che nel caso in cui uno Stato membro fosse in grado di dimostrare che la denominazione di un determinato prodotto appare giustificata dal legame esistente tra le caratteristiche qualitative del medesimo e la zona geografica da cui esso proviene, in tal caso detto Stato membro po-

Novità in tema di divieto di misure di effetto equivalente. Cause No. 267/91 e No. 268/91, 24 novembre 1993, Procedimento penale a carico di B. Keck e D. Mithouard, in questa Rivista, 1994, p. 665 ss. nonché C. NOVI, Le misure di effetto equivalente nella giurisprudenza comunitaria recente, Giust. civ., 1995, n. 3, p. 107 ss.

trebbe proteggere tale denominazione in base alle norme poste a tutela dei diritti di proprietà industriale e commerciale (*rectius: intellettuale*).

La stessa Corte di giustizia, al primo capoverso del punto n. 16 della sentenza qui esaminata, ammette chiaramente la competenza degli Stati membri a legiferare in materia di «*indicazioni di provenienza*» nel rispetto dei limiti fissati dalle norme del Trattato. Precisa infatti la Corte di giustizia, al punto citato, che: «*il Trattato non limita, in effetti, la competenza legislativa spettante agli Stati membri in materia d'indicazioni di provenienza, ma vieta, nondimeno, all'art. 36, secondo periodo, l'adozione di nuovi provvedimenti arbitrari ed ingiustificati, da ritenersi, in quanto tali, misure d'effetto equivalente a restrizioni quantitative*».

b. La sentenza «*Eggers*»

La seconda sentenza da prendere in considerazione è quella pronunciata il 12 ottobre 1978 nella causa *Eggers c. Città di Brema*²¹.

Si tratta di un procedimento pregiudiziale, avviato su richiesta di un giudice tedesco, che ha fornito alla Corte di giustizia l'occasione di ribadire l'illegittimità di parte della normativa già dichiarata in contrasto con la normativa comunitaria sulla libertà di circolazione delle merci nella sentenza «*Sekt*» e «*Weinbrand*» in precedenza esaminata.

Nel caso di specie, un operatore tedesco (*J. Eggers*), al quale era stato vietato di utilizzare la denominazione «*Weinbrand*» per designare la propria acquavite di vino, derivata da un distillato di vino francese, in quanto era stata prodotta in difformità dalla legge tedesca che ne imponeva la lavorazione in territorio tedesco, aveva contestato la legittimità di tale legge sulla base delle norme del Trattato Ce sulla libertà di circolazione delle merci.

La Corte di giustizia ha quindi avuto modo di confermare la sua precedente giurisprudenza, dichiarando (cfr. punto n. 26 della sentenza) che:

«Risulta dal complesso delle considerazioni di cui sopra che concreta una misura d'effetto equivalente a una restrizione quantitativa la norma nazionale che subordini il diritto di usare una denominazione di qualità per un prodotto nazionale alla condizione che il prodotto semilavorato, partendo dal quale esso viene fabbricato, venga prodotto o lavorato nel territorio nazionale, e consenta di vietarne l'uso per il semplice motivo che il prodotto semilavorato è importato da un altro stato membro;

il fatto che l'uso di questa denominazione di qualità sia facoltativo non ne elimina il carattere di ostacolo ingiustificato per gli scambi, dato che l'uso

²¹ Sentenza della Corte di giustizia in causa n. 13/78, *Joh. Eggers Sohn & Co. c. Freie Hansestadt Bremen*, in *Raccolta*, 1978, p. 1935 ss. Cfr. i commenti di P. PISELLI, *Denominazioni di qualità e mercato comune europeo*, in *Riv. dir. ind.*, 1979, II, p. 366 ss. e D. WYATT, *Restrictions Resulting from Rules on "Undivided Responsibility" in Manufacture*, in *EL Rev.*, 1980, p. 473 ss.

di questa denominazione favorisce, o è atto a favorire, lo smercio del prodotto in questione rispetto ai prodotti che non possono fregiarsene».

Come si vede, la sentenza *Eggers*, costituisce un'ulteriore conferma della possibilità di tutelare, a livello nazionale, in modo legittimo, la denominazione di un prodotto agroalimentare unicamente nel rispetto delle norme poste a tutela dei diritti di proprietà industriale e intellettuale.

c. La sentenza «*Edam*»

Sulla stessa linea delle sentenze in precedenza esaminate, è orientata la sentenza pronunciata il 22 settembre 1988 nella causa *Edam*²².

Nel caso di specie, la Corte di giustizia ha dovuto decidere se il formaggio *Edam* prodotto in Germania, che conteneva una percentuale di materia grassa pari al 40%, potesse essere commercializzato con la stessa denominazione *Edam* in Francia, all'interno del cui territorio si produceva un formaggio ugualmente designato con la denominazione *Edam* contenente, però, una percentuale inferiore di materia grassa, pari al 34%.

Poiché, come rilevato dalla Corte di giustizia al punto n. 9 della sentenza: «*la denominazione "Edam" non costituisce una denominazione di origine né un'indicazione di provenienza*», la conclusione alla quale si doveva pervenire appariva scontata.

In altre parole, e, più precisamente, la legge francese che si opponeva alla commercializzazione in Francia del formaggio *Edam* proveniente dalla Germania per il solo fatto che tale prodotto conteneva il 40% di materia grassa, invece del 34%, doveva essere considerata in contrasto con le norme del Trattato Cee in materia di libera circolazione delle merci.

Di conseguenza il dispositivo della sentenza ha dichiarato la illegittimità della normativa francese, affermando che: «*Gli artt. 30 e seguenti del trattato vanno interpretati nel senso che ostano a che uno Stato membro applichi una normativa nazionale, che subordini il diritto di impiegare la denominazione di vendita di un tipo di formaggio al rispetto di una percentuale minima di materia grassa, ai prodotti dello stesso tipo importati da un altro Stato membro, qualora tali prodotti siano stati legittimamente fabbricati e messi in commercio con tale denominazione in tale Stato membro e venga garantita un'adeguata informazione dei consumatori*».

In linea con questa giurisprudenza, la Corte di giustizia ha inoltre pronunciato altre sentenze che hanno dichiarato incompatibili con le norme del Trattato sulla libera circolazione delle merci, diverse disposizioni nazionali degli Stati membri che riservavano specifiche denominazioni a determinati prodotti per il

²² Sentenza della Corte di giustizia del 22 settembre 1988 in causa n. 286/86, *Deserbais*, in *Raccolta*, 1988, p. 4907. Cfr. il commento di C. AMIEL, *Protection des consommateurs et libre circulation des marchandises*, in *Revue de la concurrence et de la consommation*, 1988, n. 46, p. 35 ss.

solo fatto che gli stessi presentavano una specifica composizione.

A differenza della denominazione *Edam*, le denominazioni esaminate in tali cause, costituivano però, essenzialmente, le denominazioni di vendita utilizzate sul mercato del Paese di destinazione per designare i prodotti ivi commercializzati.

Si tratta, per portare alcuni esempi concreti – fra i tanti ricavabili dalla casistica – delle denominazioni di vendita: «aceto»²³, «ginepro»²⁴, «birra»²⁵, «pasta»²⁶.

Come si vede, in tutti questi casi la denominazione che veniva protetta nel Paese membro di destinazione, non era altro che la comune denominazione di vendita riferita al singolo prodotto normalmente commercializzato sul mercato dello Stato membro considerato, a differenza della denominazione «*Edam*» che, originariamente, designava il formaggio proveniente dall'omo-

²³ Sentenza della Corte di giustizia del 9 dicembre 1981 in causa n. 193/80, *Commissione c. Italia*, in *Raccolta*, 1981, p. 3019 e in questa *Rivista*, 1981, p. 559. Cfr. i commenti di D. WYATT, *Marketing Rules Restricting Trade - Can the Point be Taken by Domestic Producers?*, in *EL Rev.*, 1982, p. 196 ss. e di G. MEIER, in *Zeitschrift für das gesamte Lebensmittelrecht*, 1982, p. 144 ss. Cfr. inoltre sentenza del 26 giugno 1980 in causa n. 788/79, *Commissione c. Italia*, in *Raccolta*, 1980 p. 2071 con commenti di A. NOVERO - G. ANDREIS, *Riflessioni in merito alle recenti sentenze della Corte di giustizia della CEE in relazione agli art. 30, 36 e 100 del Trattato di Roma*, in *Rass. dir. tecn. alim.*, 1980, suppl. n. 5-6, p. 331 ss.; W. ZIPFEL, in *Zeitschrift für das gesamte Lebensmittelrecht*, 1980, p. 484 ss.; D. WYATT, *Article 30 EEC and Non-Discriminatory Trade Restrictions*, in *EL Rev.*, 1981, p. 185 ss.; L. COSTATO, *Sull'interpretazione dell'art. 30 del Trattato CEE*, in *Riv. dir. agr.*, 1981, II, p. 26 ss.; G. MEIER, in *Europarecht*, 1981, p. 44 ss.

²⁴ Sentenza della Corte di giustizia del 26 novembre 1985 in causa 182/84, *Procedimento penale a carico della Miro BV.*, in *Raccolta*, 1985, p. 3731 ss. Cfr. il commento di J.-P. SPITZER, in *Gazette du Palais*, 1986, II Som., p. 199 ss.

²⁵ Sentenza della Corte di giustizia del 12 marzo 1987 in causa n. 178/84, *Commissione c. Germania*, in *Raccolta*, 1987, p. 1227 e in questa *Rivista*, 1987, p. 725 ss. con commento di F. CAPELLI, *Libertà di circolazione delle merci nella Cee e legge tedesca di purezza della birra*, p. 736. Cfr. inoltre i commenti di J.-C. MASCLET, in *Rev. trim. dr. eur.*, 1987, p. 361 ss.; L. COSTATO, *Sulla questione della "purezza" della birra tedesca e della pasta italiana*, *Riv. dir. agr.*, 1987, II, p. 178 ss.; P. MORI, *In tema di divieto per il Trattato CEE di misure di effetto equivalente a restrizioni quantitative*, in *Giust. civ.*, 1988, I, p. 862 ss. Cfr. inoltre la sentenza del 12 marzo 1987 in causa n. 176/84, *Commissione c. Grecia*, in *Raccolta*, 1987, p. 1193 con commenti di J. A. GARCÍA LÓPEZ, *La configuración de la categoría de medidas de efecto equivalente a restricciones cuantitativas en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas*, in *La ley - Comunidades Europeas*, 1988, n. 36, p. 5 ss.; J. L. BUENDÍA SIERRA, *Las secuelas del caso "Cassis de Dijon". Libre circulación de productos alimenticios y reglamentaciones nacionales*, in *Rev. instit. europeas*, 1989, p. 135 ss.; A. SKORDAS, *Das griechische Bierreinheitsgebot und die erforderliche Reform des Lebensmittelrechts*, *RIW*, 1992, p. 977 ss.; G. GRECO, *Sentenze della Corte e comunicazioni della Commissione: un'ulteriore fonte (combinata) di obblighi e di poteri amministrativi per gli Stati membri?*, in *Riv. it. dir. pubbl. comun.*, 1992, p. 1315 ss.

²⁶ Sentenze della Corte di giustizia del 14 luglio 1988 in causa n. 407/85, *Drei Glocken GmbH*, in *Raccolta*, 1988, p. 4233 e del 14 luglio 1988 in causa n. 90/86, *Zoni*, in *Raccolta*, 1988, p. 4285. Cfr. i commenti di F. CAPELLI, *Yogourt francese e pasta italiana (due sentenze e una proposta di soluzione)*, in questa *Rivista*, 1988, p. 389 ss.; R. BARENTS, *Free Movement of Foodstuffs, CMLR*, 1989, p. 103 ss.; J. L. BUENDÍA SIERRA, *Las secuelas del caso "Cassis de Dijon". Libre circulación de productos alimenticios y reglamentaciones nacionales*, in *Rev. instit. europeas*, 1989, p. 135 ss.; M. LUGATO, *Paste alimentari e libera circolazione delle merci nel mercato comune*, in *Giust. civ.*, 1989, I, p. 498 ss. L. COSTATO, *Commento alla sentenza della Corte di giustizia delle Comunità europee in causa n. 407/85*, in *Riv. dir. agr.*, 1989, II, p. 56 ss.

nima regione olandese, successivamente divenuta una denominazione generica (come è avvenuto anche per la denominazione *Emmenthal*²⁷).

d. La sentenza «*Exportur*»

La sentenza «*Exportur*»²⁸, che è l'ultima delle sentenze del primo gruppo, qui esaminate, è stata pronunciata il 10 novembre 1992 subito dopo l'adozione del Regolamento Cee n. 2081/92 e prima della sua entrata in vigore²⁹.

L'importanza di questa sentenza deriva dal fatto che in essa vengono prese in considerazione due denominazioni, «Torrone di Alicante» e «Torrone di Jijona», designanti all'origine due specialità dolciarie prodotte nelle città spagnole di «Alicante» e di «Jijona» che in seguito erano state utilizzate anche da imprese francesi per designare prodotti simili e concorrenti da esse fabbricati in Francia.

Poiché esisteva un accordo bilaterale stipulato tra la Francia e la Spagna nel 1973, quando la Spagna non era ancora membro della Comunità europea, che imponeva alla Francia di tutelare all'interno del suo territorio le denominazioni «Torrone di Alicante» e «Torrone di Jijona» riservandole ai soli prodotti così designati che provenivano dalla Spagna, i produttori spagnoli avevano chiesto al competente giudice francese di vietare alle imprese francesi l'utilizzo delle denominazioni predette per designare i loro prodotti fabbricati in Francia.

Essendosi il giudice francese rivolto alla Corte di giustizia, questa ha avuto modo di ribadire e precisare alcune statuizioni contenute nella propria sentenza «*Sekt*» e «*Weinbrand*» in precedenza esaminata, aggiungendo alcune considerazioni di indubbio interesse e di sicura rilevanza.

Innanzitutto la Corte di giustizia, nella sentenza *Exportur*, ribadisce che gli Stati membri sono legittimati a tutelare, in base alle norme del Trattato relative alla libertà di circolazione delle merci (art. 36 Trattato Cee, poi divenuto art. 30 Trattato Ce ed ora art. 36 Trattato TFUE) le denominazioni di origi-

²⁷ Sentenza 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. Cfr. i commenti di D. POUCHARD, *Une réglementation nationale qui prohibe la commercialisation d'un fromage dépourvu de croûte sous la dénomination "emmenthal" est une mesure d'effet équivalant à une restriction quantitative*, in *La Semaine juridique - édition générale*, 2001, II, p. 10551; 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. 95 ss.; S. IZZO, *Superlavoro (talvolta) per il giudice comunitario*, in *Dir. pubbl. comp. eur.*, 2001, p. 437 ss.

²⁸ Sentenza della Corte di giustizia del 10 novembre 1992 in causa n. C-3/91, *Exportur Sa c. Lor Sa e Confiserie du Tech*, in *Raccolta*, 1992, I, p. 5529 ss e in questa *Rivista*, 1996, p. 269 con commento di P. QUAIÀ, *La tutela delle denominazioni geografiche tra diritto nazionale e diritto comunitario*, p. 277 ss. Cfr. inoltre R. ROWELL, in *European Food Law Review*, 1993, p. 252 ss.; M.-C. BERGERÈS, in *Recueil Dalloz Sirey*, 1993 Jur., p. 546 ss.; O. W. BROUWER, *CMLR*, 1993, p. 1209 ss.; M.-V. FOURGOUX-JEANNIN, in *European Food Law Review*, 1996, p. 96 ss.

²⁹ Il Regolamento n. 2081/92 è stato adottato il 14 luglio 1992 ed è entrato in vigore il 24 luglio 1993.

ne e le indicazioni di provenienza in quanto rientranti nella materia della proprietà industriale e intellettuale.

Di conseguenza, secondo la Corte di giustizia anche le imprese spagnole, sulla base dell'Accordo bilaterale franco-spagnolo stipulato nel 1973, potevano in ogni caso sollecitare l'accoglimento delle loro richieste (in base alle norme applicabili di diritto internazionale e di diritto comunitario), purché le predette denominazioni non fossero divenute, nel frattempo, generiche all'interno del territorio spagnolo.

Stabilisce infatti il dispositivo della sentenza *Exportur* che: «*Gli artt. 30 e 36 del Trattato non ostano all'applicazione delle norme di una convenzione bilaterale fra Stati membri relativa alla tutela delle indicazioni di provenienza e delle denominazioni d'origine, quale la convenzione franco-spagnola 27 giugno 1973, purché le denominazioni tutelate non abbiano acquistato, al momento dell'entrata in vigore della convenzione o in un momento successivo, natura generica nello Stato d'origine*».

Ma l'importanza della sentenza, come accennato, è dovuta a una precisazione rilevante che la Corte di giustizia apporta alla sua sentenza «*Sekt*» e «*Weinbrand*», contestando decisamente l'interpretazione che la Commissione europea aveva fornito di tale sentenza.

Dopo aver ripreso, infatti, la posizione della Commissione europea al punto n. 27 della sentenza *Exportur* (secondo cui soltanto le denominazioni di origine, che designano prodotti con caratteristiche qualitative collegabili alle rispettive zone geografiche da cui essi provengono, possono essere tutelate in base alle norme comunitarie sulla proprietà industriale e intellettuale), la Corte di giustizia contesta la tesi della Commissione in base alla quale non possono invece essere tutelate, alla luce delle predette norme, le semplici indicazioni di provenienza riguardanti i prodotti alimentari che provengono da una zona determinata.

Questa posizione della Commissione europea risulta decisamente contestata dalla Corte di giustizia al punto n. 28 della sentenza *Exportur*, così redatto:

«*La posizione assunta dalla Commissione, che concorda con quella difesa dalla LOR e dalla Confiserie du Tech, va disattesa. Essa si risolverebbe infatti nel privare di qualsiasi tutela le denominazioni geografiche che siano usate per dei prodotti per i quali non si può dimostrare che debbano un sapore particolare ad un determinato terreno e che non siano stati ottenuti secondo requisiti di qualità e norme di fabbricazione stabiliti da un atto delle pubbliche autorità, denominazioni comunemente chiamate indicazioni di provenienza. Queste denominazioni possono ciò nondimeno godere di una grande reputazione presso i consumatori e costituire per i produttori, stabiliti nei luoghi che esse designano, un mezzo essenziale per costituirsi una clientela. Esse devono quindi essere tutelate*».

Concludendo, pertanto, secondo la Corte di giustizia, debbono essere considerate tutelabili in base alle norme comunitarie in materia di proprietà industriale e intellettuale, tanto le denominazioni di origine quanto le semplici indicazioni di provenienza utilizzate dai produttori sulla base delle normative nazionali degli Stati membri, per designare i propri prodotti agroalimentari da immettere sul mercato europeo.

B. *Le sentenze su alcuni prodotti con caratteristiche qualitative particolari*

Oltre alle sentenze, in precedenza esaminate, che hanno preso in considerazione denominazioni di origine e indicazioni di provenienza concernenti prodotti agroalimentari in un qualche modo collegabili con le zone geografiche da cui provengono, la Corte di giustizia ha anche pronunciato alcune importanti sentenze che hanno riguardato le caratteristiche qualitative di particolari prodotti agroalimentari.

Queste sentenze, unitamente a quelle sulle denominazioni di origine e sulle indicazioni di provenienza, in precedenza esaminate, hanno contribuito, in modo determinante, a convincere la Comunità europea ad adottare una disciplina specifica in materia di tutela delle denominazioni di origine e delle indicazioni geografiche, come è avvenuto con l'adozione del Regolamento Cee n. 2081/92.

a. *La sentenza sulle caratteristiche qualitative dei formaggi olandesi*

Il 7 febbraio 1984 la Corte di giustizia ha pronunciato un'importante sentenza sulle caratteristiche qualitative dei *formaggi olandesi*³⁰, che appare di notevole interesse per i fini della presente indagine.

Nel 1982 era entrata in vigore in Olanda una legge che disciplinava le modalità di produzione di tutti i formaggi all'interno del territorio olandese.

Si trattava di una disciplina riguardante tutti i formaggi tradizionali olandesi (*Gouda, Edam, Cheddar*, etc.) che ne stabiliva obbligatoriamente le regole di produzione, vietando ai produttori di seguire regole diverse.

Numerose imprese olandesi, commercianti di formaggi, avevano contestato tale legge davanti ai competenti giudici nazionali e la relativa causa, alla fine, era stata rimessa alla Corte di giustizia la quale, in sostanza, era stata richiesta di decidere se la predetta legge fosse in contrasto, in primo luogo, con la normativa comunitaria in materia di organizzazione comune del mercato

³⁰ Sentenza della Corte di giustizia del 7 febbraio 1984 in causa n. 237/82, *Jongeneel Kaas*, in *Raccolta*, 1984, p. 483 ss. Cfr. il commento di M. WAELBROECK, *CMLR*, 1985, p. 117 ss.

dei prodotti lattiero-caseari³¹ e, in secondo luogo, con le norme del Trattato in tema di libertà di circolazione delle merci.

Poiché la prima delle contestazioni degli operatori olandesi riguardava il potere degli Stati membri di adottare provvedimenti vincolanti in un settore assoggettato ad un regolamento comunitario disciplinante l'organizzazione comune del mercato lattiero-caseario, appare molto importante, ai fini della nostra indagine, esaminare con attenzione la risposta fornita dalla Corte di giustizia.

La Corte di giustizia, in particolare, contesta la posizione della Commissione europea, la quale, come viene riportato al punto n. 10 della sentenza *«ha sostenuto che lo stabilire un elenco completo dei formaggi autorizzati costituirebbe infrazione alla competenza esclusiva della Comunità di disciplinare la libertà di accesso al mercato»*.

La tesi della Commissione viene integralmente rigettata dalla Corte di giustizia.

Si può leggere infatti ai punti n. 12 e 13 della sentenza che:

«Questa tesi non può essere accolta. Dalla costante giurisprudenza della Corte si desume che quando, in forza dell'art. 40 del trattato, la Comunità ha emanato una normativa che istituisce l'organizzazione comune dei mercati in un determinato settore, gli Stati membri sono tenuti ad astenersi da qualsiasi provvedimento che vi deroghi o ne pregiudichi l'efficacia (sentenza 22 giugno 1979, Pigs and Bacon Commission/McCarren, causa 177/78, Racc. 1979, pag. 2161).

Tuttavia, dal silenzio della normativa nel settore delle denominazioni e della qualità del formaggio non si può inferire che la Comunità abbia di proposito e necessariamente deciso d'imporre agli Stati membri, nel suddetto settore, l'obbligo di rispettare un sistema di libertà assoluta di produzione. In mancanza di qualsiasi norma comunitaria sulla qualità dei prodotti, la Corte ritiene che gli Stati membri conservino il potere d'imporre siffatte norme ai produttori di formaggio stabiliti nel loro territorio. Tale potere comprende non solo le norme ritenute necessarie per la tutela del consumatore o della sanità pubblica, ma anche quelle che lo Stato membro desidera promulgare onde migliorare la qualità della produzione nazionale».

Come si vede, la Corte di giustizia riconosce che gli Stati membri, in base alla stessa normativa agricola comunitaria, hanno il potere di adottare provvedimenti interni destinati a migliorare la qualità della produzione nazionale. Tale potere risulta riconosciuto anche alla luce delle norme del Trattato in tema di libera circolazione delle merci.

Riconosce infatti espressamente la Corte di giustizia, al punto n. 23 della sentenza, che nella fattispecie di causa non sussiste alcuna violazione delle

³¹ Si tratta Regolamento (Cee) n. 804/68 del Consiglio, del 27 giugno 1968, relativo all'organizzazione comune dei mercati nel settore del latte e dei prodotti lattiero-caseari, in *Guce* n. L 148 del 28 giugno 1968, p. 13 ss.

norme sulla libera circolazione delle merci, dato che: «*Uno Stato membro può legittimamente praticare una politica qualitativa al fine di incentivare le vendite, anche se tale politica espone i suoi produttori al rischio di una concorrenza di prezzi da parte dei produttori degli altri Stati membri che non sono obbligati a tener conto delle stesse esigenze di qualità*».

A tale proposito la Corte di giustizia precisa nel dispositivo n. 2 della sentenza che: «*Gli artt. 30 e 34 del trattato Cee vanno interpretati nel senso che uno Stato membro può adottare unilateralmente, al fine di favorire la vendita di formaggio e di prodotti a base di formaggio, una normativa che, senza toccare prodotti importati, abbia per obiettivo il miglioramento della qualità della produzione nazionale in modo da renderla più attraente per i consumatori, unitamente a norme sull'uso obbligatorio di marchi, contrassegni o documenti di controllo, purché essa non faccia distinzione a seconda che il formaggio sia destinato al mercato nazionale o all'esportazione*».

La portata di tale dispositivo che ammette la legittimità di adottare normative nazionali volte al «*miglioramento della qualità della produzione nazionale in modo da renderla più attraente per i consumatori*», anche utilizzando marchi e contrassegni è ancora più rilevante, se si pensa che nella causa (cfr. punto n. 24 della sentenza), la Commissione europea aveva tenuto, anche su questo punto, una posizione del tutto contraria, considerando illegittimi i provvedimenti olandesi adottati per tutelare la qualità dei prodotti nazionali.

b. La sentenza «*Smanor*» sullo yogurt

La sentenza *Smanor*³², del 18 luglio 1988, come ripetutamente ricordato in precedenti articoli³³, ha contribuito, a nostro avviso in modo determinante, ad imprimere una svolta decisiva nella politica della Comunità europea in materia di tutela della qualità dei prodotti agroalimentari.

Essa costituisce, in effetti, il naturale completamento della sentenza sui formaggi olandesi in precedenza esaminata, avendo creato le condizioni per l'introduzione nell'ordinamento comunitario della normativa europea in materia di tutela delle denominazioni di origine e delle indicazioni geografiche, mediante il Regolamento Cee n. 2081/92³⁴.

³² Sentenza della Corte di giustizia del 14 luglio 1988 in causa n. 298/87, *Smanor*, in *Raccolta*, 1988 p. 4489 e in questa *Rivista*, 1988, p. 382 con commento di F. CAPELLI, "Yogourt francese e pasta italiana" (*Due sentenze e una proposta di soluzione*), p. 389 ss.; VON GIERKE-BRAUNE, in *Europarecht*, 1990, p. 50 ss.; M. CAPDEVILA VALLS, *Interpretación de los artículos 30 a 36 del TCEE y de los artículos 5, 15 y 16 de la Directiva 79/112/CEE, del Consejo, de 18 de diciembre de 1978*, in *Noticias CEE*, 1990, n. 62, p. 143 ss.

³³ F. CAPELLI, *Qualità e sicurezza dei prodotti agroalimentari nell'Unione europea*, in questa *Rivista*, 2002, p. 873 ss.

³⁴ 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.

È la sentenza, in particolare, che ha fornito l'occasione di superare gli ultimi problemi che erano rimasti irrisolti anche dopo la sentenza sul *Cassis de Dijon*³⁵.

Il caso esaminato nella sentenza *Smanor*, molto noto, non abbisogna di essere descritto per esteso in questa sede.

Possiamo limitarci a ricordare che la Corte di giustizia, decidendo la causa *Smanor*, ha avuto modo di constatare direttamente fino a che punto la denominazione di un prodotto, anche se nel caso di specie si trattava di una semplice denominazione di vendita («yogurt»), potesse incidere sul comportamento dei consumatori.

Poiché in alcuni Stati membri, come la Francia e l'Italia, la denominazione «yogurt» appare riservata ad un prodotto lattiero-caseario contenente un'elevata quantità di fermenti lattici vivi³⁶, mentre in altri Stati membri anche i prodotti privi di tali fermenti vivi potevano utilizzare la stessa denominazione, è apparso chiaro alla Corte di giustizia che all'interno della Comunità europea non potevano essere i giudici di Lussemburgo a stabilire che cosa fosse uno «yogurt», ma bensì i legislatori nazionali o quello europeo.

Dalla sentenza *Smanor*, il cui dispositivo ha affidato al giudice nazionale il compito di risolvere il problema appena ricordato, è venuta la spinta definitiva che ha portato la Comunità europea ad adottare il Regolamento Cee n. 2081/92.

Un contributo puntuale e adeguato è stato fornito dalla dottrina che prendendo spunto dalla giurisprudenza della Corte di giustizia, ha invitato la Commissione europea ad affrontare in via normativa il problema della tutela della qualità dei prodotti agroalimentari³⁷.

Tale invito è stato accolto dalla Commissione la quale, subito dopo l'emissione della sentenza *Smanor*, ha pubblicato una Comunicazione dal titolo «*L'avvenire del mondo rurale*»³⁸ nella quale si è dichiarata disponibile ad elaborare un progetto per disciplinare, in via normativa, le denominazioni di origine e le indicazioni geografiche dei prodotti agroalimentari.

Nel 1990, rispondendo ad un'interrogazione parlamentare³⁹, la stessa Commissione europea, riferendosi alla denominazione «*Feta*», usata in Grecia per designare un formaggio prodotto unicamente con latte di capra oppure

³⁵ F. CAPELLI, *La giurisprudenza della Corte di giustizia in materia di qualità dei prodotti alimentari*, in questa *Rivista*, 2010, p. 339 ss.

³⁶ Dalla sentenza della Corte (cfr. punto 3) si ricava che, secondo la legge francese, i fermenti lattici vivi devono essere almeno 100 milioni per grammo.

³⁷ Cfr. W. BROUWER, *Free movement of foodstuffs and quality requirements: has the Commission got it wrong?*, *CMLR*, 1988, p. 237; D. WAELBROECK, *L'harmonisation des règles et normes techniques dans la CEE*, in *Cah. dr. eur.*, 1988, p. 243.

³⁸ Cfr. Com(88)501 Final/3 dell'11 novembre 1988.

³⁹ Cfr. Risposta della Commissione ad una interrogazione parlamentare sul Formaggio Feta (Guce n. C 9 del 15 gennaio 1990); v. pure F. CAPELLI, *Contestato al formaggio "Feta" l'uso del marchio Dop*, in questa *Rivista*, 1996, p. 771.

con latte di capra mescolato al latte di pecora, per la cui produzione era in ogni caso escluso l'impiego del latte di mucca, ha riconosciuto come contraria al diritto comunitario la pretesa degli operatori di alcuni Stati membri di vendere in Grecia, con la denominazione «*Feta*», un formaggio da essi prodotto con latte vaccino.

Successivamente, nel 1991, la Commissione europea in una Comunicazione⁴⁰ che affrontava, tra l'altro, il problema dello *yogurt*, ha riconosciuto apertamente che gli Stati membri i quali avevano deciso di riservare la denominazione «*yogurt*» unicamente ai prodotti lattiero-caseari contenenti una rilevante quantità di fermenti lattici vivi, potevano continuare ad applicare tale decisione.

Nello stesso anno, 1991, la Commissione presentava la proposta di regolamento⁴¹ che sarebbe divenuto, l'anno successivo, il Regolamento Cee n. 2081/92 sulle denominazioni di origine e sulle indicazioni geografiche dei prodotti agroalimentari⁴².

C. Considerazioni critiche di sintesi

Terminato l'esame della giurisprudenza della Corte di giustizia sulla tutela della qualità dei prodotti agroalimentari pronunciata prima dell'entrata in vigore del Regolamento Cee n. 2081/92, possiamo ora procedere ad una valutazione di sintesi delle relative sentenze che consenta di porre in evidenza i punti essenziali rivelatisi importanti per i fini della nostra indagine.

In primo luogo, occorre sottolineare che la Corte di giustizia riconosce senza alcun dubbio il potere degli Stati membri di valorizzare la qualità dei prodotti agroalimentari mediante l'adozione di provvedimenti normativi volti al miglio-

⁴⁰ Cfr. la Comunicazione della Commissione del 15 ottobre 1991, in *Guce* n. C 270 del 15 ottobre 1991, p. 2.

⁴¹ Cfr. la proposta di regolamento (Cee) del Consiglio relativo alla protezione delle indicazioni geografiche e delle denominazioni d'origine dei prodotti agricoli e alimentari, in *Guce* n. C 30 del 6 febbraio 1991, p. 9 ss.

⁴² Cfr. J. FETTES, *Appellations d'origine et indications géographiques: le règlement 2081/92 et sa mise en œuvre*, *RMUE*, n. 4, 1997, p. 141 ss.; G. SALIGNON, *La jurisprudence et la réglementation communautaires relatives à la protection des appellations d'origine, des dénominations géographiques et des indications de provenance*, *RMUE*, 1994, p. 107 ss. Il regolamento n. 2081/92 è stato abrogato e sostituito dal 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 ss. Cfr. 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*, in questa *Rivista*, 2006, p. 115 ss. nonché D. PISANELLO, *La riforma del sistema comunitario di tutela delle denominazioni d'origine e delle indicazioni geografiche dei prodotti agricoli e alimentari*, in *Contratto e impresa / Europa*, 2006, p. 556 ss. Cfr. anche D. MINCHELLA, *Il campo di applicazione materiale del regolamento comunitario per la protezione dei prodotti a denominazione di origine*, in *Dir. Un. Eur.*, 2009, p. 825 nonché L. GONZÁLEZ VAQUÉ, *Indications géographiques et appellations d'origine: interprétation et mise en œuvre du nouveau règlement n. 510/2006*, *RDUE*, 2006, p. 795 e S. AMADEO, *Produzioni alimentari legate al territorio: le forme e l'intensità della protezione giudica nel mercato europeo*, in *Rivista di scienze della comunicazione*, 2009, n. 2, p. 32 ss.

ramento delle loro caratteristiche qualitative, promuovendone l'immagine agli occhi dei consumatori anche mediante l'utilizzo di marchi e contrassegni.

A questa conclusione, come abbiamo visto, la Corte di giustizia è pervenuta rigettando la posizione contraria della Commissione europea così come era stata sostenuta nella causa sui formaggi olandesi sopra esaminata.

A questo proposito, sembra utile precisare come, ancora nei primi anni '80, la Commissione europea non dimostrasse alcun interesse per la tutela della qualità dei prodotti agroalimentari, dato che ha cominciato ad interessarsi a questi aspetti soltanto dopo la pubblicazione del *Libro bianco sul completamento del mercato interno* avvenuta nel 1985⁴³.

La freddezza con cui la Commissione europea considerava i problemi relativi alla tutela della qualità dei prodotti agroalimentari si era appalesata, come abbiamo visto, anche con riferimento alle indicazioni di provenienza.

Come abbiamo infatti segnalato, esaminando la sentenza *Exportur*⁴⁴, la Commissione è arrivata ad escludere del tutto ogni protezione per le indicazioni di provenienza, ammettendo una possibile tutela unicamente per le denominazioni di origine, qualora riguardassero prodotti con caratteristiche qualitative direttamente derivanti dal territorio della zona geografica di produzione.

Di contro, come abbiamo pure visto, la Corte di giustizia, nella sua giurisprudenza, non solo ha riconosciuto la tutelabilità in sede nazionale delle indicazioni geografiche e delle denominazioni di origine che presentano caratteristiche qualitative collegabili al territorio della zona geografica di produzione, ma ha anche riconosciuto la tutelabilità delle indicazioni di provenienza come tali, vale a dire in quanto suscettibili di svolgere una funzione utile in favore dei produttori e dei consumatori⁴⁵.

Dopo le considerazioni sopra svolte, possiamo ora passare in rassegna la giurisprudenza della Corte di giustizia sulla qualità dei prodotti agroalimentari pronunciata dopo l'entrata in vigore del Regolamento Cee n. 2081/92⁴⁶.

⁴³ Doc. Com(85)310, 14 giugno 1985. Cfr. W. BROUWER, *Free movement of foodstuffs and quality requirements*, cit. *supra*, nota 37.

⁴⁴ Cfr. punto n. 28 della sentenza *Exportur* sopra riportato nel testo.

⁴⁵ *Ibidem*.

⁴⁶ Vale a dire dopo il 24 luglio 1993.

3. ANALISI DELLE SENTENZE DELLA CORTE DI GIUSTIZIA PRONUNCIATE DOPO L'ENTRATA IN VIGORE DELLA NORMATIVA EUROPEA SULLE DENOMINAZIONI DI ORIGINE E SULLE INDICAZIONI GEOGRAFICHE (REGOLAMENTO CEE N. 2081/92, SUCCESSIVAMENTE SOSTITUITO DAL REGOLAMENTO CE N. 510/2006)

A. *Le sentenze più significative*

a. La sentenza «*Pistre*»

La sentenza «*Pistre*», che è la prima da esaminare, è stata pronunciata il 7 maggio 1997⁴⁷.

Nella relativa causa, la Corte di giustizia è stata richiesta di verificare la compatibilità della denominazione «*Montagna*» – prevista da una specifica normativa francese che ne autorizzava l'utilizzo per designare prodotti provenienti da regioni francesi di montagna – da un lato, con le disposizioni del Regolamento Cee n. 2081/92 e, dall'altro lato, con le norme del Trattato Ce in materia di libertà di circolazione delle merci (art. 36 Trattato Cee, successivamente divenuto art. 30 Trattato Ce ed ora art. 36 Trattato TFUE).

La Corte di giustizia, sotto il primo profilo, dopo aver proceduto ad un'analisi delle disposizioni rilevanti del Regolamento Cee n. 2081/92 e ad una verifica della portata della disposizione francese sull'impiego della denominazione «*Montagna*», giunge alla conclusione che non sussiste alcun contrasto tra le disposizioni del predetto regolamento e quelle della legge francese, in quanto la denominazione «*Montagna*» è una denominazione generica che non può neppure essere considerata un'indicazione di provenienza.

Stabilisce infatti la Corte, al punto n. 36 della sentenza qui esaminata, che:

«In termini più generali, la denominazione «montagna» non costituisce neppure un'indicazione di provenienza, nel senso in cui tale nozione è stata definita dalla Corte nella sua giurisprudenza relativa agli artt. 30 e 36 del Trattato. Infatti, secondo quest'ultima, le indicazioni di provenienza sono destinate ad informare il consumatore del fatto che il prodotto che le reca proviene da un luogo, da una regione o da un paese determinati (sentenza 10 novembre 1992, causa C-3/91, Exportur, Racc. pag. I-5529, punto 11)».

⁴⁷ Sentenza della Corte di giustizia del 7 maggio 1997 in cause riunite da n. C-321/94 a n. C-324/94, *Pistre e altri*, in *Raccolta*, 1997, I, p. 2343 ss. Cfr. i commenti di I. CANFORA, *La denominazione "montagna" per i prodotti agricoli*, in *Riv. dir. agr.*, 1997, II, 211 ss.; D. ROCHARD, *Dispositions de la loi "montagne" et principe communautaire de libre circulation des produits. Commentaire de l'arrêt de la Cour de justice des Communautés européennes du 7 mai 1997 (aff. jointes C-321/94 à C-324/94)*, in *Rev. trim. dr. eur.*, 1998, p. 237 ss.

Sotto il secondo profilo, vale a dire con riferimento alle norme sulla libera circolazione delle merci, la Corte avendo riconosciuto che la denominazione «*Montagna*» non è una indicazione di provenienza, conclude nel senso di escludere la possibilità di proteggerla in base alle norme del Trattato sulla tutela dei diritti di proprietà industriale e intellettuale.

La Corte precisa, infatti, al punto 53 della sentenza qui esaminata, che:

«Nel caso di specie, si deve constatare che nessuno dei motivi elencati nell'art. 36 consente di giustificare la normativa considerata. Infatti, tra i detti motivi, soltanto la tutela della proprietà industriale e commerciale, vale a dire, nella specie, la protezione delle indicazioni di provenienza, può essere presa in considerazione. Ebbene, risulta dal punto 36 della presente sentenza che la denominazione «montagna», come protetta dalla normativa nazionale di cui trattasi, non può essere qualificata alla stregua di un'indicazione di provenienza».

Come si vede la Corte di giustizia ritiene che anche dopo l'entrata in vigore del Regolamento Cee n. 2081/92, le indicazioni di provenienza dei prodotti agroalimentari continuano ad essere legittimamente tutelabili in base alle norme del Trattato Ce in materia di proprietà industriale e intellettuale⁴⁸.

b. La sentenza «*Epoisses de Bourgogne*»

Nella causa decisa, destinata a modificare la disciplina attuale, con la sentenza «*Epoisses de Bourgogne*»⁴⁹, del 9 giugno 1998, la Corte di giustizia si è trovata, per la prima volta, di fronte a due posizioni diametralmente opposte con riferimento al problema dell'avvenuto trasferimento alla Comunità euro-

⁴⁸ Dal canto suo, la denominazione «montagna» che, come risulta dalla sentenza *Pistre* appena esaminata, è stata considerata contraria alle norme sulla libertà di circolazione delle merci, tanto dal Servizio giuridico della Commissione europea, quanto dalla Corte di giustizia, viene ora considerata compatibile, con le stesse norme, dalla proposta di Regolamento sulla qualità dei prodotti agroalimentari appena elaborata dalla Commissione medesima (cfr. punto 3.1.3. «Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council on agricultural product quality schemes», pubblicata *infra*, p. 553. Ancora una volta, l'aforisma di *Clemenceau*, *cit. supra*, nota 1, colpisce nel segno: il problema della tutela della qualità dei prodotti agro-alimentari è una cosa troppo seria per farlo risolvere dai soli giuristi. Occorre però ricordare che un autore aveva già a suo tempo rilevato l'erroneità di alcune delle conclusioni cui la Corte era pervenuta. Cfr. infatti C. GALLI, *Globalizzazione dell'economia e tutela della denominazioni di origine dei prodotti agro-alimentari*, in *Riv. dir. ind.*, 2004, fasc. 2, parte I, p. 60 ss., spec. p. 76, secondo cui: «La motivazione appena richiamata sembrerebbe cioè indicare che le indicazioni di provenienza prive dei requisiti previsti dal Regolamento n. 92/2081/CEE non possono essere tutelate neppure sulla base della disciplina nazionale. Questa conclusione si porrebbe però in contrasto con la disposizione del TRIPs Agreement che pare riconoscere comunque una tutela a tutte le denominazioni geografiche che siano comunque "qualificate", ossia per le quali sussiste un rapporto territorio-qualità, ovvero territorio-reputazione, a prescindere dal fatto che per esse sia stato previsto un disciplinare d'uso, ovvero che le stesse siano state registrate».

⁴⁹ Sentenza della Corte di giustizia del 9 giugno 1998 in cause riunite n. C-129/97 e n. C-130/97, Procedimenti penali a carico di *Yvon Chiciak e Fromagerie Chiciak e Jean-Pierre Føl*, *Raccolta*, 1998, I, p. 3315. Cfr. MINCHELLA, *Il campo di applicazione materiale del regolamento comunitario per la protezione dei prodotti a denominazione di origine*, *cit. supra*, nota 42, spec. p. 847.

pea, ad opera del Regolamento Cee 2081/92, della competenza esclusiva in materia di riconoscimento delle denominazioni di origine e delle indicazioni geografiche.

Tali opposte posizioni risultano espresse in modo preciso ai punti nn. 21-23 della sentenza qui esaminata.

La prima posizione, enunciata al punto n. 21 della sentenza, risulta così esposta:

«I signori Chiciak e Fol, il governo ellenico nonché la Commissione ritengono che il regolamento Cee n. 2081/92 abbia introdotto una disciplina tassativa, la quale avrebbe escluso, sin dalla sua entrata in vigore, qualsiasi competenza degli Stati membri a creare una nuova denominazione geografica o a modificare qualsiasi denominazione già registrata in osservanza di questo regolamento».

La posizione contraria è invece precisata ai successivi punti n. 22 e 23 della stessa sentenza, da cui si deduce che:

«(22) I governi italiano e tedesco ritengono che il regolamento 1992 abbia lo scopo di fornire una protezione efficace a livello comunitario. Tuttavia, tale scopo non contrasterebbe con le legislazioni nazionali a carattere complementare che accordano una tutela meno estesa, né le escluderebbe».

(23) Il governo francese, sostenuto dal Syndicat de défense de l'Époisses, afferma che il regolamento 1992 mirerebbe a garantire, a livello comunitario, una protezione delle denominazioni di origine, senza con ciò sottrarre agli Stati membri la loro competenza in materia di gestione delle dette denominazioni. Esso rileva segnatamente che, benché il regolamento 1997 preveda ormai espressamente che la protezione nazionale di denominazioni può essere mantenuta sino all'avvenuta registrazione a livello comunitario, una competenza nazionale siffatta sarebbe esistita per forza di cose sin dall'entrata in vigore del regolamento 1992. Ogni Stato membro sarebbe quindi autorizzato a proteggere taluni elementi delle denominazioni in attesa dell'espletamento della procedura di registrazione comunitaria».

La Corte di giustizia ha trovato il modo di evitare di prendere, a sua volta, una posizione precisa rispetto alle due sopra riferite, in ciò agevolata dalla particolarità della fattispecie da decidere.

Nel caso di specie, infatti, si trattava di stabilire se lo Stato francese, dopo aver ottenuto la registrazione della denominazione «*Epoisses de Bourgogne*», come denominazione di origine protetta (DOP) per un particolare formaggio prodotto nella regione della Borgogna, in base al Regolamento Cee n. 2081/92, avesse il diritto di modificare direttamente ed unilateralmente tale denominazione, prima di ottenere, in sede europea, il provvedimento di modifica della denominazione medesima al termine della procedura di modifica prevista dallo stesso Regolamento Cee n. 2081/92.

La Corte di giustizia, come appena ricordato, non ha preso una posizione

precisa sul punto e si è limitata a risolvere il quesito che le era stato posto dal giudice nazionale, affermando che una volta esperita la procedura per ottenere la registrazione di una denominazione protetta in base al Regolamento Cee n. 2081/92, uno Stato membro non può, dopo avere ottenuto la registrazione della denominazione, procedere unilateralmente alla sua modifica, senza rispettare le norme del Regolamento Cee n. 2081/92 che impongono l'osservanza della particolare procedura prevista per ottenere la modifica medesima.

Si legge infatti ai punti n. 29 e n. 30 della sentenza che:

«Ebbene, la protezione uniforme delle denominazioni d'origine istituita mediante il regolamento 1992 implica che lo Stato membro il quale reputi opportuna una modifica della denominazione d'origine di cui viene chiesta la registrazione conformemente al regolamento rispetti le procedure stabilite a tal fine.

Un'eventuale modifica di un elemento del disciplinare, come la designazione del prodotto, vale a dire la denominazione di origine registrata, può essere quindi ottenuta solo nel rispetto delle modalità e procedure comunitarie fissate dal Regolamento Cee n. 2081/92, e in particolare della procedura di cui all'art. 9 del regolamento, il quale fa rinvio alla procedura ex art. 6».

Come si vede, la Corte di giustizia, ha potuto risolvere il punto di diritto sulla base di considerazioni tecniche basate sulle rilevanti disposizioni del Regolamento Cee n. 2081/92, interpretate in modo ragionevole.

Se uno Stato membro chiede la registrazione di una denominazione di origine sulla base del Regolamento Cee n. 2081/92, appare logico e sensato che una modifica della denominazione, una volta registrata, debba avvenire ponendo in essere la procedura di modifica delle denominazioni già registrate, disciplinata dallo stesso Regolamento.

Concludendo, occorre, in ogni caso, sottolineare che nella causa decisa con la sentenza *«Epoisses de Bourgogne»* qui esaminata, i tre Stati membri maggiormente interessati alla materia (Francia, Italia e Germania) si sono dichiarati contrari alla posizione tenuta dalla Commissione, secondo cui il Regolamento Cee n. 2081/92 avrebbe trasferito alla Comunità europea una competenza esclusiva in questa materia⁵⁰.

Colpisce inoltre come la Commissione europea, che fino ad alcuni anni prima, come abbiamo visto, non si era neppure curata di proteggere la qualità dei prodotti agroalimentari, sia divenuta successivamente una fiera paladina del potere ad essa conferito dal Regolamento Cee n. 2081/92, così da volerlo trasformare in un potere assoluto⁵¹.

⁵⁰ In questa causa, pertanto si è instaurato un valido contraddittorio tra tesi contrapposte. Ciò che non è affatto avvenuto nella causa *Bud II* che stiamo commentando.

⁵¹ Cfr. «Comunicazione della Commissione agli operatori interessati dalle denominazioni di origine e dalle indicazioni geografiche dei prodotti agricoli e alimentari relativamente alla procedura

c. La sentenza «*Warsteiner*»

Nella causa decisa in data 7 dicembre 2000 con la sentenza «*Warsteiner*»⁵², la Corte di giustizia è stata richiesta, ancora una volta, di prendere posizione sulla portata del Regolamento Cee n. 2081/92 con riferimento all'attribuzione di una competenza esclusiva alla Comunità europea in materia di riconoscimento delle denominazioni di origine e delle indicazioni geografiche.

Anche in questa sentenza la Corte ha trovato il modo di evitare di prendere una posizione precisa sul punto controverso, limitandosi, ancora una volta, a precisare che nella fattispecie in esame la denominazione nazionale sulla quale occorreva decidere («*Warsteiner*») era una indicazione di provenienza semplice, che non implicava l'esistenza di alcun rapporto tra le caratteristiche del prodotto e la sua origine geografica (città di *Warstein*).

Secondo la Corte di giustizia, come risulta dai punti nn. 45 e 46 della sentenza qui esaminata, gli Stati membri rimangono competenti a disciplinare le indicazioni di provenienza per le quali non esiste un nesso tra le caratteristiche del prodotto e la zona geografica da cui esso proviene.

Più precisamente, al punto n. 50 della sentenza qui esaminata, la Corte precisa che:

«D'altro canto, il regolamento n. 2081/92 ha lo scopo di garantire una protezione uniforme, nella Comunità, delle denominazioni geografiche cui si riferisce e ha introdotto l'obbligo della loro registrazione comunitaria affinché esse possano godere di una protezione in tutti gli Stati membri (v., in tal senso, sentenza 9 giugno 1998, cause riunite C-129/97 e C-130/97, Chiciak e Fol, Racc. pag. I-3315, punti 25 e 26), mentre la protezione nazionale che uno Stato membro può concedere a denominazioni geografiche che non soddisfano i presupposti per la registrazione ai sensi del regolamento n. 2081/92 è disciplinata dal diritto nazionale del detto Stato membro e resta confinata al territorio dello stesso».

Come si vede, mantenendosi sul solco della sua giurisprudenza, senza prendere posizione sull'attribuzione esclusiva alla Comunità europea del potere di registrare le denominazioni rientranti nel campo di applicazione del Regolamento Cee n. 2081/92, la Corte di giustizia ribadisce che la registra-

semplificata di registrazione a livello comunitario di cui all'art. 17 del Regolamento Cee n. 2081/92», in *Guce* n. C 273 del 9 ottobre 1993.

⁵² Sentenza della Corte di giustizia del 7 novembre 2000 in causa n. C-312/98, *Schutzverband gegen Unwesen in der Wirtschaft eV c. Warsteiner Brauerei Haus Cramer GmbH & Co. KG*, in *Raccolta*, 2000, I, p. 9187 ss. e in questa *Rivista*, 2001, p. 281 ss. con commento di F. CAPELLI, *La sentenza Warsteiner in materia di denominazioni di origine: un contributo alla soluzione di un equivoco*, p. 287 ss. Cfr. i commenti di E. MONTELEONE, *Il territorio come regola: alcune considerazioni a margine del caso Warsteiner*, in *Giur. it.*, 2001 p. 1650 ss.; A. VEDASCHI, *Le indicazioni geografiche semplici e la corretta informazione del consumatore*, in *Dir. pubbl. comp. eur.*, 2001, p. 384 ss.; M. VALLETTA, *Non solo DOP e IGP: territorialità del prodotto e informazione del consumatore dopo il caso Warsteiner*, in *Riv. dir. agr.*, 2002, II, p. 142 ss.

zione delle indicazioni di provenienza geografica che non attestano l'esistenza di un legame tra le caratteristiche del prodotto e la zona geografica rientra nella competenza degli Stati membri.

d. *La sentenza sui marchi regionali francesi*

Con una sentenza del 6 marzo 2003, emessa in una causa contro la Repubblica francese⁵³, la Corte di giustizia accerta l'inadempimento di quest'ultima agli obblighi comunitari, per non aver tempestivamente soppresso alcuni marchi regionali, riferiti a prodotti agroalimentari francesi, che risultavano protetti sulla base di norme nazionali ritenute contrastanti con l'art. 28 del Trattato Ce (ora art. 34 TFUE) in materia di libera circolazione delle merci.

In seguito alla procedura di infrazione introdotta dalla Commissione europea, è intervenuta l'accettazione da parte della Repubblica francese delle richieste della Commissione medesima, mediante l'adeguamento della normativa nazionale alle disposizioni applicabili di diritto comunitario.

Da questa sentenza non si ricavano particolari elementi utili per approfondire la materia oggetto del nostro esame.

e. *La sentenza Bud II*

Con la sentenza *Bud II*⁵⁴ pronunciata l'8 settembre 2009, la Corte di giustizia, come sappiamo, è giunta ad affermare la competenza esclusiva dell'Unione europea in materia di riconoscimento delle denominazioni di origine e delle indicazioni geografiche rientranti nel campo di applicazione, prima, del Regolamento Cee n. 2081/92 e, successivamente, del Regolamento Ce n. 510/2006.

Occorre notare che la conclusione alla quale la Corte è pervenuta non era assolutamente necessaria per risolvere la questione sollevata dal giudice nazionale, nella fattispecie di causa.

Ma la Corte ha ritenuto di dover prendere posizione su tale punto controverso, a ciò trascinato dall'Avvocato Generale *Colomer*, le cui conclusioni sono state accolte dalla Corte.

Riservandoci di procedere ad una critica approfondita delle conclusioni dell'Avvocato Generale e della sentenza della Corte sia nei prossimi paragrafi, sia nell'ultima parte di questo scritto, contenente le valutazioni finali e conclusive, in questo paragrafo ci limitiamo a rilevare che la Corte di giustizia conferma la propria posizione per quanto riguarda la competenza degli

⁵³ Sentenza della Corte di giustizia del 6 marzo 2003 in causa n. C-6/02, *Commissione delle Comunità europee c. Repubblica francese*, in *Raccolta*, 2003, I, p. 2389 ss.

⁵⁴ *Cit. supra*, nota 3.

Stati membri a disciplinare le indicazioni di provenienza dei prodotti agroalimentari sulla base delle norme del Trattato in materia di libera circolazione delle merci con riferimento, in particolare, alle norme sulla proprietà industriale e intellettuale.

Con un'integrazione modificativa della precedente giurisprudenza, la Corte di giustizia, nella sentenza *Bud II*, ha ritenuto di dover statuire che la registrazione tanto delle denominazioni di origine dei prodotti agroalimentari quanto delle indicazioni geografiche che attestano l'esistenza di un legame tra le stesse e le caratteristiche qualitative dei prodotti agroalimentari da esse designati, rientra nella competenza esclusiva riservata all'Unione europea, essendo preclusa agli Stati membri la possibilità di disciplinare, mediante disposizioni nazionali, tali denominazioni e tali indicazioni.

Il fondamento di tale presa di posizione sembra essere essenzialmente politico e non giuridico e verrà sottoposto a critica, come già anticipato, nei prossimi paragrafi e nella parte finale di questo scritto.

B. Alcune considerazioni preliminari sulla sentenza *Bud II*

L'esame della giurisprudenza pronunciata dalla Corte di giustizia in applicazione del Regolamento Cee n. 2081/92 (e, successivamente, del Regolamento Ce n. 510/2006), ma prima dell'emissione della sentenza *Bud II*, ha confermato la continuità di indirizzo rispetto a quella in precedenza pronunciata e sopra esaminata.

La Corte di giustizia, in particolare, ha innanzitutto riconosciuto il potere degli Stati membri di disciplinare, tutelando giuridicamente, le denominazioni di origine e le indicazioni di provenienza dei prodotti agroalimentari, in quanto la normativa contenuta nel Trattato, posta a tutela dei diritti di proprietà industriale e intellettuale, consente di derogare alle disposizioni in materia di libera circolazione delle merci che vietano di frapporre ostacoli alla commercializzazione dei prodotti.

In secondo luogo, la Corte ha riconosciuto agli Stati membri il potere di adottare provvedimenti normativi ed amministrativi per tutelare la qualità dei prodotti agroalimentari, valorizzandola anche mediante marchi ed attestati.

Ugualmente la Corte ha riconosciuto che gli Stati membri possono tutelare la denominazione di vendita di un prodotto normalmente commercializzato sul proprio territorio, vietando l'utilizzo di una denominazione simile per designare un prodotto (nazionale o comunitario) che abbia caratteristiche qualitative notevolmente discordanti da quelle presenti nel prodotto designato con la denominazione di vendita tradizionale⁵⁵.

⁵⁵ Questa conclusione, che trova il suo fondamento nel punto n. 24 della sentenza *Smanor*, ha assunto forza normativa vincolante dopo essere stata ripresa nel testo dell'art. 5 della direttiva Cee n. 79/112 divenuta, in seguito direttiva n. 2000/13/Ce.

Dei tre poteri riconosciuti agli Stati membri dalla precedente giurisprudenza della Corte di giustizia, il divieto introdotto dalla sentenza *Bud II* ha drasticamente ridimensionato il primo.

Si tratta, come sappiamo, del divieto imposto agli Stati membri di disciplinare, mediante provvedimenti nazionali, denominazioni di origine e indicazioni geografiche che non si limitino ad attestare la provenienza di un prodotto agroalimentare da una determinata zona geografica, ma intendano collegare le caratteristiche qualitative di tale prodotto con la zona geografica dalla quale esso proviene.

Secondo la sentenza *Bud II*, la disciplina di queste denominazioni di origine e di queste indicazioni geografiche è riservata alla competenza dell'Unione europea.

Come risulta dalla giurisprudenza in precedenza esaminata, la Corte di giustizia aveva accuratamente evitato di prendere una posizione precisa su tale divieto, pur se in alcune cause, come nelle cause «*Epoisses de Bourgogne*» e «*Warsteiner*» tale presa di posizione era stata ugualmente sollecitata in considerazione delle questioni specifiche da risolvere nelle cause rispettive.

Nella causa *Bud II*, nella quale la necessità di enunciare il divieto qui considerato sembrava, tutto sommato, marginale con riferimento alle questioni giuridiche da risolvere, potendosi per le stesse trovare una soluzione sulla base degli argomenti giuridici già utilizzati nella precedente giurisprudenza, la Corte di giustizia ha ritenuto di dover prendere una posizione precisa, affermando, per la prima volta, la competenza esclusiva dell'Unione europea a disciplinare la materia qui considerata.

È molto probabile che a tale conclusione la Corte di giustizia sia stata indotta dagli argomenti svolti dall'Avvocato Generale *Colomer*, il primo, tra gli avvocati generali, che abbia preso posizione in tal senso⁵⁶.

Se si esaminano, infatti, le conclusioni dell'Avvocato Generale *Colomer*, a partire dal punto 89, si possono riscontrare molti degli argomenti che saranno in seguito accolti dalla Corte di giustizia nella sua sentenza *Bud II*.

A tali argomenti giuridici che sono distribuiti in varie parti delle conclusioni dell'Avvocato Generale (dal n. 89 al n. 128), la Corte di giustizia ne aggiunge uno conclusivo, di natura politica, che risulta così enunciato ai punti nn. 111 e 112 della sentenza:

«(111) Ne discende che il regolamento n. 510/2006, adottato in base all'art. 37 CE, costituisce uno strumento della politica agricola comune mirante essenzialmente a garantire ai consumatori che i prodotti agricoli muniti di un'indicazione geografica registrata in forza di detto regolamento presentino, a causa della loro provenienza da una determinata zona geografica,

⁵⁶ In effetti, gli Avvocati Generali che avevano presentato le loro conclusioni nella cause in precedenza esaminate, non avevano preso posizioni precise in proposito.

talune caratteristiche particolari e, pertanto, offrano una garanzia di qualità dovuta alla loro provenienza geografica, allo scopo di consentire agli operatori agricoli che abbiano compiuto effettivi sforzi qualitativi di ottenere in contropartita migliori redditi e di impedire che terzi si avvantaggino abusivamente della reputazione discendente dalla qualità di tali prodotti.

(112) Orbene, se fosse lecito per gli Stati membri consentire ai loro produttori di utilizzare sui loro territori nazionali una delle diciture o uno dei simboli riservati dall'art. 8 del regolamento n. 510/2006 alle denominazioni registrate in forza di detto regolamento, basandosi su un titolo nazionale il quale potrebbe rispondere ad obblighi meno severi di quelli imposti nell'ambito di detto regolamento per i prodotti di cui trattasi, la garanzia di qualità in parola, che costituisce la funzione essenziale dei titoli conferiti in forza del regolamento n. 510/2006, rischierebbe di non essere assicurata, il che potrebbe del pari, nel mercato interno, compromettere lo scopo di una concorrenza uguale fra i produttori di prodotti recanti tali diciture o simboli e potrebbe, in particolare, ledere i diritti che devono essere riservati ai produttori che abbiano compiuto effettivi sforzi qualitativi al fine di poter utilizzare un'indicazione geografica registrata in forza di detto regolamento».

Questo argomento di natura politica e quelli di natura giuridica contenuti nelle conclusioni dell'Avvocato Generale e nella sentenza della Corte di giustizia saranno, come già segnalato, esaminati nei successivi paragrafi e nell'ultima parte del presente lavoro dedicata alle valutazioni finali e conclusive.

In questo paragrafo intendiamo soltanto mettere in evidenza una palese contraddizione riscontrabile tanto nelle conclusioni dell'Avvocato Generale, quanto nella sentenza della Corte di giustizia, contraddizione ugualmente rilevata nel commento alla sentenza *Bud II* citato agli inizi⁵⁷.

Dalla giurisprudenza della Corte di giustizia, in precedenza esaminata, risulta sistematicamente ribadito il principio secondo cui, come sappiamo, gli Stati membri possono adottare provvedimenti nazionali per tutelare indicazioni destinate a mettere in evidenza la provenienza di un prodotto agro-alimentare.

Tale potere viene riconosciuto sulla base delle disposizioni del Trattato sulla libertà di circolazione delle merci e, in particolare, in base a quelle che tutelano i diritti di proprietà industriale e intellettuale.

⁵⁷ Si veda il commento di V. RUBINO, *Indicazioni geografiche indirette e denominazioni di origine*, cit. supra, nota 3, che rileva la contraddizione nei seguenti termini: «Se, infatti, si dovesse intendere il giudizio della Corte come esclusione di ogni possibilità di tutela di queste denominazioni si verrebbe ad un sorprendente paradosso nella parte in cui per un verso la sentenza ammetterebbe per le indicazioni geografiche semplici indirette una protezione nazionale assoluta (siccome tecnicamente estranee all'area di applicazione del regolamento n. 510/2006/Ce e proteggibili ex art. 30 TCE come forme di proprietà intellettuale), per altro verso negherebbe a denominazioni di origine di prodotti di maggior pregio (legati al territorio per fattori agro-ambientali) analoga copertura a causa dell'omessa richiesta di registrazione da parte dello Stato di appartenenza e dell'inapplicabilità di altri strumenti di tutela».

Ciò significa, pertanto, che risultano in ogni caso legittime, alla luce delle disposizioni comunitarie sopra richiamate, le indicazioni disciplinate in sede nazionale che attestino la provenienza dei prodotti agroalimentari da determinate aree geografiche, dato che possono conferire ai prodotti un valore economico certo ed apprezzabile in quanto, come dice la Corte di giustizia al punto n. 28 della sentenza *Exportur* sopra citata⁵⁸, tali indicazioni: «*possono (...) godere di una grande reputazione presso i consumatori e costituire per i produttori, stabiliti nei luoghi che esse designano, un mezzo essenziale per costituirsi una clientela*».

Orbene, se le indicazioni di provenienza che collegano i prodotti con le zone geografiche dalle quali essi provengono possono essere legittimamente disciplinate in sede nazionale grazie alle norme poste a salvaguardia dei diritti di proprietà industriale ed intellettuale, contenute nel Trattato, occorre chiedersi perché le stesse indicazioni non possano più essere tutelate in sede nazionale, per il fatto che esse, oltre a collegare i prodotti con le zone geografiche di provenienza, mettono anche in evidenza il legame tra le loro caratteristiche qualitative e le predette zone geografiche.

In effetti, secondo logica, il Trattato dovrebbe salvaguardare, a maggior ragione, l'impiego di tali ultime denominazioni perché, trattandosi di prodotti che presentano caratteristiche qualitative peculiari, le stesse sarebbero in grado di fornire vantaggi ancora più importanti ai loro produttori.

Ciò dovrebbe essere ritenuto ammissibile anche perché, come si può dedurre dalla sentenza sui *formaggi olandesi*⁵⁹ e dalla sentenza *Smanor*⁶⁰, agli Stati membri deve essere riconosciuto il diritto di valorizzare la qualità dei prodotti agroalimentari dei loro territori, promuovendoli anche mediante marchi ed attestati⁶¹.

Indubbiamente possono sorgere problemi in materia di libera circolazione delle merci, in quanto l'utilizzo dell'indicazione di provenienza è riservato ai soli operatori legittimati, ma questo problema si pone ovviamente tanto nel caso in cui l'indicazione di provenienza si limiti a segnalare la zona geografica da cui il prodotto proviene, quanto nel caso in cui l'indicazione metta in evidenza il legame tra la zona geografica e le caratteristiche qualitative che contraddistinguono il prodotto agroalimentare che da tale zona deriva.

Come si vede, pertanto, poiché la disciplina prevista dalle norme del Trattato in materia di protezione dei diritti di proprietà industriale e intellettuale non opera alcuna distinzione tra indicazioni di provenienza e denominazioni di origine (che facciano riferimento anche alle caratteristiche qualitative del prodotto)

⁵⁸ *Cit. supra*, nota 28.

⁵⁹ *Cit. supra*, nota 30.

⁶⁰ *Cit. supra*, nota 32.

⁶¹ Cfr. in particolare il dispositivo n. 2 della sentenza sui *formaggi olandesi*, *cit. supra*, nota 30.

rientrando entrambe tra le indicazioni geografiche, occorrerebbe rinvenire ulteriori argomenti per poter giustificare la distinzione sostenuta dall'Avvocato Generale nelle sue conclusioni e dalla Corte di giustizia nella sua sentenza.

Ciò appare evidente anche perché secondo l'art. 18, par. 2, ultimo trattino, della direttiva n. 2000/13⁶² sull'etichettatura e la presentazione dei prodotti alimentari, sono considerate legittime le limitazioni alla libertà di circolazione dei prodotti alimentari qualora esse siano giustificate, in assenza di norme comunitarie armonizzate, da motivi: «*di tutela della proprietà industriale e commerciale, di indicazioni di provenienza, di denominazioni d'origine*».

Come si vede, pertanto, sarebbe possibile giustificare la distinzione tra le indicazioni di semplice provenienza e le denominazioni di origine e le indicazioni geografiche (queste ultime entrambe riferite a prodotti dei quali le caratteristiche qualitative derivano dalle rispettive zone di provenienza) soltanto sulla base del Regolamento Cee n. 2081/92 (divenuto ora Regolamento Ce n. 510/2006) inteso come normativa di armonizzazione delle disposizioni nazionali in materia di tutela delle denominazioni di origine e delle indicazioni geografiche riferite ai prodotti agroalimentari.

Ma come in prosieguo verrà chiarito, non è possibile giustificare, sulla base di argomenti giuridicamente fondati, la distinzione appena riferita.

IV. Considerazioni giuridiche sulla sentenza *Bud II*

Come già anticipato, in prosieguo si procederà ad un esame approfondito, sotto il profilo giuridico, degli argomenti addotti dall'Avvocato Generale *Colomer*, nelle sue conclusioni, e dalla Corte di giustizia, nella sua sentenza *Bud II*, iniziando con l'esame degli argomenti sviluppati dall'Avvocato Generale.

1. LE CONCLUSIONI DELL'AVVOCATO GENERALE COLOMER

a. *Analisi degli argomenti sviluppati nelle conclusioni*

Come già ricordato, al punto n. 89 delle sue conclusioni, l'Avvocato Generale (di seguito: *Colomer*) affronta il problema, che qui interessa, in questi termini: «*Si chiede alla Corte, in sostanza, di pronunciarsi sull'esclusività della disciplina comunitaria in materia di tutela delle indicazioni geografiche e delle denominazioni d'origine, uno dei temi più discussi in questa materia, a cui la giurisprudenza non ha ancora risposto in modo esauriente*».

Il problema, in estrema sintesi, è quello di sapere se le denominazioni di origine e le indicazioni geografiche possano essere registrate e tutelate soltan-

⁶² *Cit. supra*, nota 14.

to in sede comunitaria, tramite il regolamento Cee n. 2081/92, successivamente sostituito dal Regolamento Ce n. 510/2006.

Al punto n. 92 delle conclusioni, il problema viene posto da *Colomer* in modo preciso, argomentando che se le denominazioni di origine e le indicazioni geografiche «non vengono registrate a livello comunitario, è dubbio che gli Stati membri possano tutelarle con regole proprie o che il citato regolamento possa considerarsi esaustivo e precluda qualsiasi intervento statale nel suo ambito di applicazione formale e sostanziale»⁶³.

Al punto n. 93 *Colomer*, riconosce esplicitamente che «la questione è complessa» confermando di condividere la stessa posizione sostenuta dall'Avvocato Generale Jacobs al punto n. 41 delle proprie conclusioni presentate nella causa «*Warsteiner*»⁶⁴.

Colomer, passa successivamente in rassegna la giurisprudenza della Corte di giustizia che è stata esaminata nella prima parte di questo scritto, per sostenere (cfr. punto 94 delle conclusioni) che il problema deve essere risolto nell'ambito dell'applicazione delle norme del Trattato in materia di libertà di circolazione delle merci.

Secondo *Colomer* occorre necessariamente stabilire se l'adozione del Regolamento Cee n. 2081/92 (successivamente sostituito dal Regolamento Ce n. 510/2006) abbia determinato nel settore considerato un'armonizzazione delle regole nazionali tale da escludere che gli Stati membri possano applicare le proprie norme nazionali dopo l'adozione delle norme armonizzate comunitarie.

Curiosamente *Colomer* (cfr. punto 94 delle conclusioni), nell'accennare alle sentenze costituenti i precedenti ai quali occorrerebbe far riferimento per trovare conferma alle tesi in discussione, e da esso sostenuta, per quanto riguarda il settore agricolo (cfr. nota 51 delle conclusioni in calce al punto n. 94), cita quattro sentenze che non provano affatto quanto egli sostiene.

Tra le sentenze citate, la sentenza *Ratti*⁶⁵, ad esempio, non riguarda affatto direttive adottate in materia agricola, bensì due direttive di armonizzazione concernenti, rispettivamente, le vernici e i prodotti pericolosi⁶⁶, mentre le altre

⁶³ La traduzione italiana del punto n. 92 non è felice. *Colomer*, intende semplicemente porsi questo quesito: se le denominazioni di origine e le indicazioni geografiche non fossero registrate in sede comunitaria in base al Regolamento Ce n. 510/2006, potrebbero le stesse essere tutelate in sede nazionale dai rispettivi Stati membri, oppure tale possibilità sarebbe esclusa in considerazione del carattere esauriente ed esclusivo del predetto Regolamento?

⁶⁴ *Cit. supra*, nota 52.

⁶⁵ Sentenza della Corte di giustizia del 5 aprile 1979 in causa n. 148/78, *Ratti* in *Raccolta*, 1979, p. 1629 ss. Cfr. F. CAPELLI, *Le direttive comunitarie*, Milano, Giuffrè, 1983, p. 327 ss.

⁶⁶ Direttiva n. 73/173/Cee del Consiglio, del 4 giugno 1973, concernente il ravvicinamento delle disposizioni legislative, regolamentari e amministrative degli Stati Membri relative alla classificazione, all'imballaggio e all'etichettatura dei preparati pericolosi (solventi), in *Guce* n. L 189 del 11 luglio 1973, p. 7, ora abrogata, e direttiva n. 77/728/Cee del Consiglio, del 7 novembre 1977, concernente il ravvicinamento delle disposizioni legislative, regolamentari ed amministrative degli Stati Membri relative alla classificazione, all'imballaggio e all'etichettatura di pitture, vernici, inchiostri da stampa, adesivi ed affini, in *Guce* n. L 303 del 28 novembre 1977, p. 23, ora abrogata.

sentenze citate, pur riguardando il settore dell'agricoltura, si riferiscono a direttive di armonizzazione adottate sulla base dell'art. 100 del Trattato Cee e non unicamente sulla base dell'art. 43 del Trattato Cee (poi divenuto art. 37 del Trattato Ce) che, all'epoca, costituiva la base giuridica per l'adozione dei provvedimenti in materia agricola⁶⁷.

Il problema, come appare chiaro dai precedenti menzionati da *Colomer*, è quindi quello di stabilire se il Regolamento Cee n. 2081/92 (e il successivo n. 510/2006) svolgano la stessa funzione svolta dalle disposizioni di armonizzazione contenute nelle direttive considerate nelle cause di cui alle sentenze richiamate dall'Avvocato Generale.

Lo stesso *Colomer* riconosce, al punto n. 95 della sue conclusioni, che il problema non viene risolto in modo completo dai regolamenti citati e, a sostegno di tale affermazione, ricorda le posizioni divergenti della dottrina⁶⁸.

Come gli autori, ricordati da *Colomer*, che si sono occupati del problema, anche le parti che hanno partecipato alle varie cause sopra esaminate hanno, infatti, sostenuto opinioni diverse.

Mentre la Commissione, pur essendo stata nel passato contraria, come abbiamo visto, a tutelare la qualità dei prodotti alimentari, ha in seguito sempre sostenuto la competenza esclusiva della Comunità europea a disciplinare le denominazioni di origine e le indicazioni geografiche, la Francia, l'Italia e la Germania, come sappiamo, hanno sostenuto la posizione opposta⁶⁹. Sulla stessa linea della Francia, della Germania e dell'Italia, *Colomer* riconosce che si è posto anche il Comitato economico e sociale nel suo parere presentato con riferimento alla proposta della Commissione del 1991, che sarebbe divenuta il Regolamento Cee n. 2081/92⁷⁰.

Per finire, al punto n. 115 delle sue conclusioni, *Colomer* analizza, in particolare, le sentenze della Corte di giustizia che abbiamo esaminato nella prima parte del presente scritto. Da tale analisi *Colomer* ritiene di poter trarre indicazioni favorevoli alla tesi da esso sostenuta, che va nel senso di riconoscere una competenza esclusiva all'Unione europea in questa materia.

⁶⁷ Ad esempio, la direttiva esaminata nella sentenza *Tedeschi c. Denkavit*, richiamata nella nota 51 delle conclusioni di *Colomer*, armonizzava in sede europea il livello delle sostanze indesiderabili presenti nei mangimi. Tale direttiva, portante il n. 74/63/Cee, (in *Guce* n. L 38 dell'11 febbraio 1974, p. 31 ss., ora abrogata), aveva come base giuridica, oltre all'art. 43, anche l'art. 100 del Trattato Cee. Su tale direttiva si ritornerà più avanti nel testo.

⁶⁸ Alla nota 52 delle sue conclusioni *Colomer* cita alcune pagine del libro di J. M. CORTÉS MARTÍN, (*La protección de las indicaciones geográficas en el comercio internacional e intracomunitario*, Ministero dell'Agricoltura, Pesca e Alimentazione, Madrid, 2003) nelle quali sono elencati gli autori favorevoli e quelli contrari alla tesi da esso sostenuta.

⁶⁹ *Cfr. supra*, nota 50.

⁷⁰ *Cfr.* punto 113 delle conclusioni di *Colomer*.

b. Considerazioni giuridiche e valutazioni critiche

La preoccupazione iniziale di *Colomer* è quella di ricercare elementi in grado di corroborare la sua tesi secondo cui sarebbe possibile tracciare un parallelo tra la situazione disciplinata dal Regolamento Cee n. 2081/92 (ora Regolamento Ce n. 510/2006) e quelle disciplinate dalle direttive di armonizzazione esaminate nelle sentenze richiamate al punto n. 94 delle sue conclusioni.

Secondo questa tesi, infatti, come gli Stati membri, in ossequio a tali sentenze, non possono più adottare normative interne in grado di incidere sulla libertà di circolazione dei prodotti disciplinati dalle direttive, dato che la Comunità ha proceduto ad armonizzare le norme nazionali relative a prodotti considerati dalle direttive medesime, allo stesso modo gli Stati membri non possono più adottare normative interne destinate ad incidere nella materia disciplinata dal Regolamento Cee n. 2081/92 (ora Regolamento Ce n. 510/2006) per il fatto che la Comunità ha provveduto ad armonizzare la materia medesima.

Ora, il parallelo tracciato da *Colomer* non è sostenibile perché non è fondato su un valido fondamento giuridico.

Ed infatti tutte le direttive prese in esame dalle sentenze citate da *Colomer*⁷¹ erano state adottate sulla base delle norme del Trattato appositamente previste per l'armonizzazione delle disposizioni nazionali degli Stati membri.

Ad esempio, come già ricordato, la direttiva esaminata nella sentenza *Tedeschi c. Denkavit*, come le altre analizzate nelle altre sentenze citate da *Colomer*, sono state adottate perché le norme nazionali, applicabili nelle rispettive materie, erano fra loro divergenti e ostacolavano, di conseguenza, la libera circolazione dei prodotti da esse contemplati.

Per questo, non essendo possibile far circolare nella Comunità europea, come nella fattispecie di cui alla sentenza *Tedeschi c. Denkavit*, un alimento per animali contenente una quantità di sostanze indesiderabili che risultava regolata in modo diverso da Stato membro a Stato membro, è apparso necessario armonizzare, mediante apposite direttive, le legislazioni nazionali in materia, in modo da fissare una quantità massima di sostanze che fosse ammessa e accettata da tutti gli Stati membri. Da qui, la sentenza *Tedeschi c. Denkavit* della Corte di giustizia che nega agli Stati membri, dopo l'entrata in vigore della direttiva di armonizzazione, il diritto di continuare ad invocare la propria normativa nazionale per sottrarsi all'obbligo di osservare la normativa europea contenuta nelle direttive di armonizzazione.

Lo stesso è avvenuto con le direttive prese in esame nella sentenza *Ratti*⁷² riguardanti, rispettivamente, vernici e prodotti pericolosi. In tutti i casi men-

⁷¹ *Cit. supra*, note 66 e 67.

⁷² *Cfr. supra*, nota 66.

zionati, nelle conclusioni di *Colomer*, grazie alle direttive di armonizzazione rispettivamente applicabili, è stato possibile disciplinare, in modo armonizzato la specifica materia, così da costringere tutti gli Stati membri ad adottare, all'interno dei rispettivi ordinamenti, le stesse norme.

Pertanto, in tutti i casi esaminati nelle sentenze citate da *Colomer*, dopo l'entrata in vigore della specifica direttiva e la scadenza della data prevista per il suo recepimento, i prodotti considerati potevano liberamente circolare in tutti gli Stati membri, avendo gli Stati medesimi perso il diritto di introdurre restrizioni alla libera circolazione delle merci basate, all'epoca, sull'art. 36 (poi divenuto 30 del Trattato Ce ed ora art. 34 TFUE) che, come è noto, consente di limitare la circolazione delle merci per ragioni di sicurezza pubblica, ordine pubblico nonché per consentire la salvaguardia dei diritti di proprietà industriale e commerciale.

Orbene, come si può comprendere, *Colomer* ha inteso risolvere il problema posto nella causa *Bud II* ricorrendo alla stessa giurisprudenza che la Corte di giustizia aveva inizialmente elaborato nel lontano 1976 con la sentenza *Simmenthal* (causa n. 35/76)⁷³ e successivamente completato nel 1978 con la citata sentenza *Tedeschi c. Denkavit* (causa n. 5/77)⁷⁴.

Tale giurisprudenza, come è noto, ha seguito un nuovo indirizzo consentendo alle cosiddette direttive di "armonizzazione totale" di paralizzare l'attività degli Stati membri in materia di libera circolazione delle merci⁷⁵.

La giurisprudenza successiva della Corte di giustizia ha poi avuto modo di indicare con precisione i limiti e la portata di tale nuovo indirizzo connesso all'applicazione delle direttive di "armonizzazione totale"⁷⁶.

Secondo *Colomer*, pertanto, con l'adozione del Regolamento Cee n. 2081/92 si sarebbe verificato un caso di "armonizzazione totale" delle legislazioni nazionali in materia di denominazioni di origine e di indicazioni geografiche.

Ma, al contrario, niente di tutto questo si è verificato, né poteva verificarsi in conseguenza dell'adozione del Regolamento Cee n. 2081/92.

Innanzitutto non era necessario far ricorso ad un provvedimento di armonizzazione, perché non c'erano leggi nazionali divergenti da armonizzare. Nel 1992, quando il Regolamento Cee n. 2081/92 è stato adottato dai dodici Stati membri che allora facevano parte della Comunità europea, soltanto la Francia disponeva di una disciplina specifica, pur se incompleta, in materia di tutela

⁷³ Sentenza della Corte di giustizia del 15 dicembre 1976 in causa n. 35/76, *Simmenthal Spa c. Ministero delle finanze*, in *Raccolta*, 1976, p. 1871.

⁷⁴ Sentenza della Corte di giustizia del 5 ottobre 1977 in causa n. 5/77, *Tedeschi c. Denkavit*, in *Raccolta*, 1977 p. 1555.

⁷⁵ Cfr. F. CAPELLI, *Le direttive comunitarie*, cit. supra, nota 65, pp. 403-404.

⁷⁶ Cfr. F. CAPELLI, *Direttive di armonizzazione totale, direttive di armonizzazione parziale e direttive opzionali*, in questa *Rivista*, 2000, p. 755 ss.

delle denominazioni geografiche⁷⁷, mentre l'Italia, che era l'altro Paese membro maggiormente interessato, non aveva alcuna legislazione specifica in tale materia, ma soltanto provvedimenti isolati che riguardavano i singoli prodotti (ad esempio: legge sul «*Parmigiano Reggiano*»⁷⁸; sul «*Prosciutto di Parma*»⁷⁹ ed altre simili).

Non esistevano, dunque, normative nazionali da armonizzare – anche se i pochi Paesi che riconoscevano la tutela delle indicazioni geografiche seguivano le proprie procedure nazionali – ma soprattutto non era necessario armonizzarle neanche se fossero esistite, perché la differente forma di registrazione nazionale, seguita nei singoli Stati membri, non costituiva affatto un ostacolo alla libera circolazione dei prodotti designati con le denominazioni tutelate, dato che essi circolavano già da tempo liberamente in tutti i Paesi membri.

Il Regolamento Cee n. 2081/92 non aveva quindi lo scopo di permettere la circolazione dei prodotti tutelati che già in precedenza circolavano, ma bensì quello di rendere possibile una più efficace tutela delle denominazioni già protette o meritevoli di essere protette all'interno di tutti gli Stati membri.

Ed è esattamente quello che risulta dal *considerando* n. 7 del Regolamento Cee n. 2081/92, il quale recitava testualmente:

«considerando tuttavia che le prassi nazionali di elaborazione e di attribuzione delle denominazioni di origine e delle indicazioni geografiche sono attualmente eterogenee; che in effetti un quadro normativo comunitario recante un regime di protezione favorirà la diffusione delle indicazioni geografiche e delle denominazioni d'origine poiché garantirà, tramite un'impostazione più informale [rectius: uniforme n.d.A.], condizioni di concorrenza uguali tra i produttori dei prodotti che beneficiano di siffatte diciture, ciò che farà aumentare la credibilità dei prodotti in questione agli occhi dei consumatori».

L'armonizzazione che è stata introdotta dal Regolamento Cee n. 2081/92 si discosta quindi del tutto da quella realizzata dalle direttive di cui alle sentenze citate da *Colomer* al punto 94 delle sue conclusioni, diventando invece una sorta di armonizzazione, per quanto riguarda gli aspetti procedurali nazionali, analoga a quella introdotta in materia di marchi commerciali mediante la nota direttiva Cee n. 89/104⁸⁰.

⁷⁷ Cfr. *Loi relative à la protection des appellations d'origine (du 6 mai 1919)*, reperibile sul sito internet: http://www.wipo.int/clea/docs_new/pdf/fr/fr030fr.pdf. Cfr. F. NICOLAS - E. VALCESCHINI (éditeurs), *Agro-alimentaire: une économie de la qualité*, Inra-Economica, Paris, 1995; J.-M. AUBY - R. PLAISANT, *Le droit des appellations d'origine. L'appellation Cognac*, Paris, Librairies techniques, 1974.

⁷⁸ Art. 15 della legge n. 125 del 10 aprile 1954 e dpr n. 1269 del 30 ottobre 1955 sul *Parmigiano Reggiano*.

⁷⁹ Legge 13 febbraio 1990 n. 26 sulla «Tutela della denominazione "Prosciutto di Parma"».

⁸⁰ 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., ora abrogata e sostituita dalla direttiva n. 2008/95/Ce del Parlamento europeo e del

Anche questa direttiva non aveva affatto lo scopo di permettere la circolazione nella Comunità dei marchi che venivano registrati nei vari Paesi membri mediante la procedura armonizzata, ma bensì quello di permettere il ricorso ad una tutela uniforme dei marchi all'interno dei diversi Paesi membri in caso di contestazione.

Infatti, in materia di marchi vige il principio di tutela su base territoriale, per cui nonostante l'esistenza della direttiva n. 89/104, un marchio nazionale registrato in un Paese membro non può circolare in altro Paese membro nel quale è registrato un marchio simile e con esso confondibile.

Per supplire a questo inconveniente è stato, per l'appunto, adottato il Regolamento Ce n. 40/94⁸¹ sul marchio comunitario, allo scopo di permettere anche la registrazione di un marchio valido per tutti i Paesi dell'Unione europea.

Nel caso delle indicazioni geografiche che rientrano, come sappiamo, nella materia della proprietà industriale e intellettuale⁸², tenuto conto della minore complessità della materia, per le ragioni sopra viste, non è stato necessario procedere, come per i marchi, prima all'adozione di una direttiva che riguardasse le poche norme nazionali esistenti e poi all'introduzione di un regolamento disciplinante il regime delle denominazioni d'origine e delle indicazioni geografiche da applicare in sede comunitaria.

Al contrario, con un solo regolamento si è proceduto a soddisfare entrambe le esigenze. Vale a dire, sia a disciplinare in modo armonizzato le procedure nazionali necessarie per rendere possibile la registrazione delle denominazioni in sede comunitaria, sia a disciplinare in modo armonizzato il regime delle denominazioni di origine e delle indicazioni geografiche da registrare in sede comunitaria.

A tale proposito, l'Avvocato Generale *Colomer*, nelle sue conclusioni, fa anche riferimento alla citata direttiva n. 89/104 sui marchi ma per giungere a

Consiglio, del 22 ottobre 2008, sul ravvicinamento delle legislazioni degli Stati membri in materia di marchi d'impresa (Versione codificata), in *Gu-Ue* n. L 299 dell'8 novembre 2008, p. 25 ss. Cfr. G. OLIVIERI, *La prima direttiva CEE in materia di marchi d'impresa*, in *Riv. dir. civ.*, 1990, n. 3, p. 315; P. PETTITI, *La direttiva CEE sul ravvicinamento delle legislazioni degli Stati membri in materia di marchi d'impresa: spunti per alcune riflessioni sulla normativa italiana*, in *Riv. dir. comm.*, 1991, p. 331 ss.

⁸¹ 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. Cfr. G. BONET, *Propriétés intellectuelles. La marque communautaire. Règlement CEE No. 40/94 du Conseil du 20 décembre 1993*, in *Rev. trim. dr. eur.*, 1995, p. 59 ss.; F. BENUSSI, *Il marchio comunitario: regolamento (Ce) n. 40/94 del Consiglio del 20 dicembre 1993, regolamento (CE) n. 2868/95 della Commissione del 13 dicembre 1995, regolamento (CE) n. 2869/95 della Commissione del 13 dicembre 1995*, Milano, Giuffrè, 1996. Tale regolamento è stato abrogato e sostituito dal Regolamento (Ce) n. 207/2009 del Consiglio, del 26 febbraio 2009, sul marchio comunitario (versione codificata), in *Gu-Ue* n. L 78 del 24 marzo 2009, p. 1 ss.

⁸² Ciò viene espressamente riconosciuto dalla Corte di giustizia al punto n. 110 della stessa sentenza *Bud II* qui commentata: «Le denominazioni di origine rientrano nei diritti di proprietà industriale e commerciale. La normativa pertinente tutela i beneficiari contro l'uso illegittimo delle dette denominazioni da parte di terzi che intendano profittare della reputazione da esse acquisita (...)».

conclusioni del tutto ingiustificate.

Al punto n. 111 delle sue conclusioni, *Colomer* sostiene, infatti, che l'intenzione del legislatore comunitario di attribuire un carattere esclusivo ed esauriente al Regolamento Cee n. 2081/92 (e al Regolamento Ce n. 510/2006) risulta provata dal fatto che la disciplina delle denominazioni d'origine e delle indicazioni geografiche, introdotta da tale regolamento, non è stata accompagnata da un'armonizzazione delle legislazioni nazionali applicabili in tale materia, così come è avvenuto nel settore dei marchi.

Ma la ragione della mancata armonizzazione delle legislazioni nazionali in materia di denominazioni di origine e di indicazioni geografiche, è del tutto comprensibile e l'abbiamo più sopra riferita.

Non c'è stata armonizzazione per la semplice ragione che non esistevano leggi nazionali da armonizzare!

Come abbiamo ricordato, dei dodici Paesi membri che formavano la Comunità europea nei primi anni '90, soltanto la Francia possedeva una legge, tra l'altro incompleta, che riguardava le indicazioni geografiche e le denominazioni di origine dei prodotti alimentari⁸³.

L'argomento addotto da *Colomer* a sostegno della sua tesi, non ha quindi alcun peso ed alcuna rilevanza dal punto di vista giuridico. Stupisce pertanto che la Corte di giustizia accolga con favore questo argomento (cfr. punto 113 della sentenza) senza sottoporlo ad alcuna valutazione critica.

Ciò è la conseguenza, a nostro avviso, della mancanza di un sano ed efficace contraddittorio tra le parti coinvolte nella causa *Bud II*, che è stata decisa dalla Corte di giustizia, per quanto riguarda il punto fondamentale che qui interessa, prendendo sostanzialmente in considerazione soltanto le conclusioni dell'Avvocato Generale *Colomer* e le tesi esposte in causa dalla Commissione.

Per di più la Corte di giustizia, sulla spinta dell'argomento fornito da *Colomer*, ha ritenuto di potersi avvalere di altri argomenti, ugualmente favorevoli alla tesi sostenuta dall'Avvocato Generale, scoprendoli nel Regolamento Ce n. 40/94 sul marchio comunitario (cfr. punti 114-117 della sentenza).

Si tratta però, anche in questo caso, di argomenti inconsistenti sotto il profilo giuridico, come più avanti verrà dimostrato.

In realtà il principio da applicare alle denominazioni di origine e alle indicazioni geografiche era ed è lo stesso che vale per i marchi: se il marchio viene registrato in sede comunitaria vale per tutta la Comunità⁸⁴; se il marchio è registrato in sede nazionale è invece soggetto ai conflitti che possono sorgere all'interno dei singoli Stati membri.

⁸³ Cfr. *supra*, nota 77.

⁸⁴ Pur con le note limitazioni dovute all'esistenza di marchi nazionali precedentemente registrate in uno o più Stati membri.

Questi, a nostro avviso, erano gli approfondimenti che l'Avvocato Generale *Colomer* avrebbe dovuto effettuare prima di portare la Corte di giustizia ad emettere la sua sentenza nella causa *Bud II* che, come vedremo, presta il fianco a numerose critiche.

2. LE MOTIVAZIONI DELLA SENTENZA *BUD II* DELLA CORTE DI GIUSTIZIA

a. *La posizione della Corte di giustizia*

Come risulta dalla sentenza qui esaminata, la Corte di giustizia fa propri alcuni degli argomenti di carattere giuridico adottati dall'Avvocato Generale *Colomer* nelle sue conclusioni.

Curiosamente, però, la Corte di giustizia ignora del tutto, nella sua sentenza, l'argomento giuridico sul quale *Colomer* aveva fondato la tesi da esso ritenuta più importante. Vale a dire l'intervenuta "*armonizzazione totale*" delle legislazioni nazionali in materia di denominazioni di origine e di indicazioni geografiche.

Il fatto che tale argomento sia stato completamente ignorato dalla Corte, costituisce, a nostro avviso, la prova della sua fragilità e della sua insostenibilità. D'altra parte le considerazioni in precedenza svolte contro la tesi di *Colomer*⁸⁵ paiono già sufficienti per togliere ad essa ogni pregio.

Ma agli argomenti giuridici, la Corte di giustizia ne aggiunge, direttamente in modo esplicito, uno di carattere politico. Si tratta, per la verità, di un argomento che era possibile ricavare anche implicitamente dalle stesse conclusioni di *Colomer*.

Come risulta dal punto n. 112 della sentenza qui esaminata, e già sopra riportato, la Corte di giustizia sostiene che:

«se fosse lecito per gli Stati membri consentire ai loro produttori di utilizzare sui loro territori nazionali una delle diciture o uno dei simboli riservati dall'art. 8 del regolamento n. 510/2006 alle denominazioni registrate in forza di detto regolamento, basandosi su un titolo nazionale il quale potrebbe rispondere ad obblighi meno severi di quelli imposti nell'ambito di detto regolamento per i prodotti di cui trattasi, la garanzia di qualità in parola, che costituisce la funzione essenziale dei titoli conferiti in forza del regolamento n. 510/2006, rischierebbe di non essere assicurata».

Come si può comprendere, la Corte di giustizia non si pone minimamente il problema dell'armonizzazione delle legislazioni nazionali in materia di indicazioni geografiche e non si preoccupa sostanzialmente di consentire che, grazie ai regolamenti n. 2081/92 e n. 510/2006, i prodotti alimentari con de-

⁸⁵ Cfr. *supra* il testo con riferimento alle note 74 e 75.

nominazione tutelata in sede comunitaria possano circolare liberamente nell'Unione europea.

La preoccupazione della Corte di giustizia è unicamente di natura politico-economica, quella cioè di consentire che gli operatori possano ottenere in sede comunitaria una tutela più affidabile rispetto a quella ottenibile in sede nazionale e ciò a tutto vantaggio degli stessi operatori nazionali.

Ciò viene espressamente sottolineato dalla Corte di giustizia allorché, al punto n. 112 della sentenza, mette in evidenza il rischio che correrebbero gli operatori se volessero ottenere un riconoscimento unicamente all'interno del loro Stato: «*basandosi su un titolo nazionale il quale potrebbe rispondere ad obblighi meno severi di quelli imposti*» in sede comunitaria⁸⁶.

Risulta quindi confermato che, secondo la Corte di giustizia, l'obiettivo perseguito dal Regolamento n. 510/2006 (e dal precedente Regolamento Cee n. 2081/92) è essenzialmente di carattere politico-economico. Ma se così fosse, come è possibile sostenere che gli Stati membri hanno il potere di disciplinare le semplici indicazioni di provenienza consentite dall'allora art. 30 del Trattato (ora art. 36 TFUE) per valorizzare i prodotti nazionali, e poi affermare che nel caso del Regolamento n. 510/2006 (e n. 2081/92) gli Stati membri avrebbero perduto il potere di avvalersi dello stesso art. 30 (ora art. 36 TFUE), non perché la Comunità europea ha armonizzato le disposizioni nazionali che ostacolavano la libertà di circolazione delle merci (unico motivo valido per invocare l'adozione di una direttiva di armonizzazione) ma perché la Comunità stessa ha ritenuto necessario rafforzare la tutela degli operatori del settore alimentare, creando un meccanismo di riconoscimento comunitario più affidabile delle denominazioni di origine e delle indicazioni geografiche?

In tal caso, i due regolamenti citati si sarebbero trovati in contrasto con lo stesso Trattato Ce, perché le disposizioni dell'art. 30 (ora art. 36 TFUE) potevano unicamente essere fatte valere per i soli motivi giuridici consentiti, in particolare per quelli necessari al mantenimento degli ostacoli indispensabili per tutelare i diritti di proprietà industriale e intellettuale.

Ma se lo scopo è essenzialmente politico, come risulta dalla sentenza della Corte di giustizia, non si vede come possa essere impedito ad uno Stato membro di invocare l'applicazione dell'art. 30 del Trattato (ora art. 36 TFUE).

In altre parole, se non esiste una normativa armonizzata che impedisca, dal punto di vista giuridico, agli Stati membri di far ricorso alla propria nor-

⁸⁶ Volendo essere precisi, si può contestare anche questa affermazione della Corte. Chi ha esperienza professionale diretta in materia di registrazione di denominazioni di origine e di indicazioni geografiche in sede comunitaria, sa benissimo in che modo la Commissione riesce ad intervenire per influenzare le procedure di registrazione. Un caso clamoroso è rappresentato dalla procedura di registrazione dell'IGP *Aceto balsamico di Modena* che ha richiesto 18 anni di contenzioso per arrivare in porto; cfr. F. CAPELLI, *La registrazione dell'Indicazione Geografica Protetta «Aceto Balsamico di Modena» e i tentativi deliberatamente messi in atto sia per ostacolarla sia per circoscriverne gli effetti e la portata*, in questa Rivista, 2009, p. 573, spec. p. 577, p. 582 e p. 594.

mativa nazionale, non sarà possibile vietare agli stessi Stati membri di tutelare la qualità dei propri prodotti alimentari mediante l'applicazione di norme interne, come viene espressamente consentito dall'art. 18 della direttiva Ce n. 2000/13 sulla presentazione e pubblicità dei prodotti alimentari⁸⁷.

Soprattutto non sarebbe stato (e non sarebbe) possibile impedire l'applicazione dell'art. 30 del Trattato (ora art. 36 TFUE) sulla base di una sentenza della Corte di giustizia che giunge alle sue conclusioni attraverso un'interpretazione teleologica dell'intero sistema di registrazione delle denominazioni di origine e delle indicazioni geografiche, ripartendo, in tale materia, le competenze legislative fra l'Unione europea e gli Stati membri, al termine di un procedimento pregiudiziale che mal si presta, per l'assenza di un effettivo contraddittorio, a risolvere problemi giuridico-istituzionali di così grande complessità come è stato agli inizi ricordato.

Trattandosi di un'interpretazione sulle finalità politiche perseguite dal Regolamento Ce n. 510/2006 (e del Regolamento Cee n. 2081/92) la stessa è, come ogni interpretazione di questo tipo, opinabile, in quanto fondata su supposizioni.

Non è certo compito della Corte di giustizia stabilire quale sia il metodo migliore per tutelare gli interessi degli operatori del settore dei prodotti alimentari di qualità, individuandolo nell'attribuzione in via esclusiva all'Unione europea di competenze specifiche che vengono sottratte agli Stati membri.

b. *La posizione del legislatore comunitario*

Un compito del genere spettava unicamente al legislatore comunitario rappresentato, nel caso di specie, dall'autore del Regolamento Cee n. 2081/92, vale a dire dal Consiglio dei Ministri dei 12 Stati membri dell'epoca, i quali non hanno affatto rinunciato alle proprie competenze ed anzi hanno manifestato, in varie occasioni, la propria volontà contraria, come abbiamo sopra riferito.

Inoltre il Consiglio dei Ministri (e, quindi, gli Stati membri) aveva già esplicitamente manifestato la propria intenzione di mantenere le competenze nazionali degli Stati membri in tale materia, quando ha preteso che fosse eliminato dalla proposta presentata, nel 1991, dalla Commissione (che sarebbe

⁸⁷ Stabilisce, infatti, l'art. 18 della direttiva n. 2000/13/Ce: «1. *Gli Stati membri non possono vietare il commercio dei prodotti alimentari conformi alle norme previste dalla presente direttiva, applicando disposizioni nazionali non armonizzate relative all'etichettatura e alla presentazione di determinati prodotti alimentari o dei prodotti alimentari in genere.* 2. *Il par. 1 non è applicabile alle disposizioni nazionali non armonizzate giustificate da motivi; - di tutela della salute pubblica, - di repressione delle frodi, sempreché queste disposizioni non siano tali da ostacolare l'applicazione delle definizioni e delle norme previste dalla presente direttiva, - di tutela della proprietà industriale e commerciale, di indicazioni di provenienza, di denominazioni d'origine e di repressione della concorrenza sleale.*».

divenuta il Regolamento Cee n. 2081/92), il *considerando* n. 17 che la Commissione aveva inserito proprio per affermare la competenza esclusiva della Comunità europea in questa materia.

Come risulta, infatti, dal testo della proposta di Regolamento pubblicato nel 1991 sulla *Gazzetta Ufficiale della Comunità europea*⁸⁸, il *considerando* n. 17 era così redatto:

«considerando che, per prevenire il moltiplicarsi dei regimi, che potrebbero creare confusione nei consumatori, il regime comunitario deve essere esauriente ed esclusivo; che pertanto le indicazioni geografiche o le denominazioni d'origine concesse a livello nazionale prima dell'entrata in vigore del presente regolamento dovranno essere pubblicate per essere registrate a livello comunitario, fatte salve le disposizioni vigenti in materia».

Come si vede, la Commissione aveva utilizzato nel *considerando* n. 17 i termini *«esauriente ed esclusivo»* per definire il regime da attuare con il predetto regolamento, che sono gli stessi termini impiegati dall'Avvocato Generale Colomer nelle sue conclusioni e dalla Corte di giustizia, nella sua sentenza *Bud II*, per riconoscere la competenza esclusiva dell'Unione europea in tale materia.

Orbene, nell'ultima versione del Regolamento definitivamente approvato dal Consiglio dei Ministri, come si può ricavare dal testo pubblicato sulla *Gazzetta Ufficiale delle Comunità europee*⁸⁹, il *considerando* n. 17 risulta interamente soppresso.

Non solo, ma nella stessa relazione con la quale la Commissione ha presentato al Consiglio dei Ministri, per l'approvazione, la proposta di Regolamento, è contenuto un paragrafo (n. 8) così redatto:

«Per conseguire tutti questi obiettivi la Commissione propone di istituire, a livello comunitario, un quadro normativo che offra le medesime condizioni a tutti i cittadini della Comunità. Il dispositivo previsto è tuttavia abbastanza duttile per consentire agli Stati membri nei quali già vige una normativa in materia di mantenerla, se del caso con alcuni adattamenti. Per contro, negli Stati membri in cui siffatta normativa non esiste, sarà obbligatorio introdurre le disposizioni necessarie per far funzionare il regime comunitario»⁹⁰.

Come si può chiaramente comprendere, secondo la stessa Commissione, autrice della proposta di Regolamento, il sistema da tale regolamento previsto:

«è tuttavia abbastanza duttile per consentire agli Stati membri nei quali già vige una normativa in materia di mantenerla, se del caso con alcuni adattamenti».

⁸⁸ Cfr. la proposta di Regolamento (Cee) del Consiglio relativo alla protezione delle indicazioni geografiche e delle denominazioni d'origine dei prodotti agricoli e alimentari, *cit. supra*, nota 41.

⁸⁹ *Cit. supra*, nota 34.

⁹⁰ Cfr. la proposta di Regolamento (Cee) del Consiglio relativo alla protezione delle indicazioni geografiche e delle denominazioni d'origine dei prodotti agricoli e alimentari, Doc. SEC(90)2415 def. del 21 gennaio 1991.

La Commissione si è quindi dimostrata, agli inizi, giustamente realista, essendo impensabile sotto il profilo politico, che i Ministri dell'Agricoltura degli Stati membri potessero adottare un regolamento in base al quale essi consentivano alla Comunità europea di sottrarre ai loro Stati il potere di disciplinare la materia delle denominazioni di origine e delle indicazioni geografiche.

Da ciò si desume che, in mancanza di un chiaro trasferimento delle competenze risultante in modo esplicito da atti normativi, correttamente fondati su norme in grado di attribuire il relativo potere, appare improponibile la tesi dell'attribuzione esclusiva delle competenze all'Unione europea, fondandola essenzialmente su un'interpretazione teleologica, in chiave politica, del Regolamento adottato.

Anche perché, come si dirà più avanti, il raggiungimento delle finalità di carattere politico-economico perseguite dal regolamento, più volte citato, potrebbero essere più efficacemente realizzate proprio mantenendo separate le competenze in materia, tra l'Unione europea e gli Stati membri.

Poiché la Corte di giustizia al punto n. 111 della sua sentenza ha riconosciuto che il solo fondamento del Regolamento n. 510/2006 è l'art. 37 del Trattato Ce, avrebbe dovuto anche verificare se, sulla base di tale art. 37, un'attribuzione esclusiva, nel senso sopra chiarito, sarebbe stata possibile.

L'art. 37 del Trattato Ce (ora art. 43 TFUE), come è noto, è la norma che ha consentito alla Comunità europea di adottare tutti i regolamenti comunitari disciplinanti le organizzazioni comuni di mercato nei settori agricoli sotto il profilo tecnico-economico-giuridico.

In quarant'anni di applicazione della disciplina relativa a tali organizzazioni comuni di mercato, negli oltre venti settori regolamentati, non è mai stata inserita, nei provvedimenti relativi, alcuna disposizione che si riferisse alle indicazioni geografiche, perché la materia esulava in modo evidente dalle finalità dei regolamenti agricoli in materia di organizzazioni comuni di mercato⁹¹.

Soltanto due regolamenti (e una direttiva), dopo gli anni '90, hanno avuto modo di prendere in considerazione l'area di provenienza dei prodotti. Si tratta del regolamento sugli ortofrutticoli⁹² e di un regolamento sull'olio d'oliva⁹³ (nonché dell'ultima direttiva sul miele⁹⁴).

Ma le regole concernenti i riferimenti sulla provenienza disciplinati in tali

⁹¹ Si vedano le considerazioni svolte dalla Corte di giustizia ai punti n. 12-13 della sentenza sui *formaggi olandesi*, cfr. *supra*, nota 30.

⁹² Regolamento (Ce) n. 2200/96 del Consiglio del 28 ottobre 1996 relativo all'organizzazione comune dei mercati nel settore degli ortofrutticoli, in *Guce* n. L 297 del 21 novembre 1996, p. 1 ss., ora abrogato.

⁹³ Regolamento (Ce) n. 182/2009 della Commissione, del 6 marzo 2009, che modifica il regolamento (Ce) n. 1019/2002 relativo alle norme di commercializzazione dell'olio di oliva, in *Gu-Ue* n. L 63 del 7 marzo 2009, p. 6 ss.

⁹⁴ Direttiva n. 2001/110/Ce del Consiglio, del 20 dicembre 2001, concernente il miele, *cit. supra*, nota 10.

regolamenti non hanno alcuna attinenza con quelle riguardanti la materia della proprietà industriale e intellettuale, nella quale rientrano le indicazioni geografiche e le denominazioni di origine disciplinate dai più volte citati Regolamento Cee n. 2081/92 e Regolamento Ce n. 510/2006⁹⁵. Le indicazioni sulla provenienza dei prodotti disciplinate nei regolamenti, rispettivamente, sugli ortofrutticoli e sull'olio d'oliva, mirano, infatti, unicamente a mettere i consumatori in condizione di sapere da dove (come area di provenienza) proviene il prodotto che essi intendono acquistare, senza minimamente preoccuparsi della tutela degli interessi dei produttori e degli altri operatori.

Anche per le considerazioni appena svolte, occorre pertanto concludere, su questo punto, che l'art. 37 del Trattato Ce (ora art. 43 del TFUE) non costituisce una base giuridica idonea per conferire all'Unione europea una competenza esclusiva in materia di denominazioni di origine e di indicazioni geografiche relative ai prodotti agroalimentari.

Infatti, come ha sempre affermato la Corte di giustizia nella sua giurisprudenza, la normativa europea in materia agricola (materia che rientra tanto nella competenza dell'Unione europea quanto in quella degli Stati membri) può soltanto avvalersi del principio della prevalenza rispetto alla normativa interna degli Stati membri nel senso indicato nella sentenza sulla qualità dei formaggi olandesi sopra esaminata, secondo cui, poiché: «(...) *la Comunità ha emanato una normativa che istituisce l'organizzazione comune dei mercati in un determinato settore, gli Stati membri sono tenuti ad astenersi da qualsiasi provvedimento che vi deroghi o ne pregiudichi l'efficacia (...)*»⁹⁶.

Ciò avrebbe come conseguenza, in definitiva, che uno Stato membro non potrebbe disciplinare, applicando norme nazionali, una denominazione di origine o un'indicazione geografica, che siano già state registrate in sede europea, e ciò in considerazione, appunto, della prevalenza del diritto europeo sul diritto nazionale.

Qualora ciò avvenisse, sorgerebbe un caso di conflitto tra normativa co-

⁹⁵ E neppure hanno alcuna attinenza con le finalità perseguite da tali regolamenti, le indicazioni sulla provenienza imposte per la commercializzazione delle carni bovine previste dal Regolamento Ce n. 1760/2000 (*Guce* n. L 204 dell'11 agosto 2000, p. 1) che perseguono unicamente obiettivi di natura sanitaria, per assicurare la rintracciabilità dei prodotti. Lo stesso dicasi per le disposizioni comunitarie relative alle indicazioni sulla provenienza delle uova (Regolamento del Consiglio n. 1907/90 del 26 giugno 1990, in *Guce* n. L 173 del 6 luglio 1990, p. 5 e successive modifiche), del pollame (Regolamento del Consiglio n. 1906/90 del 26 giugno 1990, in *Guce* n. L 173, del 6 luglio 1990, p. 1 e successive modifiche) nonché dei pesci previste dal Regolamento Ce n. 2065/2001, che riguarda l'informazione dei consumatori nel settore dei prodotti ittici (*Guce* n. L 278 del 23 ottobre 2001, p. 6). Specifiche disposizioni sulle indicazioni di provenienza sono anche previste per i prodotti biologici (Regolamento Ce n. 834/2007 del Consiglio, del 28 giugno 2007, in *Gu-Ue* n. L 189 del 20 luglio 2007, p. 1 ss.). Infine possiamo ricordare le indicazioni di provenienza relative ai vini che sono però state in precedenza disciplinate dalle norme nazionali degli Stati membri e che sono state "comunitarizzate" soltanto nel 2008, in base al Regolamento Ce n. 479/2008 (*Gu-Ue* n. L 148 del 6 giugno 2008, p. 1 ss.).

⁹⁶ Cfr. sentenza della Corte di giustizia del 7 febbraio 1984 in causa n. 237/82, *Jongeneel Kaas*, cit. *supra*, nota 30, punto 12.

munitaria e normativa nazionale che sarebbe unicamente risolvibile applicando quella comunitaria come normativa prevalente, esattamente come è avvenuto nella causa *Epoisses de Bourgogne*, che è stata correttamente risolta dalla Corte di giustizia con la sua sentenza sopra esaminata⁹⁷.

Ma il principio della prevalenza del diritto comunitario in materia agricola (come in tutte le altre materie di competenze ripartite), non comporta, ovviamente, la sottrazione agli Stati membri delle competenze legislative nelle materie medesime.

V. Valutazioni finali e conclusive

Dalle considerazioni in precedenza svolte è possibile trarre le conclusioni che vengono in prosieguo precisate.

1. PREMESSE - LA PROBLEMATICHE DEI MARCHI E DELLE INDICAZIONI GEOGRAFICHE

La tutela delle indicazioni geografiche rientra, fin dalle origini, tra le competenze degli Stati membri, trattandosi di materia rientrante nella proprietà intellettuale (come è il caso dei marchi e dei brevetti)⁹⁸.

Come già ricordato, per i marchi si è proceduto in un modo particolare, ma del tutto ragionevole. Il marchio europeo, come già segnalato, introdotto con il regolamento n. 40/94⁹⁹, aveva come base giuridica l'allora applicabile art. 235 del Trattato Ce (ora art. 352 TFUE) che prevedeva l'adozione di un provvedimento del Consiglio, approvato all'unanimità, nelle materie nelle quali non esisteva alcuna competenza specifica della Comunità europea. La direttiva Ce n. 89/104, infine, come pure più sopra segnalato, che ha armonizzato le legislazioni nazionali sui marchi, è stata adottata sulla base dell'allora applicabile art. 100 A (ora art. 114 TFUE) relativo al ravvicinamento delle legislazioni degli Stati membri.

Ma nonostante l'adozione del regolamento sul marchio europeo e della direttiva di armonizzazione sui marchi nazionali, come è noto, esistono attualmente migliaia di marchi nazionali che possono essere usati unicamente nello Stato membro nel quale sono stati registrati ma non negli altri Stati membri. Senza contare che lo stesso marchio comunitario-europeo non può impedire l'uso di un marchio nazionale, con esso confondibile, se questo è

⁹⁷ Cfr. sentenza della Corte di giustizia del 9 giugno 1998 in cause riunite n. C-129/97 e n. C-130/97, Procedimenti penali a carico di *Yvon Chiciak e Fromagerie Chiciak e Jean-Pierre Fol*, cit. *supra*, nota 49.

⁹⁸ Cfr. *supra*, nota 82.

⁹⁹ Regolamento (Ce) n. 40/94 del Consiglio, del 20 dicembre 1993, sul marchio comunitario, cit. *supra*, nota 81.

stato anteriormente registrato in uno o più Stati membri.

L'esattezza di quanto appena precisato viene confermata dalla celebre sentenza *Hag II*¹⁰⁰, dalla quale si ricava che se all'interno del Mercato unico europeo due marchi uguali sono stati registrati separatamente in due Paesi membri diversi, il prodotto designato con il marchio registrato in un Paese membro non può circolare nell'altro Paese membro dove lo stesso marchio è stato pure regolarmente registrato.

Anche per le indicazioni geografiche non esiste alcuna norma del Trattato che attribuisca all'Unione europea una competenza in tale materia.

In conclusione, nella materia della proprietà intellettuale e in quella della proprietà industriale (brevetti, marchi e indicazioni geografiche), il Trattato istitutivo non ha mai conferito all'Unione europea alcuna specifica competenza. Attualmente, secondo l'art. 4 del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea, applicabile dopo l'entrata in vigore del Trattato di Lisbona, la materia della proprietà industriale e intellettuale rientra nel "mercato interno" e, quindi, tra le competenze tanto dell'Unione europea, quanto degli Stati membri.

La competenza in specifiche materie poteva, nel passato, e potrebbe, attualmente, essere conferita all'Unione europea con appositi atti adottati dalle Istituzioni europee. Ma anche in caso di conferimento delle competenze mediante atti adottati dalle Istituzioni europee, occorre stabilire, come ha riconosciuto la Corte di giustizia nel celebre parere n. 1/94¹⁰¹, quali siano i limiti delle competenze conferite¹⁰².

In ogni caso, il conferimento di competenze in materia di proprietà intellettuale e in materia di proprietà industriale poteva (e può) avvenire soltanto mediante atti fondati su norme del Trattato in grado di legittimare tale conferimento.

Come abbiamo appena ricordato, il conferimento delle competenze ad adottare il marchio comunitario è avvenuto sulla base dell'allora applicabile art. 235 del Trattato (ora art. 352 TFUE). Analogamente la direttiva Ce n. 89/104, come abbiamo pure ricordato, è stata adottata sulla base dell'allora applicabile art. 100 A, (ora art. 114 TFUE). Entrambe le norme citate, consentivano il conferimento delle competenze alla Comunità europea per disci-

¹⁰⁰ Sentenza della Corte di giustizia del 17 ottobre 1990 in causa n. C-10/89, *SA CNL-SUCAL NV c. HAG GF AG*, in *Raccolta*, 1990, I, p. 3711 ss. Cfr. i commenti di R. JOLIET, *Droit des marques et libre circulation des marchandises: l'abandon de l'arrêt HAG I*, in *Rev. trim. dr. eur.*, 1991, p. 169 ss.; W. ALEXANDER, *CMLR*, 1991, p. 681 ss.; A. LO MONACO, *The Role of Consent and Consumer Protection in Reconciling Articles 30 and 36 in Hag I and Hag II*, in *Fordham Internat. Law Jour.*, 1991-92, p. 207 ss.; G. BONET, in *Rev. trim. dr. eur.*, 1991 p. 639 ss.; R. KOVAR, *Les fonctions des marques selon la Cour de justice des Communautés européennes après l'arrêt Hag II*, in *Revue de jurisprudence de droit des affaires*, 1991, p. 751 ss.

¹⁰¹ Parere della Corte di giustizia n. 1/94 del 15 novembre 1994, in *Raccolta*, 1994, I, p. 5267 ss.

¹⁰² Come è noto, in materia di tutela dei diritti di proprietà intellettuale, la stessa Corte di giustizia ha riconosciuto l'esistenza di competenze ripartite tra la Comunità europea e gli Stati membri. Ciò risulta in modo esplicito dal già citato parere n. 1/94 della Corte di giustizia.

plinare, anche se non in via esclusiva, la materia della proprietà industriale e intellettuale¹⁰³.

Per quanto riguarda, invece, il conferimento delle competenze in materia di indicazioni geografiche, questo è avvenuto sulla base di un atto comunitario fondato su una norma del Trattato relativa al settore dell'agricoltura, che poteva soltanto contemplare aspetti attinenti al coordinamento, in sede europea, di regole applicabili in materia agricola.

Infatti il Regolamento Cee n. 2081/92, che ha introdotto le DOP e IGP, è stato adottato unicamente dal Consiglio dei Ministri sulla base dell'allora applicabile art. 43 del Trattato Ce.

Ora, basta leggere il testo del citato art. 43 del Trattato Ce (poi divenuto art. 37 dello stesso Trattato ed attualmente ancora art. 43 del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea: TFUE) per rendersi conto che la disciplina sulla tutela delle indicazioni geografiche non rientra nel campo di applicazione di tale articolo, come in precedenza chiarito.

Tale articolo, come già segnalato, si occupa infatti unicamente della disciplina delle organizzazioni comuni di mercato in agricoltura sotto il profilo economico-commerciale e non avrebbe potuto contemplare la tutela della proprietà intellettuale connessa alle indicazioni geografiche.

Al massimo, seguendo le indicazioni che la Corte di giustizia ha fornito nella sentenza sui formaggi olandesi, sopra commentata¹⁰⁴, le disposizioni del Trattato Ce nel settore dell'agricoltura, avrebbero potuto conferire alla Comunità europea i poteri necessari per adottare provvedimenti in materia di tutela della qualità dei prodotti agricoli, ma non certo in materia di tutela della proprietà intellettuale (o industriale) relativamente agli stessi prodotti¹⁰⁵.

In effetti, il regolamento n. 2081/92, come precisava il suo *considerando* n. 12, coordinava in particolare, in sede comunitaria, la registrazione delle DOP e delle IGP per consentirne la «*protezione in ciascuno degli Stati membri*».

Ciò significa e comporta che qualora la registrazione delle indicazioni geo-

¹⁰³ Occorre notare che al punto 101 del citato Parere n. 1/94 si dice espressamente che: «*Gli artt. 100A e 235 del Trattato, dal canto loro, non possono, come già rilevato, creare di per sé una competenza esclusiva a favore della Comunità*».

¹⁰⁴ Cfr. sentenza della Corte di giustizia del 7 febbraio 1984 in causa n. 237/82, *Jongeneel Kaas*, cit. *supra*, nota 30.

¹⁰⁵ Infatti, come abbiamo sopra visto, i provvedimenti che possono essere adottati in materia di proprietà intellettuale e industriale, devono essere correttamente fondati sulle norme del Trattato relative all'armonizzazione delle legislazioni nazionali, per rendere possibile il superamento delle eccezioni che gli Stati membri avrebbero sempre potuto opporre sulla base dell'art. 36 del Trattato Ce (divenuto in seguito art. 30 ed ora art. 36 Trattato TFUE). Nel parere n. 1/94 (cit. *supra*, nota 101), punto 59, la Corte di giustizia ha affermato che: «*A questo proposito, occorre sottolineare che, sul piano legislativo interno, la Comunità dispone in materia di proprietà intellettuale di una competenza di armonizzazione delle legislazioni nazionali in forza degli artt. 100 e 100 A, e può basarsi sull'art. 235 per creare titoli nuovi che si sovrappongono ai titoli nazionali, come ha disposto con il regolamento sul marchio comunitario [regolamento (CE) del Consiglio 20 dicembre 1993, n. 40/94, sul marchio comunitario (...)]*».

grafiche venisse ottenuta in sede europea, gli Stati membri preferirebbero senz'altro tutelare le proprie denominazioni nazionali tramite il diritto europeo, direttamente applicabile in tutti gli Stati membri, invece che tramite il proprio diritto interno, sulla base degli accordi bilaterali stipulati con i vari Stati.

Infatti, lo Stato membro interessato che volesse tutelare una denominazione nazionale negli altri Stati membri unicamente sulla base del proprio diritto interno, non potendosi avvalere della normativa europea, sarebbe costretto a ricorrere agli accordi bilaterali classici. Ma questo è un problema diverso da quello relativo alla competenza esclusiva a disciplinare le indicazioni di origine, che attiene alla ripartizione dei poteri tra Unione europea e Stati membri.

Da ciò deriva che il Regolamento Cee n. 2081/92 non poteva avere come obiettivo quello di togliere agli Stati membri il potere di disciplinare, con leggi nazionali, la qualità dei loro prodotti agricoli connessa all'origine geografica dei prodotti medesimi. E su questi aspetti ci siamo soffermati a lungo nei precedenti paragrafi del presente articolo.

Le indicazioni geografiche, in effetti, avrebbero logicamente dovuto essere disciplinate, in sede comunitaria, con lo stesso criterio che è stato seguito per disciplinare la materia dei marchi.

E la disciplina sui marchi, in precedenza descritta, non ha soppresso in alcun modo la competenza degli Stati membri a disciplinare la relativa materia.

Come sopra ricordato, la normativa nazionale di ogni Stato membro consente la registrazione, nel proprio territorio, di un marchio potenzialmente confondibile con un marchio simile registrato in un altro Stato membro. Inoltre, come pure già ricordato, lo stesso marchio comunitario, disciplinato in base al Regolamento Ce n. 40/94 (ora Regolamento Ce n. 207/2009), non potrebbe impedire l'utilizzo di un marchio nazionale, con esso confondibile, all'interno di uno Stato membro se il marchio nazionale risultasse anteriormente registrato in tale Stato membro.

Stupisce, pertanto, l'adesione acritica della Corte (cfr. punto 113 della sentenza) alla tesi sostenuta da *Colomer*, secondo cui la mancata adozione in sede europea di una direttiva di armonizzazione delle legislazioni nazionali in materia di indicazioni geografiche, costituirebbe una prova ulteriore del carattere esclusivo della disciplina introdotta con il Regolamento Cee n. 2081/92 (e mantenuta con il Regolamento Ce n. 510/2002).

Abbiamo più sopra dimostrato, nel criticare la posizione di *Colomer*, che questa tesi non ha alcuna rilevanza sotto il profilo giuridico, perché nel settore delle indicazioni geografiche non esistevano legislazioni interne degli Stati membri da armonizzare, dato che la sola Francia disponeva di una disciplina (anche se incompleta e parziale) che regolava tale materia.

Ma la Corte di giustizia (cfr. punti nn. 116 e 117) per dimostrare la fondatezza della propria tesi, aggiunge di suo un altro argomento che neppure l'Avvocato Generale aveva invocato.

Secondo la Corte (cfr. punto n. 116 della sentenza), il carattere esclusivo dei due regolamenti qui esaminati (n. 2081/92 e n. 510/2006) deriverebbe dal fatto che la procedura di registrazione delle denominazioni e delle indicazioni geografiche, in essi disciplinata, prevede il coinvolgimento degli Stati membri i quali sono tenuti a svolgere una funzione essenziale nella procedura medesima, a differenza di quanto, invece, avviene nelle procedure di registrazione del marchio europeo o dei brevetti per ritrovati vegetali, nelle quali gli Stati non svolgono invece alcuna funzione.

Ancora una volta si rimane stupiti per l'affrettata e poco approfondita valutazione di un argomento che avrebbe semmai dovuto portare la Corte a formarsi un'opinione contraria. Anche in questo caso è la mancanza del contraddittorio che ha portato la Corte di giustizia a sostenere una tesi siffatta.

Tanto il mancato coinvolgimento dello Stato membro nelle procedure per la registrazione dei marchi europei e nazionali (e dei brevetti per ritrovati vegetali o per prodotti industriali, etc.) quanto, al contrario, il suo necessario coinvolgimento nelle procedure per la registrazione delle denominazioni di origine e delle indicazioni geografiche, si spiegano semplicemente con la diversa finalità perseguita dai richiedenti le rispettive registrazioni.

Mentre la registrazione di un marchio o di un brevetto comporta la tutela di un interesse *individuale e privato*, la registrazione di una denominazione di origine o di una indicazione geografica, comporta, invece, la tutela di un *interesse collettivo* e di *carattere pubblico*¹⁰⁶. Il marchio commerciale (nazionale ed europeo) ha sempre un titolare legittimato ad usarlo, a cederlo ed anche a sopprimerlo, se lo ritiene conveniente. Le denominazioni di origine e le indicazioni geografiche, al contrario, non hanno un titolare, ma solo utilizzatori e la loro gestione, compresa la loro soppressione, sono di competenza di organismi pubblici che agiscono sotto il controllo delle pubbliche Autorità.

Per questo nelle procedure di registrazione dei marchi e dei brevetti, vengono in rilievo, come parametri di riferimento, unicamente quelli tecnico-giuridico-scientifici previsti dalla normativa in vigore ed applicati alla luce della relativa giurisprudenza.

Al contrario, nel caso delle denominazioni di origine e delle indicazioni geografiche, oltre ai parametri tecnico-giuridico-scientifici previsti dalla normativa specifica, vengono anche in rilievo motivi di politica economica e di

¹⁰⁶ Basta, infatti, leggere i *considerando* del Regolamento n. 2081/92 (e del Regolamento n. 510/2006) per rendersi conto delle differenze fra la disciplina delle indicazioni geografiche e quella dei marchi. Cfr., peraltro, C. GALLI, *Globalizzazione dell'economia e tutela della denominazioni*, cit. *supra*, nota 48; V. FALCE, *La funzione attrattiva del marchio. Profili di rilievo concorrenziale*, in *Giur. comm.*, 2006, 5, p. 794 ss.; A. FOX, *Does the Trade Mark Harmonization Directive Recognize a Public Interest in Keeping non-distinctive Signs Free for Use?*, *EIPR*, 2000, 1, p. 1 ss.; M. LIBERTINI, *Indicazioni geografiche e segni distintivi*, in *Riv. dir. comm.*, 1997, 1, p. 1033 ss.; A. NERVI, *Le denominazioni di origine protetta e i marchi. Spunti per una ricostruzione sistematica*, in *Riv. dir. comm.*, 1996, p. 962 ss.; M.-V. FOURGOUX-JEANNIN, *Indications Géographiques et droit des marques. Conflits et combinaisons*, in *Revue du Droit Rural*, 1995, p. 474 ss.

carattere sociale che vengono valutati dalle competenti autorità¹⁰⁷.

Ed è in base a tali motivi che vengono esaminate ed eventualmente accolte le domande per la registrazione delle denominazioni di origine e delle indicazioni geografiche che corrispondono, in sostanza, a marchi collettivi.

In effetti, pure le celebri denominazioni di origine, conosciute da molto tempo in tutto il mondo, non erano altro, agli inizi, che semplici marchi collettivi¹⁰⁸.

Ma anche per la registrazione di marchi collettivi concernenti prodotti di normale diffusione, l'autorità pubblica è sempre intervenuta in passato ed attualmente il suo intervento è pure espressamente previsto dalla normativa vigente¹⁰⁹.

Essendo pertanto fondamentalmente diverse le finalità perseguite, è ovvio che l'Autorità pubblica non ha alcun motivo di intervenire nella procedura di registrazione dei marchi e dei brevetti (se non per i motivi eccezionali previsti dalla normativa applicabile), mentre ha motivo di intervenire in modo penetrante e incisivo nella procedura di registrazione delle denominazioni di origine e delle indicazioni geografiche.

Ne consegue, per concludere, su questo punto, che dalle due diverse discipline appena esaminate non è assolutamente possibile dedurre argomenti, come pretende la Corte di giustizia, a sostegno della tesi secondo cui i regolamenti n. 2081/92 e n. 510/2006 avrebbero trasferito all'Unione europea una competenza assoluta ed esclusiva nella materia qui considerata.

Detto questo, sembra logico chiederci per quale motivo si sarebbe dovuto seguire un diverso indirizzo unicamente nel settore delle indicazioni geografiche, quando la materia della proprietà intellettuale e industriale, nella quale esse rientrano, appare disciplinata, con normative correttamente fondate sui Trattati istitutivi, in modo del tutto diverso.

2. CONSIDERAZIONI CRITICHE

Se la tesi della Corte di giustizia fosse corretta si arriverebbe a conseguenze inaccettabili.

¹⁰⁷ Cfr. F. CAPELLI, *La tutela delle denominazioni dei prodotti alimentari di qualità*, in questa *Rivista*, 1998, p. 531.

¹⁰⁸ Cfr. F. CAPELLI, *La protezione giuridica dei prodotti agro-alimentari di qualità e tipici in Italia e nell'Unione europea*, in questa *Rivista*, 2001, p. 177.

¹⁰⁹ Cfr. art. 11, par. 4, del dlgo n. 30 del 10 febbraio 2005, *Codice della proprietà industriale* (a norma dell'art. 15 della L. 12 dicembre 2002, n. 273), in *Guri* n. 52 del 4 marzo 2005, n. 52, *suppl. ord.*, che così recita: «(...) l'Ufficio italiano brevetti e marchi può rifiutare, con provvedimento motivato, la registrazione quando i marchi richiesti possano creare situazioni di ingiustificato privilegio o comunque recare pregiudizio allo sviluppo di altre analoghe iniziative nella regione. L'Ufficio italiano brevetti e marchi ha facoltà di chiedere al riguardo l'avviso delle amministrazioni pubbliche, categorie e organi interessati o competenti (...)».

Se infatti, per riportare un esempio fra i tanti, le denominazioni "*Prosciutto di Parma*" o "*Parmigiano Reggiano*" non fossero state registrate in sede comunitaria, le stesse, secondo la tesi della Corte di giustizia, non potrebbero essere più tutelate neppure in Italia!¹¹⁰

Si arriverebbe quindi all'assurdo di ritenere abrogate la legge 13 febbraio 1990 n. 26 sulla «Tutela della denominazione "*Prosciutto di Parma*"» nonché la norma dell'art. 15 della legge 10 aprile 1954 n. 125 e la normativa del DPR 30 ottobre 1955 n. 1269 sul *Parmigiano Reggiano* in base alle quali sono state codificate regole, prassi e discipline collaudate nei secoli che hanno reso noto, grazie ai relativi marchi collettivi¹¹¹, due celeberrimi prodotti della gastronomia italiana nel mondo intero.

La Corte di giustizia non è neppure stata, a nostro avviso, sufficientemente prudente, pronunciandosi in una causa pregiudiziale nella quale, come già ricordato agli inizi, non era intervenuto alcun Stato membro in grado di dar vita ad un effettivo contraddittorio su un problema di estrema rilevanza, sotto il profilo giuridico-istituzionale e, per di più, mai precedentemente affrontato in modo diretto ed approfondito nella giurisprudenza comunitaria. La prudenza era d'obbligo perché si trattava di emettere una sentenza che, in sostanza, avrebbe espropriato delle loro specifiche competenze tutti gli Stati membri dell'Unione europea.

La sentenza della Corte di giustizia appare anche troppo sbrigativa ed affrettata dal punto di vista giuridico-istituzionale: essa rischia di fornire argomenti agli oppositori dell'integrazione europea che possono sfruttarne gli errori. A tale proposito occorre riflettere sulla presa di posizione della Corte co-

¹¹⁰ Analogamente le denominazioni non ancora registrate, secondo la tesi della Corte, non godrebbero di alcuna tutela all'interno degli Stati membri. Ciò sarebbe, tra l'altro, in contrasto con l'art. 24.3 dell'Accordo TRIP's secondo cui: «*Nell'attuare la presente sezione, un Membro non può diminuire la protezione delle indicazioni geografiche vigente nel suo ambito immediatamente prima della data di entrata in vigore dell'Accordo OMC*». Sul punto cfr. V. RUBINO, *Le denominazioni di origine dei prodotti alimentari*, Alessandria, Ed. Taro, 2007, pp. 183-186. Cfr. inoltre le considerazioni svolte da C. GALLI, *Globalizzazione dell'economia e tutela delle denominazioni*, cit. supra, nota 48. Cfr. anche, sull'Accordo TRIP's, A. GERMANÒ, *Le indicazioni geografiche nell'accordo Trips*, in *Riv. dir. agr.*, 2000, I, p. 412 ss.

¹¹¹ Le celebri denominazioni di origine, intese come indicazioni geografiche, «*Parmigiano Reggiano*» e «*Prosciutto di Parma*», erano, agli inizi, semplici «marchi collettivi» (cfr. F. CAPELLI, *La protezione giuridica dei prodotti agro-alimentari di qualità e tipici in Italia e nell'Unione europea*, in questa *Rivista*, 2001, p. 177 ss., spec. p. 182 ss.). Infatti, tramite un marchio collettivo ottenuto da un Consorzio di produttori, è possibile tutelare una denominazione riguardante un prodotto che presenti caratteristiche qualitative particolari, con la conseguenza che soltanto i produttori che osservano lo statuto del Consorzio possono utilizzare tale denominazione. Non avrebbe quindi rilevanza la pretesa di ridurre, in sede comunitaria, le competenze che gli Stati membri potrebbero sostanzialmente esercitare anche ricorrendo ai marchi collettivi (pur se con una tutela giuridica più limitata). V., inoltre, E. ROOK BASILE, *Marchi e certificazioni dei prodotti agricoli ed agroalimentari*, in *Riv. dir. agr.*, 1993, I, p. 325; F. ALBISINNI, *L'origine dei prodotti agro-alimentari e la qualità territoriale*, in *Riv. dir. agr.*, 2000, I, p. 23; A. GERMANÒ, *Le indicazioni geografiche nell'accordo Trips*, loc. cit.; L. COSTATO, *Ancora in tema di marchi collettivi e di protezione delle produzioni tipiche*, in *Riv. dir. agr.*, 2002, II, p. 63.

stituzionale tedesca del 30 giugno 2009¹¹² che, nell'esaminare la legittimità costituzionale della legge tedesca di ratifica del Trattato di Lisbona, ha ritenuto necessario un rafforzamento delle prerogative del Parlamento tedesco in considerazione del "deficit democratico" da essa rilevato nel sistema istituzionale dell'Unione europea.

Ma la sentenza della Corte di giustizia è da considerare imprudente anche per un altro tipo di impatto che essa potrebbe esercitare, dal punto di vista politico-economico, nel settore dei prodotti agro-alimentari di qualità tutelati con denominazioni registrate in sede comunitaria (DOP e IGP).

Sono note le critiche mosse dagli specialisti del settore¹¹³ che deplorano il numero sempre crescente di denominazioni registrate in sede comunitaria riguardanti prodotti di diffusione estremamente limitata, con notorietà meramente locale. Se si pensa che nella sola Italia le denominazioni dei prodotti agro-alimentari tradizionali sono attualmente 4500¹¹⁴, si comprendono subito le difficoltà alle quali si sta andando incontro. Un aumento notevole di registrazioni determinerà un'inflazione di denominazioni con il risultato di banalizzare le denominazioni di origine e le indicazioni geografiche sui mercati europei e internazionali, rendendo oltretutto vani gli sforzi di far accettare, in seno al WTO/OMC, il sistema europeo di tutela delle indicazioni geografiche.

È, quindi, evidente che in sede comunitaria dovrebbero essere generalmente registrate le denominazioni concernenti prodotti agro-alimentari (ad esclusione dei vini) suscettibili di avere una diffusione sensibile al di fuori della loro zona di produzione (con le ovvie eccezioni da valutare, caso per caso, sulla base di criteri oggettivi).

Di conseguenza, in caso di prodotti di diffusione limitata che potrebbero essere designati, in sede europea, con una denominazione di origine o con una indicazione geografica, basterebbe procedere alla relativa registrazione a li-

¹¹² Cfr. D. HALBERSTAM - C. MÖLLERS, *The German Constitutional Court says "Ja zu Deutschland!"*, in *German Law Journal*, No. 8, 1 August 2009, Special Edition, reperibile sul sito internet <http://www.germanlawjournal.com>. V. inoltre L. S. ROSSI, *I principi enunciati dalla sentenza della Corte costituzionale tedesca sul Trattato di Lisbona: un'ipoteca sul futuro dell'integrazione europea?*, in *Riv. dir. int.*, 2009, p. 993; U. DRAETTA, *Brevi note sulla sentenza della Corte costituzionale tedesca sul Trattato di Lisbona*, in *Studi integr. eur.*, 2009, p. 719; M. POIARES MADURO - G. GRASSO, *Quale Europa dopo la sentenza della Corte costituzionale tedesca sul Trattato di Lisbona?*, in *Dir. Un. Eur.*, 2009, p. 503.

¹¹³ Cfr. A. NERI, *La difesa del Made in Italy alimentare comincia dalla qualità*, in *Alimenta*, 2008, p. 123 ss.

¹¹⁴ Cfr. decreto del Ministero delle politiche agricole alimentari e forestali del 16 giugno 2010, in *Guri* n. 154 del 5 luglio 2010, *suppl. ord.* Tra tali denominazioni vi è, ad esempio, quella della «Focaccia al formaggio di Recco» (specialità della Liguria n. 193). Recco è un paese della Riviera ligure di 10.191 abitanti, dove i ristoranti, le trattorie e alcuni negozi preparano una focaccia ripiena di formaggio, indubbiamente squisita, se mangiata appena sfornata. Orbene, ci si può domandare quale vantaggio potrebbe conferire a tale specialità una registrazione europea. Come appare evidente, ciò che può servire è un'adeguata pubblicità per attirare i turisti a Recco o nei dintorni, così che possano gustare questa specialità gastronomica. Se, quindi, si tratta di fare pubblicità oltre i confini nazionali, basterebbe un registro, eventualmente gestito in sede comunitaria, che riporti le varie specialità riconosciute negli Stati membri.

vello nazionale, con una tutela giuridica fondata sulla normativa nazionale.

In effetti, la preoccupazione di riservare alla sola Unione europea il potere di verificare e di attestare le caratteristiche qualitative dei prodotti agroalimentari di qualità, appare giustificata quando, tra gli obiettivi perseguiti, vi sia quello di assicurare la libertà di circolazione di tali prodotti nel mercato unico europeo, tramite il diritto comunitario, obiettivo da ritenere giustamente prevalente quando si tratta di prodotti che godono di una sensibile diffusione.

Al contrario, quando si tratta di prodotti di nicchia, di limitata notorietà e ridotta diffusione, l'obiettivo prevalente non è tanto quello di assicurare la libertà di circolazione dei prodotti al di fuori della zona di produzione, quanto invece quello di attirare i consumatori nella zona dove i prodotti si trovano, perché li consumino o li acquistino sul posto. D'altra parte, come risulta dal *considerando* n. 2 del più volte citato Regolamento Ce n. 510/2006, che riprende il contenuto dello stesso *considerando* n. 2 del precedente Regolamento n. 2081/92, tra gli obiettivi perseguiti dal sistema instaurato da tali regolamenti, vi è quello di garantire vantaggi economici alle popolazioni delle zone rurali di produzione dei prodotti di qualità per ottenere «l'effetto di mantenimento della popolazione rurale in tali zone».

Di queste diverse esigenze si è finalmente resa conto anche la stessa Commissione europea che, nella recente proposta di modifica della normativa in materia di DOP e IGP, ha previsto che gli Stati membri possano disciplinare la tutela dei prodotti agroalimentari che hanno una diffusione soltanto locale come subito vedremo¹¹⁵.

3. CONCLUSIONI

Come si comprende, pertanto, se, da un lato, la salvaguardia del principio della libera circolazione delle merci può sicuramente costituire l'obiettivo prevalente quando si tratta di garantire, tramite le denominazioni protette, concreti vantaggi agli operatori interessati alla commercializzazione, nel mercato unico, di prodotti che godono di un'apprezzabile diffusione, dall'altro lato, per i prodotti di limitata diffusione e di ridotta notorietà, l'obiettivo pre-

¹¹⁵ Cfr. punti n. 3 ss. della «Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council on agricultural product quality schemes», *cit. supra*, nota 48. Questa proposta di regolamento scaturisce da una serie di iniziative avviate dalla Commissione europea a partire dal *Libro Verde sulla qualità dei prodotti agricoli: norme di prodotto, requisiti di produzione e sistemi di qualità*, Doc. Com(2008)641 def., reperibile sul sito internet <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2008:0641:FIN:IT:PDF>. Dopo il *Libro Verde*, la Commissione ha pubblicato una Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle Regioni sulla politica di qualità dei prodotti agricoli, Doc. Com (2009) 234 def., reperibile sul sito internet <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2009:0234:FIN:IT:PDF>. Sul *Libro Verde* appena citato v. A. GERMANÒ, *Il Libro verde della Commissione europea del 15 ottobre 2008: alla ricerca di una definizione di alimenti di qualità*, in *Riv. dir. agr.*, 2008, I, p. 680 ss. nonché L. COSTATO, *Seminario sul Libro verde della Commissione Ue sulla qualità dei prodotti agricoli*, in *Riv. dir. agr.*, II, p. 214 ss.

valente diventa quello di assicurare benefici alle popolazioni rurali grazie all'afflusso di consumatori nelle zone di produzione (con relativo sviluppo di attività collaterali: turismo, agriturismo, etc.).

In questo secondo caso, appare sproporzionata la registrazione in sede comunitaria della denominazione di un prodotto destinato ad esercitare un impatto unicamente a livello locale. Nella proposta di modifica della disciplina in materia di protezione delle denominazioni di origine e delle indicazioni geografiche sopra richiamate, si riconosce la correttezza di quanto appena enunciato¹¹⁶.

In tal caso, appare quindi sufficiente una tutela a livello nazionale anche per evitare, come già segnalato, un'inflazione di denominazioni registrate a livello comunitario, con la conseguente loro banalizzazione sui mercati.

È ovvio, comunque, che se una determinata denominazione registrata in sede nazionale dovesse acquisire, con il tempo, tutti i necessari requisiti per essere registrata in sede comunitaria, dovrebbe potersi agevolmente trasformare in una denominazione registrata a livello europeo, previo espletamento della prevista procedura.

La soluzione corretta dovrebbe quindi essere quella in precedenza segnalata. Se lo Stato italiano non avesse registrato in sede comunitaria le denominazioni predette ("*Prosciutto di Parma*" e "*Parmigiano Reggiano*"), limitandosi a registrarle in Italia, avrebbe soltanto perso la possibilità di tutelare le stesse denominazioni tramite il diritto comunitario, con la conseguenza di dover difendere, con maggiori difficoltà, le denominazioni medesime davanti ai Tribunali degli altri Stati membri, unicamente sulla base della normativa nazionale.

In effetti, le sentenze favorevoli ottenute dal Consorzio di tutela del *Parmigiano Reggiano* davanti ai giudici di Colonia e di Berlino in Germania¹¹⁷, nonché davanti al Tribunale di Oviedo in Spagna¹¹⁸, contro l'utilizzo indebito della denominazioni «*Parmesan*» e «*Parmetta*» in Germania e «*Parmeso*» in Spagna, risultano fondate sulla normativa comunitaria e in particolare sulle disposizioni del Regolamento Ce n. 510/2006.

Prima dell'applicazione dei Regolamenti n. 2081/1992 e n. 510/2006 non sarebbe stato, ad esempio, possibile al Consorzio del *Parmigiano Reggiano* ottenere sentenze favorevoli basate sul diritto italiano o su quello tedesco, in

¹¹⁶ Cfr. punti 3.1.4 e 3.3 "Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council on agricultural product quality schemes", *cit. supra*, nota 48.

¹¹⁷ Sentenza dell'8 giugno 2010 del Tribunale regionale (*Landgericht*) di Colonia, *Consorzio del Formaggio Parmigiano Reggiano c. Fuchs Gewürze GmbH*, e sentenza del 15 giugno 2010 della Corte d'appello di Berlino, *Allgäuland-Käsereien GmbH c. Consorzio del Formaggio Parmigiano Reggiano*, in questa *Rivista*, *infra*, rispettivamente p. 537 e p. 538 con commento di S. VENTURA, *Osservazioni in margine alle sentenze del Tribunale di Oviedo, del Tribunale regionale di Colonia e della Corte d'appello di Berlino relative alla protezione della DOP «Parmigiano Reggiano»*, p. 547 ss. Cfr. inoltre, ID., *Il caso Parmesan visto da un Tribunale tedesco*, in questa *Rivista*, 2008, p. 367 ss.

¹¹⁸ Sentenza del 5 aprile 2010 n. 65/2010 del Tribunale Commerciale di Oviedo, *Consorzio del Formaggio Parmigiano Reggiano c. Industrias Lacteas Asturianas S.A.*, in questa *Rivista*, *infra*, p. 537 ss. con commento di S. VENTURA, *loc. cit.*

mancanza di un esplicito accordo bilaterale tra l'Italia e la Germania che prevedesse la tutela delle denominazioni dei formaggi italiani in Germania.

Designando quindi la celebre denominazione «*Parmigiano Reggiano*» un prodotto di qualità di larghissima diffusione, è evidente che la stessa ha dovuto subire imitazioni in passato ed è costretta a subirle, attualmente, in numerosi Paesi del mondo.

Orbene, per queste denominazioni che corrono continuamente il rischio di essere imitate dai concorrenti e che designano prodotti di ampia diffusione, può avere un senso ed apparire giustificata la loro registrazione in sede europea, allo scopo di renderne possibile una difesa più valida ed efficace in base al diritto comunitario.

Ciò può in effetti avvenire per le denominazioni più conosciute riguardanti, ad esempio, il *Parmigiano Reggiano*, il *Grana Padano*, il *Prosciutto di Parma*, il *Prosciutto San Daniele*, l'*Aceto Balsamico di Modena* come pure per tutte le altre denominazioni designanti prodotti italiani o europei di sicura notorietà e di larga diffusione.

Quando invece le denominazioni designano prodotti di scarsa notorietà o di notorietà unicamente locale e di limitata diffusione, ben difficilmente le stesse correranno il rischio di essere imitate in altri Paesi diversi da quello nel quale sono conosciute.

Queste denominazioni, pertanto, non hanno necessità di essere tutelate negli altri Paesi membri sulla base dei Regolamenti n. 2081/92/Cee e n. 510/2006/Ce (che d'altra parte può sempre avvalersi delle norme comunitarie sulla libertà di circolazione delle merci), bastando per esse una tutela fondata sulla normativa nazionale.

Se poi la registrazione di una denominazione dovesse essere intesa come uno strumento per far conoscere nei vari Paesi membri una specialità locale, si potrebbe pensare, come già sopra indicato, di pubblicare sulla *Gazzetta Ufficiale*, serie C, dell'Unione europea un elenco delle denominazioni registrate in sede nazionale, dai vari Stati membri.

Come abbiamo più sopra segnalato, in Italia vengono utilizzate circa 4500 denominazioni per designare prodotti agroalimentari tipici o tradizionali, delle quali soltanto 200 sono state registrate in sede europea in base ai Regolamenti n. 2081/92 e n. 510/2006.

Orbene, sarebbe sicuramente irragionevole la pretesa di registrare in sede europea una grande parte di tali denominazioni. Ma sarebbe altrettanto irragionevole impedire che tali denominazioni possano godere di una qualche forma di tutela in sede nazionale.

Innanzitutto una siffatta tutela nazionale difficilmente avrebbe un impatto sulla circolazione del prodotto considerato all'interno del mercato europeo, per le ragioni sopra chiarite, a causa, soprattutto, dell'assenza di imitazioni concernenti le denominazioni protette.

In secondo luogo, nell'improbabile ipotesi in cui dovesse verificarsi un caso di imitazione della denominazione protetta in sede nazionale, gli interessati potrebbero avviare le opportune azioni di tutela sulla base della normativa applicabile in materia di proprietà intellettuale, esattamente come avviene ogni qualvolta dovesse verificarsi un caso di imitazione di marchi commerciali.

Se, pertanto, l'indicazione geografica godrà unicamente di una tutela nazionale, l'organismo interessato a proteggerla, potrà invocare la normativa interna applicabile in materia di tutela dell'indicazione geografica.

In tal caso sarebbe comunque assicurata una forma effettiva di protezione, anche se non basata sulla normativa europea.

Se, al contrario, non esistesse alcuna protezione neppure in sede nazionale, allora la denominazione (o indicazione) sarebbe destinata inesorabilmente a divenire generica e, quindi, non sarebbe più tutelabile.

Ciò considerato, non si capisce perché uno Stato membro e, in particolare, l'Italia, che dispone di un patrimonio cospicuo di prodotti agroalimentari, designati con le più diverse denominazioni che potrebbero aiutare efficacemente lo sviluppo dell'agricoltura, dovrebbe rinunciarvi.

In effetti, nell'impossibilità di tutelare una denominazione sia in sede europea sia in sede nazionale, ci troveremmo di fronte ad una denominazione del tutto inutilizzabile, anche se, localmente, la stessa potrebbe svolgere una funzione utile nell'attrarre i potenziali consumatori ad acquistare sul posto i prodotti da essa designati¹¹⁹.

Avendo presente l'indirizzo ora seguito con l'ultima riforma predisposta dalla Commissione europea in materia di tutela delle denominazioni di origine e delle indicazioni geografiche, sopra menzionata, che, in sostanza, riconosce il potere degli Stati membri di tutelare la qualità dei prodotti agroalimentari a livello locale¹²⁰, sarebbe auspicabile che anche la Corte di giustizia si convincesse che, indipendentemente dalle argomentazioni giuridiche impiegate, non occorre sottrarre agli Stati membri la competenza a disciplinare tale materia per rendere possibile una tutela efficace della qualità dei prodotti agroalimentari all'interno dell'Unione europea.

Fausto Capelli

¹¹⁹ Un esempio calzante potrebbe essere fornito dalla decisione n. 2010/225/Ue della Commissione che ha rigettato 108 domande di registrazione di 108 denominazioni di acque minerali tedesche per mancanza dei requisiti necessari per ottenere la registrazione in sede europea in base al Regolamento Ce n. 510/2006 (*Gu-Ue* n. L 100 del 22 aprile 2010, p. 10 ss.). In questo caso, se gli organismi legittimati a tutelare le denominazioni designanti le predette acque minerali fossero interessati a continuarne l'utilizzo, non avrebbero alcuna possibilità di proteggerle, né in sede nazionale, in quanto inammissibili, né in sede comunitaria, in quanto rigettate. Non pare sia questa una soluzione che vada nell'interesse dell'economia dei Paesi membri e neppure di quella della stessa Unione europea.

¹²⁰ Cfr. punto 3.3 «Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council on agricultural product quality schemes», *cit. supra*, nota 48.

GIURISPRUDENZA COMUNITARIA

I. SENTENZE E COMMENTI

CONTRASTA CON IL DIRITTO COMUNITARIO LA NORMATIVA ITALIANA SULLE MODALITÀ DI ASSEGNAZIONE DELLE FREQUENZE PER L'ESERCIZIO DI ATTIVITÀ DI RADIODIFFUSIONE TELEVISIVA

Corte di giustizia

Sentenza del 31 gennaio 2008 in causa n. C-380/05*

Centro Europa 7 Srl c. Ministero delle Comunicazioni e Autorità per le garanzie nelle comunicazioni, Direzione generale per le concessioni e le autorizzazioni del Ministero delle Comunicazioni

Art. 234 CE - Questione pregiudiziale - Art. 49 CE - Direttiva n. 2002/21/Ce, art. 9, n. 1 - Direttiva n. 2002/20/Ce, artt. 5, n. 1 e 2, comma 2 e 7, n. 3 - Direttiva n. 2002/77/Ce - Libera prestazione di servizi - Libertà di concorrenza nei mercati delle reti e dei servizi - Operatore titolare di concessione - Mancata assegnazione di frequenze di trasmissione - Inosservanza da parte delle autorità nazionali dei criteri stabiliti nel nuovo quadro normativo comune (NQNC) - Responsabilità dello Stato - Diritto al risarcimento del danno.

L'art. 49 CE e, a decorrere dal momento della loro applicabilità, l'art. 9, n. 1, della direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio 7 marzo 2002, n.

** In Raccolta, 2008, I, p. 349 ss. In argomento, v. infra, p. 465 ss., il commento di ROSANNA MEOLI.*

2002/21/Ce, che istituisce un quadro normativo comune per le reti ed i servizi di comunicazione elettronica (direttiva «quadro»), gli artt. 5, nn. 1 e 2, secondo comma, e 7, n. 3, della direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio 7 marzo 2002, n. 2002/20/Ce, relativa alle autorizzazioni per le reti e i servizi di comunicazione elettronica (direttiva «autorizzazioni»), nonché l'art. 4 della direttiva della Commissione 16 settembre 2002, n. 2002/77/Ce, relativa alla concorrenza nei mercati delle reti e dei servizi di comunicazione elettronica, devono essere interpretati nel senso che essi ostano, in materia di trasmissione televisiva, ad una normativa nazionale la cui applicazione conduca a che un operatore titolare di una concessione si trovi nell'impossibilità di trasmettere in mancanza di frequenze di trasmissione assegnate sulla base di criteri obiettivi, trasparenti, non discriminatori e proporzionati.

(Omissis) **In diritto**

Controversia principale e questioni pregiudiziali

34. La controversia di cui alla causa principale attiene al risarcimento del danno che la Centro Europa 7 sostiene di aver sofferto per il fatto che non le sono state assegnate, dai convenuti nella causa principale, le frequenze terrestri in tecnica analogica necessarie per svolgere l'attività di diffusione di programmi radiotelevisivi.

(Omissis)

Sulle questioni pregiudiziali

47. Con le sue questioni, il giudice del rinvio chiede, in sostanza, alla Corte di pronunciarsi sull'interpretazione delle disposizioni del Trattato sulla libera prestazione di servizi e sulla concorrenza, della direttiva «quadro», della direttiva «autorizzazioni», della direttiva «concorrenza» nonché dell'art. 10 della CEDU, come richiamato dall'art. 6 UE.

Sulla competenza della Corte e sulla ricevibilità delle questioni (Omissis)

Sulla seconda, sulla quarta e sulla quinta questione

72. La seconda, la quarta e la quinta questione sono tutte dirette a sapere, in sostanza, se le disposizioni dell'art. 49 CE o del NQNC ostino, in materia di trasmissione televisiva, ad una normativa nazionale la cui applicazione conduca a che un operatore titolare di una concessione si trovi, in mancanza di assegnazione delle frequenze di trasmissione, nell'impossibilità di trasmettere.

73. È vero che, nell'ambito della seconda questione, la Corte può pronunciarsi sotto il profilo dell'art. 49 CE solo nei limiti in cui tale questione concerne la normativa italiana, cioè l'art. 3, n. 7, della legge n. 249/1997, precedente alla data di applicazione del NQNC, come risulta dagli artt. 28, n. 1, della direttiva «quadro», 18, n. 1, della direttiva «autorizzazioni» e 9 della direttiva «concorrenza».

74. Allo stesso modo, la quarta e la quinta questione riguardano solo il NQNC, dato che attengono alla normativa nazionale successiva alla data di applicazione di

quest'ultimo, cioè le disposizioni della legge n. 112/2004.

75. Tuttavia, da un lato, la seconda questione riguarda anche la normativa italiana successiva all'applicabilità del NQNC, cioè l'art. 1 del decreto legge n. 352/2003.

76. Dall'altro lato, come rileva la Commissione nelle osservazioni presentate alla Corte, il NQNC ha attuato le disposizioni del Trattato, in particolare quelle sulla libera prestazione di servizi, nel settore delle reti e dei servizi di comunicazione elettronica come definiti agli artt. 2, lett. *a.* e *c.*, della direttiva «quadro», 2, n. 1, della direttiva «autorizzazioni» e 1, punti 1 e 3, della direttiva «concorrenza».

77. Occorre quindi trattare congiuntamente la seconda, la quarta e la quinta questione, dovendosi precisare che gli elementi di soluzione forniti sul NQNC rilevano solo a decorrere dal momento della sua applicabilità, quale indicato agli artt. 28, n. 1, della direttiva «quadro», 18, n. 1, della direttiva «autorizzazioni» e 9 della direttiva «concorrenza».

78. Per fornire una soluzione utile al giudice del rinvio in merito a tali questioni, si deve ricordare che il Trattato non impone l'abolizione assoluta dei monopoli nazionali che presentano carattere commerciale, ma dispone il loro riordino in modo da escludere qualsiasi discriminazione fra i cittadini degli Stati membri per quanto riguarda le condizioni relative all'approvvigionamento e allo smercio (sentenza 23 ottobre 1997, causa C-189/95, *Franzen, Raccolta*, I, p. 5909, punto 38 e giurisprudenza ivi citata).

79. Tuttavia, 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 (sentenza 8 settembre 2005, cause riunite C-544/03 e C-545/03, *Mobistar e Belgacom Mobile, Raccolta*, I, p. 7723, punto 30).

80. Nel settore delle reti e dei servizi di comunicazione elettronica tali principi sono stati attuati dal NQNC.

81. L'art. 8 della direttiva «quadro» prescrive, infatti, agli Stati membri l'obbligo di assicurarsi che le autorità nazionali di regolamentazione adottino tutte le ragionevoli misure intese a promuovere la concorrenza nella fornitura dei servizi di comunicazione elettronica, garantendo che non abbiano luogo distorsioni e restrizioni della concorrenza nel settore delle comunicazioni elettroniche e rimuovendo gli ostacoli residui che si frappongono alla fornitura dei detti servizi a livello europeo.

82. Parimenti, l'art. 2, n. 2, della direttiva «concorrenza» obbliga gli Stati membri ad adottare i provvedimenti necessari affinché a ciascuna impresa sia garantito il diritto di prestare servizi di comunicazione elettronica o di installare, ampliare o fornire reti di comunicazione elettronica.

83. L'art. 3, n. 1, della direttiva «autorizzazioni» obbliga peraltro gli Stati membri a garantire la libertà di fornire reti e servizi di comunicazione elettronica e vieta loro di impedire alle imprese di fornire tali reti o tali servizi, salvo quando ciò si renda necessario per i motivi di cui all'art. 46, n. 1, CE.

84. A tal fine, l'art. 3, n. 2, della direttiva «autorizzazioni» precisa che la fornitura di reti o di servizi di comunicazione elettronica può essere assoggettata soltanto ad un'autorizzazione generale.

85. Su tale punto va precisato che, nel settore delle trasmissioni televisive, la libera prestazione di servizi, come sancita all'art. 49 CE e attuata in tale settore dal NQNC, esige non solo la concessione di autorizzazioni alla trasmissione, ma altresì l'assegnazione di frequenze di trasmissione.

86. Infatti, in mancanza di frequenze di trasmissione, un operatore non può esercitare in modo effettivo i diritti conferitigli dal diritto comunitario circa l'accesso al mercato della trasmissione televisiva.

87. A tal fine, l'art. 9, n. 1, della direttiva «quadro» prevede che «[g]li Stati membri provved[a]no alla gestione efficiente delle radiofrequenze per i servizi di comunicazione elettronica nel loro territorio».

88. Allo stesso modo, l'art. 5, n. 1, della direttiva «autorizzazioni» precisa che, ogni qualvolta sia possibile e soprattutto qualora il rischio di interferenze dannose sia trascurabile, gli Stati membri si astengono dal subordinare l'uso delle frequenze radio alla concessione di diritti d'uso individuali, includendo invece le condizioni d'uso di tali frequenze nell'autorizzazione generale.

89. Peraltro, l'art. 4, punto 1, della direttiva «concorrenza» vieta agli Stati membri di concedere diritti esclusivi o speciali di uso di frequenze radio per la fornitura di servizi di comunicazione elettronica.

90. Nel presente procedimento, il giudice del rinvio interroga la Corte sui criteri attuati per la concessione delle frequenze radio al fine di operare sul mercato delle trasmissioni televisive in tecnica analogica.

91. Da un lato, il giudice del rinvio non interroga la Corte sui criteri attuati, in applicazione della legge n. 249/1997, per la concessione dei diritti ad operare sul mercato delle trasmissioni televisive in tecnica analogica. Tali criteri non sono neanche contestati dalla Centro Europa 7, né dinanzi al giudice del rinvio né nelle osservazioni presentate alla Corte, dato che proprio in applicazione di detti criteri essa ha ricevuto una concessione.

92. La Corte non è quindi tenuta a pronunciarsi su tali criteri.

93. Il giudice del rinvio nutre dubbi circa la compatibilità con il diritto comunitario della legge n. 249/1997 solo per la parte in cui il suo art. 3, n. 7, ha istituito un regime transitorio in favore delle reti esistenti, che ha avuto l'effetto di impedire agli operatori sprovvisti di frequenze radio, come la Centro Europa 7, l'accesso al mercato di cui trattasi.

94. Dall'altro lato, il giudice del rinvio interroga la Corte sui criteri attuati, in applicazione della legge n. 112/2004, per la concessione dei diritti ad operare sul mercato delle trasmissioni televisive in tecnica digitale e in tecnica analogica solo nei limiti in cui tali criteri hanno consolidato il regime transitorio istituito a favore delle reti esistenti dall'art. 1 del decreto legge n. 352/2003, il quale ha avuto l'effetto di ostacolare l'assegnazione ad operatori pur provvisti di concessioni assegnate in applicazione della legge n. 249/1997 di frequenze radio per operare sul mercato delle trasmissioni televisive in tecnica analogica.

95. A tal riguardo, occorre rilevare che l'applicazione in successione dei regimi transitori istituiti dagli artt. 3, n. 7, della legge n. 249/1997 e 1 del decreto legge n. 352/2003 a favore delle reti esistenti ha avuto l'effetto di impedire agli operatori sprovvisti di frequenze di trasmissione l'accesso al mercato di cui trattasi.

96. Si deve altresì considerare che, prevedendo un'autorizzazione generale ad operare sul mercato dei servizi radiotelevisivi a favore delle sole reti esistenti, l'art. 23, n. 5, della legge n. 112/2004 ha consolidato l'effetto restrittivo constatato al punto precedente.

97. Infatti, da un lato, limitando di fatto il numero di operatori che possono trasmettere sul mercato di cui trattasi, tali misure sono e/o sono state idonee ad ostaco-

lare la prestazione di servizi nel settore delle trasmissioni radiotelevisive.

98. Dall'altro lato, tali misure hanno e/o hanno avuto l'effetto di immobilizzare le strutture del mercato nazionale e di proteggere la posizione degli operatori nazionali già attivi sul detto mercato.

99. Di conseguenza, l'art. 49 CE e, a decorrere dal momento della loro applicabilità, gli artt. 9, n. 1, della direttiva «quadro», 5, n. 1, della direttiva «autorizzazioni» e 4, punto 1, della direttiva «concorrenza» ostano a tali misure, a meno che esse siano giustificate.

100. A tal riguardo, occorre rammentare che, secondo la giurisprudenza della Corte, un sistema di concessioni che limita il numero degli operatori nel territorio nazionale può essere giustificato da obiettivi di interesse generale (v., in tal senso, sentenza *Placanica e a.*, citata, punto 53), purché le restrizioni che ne derivano siano appropriate e non vadano oltre quanto necessario per il raggiungimento di detti obiettivi.

101. Così, il NQNC consente espressamente agli Stati membri, ai sensi dell'art. 1, n. 3, della direttiva «quadro», di adottare o mantenere in vigore, nel rispetto del diritto comunitario, disposizioni che perseguono obiettivi di interesse generale relativi, in particolare, alla politica audiovisiva.

102. Parimenti, l'art. 5, n. 2, primo comma, della direttiva «autorizzazioni» consente agli Stati membri di procedere all'attribuzione di diritti di uso delle frequenze su base individuale al fine di rispettare l'obiettivo di un uso efficiente delle stesse, come rammentato dalla direttiva «quadro».

103. Tuttavia, come rilevato dall'Avvocato Generale ai par. 34 e 37 delle conclusioni, per essere giustificato, un regime del genere, che in linea di principio contrasta con l'art. 49 CE e al NQNC, non deve solo obbedire a obiettivi di interesse generale, ma deve anche essere organizzato sulla base di criteri obiettivi, trasparenti, non discriminatori e proporzionati (v., in tal senso, sentenza *Placanica e a.*, citata, punto 49 e giurisprudenza ivi citata).

104. Così, l'art. 9, n. 1, della direttiva «quadro» dispone che gli Stati membri provvedono a che l'allocatione e l'assegnazione delle frequenze radio da parte delle autorità nazionali di regolamentazione siano fondate su criteri obiettivi, trasparenti, non discriminatori e proporzionati.

105. Inoltre, qualora sia necessario concedere diritti individuali d'uso delle frequenze radio, tali diritti devono essere attribuiti, ai sensi dell'art. 5, n. 2, secondo comma, della direttiva «autorizzazioni», «mediante procedure pubbliche, trasparenti e non discriminatorie».

106. Analogamente, ai sensi dell'art. 7, n. 3, della direttiva «autorizzazioni», «[q]ualora sia necessario concedere i diritti d'uso delle frequenze radio solo in numero limitato, gli Stati membri ne effettuano l'assegnazione in base a criteri di selezione obiettivi, trasparenti, proporzionati e non discriminatori».

107. Tale esigenza è confermata dall'art. 4, punto 2, della direttiva «concorrenza», ai termini del quale «l'attribuzione delle frequenze radio per i servizi di comunicazione elettronica si fonda su criteri obiettivi, trasparenti, non discriminatori e proporzionati».

108. Orbene, nella causa principale, emerge dagli elementi forniti dal giudice del rinvio che, in applicazione della legge n. 249/1997, l'attribuzione delle frequenze ad un numero limitato di operatori non è stata effettuata in base a criteri siffatti.

109. Infatti, da un lato, le dette frequenze sono state assegnate di fatto alle reti esistenti in applicazione del regime transitorio istituito all'art. 3, n. 7, della legge

n. 249/1997, sebbene a talune di tali reti non fosse stata rilasciata la concessione ai sensi di tale legge.

110. Dall'altro lato, ad operatori come la Centro Europa 7 non sono state attribuite frequenze, sebbene fossero state rilasciate loro concessioni ai sensi della detta legge.

111. Di conseguenza, indipendentemente dagli obiettivi perseguiti dalla legge n. 249/1997 con il regime di assegnazione delle frequenze ad un numero limitato di operatori, si deve considerare che l'art. 49 CE ostava ad un regime siffatto.

112. La medesima valutazione si impone per quanto riguarda il regime di assegnazione delle frequenze ad un numero limitato di operatori in applicazione della legge n. 112/2004: tale regime non è stato attuato sulla base di criteri obiettivi, trasparenti, non discriminatori e proporzionati, in violazione dell'art. 49 CE e, a decorrere dal momento della loro applicabilità, dell'art. 9, n. 1, della direttiva «quadro», degli artt. 5, n. 2, secondo comma, e 7, n. 3, della direttiva «autorizzazioni», nonché dell'art. 4, punto 2, della direttiva «concorrenza».

113. Infatti, in applicazione della legge n. 112/2004, le frequenze sono state assegnate alle reti esistenti e queste ultime sono state autorizzate a trasmettere in applicazione del regime transitorio regolato all'art. 1 del decreto legge n. 352/2003, che si è limitato a prolungare il regime transitorio istituito dalla legge n. 249/1997.

114. In ogni caso, le restrizioni constatate *supra* non possono essere giustificate dalla necessità di garantire una rapida evoluzione verso la trasmissione televisiva in tecnica digitale.

115. Infatti, anche qualora un obiettivo siffatto possa rappresentare un obiettivo di interesse generale tale da giustificare restrizioni del genere, è giocoforza constatare, come giustamente rilevato dalla Commissione nelle osservazioni presentate alla Corte, che la normativa italiana, in particolare la legge n. 112/2004, non si limita ad attribuire agli operatori esistenti un diritto prioritario ad ottenere le frequenze, ma riserva loro tale diritto in esclusiva, senza limiti di tempo alla situazione di privilegio così creata e senza prevedere un obbligo di restituzione delle frequenze eccedenti dopo la transizione alla trasmissione televisiva in tecnica digitale.

116. Alla luce delle considerazioni che precedono, occorre risolvere la seconda, la quarta e la quinta questione, esaminate congiuntamente, dichiarando che l'art. 49 CE e, a decorrere dal momento della loro applicabilità, l'art. 9, n. 1, della direttiva «quadro», gli artt. 5, nn. 1 e 2, secondo comma, e 7, n. 3, della direttiva «autorizzazioni», nonché l'art. 4 della direttiva «concorrenza» devono essere interpretati nel senso che essi ostano, in materia di trasmissione televisiva, ad una normativa nazionale la cui applicazione conduca a che un operatore titolare di una concessione si trovi nell'impossibilità di trasmettere in mancanza di frequenze di trasmissione assegnate sulla base di criteri obiettivi, trasparenti, non discriminatori e proporzionati.

Sulla prima e sulla terza questione (Omissis)

122. Pertanto, alla luce della soluzione fornita dalla Corte alla seconda, alla quarta e alla quinta questione, non occorre pronunciarsi sulla prima e sulla terza.

Sulla sesta, sulla settima e sull'ottava questione

123. Con la sesta, la settima e l'ottava questione, il giudice del rinvio interroga la Corte, in sostanza, sulle condizioni di attuazione, da parte degli Stati membri, del-

la deroga prevista agli artt. 5, n. 2, secondo comma, della direttiva «autorizzazioni» e 4 della direttiva «concorrenza».

124. Orbene, dalla soluzione fornita alla quarta e alla quinta questione emerge che, a decorrere dal momento della loro applicabilità, gli artt. 5, n. 2, secondo comma, della direttiva «autorizzazioni» e 4 della direttiva «concorrenza» devono essere interpretati nel senso che essi ostano, in materia di trasmissione televisiva, ad una normativa nazionale la cui applicazione conduca a che un operatore titolare di una concessione si trovi nell'impossibilità di trasmettere in mancanza di frequenze di trasmissione assegnate sulla base di criteri obiettivi, trasparenti, non discriminatori e proporzionati. (*Omissis*)

127. Ne consegue che, considerata la soluzione fornita dalla Corte alla quarta e alla quinta questione, esaminate congiuntamente alla seconda, non occorre pronunciarsi sulla sesta, sulla settima e sull'ottava questione.

(*Omissis*)

I PROFILI DI INCOMPATIBILITÀ DELLA LEGGE DI RIORDINO DEL SISTEMA RADIOTELEVISIVO ITALIANO CON IL DIRITTO DELL'UNIONE SECONDO LA CORTE DI GIUSTIZIA

Sommario: *Premessa - 1. La sentenza Centro Europa 7 - 2. Contesto giuridico della controversia - 3. Sulla tutela indiretta del pluralismo informativo da parte della Corte di giustizia - 4. Applicazioni delle regole del Trattato a situazioni apparentemente interne - 5. Impatto della sentenza sul nostro ordinamento.*

Premessa

Con la sentenza in commento¹, la Corte di giustizia si è definitivamente pronunciata sulla compatibilità della *Legge Gasparri*² con il diritto comunitario³. La Corte ha, infatti, stabilito che l'assegnazione, in esclusiva e senza li-

¹ Sentenza della Corte di giustizia del 31 gennaio 2008 in causa n. C-380/05, *Centro Europa 7*, in *Raccolta*, 2008, I, p. 349. Per un commento alla sentenza cfr. G. FARES, *La Corte di giustizia certifica la contrarietà al diritto comunitario delle modalità di attribuzione delle frequenze per l'esercizio di impianti radiotelevisivi: un caso di provvedimento senza oggetto*, in *Riv. it. dir. pubbl. comun.*, 2008, p. 557 ss.; L. F. PACE, *Il caso "Centro Europa 7": esiste un dopo?*, in *Quaderni Cost.*, 2008, p. 4000 ss.

² Cfr. legge n. 112 del 3 maggio 2004 - Norme di principio in materia di assetto del sistema radiotelevisivo e della RAI - Radiotelevisione italiana Spa, nonché delega al Governo per l'emana-zione del testo unico della radiotelevisione, in *Guri* n. 104 del 5 maggio 2004, *suppl. ord.*

³ Numerosi sono stati i profili di incompatibilità con il diritto comunitario rilevati nella *Legge Gasparri*. I primi ad occuparsi della questione, ancor prima dell'entrata in vigore della legge, sono stati, nell'ordine, il Prof. *Giuseppe Tesauo*, allora Garante della Concorrenza e del Mercato, ed il Prof. *Enzo Cheli*, allora Garante dell'Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni. In particolare *Tesauo*, nella sua audizione alla Camera, sottolineava la validità dell'iniziativa apprezzando l'avvio di una riforma organica, da tempo necessaria, per un settore che, ormai a suo dire, non era aperto ad una reale concorrenza, tuttavia ribadiva dubbi sull'esistenza di un'effettiva concorrenza in tale settore. Nello specifico non riteneva credibili i tempi previsti per l'avvento del digitale terrestre e segnalava la incompatibilità del progetto di legge con due direttive comunitarie, rispettivamente, la direttiva c.d. "autorizzazioni" n. 2002/21/Ce e la direttiva c.d. "quadro" n. 2002/20/Ce (v. *infra*, nota 9). Queste direttive prevedono un meccanismo di assegnazione delle frequenze in base a criteri obiettivi e trasparenti, non discriminatori e proporzionati. La proposta di legge, al contrario, prevedeva un meccanismo di assegnazione delle frequenze in tecnica digitale del tutto simile a quello applicabile per le analogiche. In altre parole, la proposta di legge prevedeva che le frequenze venissero messe a disposizione sulla base di quelle già assegnate in tecnica analogica. In questo modo i vecchi operatori che già operavano in tecnica analogica, si sarebbero visti assegnare le nuove frequenze in tecnica digitale. Critiche sono state inoltre sollevate non solo in ambito comu-

miti di tempo, delle frequenze ad un numero limitato di operatori esistenti, senza tener conto dei criteri di proporzionalità, obiettività e trasparenza è contraria sia ai principi del Trattato Ce sulla libera prestazione dei servizi, sia ai principi sanciti dalla nuova disciplina sulle comunicazioni elettroniche⁴. In particolare, la Corte ha ritenuto il regime di assegnazione delle frequenze, sancito dalla *Legge Gasparri*, che assegna le frequenze in tecnica digitale sulla base delle frequenze già assegnate in tecnica analogica, in contrasto con il diritto comunitario perché in violazione di una delle cinque⁵ libertà fondamentali sancite dal Trattato stesso⁶.

nitario e nazionale ma anche da organismi internazionali, come l'Assemblea Parlamentare del Consiglio d'Europa e la Commissione europea per la democrazia attraverso il diritto (c.d. *Commissione di Venezia*) del Consiglio d'Europa. In particolare, la *Commissione di Venezia*, nel giugno 2005, è stata invitata dalla predetta Assemblea ad esprimere un parere sulla *Legge Gasparri*, data la particolare anomalia nella quale versava l'Italia. Nel parere, la Commissione così si esprime: «7. In merito alle disposizioni della *Legge Gasparri* volte a proteggere il pluralismo dei media, la Commissione ritiene in primo luogo che il semplice aumento del numero di canali che verrà ottenuto grazie alla televisione digitale non sia di per sé sufficiente per garantire il pluralismo dei media. Nuovi canali resi disponibili possono avere un'audience molto limitata, pur avendo analoghe spese di produzione. Infine, delle aziende di dimensioni maggiori godranno di un potere di acquisto superiore in un'ampia varietà di attività, quali le acquisizioni di programmi, e di conseguenza usufruiranno di vantaggi significativi nei confronti di altri fornitori di contenuti in ambito nazionale. 8. La Commissione ritiene pertanto che il limite del 20% del totale dei programmi delle reti non rappresenti un indicatore chiaro della quota di mercato. Dovrebbe essere abbinato, per esempio, a un indicatore relativo alla quota di audience. 9. In merito al secondo limite fissato dalla *Legge Gasparri*, ossia il 20% dei ricavi complessivi del Sistema integrato delle comunicazioni (SIC), la Commissione è del parere che il SIC rispecchi certamente una tendenza moderna, ma che non dovrebbe, per lo meno in questa definizione molto ampia, essere utilizzato già a questo stadio in luogo e vece del parametro di "mercato rilevante", dal momento che produce l'effetto di ridurre l'efficacia degli strumenti destinati a tutelare il pluralismo. Può in effetti consentire a una singola società di conseguire livelli estremamente elevati di ricavi in singoli mercati, pur restando al di sotto della soglia del 20% dei ricavi complessivi del settore. 10. La Commissione rileva anzi che l'effetto congiunto del nuovo quadro definito dalla *Legge Gasparri* ha in realtà attenuato le norme anticoncentrazione precedenti, i cui limiti massimi consentiti erano stati superati da Mediaset e dalla RAI. Retequattro ha di conseguenza avuto l'autorizzazione di continuare ad occupare frequenze analogiche».

⁴ La nuova disciplina delle comunicazioni elettroniche comprende cinque direttive comunitarie adottate al fine di regolamentare tale settore. In particolare comprende le seguenti direttive: direttiva n. 2002/21/Ce del Parlamento europeo e del Consiglio del 7 marzo 2002, che istituisce un quadro normativo comune per le reti ed i servizi di comunicazione elettronica (direttiva "quadro"), in *Guce* n. L 108 del 24 aprile 2002, p. 33; direttiva n. 2002/20/Ce del Parlamento europeo e del Consiglio del 7 marzo 2002, relativa alle autorizzazioni per le reti e i servizi di comunicazione elettronica (direttiva "autorizzazioni"), in *Guce* n. L 108 del 24 aprile 2002, p. 21; direttiva n. 2002/77/Ce della Commissione del 16 settembre 2002, relativa alla concorrenza nei mercati delle reti e dei servizi di comunicazione elettronica (direttiva "concorrenza"), in *Guce* n. L 249 del 17 settembre 2002, p. 21; direttiva n. 2002/19/Ce del Parlamento europeo e del Consiglio del 7 marzo 2002 relativa all'accesso alle reti di comunicazione elettronica e alle risorse correlate, e all'interconnessione delle medesime, in *Guce* n. L 108 del 2 aprile 2002, p. 7 ed infine la direttiva n. 2002/22/Ce del Parlamento europeo e del Consiglio, del 7 marzo 2002, relativa al servizio universale e ai diritti degli utenti in materia di reti e di servizi di comunicazione elettronica, in *Guce* n. L 108 del 24 aprile 2002, p. 51.

⁵ Si è suggerito di poter aggiungere una «quinta» libertà fondamentale, quella del diritto di stabilimento, del tutto autonoma dalle altre: libertà di circolazione delle merci, delle persone, dei servizi e dei capitali. In merito cfr. T. BALLARINO, *Manuale di diritto dell'Unione europea*, Padova, Cedam, 2001, p. 440.

⁶ Dopo l'entrata in vigore del Trattato di Lisbona (firmato a Lisbona il 13 dicembre 2007, ed entrato in vigore il 1° dicembre 2009; cfr. la versione consolidata pubblicata in *Gu-Ue* n. C 83 del 30 marzo 2010) per un atto legislativo analogo alla *Legge Gasparri*, si potrebbe anche ipotizzare

1. La sentenza *Centro Europa 7*

La sentenza trae origine da un rinvio pregiudiziale del Consiglio di Stato, ai sensi dell'art. 234 CE (ora art. 267 TFUE)⁷, disposto in una causa per risarcimento danni presentata da una società attiva nel settore delle trasmissioni televisive (nel prosieguo: «*Centro Europa 7*»), la quale asseriva di essere stata discriminata rispetto agli altri operatori che, sebbene non in possesso della concessione ministeriale, esercitavano l'attività nel settore delle trasmissioni televisive. Il 28 luglio 1999 la ricorrente otteneva dalle autorità competenti italiane la concessione per l'assegnazione delle frequenze, necessarie per trasmettere, a livello nazionale, in tecnica analogica. Sebbene in possesso di tale autorizzazione, la stessa non riusciva a trasmettere perché priva delle necessarie frequenze. Frequenze, peraltro, che in base al decreto ministeriale del 28 luglio 1999, dovevano essere rilasciate sulla base dell'adozione del piano nazionale. Ai sensi del predetto decreto ministeriale, infatti, l'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni⁸, di intesa con il Ministero delle Comunicazioni, avrebbe dovuto attuare il Piano di assegnazione delle stesse, entro ventiquattro mesi dalla notifica della concessione. Il piano nazionale di assegnazione, però, non solo non veniva messo in atto (e – conseguentemente – *Centro Europa 7* non riceveva alcuna frequenza), ma si assisteva anche ad un'illegittima occupazione delle frequenze da parte di altri operatori che, da anni, continuavano la loro attività. Nel frattempo una serie di interventi normativi⁹ e di deci-

una violazione della Carta dei diritti fondamentali che ha acquisito lo stesso valore dei Trattati in conformità all'art. 6 del Trattato sull'Unione europea: cfr. L. S. ROSSI, *I diritti fondamentali nel Trattato di Lisbona*, consultabile sul sito internet www.europeanright/getFile.php?name=public/commenti/Rossi.doc. Per quanto riguarda il Trattato di Lisbona, cfr. R. BARATTA, *Le principali novità introdotte dal Trattato di Lisbona*, in *Dir. Un. Eur.*, 2008, p. 22; L. DANIELE, *Diritto dell'Unione europea. Sistema istituzionale, ordinamento, tutela giurisdizionale, competenze*, Milano, Giuffrè, 2008, p. 34; J. ZILLER, *Il nuovo Trattato europeo*, Bologna, il Mulino, 2007; S. CARRERA - F. GEYER, *The Reform Treaty & Justice and Home Affairs*, in *Ceps Policy Brief*, n. 141, 2007; R. RUGGIERO, *La UE esce dalla crisi ma perde un'occasione*, in *Il Sole 24 Ore*, 30 novembre 2007; E. TRIGGIANI, *La speranza di un rilancio?*, Editoriale, in *Sud in Europa*, ottobre 2007; A. VILAFRANCA, *Il trattato di Lisbona: fine di una crisi?*, in *ISPI Policy Brief*, n. 63/2007, p. 1. Per una consultazione ragionata del Trattato di Lisbona cfr. M. FRAGOLA, *Il Trattato di Lisbona che modifica il Trattato sull'Unione europea ed il Trattato della Comunità europea. Versione ragionata e sistematica per una consultazione coordinata degli articoli alla luce dei Protocolli e delle Dichiarazioni*, Milano, Giuffrè, 2010, p. 12.

⁷ Giova ricordare che, nella nuova numerazione data al Trattato sul funzionamento dell'Unione europea a seguito dell'entrata in vigore del Trattato di Lisbona il 1° dicembre 2009, l'art. 234 CE è diventato art. 267 TFUE. Per ulteriori approfondimenti sul tema del Trattato di Lisbona cfr. tra gli altri: M. FRAGOLA, *Il Trattato di Lisbona*, cit. supra, nota 1, p. 12, nonché la bibliografia ivi citata.

⁸ Si tratta di un'Autorità indipendente istituita con legge n. 249 del 31 luglio 1997 con il duplice compito di assicurare la corretta competizione degli operatori sul mercato e di tutelare i consumatori. Sono organi dell'Autorità: la Commissione per le infrastrutture e le reti, la Commissione per i prodotti ed i servizi, il Presidente, il Consiglio.

⁹ Dapprima l'art. 3, n. 2, della legge n. 249/1997 (c.d. *Legge Maccanico*) relativa all'istituzione dell'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni e alle norme sui sistemi delle telecomunicazioni e radiotelevisivi, in *Guri* n. 177 del 31 luglio 1997, *suppl. ord.*, p. 80, consentiva agli «occupanti di fatto» delle frequenze radio, legittimati ad operare in base alla precedente disciplina, di continuare

sioni giudiziarie¹⁰ permettevano ad operatori televisivi, anche se non legittimati, di continuare la loro attività¹¹. In questa materia, com'è noto, è più volte intervenuta la nostra Corte costituzionale che con le sue sentenze ha evidenziato l'illegittimità dello sfruttamento delle frequenze. Già nel 1994 la Corte¹² si è pronunciata sull'illegittimità della disciplina. La Consulta, chiamata a pronunciarsi sull'illegittimità costituzionale dell'art. 1 del decreto legge n. 323/1993¹³, convertito in legge n. 422 del 27 ottobre 1993, in combinato disposto dell'art. 16 della legge n. 223 del 1990¹⁴ con gli artt. 3, 21, 41, 97 della Costituzione, ha però rigettato la domanda. La Corte, infatti, pur ritenendo che la legge del 1993 avallasse un regime di occupazione abusivo delle frequenze, in quanto permetteva la prosecuzione dell'esercizio ai preesistenti impianti per almeno due anni, ne confermava la legittimità in ragione del suo regime transitorio. Successivamente, nel maggio 2004 è entrata in vigore la legge di riordino del settore radiotelevisivo italiano¹⁵ che avrebbe dovuto disciplinarlo in modo corretto, ma che, in realtà, ha creato altri problemi. La legge, infatti, non solo non ha eliminato lo sfruttamento abusivo delle frequenze, ma lo ha addirittura avallato. L'art. 23 della legge prevede, infatti, il passaggio dall'analogico al digitale

a trasmettere fino al rilascio delle nuove concessioni ovvero fino alla reiezione delle domande di nuove concessioni e comunque non oltre il 30 aprile 1998. Successivamente, l'art. 1 del decreto-legge n. 352/2003, convertito nella legge 24 febbraio 2004, n. 43, prorogava l'esercizio delle reti eccedenti fino allo svolgimento di un'indagine dell'Autorità sullo sviluppo delle reti televisive digitali.

¹⁰ Cfr. sentenza della Corte costituzionale n. 466 del 20 novembre 2002, che sancisce la illegittimità costituzionale dell'art. 3, comma 7, della legge 31 luglio 1997, n. 249 (*Legge Maccanico*), nella parte in cui non prevede la fissazione di un termine finale certo, e non prorogabile, che comunque non oltrepassi il 31 dicembre 2003, entro il quale i programmi, irradiati dalle emittenti eccedenti i limiti di cui al comma 6 dello stesso art. 3, devono essere trasmessi esclusivamente via satellite o via cavo.

¹¹ Cfr. conclusioni dell'Avvocato Generale Poiarés Maduro del 12 settembre 2007 in causa n. C-380/05, *Centro Europa 7*, in *Raccolta*, 2008, I, p. 349, punto, 7.

¹² V. sentenza della Corte costituzionale n. 420 del 7 dicembre 1994 nella quale si sancisce che: «La necessità, discrezionalmente apprezzata dal legislatore, di cristallizzare provvisoriamente la situazione (nel breve periodo di saldatura tra il vecchio ed il nuovo) giustifica la mancanza di una normativa diretta ad impedire la formazione di una posizione dominante che implica una disciplina a regime e presuppone un sistema chiuso che vede accordata soltanto ad alcune emittenti (le concessionarie) la possibilità di trasmettere con esclusione di tutte le altre emittenti aspiranti che non siano state collocate utilmente in graduatoria. Invece il legislatore – che in tal modo si è mostrato non insensibile ai valori del pluralismo – ha contestualmente prorogato il termine del regime autorizzatorio ex art. 32 legge n. 223/90 in modo da affiancare alle emittenti titolari a quel momento di concessione tutte le emittenti già operanti in precedenza in regime autorizzatorio che altrimenti non avrebbero potuto trasmettere (art. 11, comma 3, seconda proposizione, decreto legge n. 323/93)».

¹³ L'art. 1 stabilisce che: «Il Ministro delle poste e delle telecomunicazioni rilascia ai soggetti autorizzati a proseguire nell'esercizio di impianti per la radiodiffusione televisiva in ambito locale, ai sensi dell'art. 32 della legge 6 agosto 1990 n. 223, le relative concessioni con durata fino alla data di entrata in vigore della nuova disciplina del sistema radiotelevisivo e dell'editoria prevista dall'art. 2, comma 2, della legge 25 giugno 1993, n. 206, e comunque per un periodo non superiore a tre anni».

¹⁴ Legge n. 223 del 1990 - Disciplina del sistema radiotelevisivo pubblico e privato, in *Guri* n. 185 del 9 agosto 1990.

¹⁵ Legge n. 112 del 3 maggio 2004, *cit. supra*, nota 6.

terrestre semplicemente sulla base delle stesse assegnazioni delle frequenze già possedute in tecnica analogica. In altre parole, gli operatori che prima operavano in tecnica analogica sono stati autorizzati a trasmettere in tecnica digitale e, ancora una volta, le frequenze non sono state liberalizzate.

Ciò posto, *Centro Europa 7*, anche con l'avvento della nuova tecnologia digitale, si è vista ancora una volta privata del suo diritto di trasmettere, fondato sulla dovuta concessione e, per questo, ha chiesto un risarcimento dei danni. Il tribunale amministrativo ha respinto la domanda di risarcimento dei danni e la ricorrente ha proposto, pertanto, appello dinanzi al Consiglio di Stato. Quest'ultimo, investito della controversia e sul presupposto che la stessa riguardasse l'applicazione di norme comunitarie, ha sottoposto alla Corte di giustizia ben dieci domande pregiudiziali. Delle dieci domande pregiudiziali, la Corte ha risposto solo a tre di esse e, in particolare: (a.) se l'allora applicabile art. 49 del Trattato CE (ora art. 56 TFUE) e l'art. 9, n. 1, della "direttiva quadro"¹⁶, (b.) gli artt. 5, nn. 1 e 2, secondo comma¹⁷, e 7, n. 3, della "direttiva autorizzazioni"¹⁸, nonché (c.) l'art. 4 della "direttiva concorrenza"¹⁹ ostino, in materia di trasmissioni televisive, ad una normativa nazionale la cui applicazione comporti che un operatore, titolare di una concessione, si trovi nell'impossibilità di trasmettere in mancanza di frequenze di trasmissione assegnate sulla base di criteri obiettivi, trasparenti, non discriminatori e proporzionati.

¹⁶ Ai sensi dell'art. 9, n. 1, della "direttiva quadro", «[g]li Stati membri provvedono alla gestione efficiente delle radiofrequenze per i servizi di comunicazione elettronica nel loro territorio» e «a che l'allocazione e l'assegnazione di tali radiofrequenze da parte delle autorità nazionali di regolamentazione siano fondate su criteri obiettivi, trasparenti, non discriminatori e proporzionati».

¹⁷ L'art. 5 della direttiva "autorizzazioni", intitolato «Diritti d'uso delle frequenze radio e dei numeri», è formulato nei seguenti termini: «1. Ogni qualvolta sia possibile e soprattutto qualora il rischio di interferenze dannose sia trascurabile, gli Stati membri si astengono dal subordinare l'uso delle frequenze radio alla concessione di diritti d'uso individuali, includendo invece le condizioni d'uso di tali frequenze nell'autorizzazione generale. 2. Qualora sia necessario concedere diritti individuali d'uso delle frequenze radio e dei numeri, gli Stati membri attribuiscono tali diritti, a richiesta, ad ogni impresa che fornisca o utilizzi reti o servizi in forza di un'autorizzazione generale, nel rispetto degli artt. 6, 7 e 11, par. 1, lett. c., e di ogni altra disposizione che garantisca l'uso efficiente di tali risorse in conformità della direttiva n. 2002/21/Ce (direttiva quadro). Fatti salvi criteri e procedure specifici adottati dagli Stati membri per concedere i diritti d'uso delle frequenze radio ai fornitori di servizi di contenuto radiofonico o televisivo, per il conseguimento di obiettivi d'interesse generale conformemente alla normativa comunitaria, tali diritti d'uso sono concessi mediante procedure pubbliche, trasparenti e non discriminatorie. (...)».

¹⁸ «Qualora sia necessario concedere i diritti d'uso delle frequenze radio solo in numero limitato, gli Stati membri ne effettuano l'assegnazione in base a criteri di selezione obiettivi, trasparenti, proporzionati e non discriminatori. Tali criteri di selezione devono tenere adeguatamente conto del conseguimento degli obiettivi di cui all'art. 8 della direttiva 2002/21/Ce (direttiva quadro)».

¹⁹ L'art. 4 della "direttiva concorrenza", intitolato «Diritti relativi all'uso di frequenze», precisa: «Lasciando impregiudicati i criteri e le procedure specifici adottati dagli Stati membri per concedere l'uso di frequenze radio a fornitori di servizi relativi al contenuto delle trasmissioni radiofoniche e televisive al fine di perseguire obiettivi di interesse generale conformemente al diritto comunitario: 1. gli Stati membri si astengono dal concedere diritti esclusivi o speciali di uso di frequenze radio per la fornitura di servizi di comunicazione elettronica; 2. l'attribuzione delle frequenze radio per i servizi di comunicazione elettronica si fonda su criteri obiettivi, trasparenti, non discriminatori e proporzionati».

2. Il contesto giuridico della controversia

Dall'analisi della sentenza della Corte di giustizia sopra riportata emessa nel caso *Centro Europa 7*²⁰, si evince che il quadro giuridico della vicenda è fornito dalla legge di riordino del sistema radiotelevisivo adottata nel maggio 2004. Tale legge è stata adottata per rispondere ai continui moniti della Corte costituzionale, al fine di garantire il pluralismo informativo e nello stesso tempo al fine di dare una risposta all'invito del Presidente della Repubblica, che chiedeva un intervento legislativo efficace per garantire il pluralismo nei mezzi di comunicazione di massa così da realizzare una democrazia compiuta²¹.

L'art. 23 della *Legge Gasparri* dispone che «*fino all'attuazione del piano nazionale di assegnazione delle frequenze televisive in tecnica digitale, i soggetti esercenti, a qualunque titolo attività di radiodiffusione televisiva in ambito nazionale e locale, in possesso dei requisiti previsti per ottenere l'autorizzazione per la sperimentazione delle trasmissioni in tecnica digitale terrestre, possono effettuare, anche attraverso la ripetizione simultanea dei programmi già diffusi in tecnica analogica, le predette sperimentazioni fino alla completa conversione delle reti, nonché richiedere, a decorrere dalla data di entrata in vigore della presente legge (...), le licenze e le autorizzazioni per avviare le trasmissioni in tecnica digitale terrestre*».

Alla base dell'intera vicenda è quindi l'art. 23 della legge in questione, in quanto legittima una situazione di illegittimità più volte denunciata dalla nostra Corte costituzionale. Se l'intervento legislativo era stato chiesto con l'intenzione di eliminare la situazione preesistente, l'art. 23 della legge, certamente, non cambiava la situazione. Se prima della legge vigeva un regime che consentiva ad operatori, non legittimati ad ottenere le frequenze necessarie per trasmettere, di continuare la loro attività, successivamente, con la *Legge Gasparri* si assisteva, soltanto, ad un mero trasferimento della tecnica di trasmissione. In altre parole, come già ricordato, gli operatori, che prima operavano in tecnica analogica, in seguito, avrebbero potuto continuare ad operare in tecnica digitale. L'art. 23 della legge introduceva quindi un regime di autorizzazione generale che permetteva alle reti già esistenti di operare sul mercato dei servizi radiotelevisivi²². Esso prevedeva un procedimento di assegnazione delle frequenze che contrastava sia con il citato pacchetto di direttive sulle comunicazioni elettroniche sia con l'art. 49 Trattato Ce (ora art. 56 TFUE), perché precludeva ad altri operatori l'accesso al mercato impedendo loro di beneficiare della libertà di prestazione dei servizi²³. In più, era in con-

²⁰ Sentenza del 31 gennaio 2008, *cit. supra*, nota 1.

²¹ Discorso dell'ex Presidente della Repubblica Ciampi alle Camere il 22 luglio 2002.

²² Cfr. M. CUNIBERTI, *Il caso «Centro Europa 7»: il problema dell'assegnazione delle frequenze per l'attività radiotelevisiva*, in *Quaderni Cost.*, 2008, p. 401.

²³ Cfr. sentenza del 31 gennaio 2008, *cit. supra*, nota 7, punto 86: «(...) Infatti, in mancanza di

trasto con le disposizioni della "direttiva quadro" e della "direttiva autorizzazioni", perché la legge provvedeva ad una assegnazione delle frequenze non rispettosa dei criteri sanciti nelle dette direttive²⁴. L'assegnazione delle frequenze in tecnica digitale, disposta dalla *Legge Gasparri*, ha effettuato in realtà solo una redistribuzione delle frequenze sulla base di quelle già possedute violando la normativa comunitaria che, invece, prevede un'assegnazione trasparente ed obiettiva. Il Consiglio di Stato, in proposito, ha chiesto alla Corte di Lussemburgo di pronunciarsi sull'interpretazione dell'art. 9 della "direttiva quadro". La Corte, investita della questione pregiudiziale, non solo ha ammesso la possibilità per la società ricorrente di invocare dinanzi al giudice nazionale i diritti scaturenti dalla direttiva²⁵, ma ha anche riconosciuto la violazione, da parte della *Legge Gasparri*, dell'allora applicabile art. 49 del Trattato Ce (ora art. 56 TFUE). Dopo la sentenza della Corte di giustizia, a nostro avviso, il Consiglio di Stato avrebbe dovuto adottare la decisione sul risarcimento dei danni. Considerata la sentenza della Corte, il giudice del rinvio non avrebbe dovuto fare altro che prendere atto della responsabilità dello Stato²⁶ per violazione grave e manifesta del diritto comunitario e risolvere la controversia con una sentenza di risarcimento danni in favore della società ricorrente. Di contro, il Consiglio di Stato ha richiamato sì la sentenza della Corte di

frequenze di trasmissione, un operatore non può esercitare in modo effettivo i diritti conferitigli dal diritto comunitario circa l'accesso al mercato della trasmissione televisiva».

²⁴ Cfr. *supra*, nota 16, l'art. 9, par. 1, della "direttiva quadro".

²⁵ Cfr. dispositivo della sentenza del 31 gennaio 2008, *cit. supra*, nota 1, dove si afferma che: «l'art. 49 CE è, a decorrere dal momento della loro applicabilità, l'art. 9, n. 1, della direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio 7 marzo 2002, n. 2002/21/Ce, che istituisce un quadro normativo comune per le reti ed i servizi di comunicazione elettronica (direttiva «quadro»), gli artt. 5, nn. 1 e 2, secondo comma, e 7, n. 3, della direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio 7 marzo 2002, n. 2002/20/Ce, relativa alle autorizzazioni per le reti e i servizi di comunicazione elettronica (direttiva «autorizzazioni»), nonché l'art. 4 della direttiva della Commissione 16 settembre 2002, n. 2002/77/Ce, relativa alla concorrenza nei mercati delle reti e dei servizi di comunicazione elettronica, devono essere interpretati nel senso che essi ostano, in materia di trasmissione televisiva, ad una normativa nazionale la cui applicazione conduca a che un operatore titolare di una concessione si trovi nell'impossibilità di trasmettere in mancanza di frequenze di trasmissione assegnate sulla base di criteri obiettivi, trasparenti, non discriminatori e proporzionati».

²⁶ In dottrina, in materia di responsabilità dello Stato, cfr. tra gli altri: F. FERRARO, *Questioni aperte sul tema della responsabilità extracontrattuale degli Stati membri per violazione del diritto comunitario*, in *Dir. Un. Eur.*, 2007, p. 55; R. PETRUSO, *Osservazioni per responsabilità dello Stato membro per illecito comunitario alla luce della recente sentenza della Corte europea di giustizia*, in *Eu. Dir. priv.*, 2006, p. 692; P. SACHA, *Member State liability and direct effect: what's the difference after all?*, in *European Business Law Review*, 2006, p. 299; E. SCODITTI, *Violazione del diritto comunitario derivante da provvedimento giurisdizionale: illecito dello Stato e non del giudice*, in *Foro it.*, 2006, c. 418; A. PALMIERI, *Corti di ultima istanza, diritto comunitario e responsabilità dello Stato: luci ed ombre di una tendenza irreversibile*, in *Foro it.*, 2006, c. 420; T. GIOVANNETTI, *La responsabilità civile dei magistrati come strumento di nomofilachia? Una strada pericolosa*, in *Foro it.*, 2006, c. 424; F. IPPOLITO, *Responsabilità dello Stato per violazione del diritto comunitario: osservazioni sulla prassi giurisprudenziale interna*, in *Dir. comm. int.*, 2005, p. 561; 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; ID., *La responsabilità dello Stato nei confronti dei singoli nella recente giurisprudenza della Corte di giustizia*, in questa *Rivista*, 1997, p. 681.

giustizia, ma ha rimesso la risoluzione della controversia al Ministro delle Comunicazioni. È stabilito, infatti, nella sentenza, che il Consiglio di Stato, prima di adottare una qualsiasi decisione, deve attendere che il Ministro competente si pronunci nuovamente sull'assegnazione delle frequenze a *Centro Europa 7*. In data 11 dicembre 2008 il Ministero delle Comunicazioni, con un comunicato²⁷, ha annunciato l'assegnazione definitiva delle frequenze a *Centro Europa 7*. Nel gennaio 2009 è stata quindi emessa la sentenza del Consiglio di Stato²⁸ che – finalmente – ha riconosciuto la responsabilità dello Stato ed ha accordato un risarcimento a *Centro Europa 7*. A nostro avviso, il Consiglio di Stato avrebbe dovuto adottare questa decisione molto tempo prima, giacché esso disponeva già di tutti gli elementi per affermare la responsabilità dello Stato evitando, alla luce della giurisprudenza *Cilfit*²⁹, il rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia. In altre parole, il Consiglio di Stato non avrebbe neppure avuto la necessità di rivolgersi alla Corte di giustizia perché, in materia di responsabilità dello Stato, la Corte si era più volte pronunciata: esiste, infatti, una giurisprudenza ormai consolidata in materia che, in linea con la sentenza *Cilfit*, esonera la giurisdizione nazionale di ultima istanza dall'obbligo di rinviare gli atti alla Corte di giustizia³⁰. La violazione dell'art. 56 TFUE (ex

²⁷ Cfr. comunicato stampa del Ministero dello sviluppo economico, reperibile sul sito internet www.comunicazioni.it, dove si legge: «La Direzione generale per i servizi di comunicazione elettronica e di radiodiffusione del Ministero dello sviluppo economico-comunicazioni ha oggi consegnato ai rappresentanti della società Centro Europa 7 il provvedimento con cui si consente all'emittente da questa gestita l'esercizio del canale 8 VHF per l'attività di radiodiffusione televisiva nazionale, da utilizzare in tecnologia analogica e/o digitale, secondo la tecnica della SFN (Single Frequency Network) e nel rispetto di una serie di condizioni già previste per gli attuali concessionari nazionali. Lo afferma una nota del Ministero. Il provvedimento, disposto in esecuzione della sentenza del T.A.R. del Lazio n. 9325/04, confermata dalla sentenza del Consiglio di Stato n. 2624/08, è stato emanato dopo la pubblicazione sulla *Gazzetta Ufficiale* del 21 novembre scorso del decreto contenente il nuovo Piano Nazionale di Ripartizione delle Frequenze, nell'ambito del quale, in esecuzione delle risultanze della Conferenza internazionale di Ginevra del giugno 2006, è stato definitivamente introdotto per la radiodiffusione televisiva l'obbligo della canalizzazione europea, da attuarsi entro il 30 giugno 2009».

²⁸ Sentenza n. 242 del 20 gennaio 2009, in *Foro it.*, 2009, III, c. 439. Cfr. il commento di R. MENZELLA, «*Europa 7, ovvero l'etere conteso: il Consiglio di Stato scrive l'ultimo (?) capitolo della lunga saga radiotelevisiva*», c. 447 ss.

²⁹ Sentenza della Corte di giustizia del 6 ottobre 1982 in causa n. 283/81, *Cilfit*, in *Raccolta*, 1982, p. 3415 ss. La sentenza inoltre è pubblicata in questa *Rivista*, 1983, p. 135 ss. unitamente alle memorie, alle arringhe delle parti e alle conclusioni dell'Avvocato Generale Capotorti. Per un commento alla sentenza cfr. E. GIRINO, *Portata e interpretazione del diritto comunitario nella più recente giurisprudenza della Corte Costituzionale e della Corte di giustizia delle Comunità europee*, in questa *Rivista*, 1985 p. 567 ss.; K. LENAERTS, *La modulation de l'obligation de renvoi préjudiciel*, in *Cah. dr. eur.*, 1983, p. 471 ss.; J.-M. MASCLLET, *Vers la fin d'une controverse? La Cour de justice tempère l'obligation de renvoi préjudiciel en interprétation faite aux juridictions suprêmes (art. 177, alinéa 3, CEE)*, *RMC*, 1983, p. 363 ss.

³⁰ Cfr. massima n. 4 della sentenza *Cilfit*, *cit. supra*, nota 29: «Benché l'art. 177, 3° comma del Trattato (oggi art. 267 TFUE) obblighi senza alcuna restrizione i giudici nazionali di ultima istanza a sottoporre alla Corte qualsiasi questione interpretativa dinanzi ad essi sollevata, l'autorità dell'interpretazione data dalla Corte può tuttavia far venir meno la causa di tale obbligo e privarlo quindi del suo contenuto; ciò avviene in specie qualora la questione sollevata sia sostanzialmente identica ad altra questione, sollevata in relazione ad analoga fattispecie, che sia già stata decisa in via pregiudiziale ovvero qualora il punto di diritto di cui trattasi sia stato risolto dalla costante giu-

art. 49 del Trattato Ce) costituisce, d'altra parte, una violazione grave e manifesta del diritto comunitario ed in più, nella fattispecie in esame, sussisteva il nesso causale tra la mancata assegnazione delle frequenze ed il danno subito dalla ricorrente, consistente nell'impossibilità di trasmettere e, quindi, di esercitare il diritto alla libertà di informazione.

3. Sulla tutela indiretta del pluralismo informativo da parte della Corte di giustizia

Ciò che, a nostro avviso, viene in particolare affermato nella sentenza in commento è la tutela indiretta, da parte della Corte di giustizia, del pluralismo informativo esterno³¹. Anche se la Corte non si è pronunciata espressamente sulla questione pregiudiziale proposta dal giudice e, precisamente, se l'art. 10 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo (CEDU), richiamato dall'art. 6 del Trattato sull'Unione europea³², garantisce il pluralismo informativo e, pertanto, obbligasse gli Stati membri a rispettarlo, la Corte, di riflesso, sancendo che la legge in questione violava la libera prestazione dei servizi, seppure in via indiretta, lo ha riconosciuto. Impedendo, infatti, agli Stati membri di mantenere misure che ostacolano l'entrata di altri operatori sul mercato, in pratica, ha garantito il rispetto del pluralismo esterno³³. La Corte, in particolare, non si è pronunciata sulla questione proposta, in quanto essa è legittimata

risprudenza della Corte, indipendentemente dalla natura dei procedimenti da cui essa ha tratto origine, anche in mancanza di stretta identità delle questioni controverse. Resta comunque inteso che, in tutte queste ipotesi, i giudici nazionali, compresi quelli di cui all'art. 177, 3° comma restano del tutto liberi di adire la Corte qualora lo ritengano opportuno».

³¹ Sul pluralismo informativo cfr. tra gli altri: V. Z. ZENCOVICH, *Motivi ed obiettivi della disciplina della televisione digitale*, in A. FRIGNANI - E. PODOGHE - V. Z. ZENCOVICH (a cura di), *La televisione digitale temi e problemi. Commento al D. lgs. 177/05 T.U. della Radiotelevisione*, Milano, Giuffrè, 2006, p. 26, dove l'Autore parla del termine pluralismo come di una formula magica di cui il vocabolario del giurista è pieno; E. APA, *Il nodo di Gordio: informazione televisiva, pluralismo e Costituzione*, in *Quad. cost.*, 2004, p. 340; E. G. VIGEVANO, *Il pluralismo nei mezzi di comunicazione di massa*, in *Riv. it. dir. pubbl. comun.*, 2003, p. 1247; M. D. FILIPPO, *Diritto comunitario e pluralismo nei mezzi di comunicazione di massa*, Torino, Giappichelli, 2000, p. 289. R. MASTROIANNI, *Riforma del sistema radiotelevisivo italiano e diritto europeo*, Torino, Giappichelli, 2004, p. 39.

³² Art. 6, par. 1 e 2, TUE (versione Trattato di Maastricht): «1. L'Unione si fonda sui principi di libertà, democrazia, rispetto dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, e dello Stato di diritto, principi che sono comuni agli Stati membri. 2. L'Unione rispetta i diritti fondamentali quali sono garantiti dalla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, firmata a Roma il 4 novembre 1950, e quali risultano dalle tradizioni costituzionali comuni degli Stati membri, in quanto principi generali del diritto comunitario. (...)».

³³ Si definisce pluralismo esterno l'esigenza di garantire un quadro di libertà attraverso il massimo numero possibile di voci diverse. In tema di emittenti televisive si ha il massimo pluralismo esterno quando si offre a più emittenti televisive di entrare sul mercato. Ciò posto, l'impedimento nei confronti di un solo operatore televisivo comporta la violazione del pluralismo esterno. Si tratta di una definizione che è stata coniata per la prima volta dalla Corte costituzionale italiana nella celebre sentenza n. 420 del 1994, dove la stessa sanciva che: «la garanzia del pluralismo esterno e quindi la pluralità di voci concorrenti, è indispensabile per assicurare ai cittadini la libertà di informazione».

soltanto a verificare l'incompatibilità con i diritti fondamentali delle disposizioni nazionali che rientrano nell'ambito di applicazione del diritto comunitario³⁴. Poiché la *Legge Gasparri* non è stata adottata per dare attuazione al diritto comunitario e, quindi, non rientra nel campo di applicazione del diritto dell'Unione europea, la Corte non poteva pronunciarsi sulla sua compatibilità con i diritti fondamentali e, di conseguenza, con il principio della libertà di espressione³⁵.

4. Applicazioni delle regole del Trattato a situazioni apparentemente interne

Nella causa qui considerata, oltre al problema del pluralismo informativo, affrontato in modo indiretto, è stato preso in esame il problema dell'applicazione del diritto comunitario a questioni puramente interne³⁶, vale a dire in situazioni nelle quali il diritto comunitario non dovrebbe assumere alcuna rilevanza trattandosi di situazioni unicamente disciplinate da norme nazionali³⁷. Dall'analisi dei fatti alla base del ricorso sembrerebbe emergere, infatti, l'assenza di un collegamento con il diritto comunitario. Sia *Centro Europa 7* che *Mediaset* hanno la sede sociale nello stesso Stato membro. Ad una prima valutazione, sembrerebbe che il diritto comunitario non possa trovare applicazione giacché le due emittenti televisive trasmettono entrambe soltanto sul territorio italiano. L'elemento che però sembra trasformare la questione da puramente interna a comunitaria, è la prestazione transfrontaliera via etere dei servizi televisivi. L'elemento necessario per l'applicazione del diritto comunitario è individuabile proprio nel servizio televisivo transfrontaliero. Pertanto, ai fini dell'applicazione del diritto comunitario alla fattispecie concreta, il giudice nazionale deve guardare non tanto alla sede sociale dei due contendenti, quanto invece al servizio televisivo via etere da essi prestato, essendo quest'ultimo che qualifica la questione come comunitaria. Molto si è discusso in dottrina sulla necessità o meno di applicare le norme comunitarie a situa-

³⁴ Cfr. ordinanza della Corte del 6 ottobre 2005 in causa n. C-328/04, *Attila Vajnai*, in *Raccolta*, 2005, I, p. 8577; sentenze del 29 maggio 1997 in causa n. C-299/95, *Kremzow*, in *Raccolta*, 1997, I, p. 2629 e massimata in questa *Rivista*, 1998, p. 178; del 4 ottobre 1991 in causa n. C-159/90, *Society for the Protection of Unborn Children Ireland*, in *Raccolta*, 1991, I, p. 4685; del 30 settembre 1987 in causa n. 12/86, *Demirel*, in *Raccolta*, 1987, p. 3719 e in questa *Rivista*, 1989, p. 357 con commento di A. CECCHIERI, *Riflessioni sul caso Demirel*, p. 363.

³⁵ Fin qui i fatti come si sono svolti. Ma volendo – come accennato *supra*, nota 6 – rileggere la sentenza della Corte alla luce delle novità introdotte dal Trattato di Lisbona potrebbe essere ipotizzato un diverso scenario. La vincolatività della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea potrebbe ora comportare, in particolare, l'applicazione diretta del suo art. 11.

³⁶ Cfr. tra gli altri: F. SPITALERI, *Le discriminazioni alla rovescia nella recente giurisprudenza comunitaria: rimedi insufficienti o esorbitanti?*, in *Dir. Un. Eur.*, 2007, p. 917.

³⁷ Così B. NASCIBENE, *Le discriminazioni all'inverso: Corte di giustizia e Corte costituzionale a confronto*, in *Dir. Un. Eur.*, 2007, p. 717.

zioni puramente interne al fine di evitare le cosiddette discriminazioni alla rovescia. Analizzando la giurisprudenza³⁸ si può vedere che la Corte di giustizia, superando alcune remore iniziali, ha gradualmente iniziato a pronunciarsi anche in riferimento a situazioni puramente interne, giacché ha ritenuto la sua interpretazione della norma comunitaria uno strumento utile per il giudice nazionale ai fini della risoluzione della controversia. Si pensi alla sentenza *Guimont*³⁹ nella quale la Corte ha giudicato ricevibile il quesito pregiudiziale, con il quale il giudice nazionale chiedeva l'interpretazione delle norme comunitarie in materia di libera circolazione delle merci, sebbene la controversia fosse priva di elementi transfrontalieri essendo unicamente fondata su norme nazionali che garantivano un trattamento di favore ai soli operatori di altri Stati membri, svantaggiando così quelli nazionali⁴⁰.

5. Impatto della sentenza sul nostro ordinamento

Per quanto riguarda l'impatto della sentenza qui esaminata all'interno del nostro ordinamento, l'interpretazione fornita dalla Corte di giustizia al Consiglio di Stato ha indotto quest'ultimo ad adottare una decisione interlocutoria. Stante la responsabilità dello Stato emersa dalla sentenza interpretativa della Corte di giustizia, il Consiglio di Stato, come già ricordato, prima di pronunciarsi sulla domanda di risarcimento dei danni avanzata da *Centro Europa 7*, ha atteso che il Ministero dello Sviluppo Economico ridefinisse l'assegnazione delle frequenze. In altre parole, prima di pronunciarsi definitivamente sulla somma da accordare a titolo di risarcimento danni, il Consiglio di Stato ha atteso che si chiarisse la questione sulla possibilità di ottenere le frequenze me-

³⁸ Cfr. da ultimo la sentenza del 28 giugno 2008 in causa n. C-212/06, *Governo della Comunità francese e Governo della Comunità Vallona*, in *Raccolta*, 2008, I, p. 1683, massima n. 2, nella quale si stabilisce che: «Il diritto comunitario non può trovare applicazione a situazioni meramente interne. A tale conclusione non può opporsi il principio della cittadinanza dell'Unione di cui all'art. 17 CE, la quale include, segnatamente, ai sensi dell'art. 18 CE, il diritto di ogni cittadino dell'Unione di circolare e di soggiornare liberamente nel territorio degli Stati membri. Infatti, la cittadinanza dell'Unione non ha lo scopo di estendere la sfera di applicazione *ratione materiae* del Trattato anche a situazioni nazionali che non abbiano alcun collegamento con il diritto comunitario. Tuttavia, l'interpretazione di disposizioni di diritto comunitario può eventualmente risultare utile al giudice nazionale, anche riguardo a situazioni qualificate come meramente interne, in particolare nell'ipotesi in cui il diritto dello Stato membro interessato imponga di far beneficiare ogni cittadino dello Stato medesimo degli stessi diritti di cui godrebbe, in base al diritto comunitario, un cittadino di un altro Stato membro in una situazione ritenuta dallo stesso giudice comparabile».

³⁹ Sentenza 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.

⁴⁰ La Corte era chiamata a pronunciarsi sulla compatibilità con l'art. 28 CE della normativa francese che vietava la commercializzazione di formaggio senza crosta con la denominazione «Emmenthal». In tal caso, la Corte ha respinto l'eccezione di irricevibilità del quesito pregiudiziale che era stata fondata sulla natura puramente interna dei fatti del giudizio principale. A tal fine, la Corte ha sostenuto che non risulta in modo manifesto che l'interpretazione sollecitata in base al diritto comunitario non sarebbe stata necessaria per il giudice nazionale.

desime. *Centro Europa 7* aveva prospettato e quantificato in modo diverso la domanda di risarcimento, a seconda che il Ministero avesse provveduto o meno all'assegnazione delle frequenze, dovendo, nel primo caso, il risarcimento essere riferito, oltre che al danno emergente, anche al lucro cessante relativo agli anni in cui la società ricorrente non aveva potuto operare e, nel secondo caso, all'intero valore dell'azienda. In particolare *Centro Europa 7*, in caso di tardiva assegnazione delle frequenze, chiedeva una somma di un ammontare pari a euro 2.175.213.315,00⁴¹ e una pari a circa euro 3.500.000.000,00 nel caso di mancata assegnazione delle frequenze medesime. Dopo la sentenza interlocutoria del Consiglio di Stato, il Ministero dello Sviluppo Economico ha finalmente assegnato le frequenze con decreto del dicembre 2008. A fronte di tale decreto il Consiglio di Stato ha emesso nel gennaio 2009 una sentenza nella quale ha riconosciuto il risarcimento alla società ricorrente *Centro Europa 7* per un importo nettamente inferiore a quanto da essa richiesto⁴². Il Consiglio di Stato considerando, infatti, che le frequenze erano state alla fine assegnate, ha ritenuto di dover far riferimento alla prima cifra richiesta – corrispondente alla tardiva assegnazione delle frequenze – ma tenendo conto unicamente del reale danno subito da *Centro Europa 7* costituito dalle sole spese sostenute per avviare le trasmissioni televisive, peraltro mai effettuate.

Rosanna Meoli*

⁴¹ L'importo si riferisce alla somma richiesta da *Centro Europa 7* a titolo di risarcimento danni per il danno emergente ed il lucro cessante. Giova ricordare che Il Consiglio di Stato ha riconosciuto una somma nettamente inferiore a quanto richiesto.

⁴² L'importo è stato di € 1.041.418,00.

* Docente a contratto di Diritto dell'Unione europea / Università della Calabria.

II. MASSIMARIO ANNOTATO*

APERTURA DI FARMACIE E RESTRIZIONI ALLA LIBERTÀ DI STABILIMENTO. TURNI DELLE FARMACIE E LIBERA PRESTAZIONE DI SERVIZI

I

Corte di giustizia

Sentenza del 1° giugno 2010 in cause riunite n. C-570/07 e n. C-571/07

José Manuel Blanco Pérez, María del Pilar Chao Gómez c. Consejería de Salud y Servicios Sanitarios (n. C-570/07), Principado de Asturias (n. C-571/07), con l'intervento di: Federación Empresarial de Farmacéuticos Españoles (n. C-570/07), Plataforma para la Libre Apertura de Farmacias (n. C-570/07), Celso Fernández Gómez (n. C-571/07), e altri

Art. 234 CE - Questione pregiudiziale - Art. 49 TFUE - Direttiva n. 2005/36/Ce - Libertà di stabilimento - Sanità pubblica - Farmacie - Vicinanza - Approvvigionamento della popolazione in medicinali - Licenze - Ripartizione territoriale delle farmacie - Introduzione di limiti fondati sul criterio della densità demografica - Distanza minima tra le farmacie - Candidati che hanno svolto attività professionale su una parte del territorio nazionale - Priorità - Discriminazione.

L'art. 49 TFUE deve essere interpretato nel senso che non osta, in linea di principio, a una normativa nazionale, come quella oggetto dei procedimenti principali, che pone limiti al rilascio delle licenze per l'apertura di nuove farmacie prevedendo che:

- in ciascuna zona farmaceutica possa essere aperta, in linea di principio, una sola farmacia ogni 2.800 abitanti;*
- un'ulteriore farmacia possa essere aperta solo quando tale soglia è superata e comunque per moduli superiori a 2.000 abitanti, e*
- ogni farmacia debba rispettare una distanza minima dalle farmacie già esistenti che, per regola generale, è di 250 metri.*

* A cura di *ENRICA ADOBATI*.

L'art. 49 TFUE osta, tuttavia, a una normativa nazionale siffatta se le regole di base di 2.800 abitanti o di 250 metri impediscono, nelle zone geografiche con caratteristiche demografiche particolari, l'apertura di un numero di farmacie sufficiente per assicurare un servizio farmaceutico adeguato, cosa che spetta al giudice nazionale verificare¹.

L'art. 49 TFUE, in combinato disposto con l'art. 1, nn. 1 e 2, della direttiva del Consiglio 16 settembre 1985, n. 85/432/Cee, concernente il coordinamento delle disposizioni legislative, regolamentari e amministrative riguardanti talune attività nel settore farmaceutico, e con l'art. 45, n. 2, lett. e. e g., della direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio 7 settembre 2005, n. 2005/36/Ce, relativa al riconoscimento delle qualifiche professionali, deve essere interpretato nel senso che osta a criteri di selezione dei titolari di nuove farmacie come quelli enunciati ai punti 6 e 7, lett. c., dell'allegato al decreto 19 luglio 2001, n. 72/2001, sull'apertura e sull'esercizio di farmacie e dispensari nel Principato delle Asturie (Decreto 72/2001 regulador de las oficinas de farmacia y botiquines en el Principado de Asturias)².

II

Corte di giustizia

Sentenza del 1° luglio 2010 in causa n. C-393/08

Emanuela Sbarigia c. Azienda USL RM/A, Comune di Roma, Assiprofar – Associazione Sindacale Proprietari Farmacia, Ordine dei Farmacisti della Provincia di Roma

Art. 234 CE - Questione pregiudiziale - Legislazione nazionale che disciplina gli orari di apertura e i giorni di chiusura delle farmacie -Potere decisionale delle autorità competenti - Divieto di poter rinunciare al periodo di chiusura annuale e di poter superare il limite massimo previsto di ore d'apertura - Autorizzazione eccezionale - Esenzione - Potere decisionale delle autorità competenti - Irricevibilità.

Le questioni relative al diritto dell'Unione godono di una presunzione di rilevanza. Il rigetto, da parte della Corte, di una domanda proposta da un giudice nazionale è quindi possibile soltanto qualora appaia in modo manifesto che l'interpretazione del diritto dell'Unione richiesta non ha alcun rapporto con la realtà effettiva o l'oggetto della causa principale, qualora la questione sia di tipo ipotetico o, ancora, qualora la Corte non disponga degli elementi in fatto e in diritto necessari per rispondere in modo utile alle questioni che le sono sottoposte³.

La domanda di pronuncia pregiudiziale presentata dal Tribunale ammi-

*nistrativo regionale per il Lazio con decisione 21 maggio 2008 è irricevibile*⁴.

¹⁻⁴ I ricorrenti nelle cause n. C-570/07 e n. C-571/07 sono cittadini spagnoli, farmacisti laureati, con un'esperienza pluriennale di esercizio della professione presso farmacie veterinarie, ma senza l'autorizzazione ad aprire una farmacia. Poiché essi intendono gestirne una, chiedono alla Comunità autonoma delle Asturie, in Spagna, l'autorizzazione alla sua apertura, che viene però negata con decisione del Ministero della salute e dei servizi sanitari del Principato delle Asturie. Tale decisione è stata confermata successivamente dal Consiglio di governo delle Asturie. I ricorrenti hanno, così, impugnato la decisione, sopra citata, dinanzi al Tribunal Superior de Justicia de Asturias il quale ha sottoposto alla Corte di giustizia alcune questioni pregiudiziali. La normativa controversa, oggetto di interpretazione dinanzi alla Corte di giustizia, contiene alcune limitazioni all'apertura di nuove farmacie (nella Comunità autonoma delle Asturie) e stabilisce principi per selezionare i candidati a un concorso per l'assegnazione di licenze di apertura di nuove farmacie. Gli ostacoli più rilevanti consistono, da un lato, in una restrizione in termini quantitativi, con la definizione del numero di farmacie in una data area facendo riferimento alla relativa popolazione, e dall'altro lato, nel limite geografico, che impedisce l'apertura di una farmacia a meno di duecentocinquanta metri da un'altra.

In sostanza, il giudice del rinvio ha chiesto alla Corte se la normativa nazionale che pone limiti al rilascio delle licenze per l'apertura di nuove farmacie contrasti con i principi comunitari sulla libertà di stabilimento. Sul punto, la Corte di giustizia ha richiamato la propria costante giurisprudenza affermando che ogni ostacolo all'esercizio della libertà di stabilimento costituisce una restrizione. Nel caso di specie, la normativa nazionale subordina l'apertura di una nuova farmacia al rilascio di una previa autorizzazione amministrativa, che peraltro può essere accordata solamente ai vincitori del concorso; permette l'apertura di farmacie nel rispetto di un certo numero di abitanti e, infine, impone il rispetto di una distanza minima dalle farmacie già esistenti.

Sull'eventuale giustificazione della restrizione alla libertà di stabilimento per motivi imperativi di interesse generale, la Corte di giustizia ha precisato che restrizioni alla libertà di stabilimento possono essere giustificate dall'obiettivo di garantire alla popolazione una fornitura di medicinali sicura e di qualità (cfr. sentenze del 19 maggio 2009 in causa n. C-531/06, *Commissione c. Italia*, in *Raccolta*, 2009, I, p. 4103 e, in pari data, in cause riunite n. C-171/07 e n. C-172/07, *Apothekerkammer des Saarlandes e a.*, in *Raccolta*, 2009, I, p. 4171, entrambe massimate in questa *Rivista*, 2009, p. 253 ss.). La normativa controversa, a parere della Corte di giustizia, è idonea a garantire tale obiettivo. Il fatto di prevedere l'apertura di una sola farmacia per un certo numero di abitanti assicura a tutta la popolazione un accesso proporzionato al servizio farmaceutico e anche il criterio della distanza minima aumenta la certezza per la popolazione di trovare facilmente una farmacia. L'obiettivo perseguito dai due criteri, sopra citati, viene ulteriormente rafforzato dalle condizioni stabilite dalla normativa nazionale controversa relativamente al momento della selezione dei titolari delle nuove farmacie. La restrizione alla libertà di stabilimento così attuata dalla normativa nazionale, non eccede, perciò, secondo la Corte, quanto necessario per raggiungere lo scopo invocato.

Infine, i criteri di selezione dei titolari delle nuove farmacie contenuti nella normativa nazionale contrastano con i principi relativi alla libertà di stabilimento in quanto i criteri ivi contemplati favoriscono, nel procedimento di selezione, i farmacisti che hanno esercitato la loro attività su una parte del territorio nazionale. A parere della Corte, non può giustificarsi una differenza di trattamento sulla base della necessità di mantenere un livello di qualità del servizio farmaceutico in quanto la normativa comunitaria sul riconoscimento dei diplomi richiede che i possessori di un titolo accademico siano autorizzati ad accedere alle attività di preparazione, controllo, immagazzinamento e distribuzione dei medicinali nelle farmacie aperte al pubblico. Ne consegue, così conclude la Corte di giustizia, che una disparità di trattamento, come quella posta in essere dalla normativa nazionale controversa, non può essere giustificata.

Con la seconda sentenza, sopra massimata, la Corte di giustizia ha affermato che le regole regionali in materia di orari di chiusura delle farmacie, nonché i periodi obbligatori di

chiusura delle stesse, sono di esclusiva competenza degli Stati membri. Il TAR del Lazio è stato investito di una controversia tra una farmacista, la signora Sbarigia, e l'amministrazione del Comune di Roma in merito alla legislazione regionale che disciplina gli orari di apertura delle farmacie e, in particolare, al fatto di poter rinunciare al periodo estivo di chiusura per ferie. È in tale contesto che il giudice del rinvio ha deciso di sospendere il giudizio e di sottoporre alla Corte due questioni pregiudiziali.

La signora Sbarigia chiedeva, in data 31 maggio 2006, all'Azienda USL RM/A, competente per territorio, l'esonero dal periodo di chiusura estiva per tutto il periodo feriale 2006, e, successivamente, in data 18 ottobre 2006, chiedeva di essere autorizzata a non effettuare del tutto la chiusura annuale per ferie estive, ad effettuare, altresì, un orario di apertura settimanale più esteso per tutti i giorni dell'anno e a non osservare il turno di chiusura festivo.

Tutte le istanze venivano respinte e la signora Sbarigia si rivolgeva al TAR del Lazio. Il Tribunale ha rilevato che una liberalizzazione degli orari e dei periodi di apertura di tutti gli esercizi sarebbe idonea a determinare un ampliamento in generale dell'offerta a favore dell'utenza e che, pertanto, le disposizioni controverse sarebbero eccessive ed ingiustificate per il fatto che l'interesse pubblico e le esigenze sottese al servizio farmaceutico sarebbero garantiti in maniera migliore dalle pratiche concorrenziali di svincolo dai limiti di apertura. Il Tribunale, tuttavia, ha deciso di rivolgersi alla Corte di giustizia al fine di chiarire il contrasto tra la normativa nazionale con gli artt. 49, 81-86, 152 e 153 CE.

L'interpretazione dell'art. 49 CE, richiesta dal giudice del rinvio nella sua decisione, non è stata presa in considerazione in quanto le disposizioni relative al diritto di stabilimento troverebbero applicazione solamente nell'ipotesi di un cittadino di uno Stato membro che voglia esercitare la propria professione in un altro Stato membro (cfr., sul punto, le sentenze del 21 giugno 1974, in causa n. C-2/74, *Reyners*, in *Raccolta*, 1974, p. 631 e in questa *Rivista*, 1974, p. 229, e del 30 novembre 1995 in causa n. C-55/94, *Gebhard*, 1995, in *Raccolta*, I, p. 4165 e in questa *Rivista*, 1996, p. 287 con commento di E. ADOBATI, *Differenza tra libera prestazione di servizi e libertà di stabilimento per l'esercizio della professione forense secondo la sentenza della Corte di giustizia nel caso Gebhard*, p. 293 ss. e di A. BARANI, *Il caso Gebhard: un avvocato tedesco in Italia*, p. 301 ss.).

Risultano, inoltre, inapplicabili alla causa principale gli artt. 83-85 CE perché di carattere procedurale e transitorio (art. 84 CE), nonché gli artt. 81 e 82 CE in quanto la normativa nazionale in esame nella causa principale, relativa all'eventuale concessione di una deroga per quanto concerne i periodi di apertura di una farmacia situata in una specifica zona municipale del Comune di Roma, non è idonea, di per sé o con la sua applicazione, a pregiudicare il commercio tra Stati membri ai sensi degli artt. 81 e 82 CE.

Infine, a parere della Corte di giustizia, anche l'interpretazione dell'art. 28 CE non è pertinente ai fini della soluzione della controversia di cui è stato investito il giudice del rinvio. Gli artt. 152 e 153 CE, richiamati dallo stesso giudice in quanto rivolti agli organi dell'Unione e agli Stati membri, non possono essere invocati al fine di far esaminare la conformità di misure nazionali al diritto dell'Unione.

LA CORTE DI GIUSTIZIA INDIVIDUA I CRITERI DI REGISTRAZIONE ABUSIVA DEL NOME DI DOMINIO «EU»

Corte di giustizia Sentenza del 3 giugno 2010 in causa n. C-569/08

Internetportal und Marketing GmbH c. Richard Schlicht

Art. 234 CE - Questione pregiudiziale - Internet - Dominio di primo livello «eu» - Regolamento (Ce) n. 874/2004 - Nomi di dominio - Registrazio-

ne per fasi - Caratteri speciali - RegISTRAZIONI speculative e abusive - Nozione di «malafede».

L'art. 21, n. 3, del Regolamento (Ce) della Commissione del 28 aprile 2004, n. 874, che stabilisce le disposizioni applicabili alla messa in opera e alle funzioni del dominio di primo livello .eu e i principi relativi alla registrazione, dev'essere interpretato nel senso che la malafede può essere dimostrata da circostanze diverse da quelle enumerate dalle lett. a.-e. di tale disposizione¹.

Al fine di valutare se sussista un comportamento di malafede ai sensi del combinato disposto dell'art. 21, n. 1, lett. b., del Regolamento n. 874/2004, e del n. 3 dello stesso articolo, il giudice nazionale deve prendere in considerazione tutti i fattori pertinenti propri del caso di specie, e segnatamente le condizioni in cui la registrazione del marchio è stata ottenuta e quelle in cui il nome di dominio di primo livello .eu è stato registrato².

Quanto alle condizioni in cui la registrazione del marchio è stata ottenuta, il giudice nazionale deve tenere conto, in particolare, dei seguenti fattori: – l'intenzione di non fare uso del marchio nel mercato per il quale la tutela è stata chiesta; – la presentazione del marchio; – il fatto di aver registrato un numero elevato di altri marchi corrispondenti a denominazioni generiche, e – il fatto di aver registrato il marchio poco prima dell'inizio della registrazione per fasi di nomi di dominio di primo livello .eu³.

Quanto alle condizioni in cui il nome di dominio di primo livello .eu è stato registrato, il giudice nazionale deve prendere in considerazione, in particolare, i seguenti fattori: – l'abuso di caratteri speciali o di segni di interpunzione, ai sensi dell'art. 11 del Regolamento n. 874/2004, ai fini dell'applicazione delle regole di trascrizione di cui a tale articolo; – la registrazione nella prima parte della registrazione per fasi prevista da tale Regolamento sulla base di un marchio acquisito in circostanze come quelle del procedimento principale, e – il fatto di aver depositato numerose domande di registrazione di nomi di dominio corrispondenti a denominazioni generiche⁴.

¹⁻⁴ L'Oberster Gerichtshof (Austria) ha sottoposto alla Corte di giustizia alcune questioni pregiudiziali sull'interpretazione dell'art. 21 del Regolamento Ce n. 874/2004 (in *Gu-Ue* n. L 162 del 2004, p. 40) sulle disposizioni applicabili alla messa in opera e alle funzioni di dominio di primo livello «.eu» e i principi relativi alla registrazione. Le questioni sono state sollevate nell'ambito di una controversia concernente il nome di dominio «reifen.eu» che ha visto contrapposti, da un lato, l'impresa Internetportal und Marketing GmbH (di seguito denominata: Internetportal), che gestisce siti internet e commercializza prodotti *online* e, dall'altro lato, il signor Richard Schlicht, titolare del marchio Benelux «Reifen». Le questioni sollevate hanno riguardato sostanzialmente i criteri per stabilire la sussistenza di un «diritto», di un «interesse legittimo», nonché della «malafede» ai sensi dell'art. 21 del Regolamento n. 874/2004 concernente le registrazioni speculative e abusive.

La direttiva n. 874/2004 prevede una procedura di registrazione dei nomi di dominio di primo livello «.eu» articolata in tre fasi. La registrazione del dominio si basa principalmente sul principio "primo arrivato, primo servito". Nelle prime due fasi la registrazione viene riservata esclusivamente ai titolari di diritti preesistenti e ad organismi pubblici e ai titolari di

marchi nazionali e comunitari registrati. Qualora la registrazione risulti speculativa o abusiva, è possibile l'attivazione di una procedura di risoluzione extragiudiziale della controversia per l'eventuale revoca del nome di dominio.

La ricorrente Internetportal, un'impresa austriaca con sede a Salisburgo che gestisce siti internet e commercializza prodotti su internet, ha registrato il nome di dominio www.reifen.eu sulla base del proprio marchio svedese «&R&E&I&F&E&N&» già registrato in Svezia per le cinture di sicurezza. Nella procedura di registrazione, invocando una delle regole di trascrizione contenute nell'art. 11 del Regolamento n. 874/2004 Internetportal ha eliminato il carattere "&" dalla parola. L'intenzione della ricorrente era quella di gestire un sito internet per il commercio di pneumatici (*reifen* in tedesco significa appunto pneumatico).

Il signor Schlicht, convenuto nella causa principale, titolare del marchio denominativo Reifen, registrato presso l'ufficio dei marchi del Benelux per detersivi per vetrate, ha adito la Corte arbitrale presso la Camera di commercio, industria e agricoltura della Repubblica ceca sostenendo la malafede di Internetportal. La Corte arbitrale ceca ha revocato il nome di dominio in questione per trasferirlo successivamente alla ricorrente, titolare effettiva del marchio Reifen. La Corte di cassazione austriaca, adita in ultima istanza, ha ritenuto di rivolgere alla Corte di giustizia alcune questioni pregiudiziali.

In *primis*, il giudice del rinvio ha chiesto alla Corte di chiarire la nozione di «malafede» (ex art. 21, n. 1, lett. b.), nonché di spiegare se le circostanze sulle quali si basa la malafede siano da intendersi tassativamente contenute all'art. 21, n. 3, lett. a.-e. del Regolamento n. 874/2004. Sul punto, la Corte di giustizia ha precisato che l'obiettivo di contrastare le registrazioni speculative o abusive mediante la revoca dei nomi di dominio registrati verrebbe seriamente compromesso se la malafede di cui all'art. 21, sopra citato, potesse essere provata unicamente dalle circostanze tassativamente elencate nel disposto normativo. Inoltre, la malafede deve essere valutata complessivamente considerando cioè tutti gli elementi attinenti al caso di specie (cfr., sul punto sentenza dell'11 giugno 2009 in causa n. C-529/07, *Chocoladefabriken Lindt & Sprüngli*, in *Raccolta*, 2009, I, p. 4893 e massimata in questa *Rivista*, 2010, p. 79).

Innanzitutto, deve essere presa in considerazione l'intenzione della ricorrente al momento del deposito della domanda di registrazione del marchio Reifen. La ricorrente, infatti, ha chiesto la registrazione del marchio (senza farne uso) per poter successivamente registrare un nome di dominio di primo livello «.eu». Tale comportamento, a parere della Corte di giustizia, può integrare la malafede. La ricorrente non aveva l'intenzione di utilizzare il marchio come registrato per i prodotti oggetto della registrazione, ma intendeva gestire un sito internet per il commercio degli pneumatici.

Secondo la Corte, oltre all'intenzione della ricorrente bisogna considerare anche la presentazione del marchio che, nel caso di specie, è caratterizzato da una presentazione inconsueta e linguisticamente irrazionale. Anche la ripetitività di un comportamento, nonché la cronologia degli avvenimenti possono essere utili al fine di valutare la malafede di un soggetto. Il ricorrente, infatti aveva registrato il marchio poco tempo prima dell'inizio della registrazione per fasi di nomi di dominio di primo livello «.eu».

La Corte di giustizia ha precisato, altresì, che devono essere analizzate dal giudice nazionale, al fine di una completa valutazione della malafede, anche le condizioni in presenza delle quali il nome di dominio «www.reifen.eu» è stato registrato. Si rende, pertanto, necessario considerare l'eventuale utilizzo abusivo di un carattere speciale, la tempistica per l'avvio della registrazione generale dei nomi di dominio di primo livello «.eu» (che doveva iniziare solamente dopo la fine del periodo previsto per la registrazione per fasi) e, infine, il deposito di numerose domande di registrazione per nomi di dominio corrispondenti a denominazioni generiche. Tutti questi elementi, a parere della Corte, costituiscono importanti fattori per valutare l'esistenza di un comportamento in malafede che dovranno essere valutati dal giudice nazionale.

**LA CORTE DI GIUSTIZIA PRECISA I CRITERI
PER IL RIMBORSO DELLE SPESE PER CURE OSPEDALIERE
OTTENUTE IN UN ALTRO STATO MEMBRO**

I

Corte di giustizia

Sentenza del 15 giugno 2010 in causa n. C-211/08

Commissione europea c. Regno di Spagna

Art. 226 CE - Inadempimento di uno Stato - Art. 49 CE - Libera prestazione di servizi - Previdenza sociale - Cure ospedaliere necessarie durante un soggiorno temporaneo in un altro Stato membro - Assenza del diritto ad un intervento dell'istituzione competente complementare a quello dell'istituzione dello Stato membro di soggiorno - Rimborso delle spese mediche sostenute all'estero - Cure mediche ospedaliere non programmate ricevute in un altro Stato membro - Art. 22, n. 1, lett a., del Regolamento n. 1408/71.

(...) risulta troppo aleatoria e indiretta la circostanza che gli iscritti al sistema sanitario spagnolo possano essere indotti a rientrare anticipatamente in Spagna per ricevervi le cure ospedaliere rese necessarie a causa di un peggioramento del loro stato di salute durante un soggiorno temporaneo in un altro Stato membro o a rinunciare ad un viaggio, per esempio turistico o di studi in quest'altro Stato membro, non potendo contare, (...), su un intervento complementare da parte dell'istituzione competente nell'eventualità in cui il costo di un trattamento equivalente in Spagna ecceda il livello di copertura applicabile in quest'altro Stato membro. Pertanto, la normativa controversa, complessivamente considerata, non può essere considerata atta a limitare la libera prestazione dei servizi di assistenza ospedaliera, dei servizi turistici o dei servizi educativi¹.

(...) il fatto d'imporre ad uno Stato membro l'obbligo di garantire ai propri iscritti un rimborso complementare da parte dell'istituzione competente ogni volta che il livello di copertura applicabile nello Stato membro di soggiorno per le cure ospedaliere impreviste di cui trattasi risulti inferiore a quello applicabile in forza della propria normativa si risolverebbe nell'inficiare l'economia stessa del sistema istituito dal Regolamento n. 1408/71. Infatti, in un caso del genere, l'istituzione competente dello Stato membro di affiliazione si vedrebbe sistematicamente esposta all'onere finanziario più elevato, vuoi in applicazione, conformemente all'art. 22, n. 1, lett. a., di detto Regolamento, della normativa dello Stato membro di soggiorno che contempla un livello di copertura su-

periore a quello previsto dalla normativa dello Stato membro di affiliazione, vuoi in applicazione di quest'ultima normativa nell'ipotesi contraria².

Il ricorso nella causa n. C-211/08 è respinto³.

II

Corte di giustizia

Sentenza del 5 ottobre 2010 in causa n. C-512/08

Commissione europea c. Repubblica francese

Art. 226 CE - Inadempimento di uno Stato - Art. 49 CE - Sicurezza sociale - Prestazioni mediche previste in un altro Stato membro e che richiedono il ricorso ad apparecchiature mediche pesanti - Requisito della previa autorizzazione - Cure programmate fornite in un altro Stato membro - Differenza tra i livelli di copertura vigenti, rispettivamente, nello Stato membro di iscrizione e nello Stato membro di soggiorno - Diritto dell'iscritto al sistema di sicurezza sociale ad un intervento della competente istituzione complementare a quello dell'istituzione dello Stato membro di soggiorno.

(...) se invero, secondo la costante giurisprudenza della Corte rammentata dalla Commissione, semplici prassi amministrative, per natura modificabili a piacimento dall'amministrazione, nel contesto di una normativa nazionale incompatibile con il diritto dell'Unione non possono essere considerate valido adempimento degli obblighi del Trattato (...), tuttavia, nella fattispecie, l'assenza di prove di prassi amministrative contrarie al diritto dell'Unione corrobora la conclusione che la normativa francese, in particolare l'art. R. 332-3 del Codice della sicurezza sociale, non genera una situazione tale da privare gli iscritti al sistema di sicurezza sociale francese dei diritti loro spettanti in forza dell'art. 49 CE, come interpretato nella citata sentenza Vanbraekel e a.⁴.

Il ricorso nella causa n. C-512/08 è respinto⁵.

¹⁻⁵ La Commissione ha introdotto davanti alla Corte di giustizia un ricorso per inadempimento ex art. 226 CE, volto a far dichiarare che il Regno di Spagna è venuto meno agli obblighi che gli incombono in forza dell'art. 49 CE. La Spagna rifiuta, infatti, ai beneficiari del sistema sanitario nazionale spagnolo il rimborso delle spese mediche sostenute in un altro Stato membro in caso di trattamento ospedaliero ricevuto conformemente all'art. 22, n. 1, lett. a., sub i., del Regolamento n. 1408/71 (in *Guce* n. L 149 del 1971, p. 2; a far data dal 1° maggio 2010 tale Regolamento è stato sostituito dal Regolamento n. 883/2004, in *Gu-Ue* n. L 166 del 2010, p. 1), relativo all'applicazione dei regimi di sicurezza sociale ai lavoratori subordinati e ai loro familiari che si spostano all'interno della Comunità, qualora il livello di copertura applicabile nello Stato membro in cui il trattamento è dispensato sia inferiore a quello previsto dalla legislazione spagnola.

Nel corso della fase precontenziosa del procedimento, un cittadino francese, residente in Spagna all'epoca dei fatti ed iscritto al sistema sanitario spagnolo, ha presentato una denun-

cia alla Commissione perché si è visto negare da parte dell'istituzione spagnola il rimborso di quella parte delle spese mediche sostenute in Francia che erano rimaste a suo carico secondo la normativa francese.

Esaurita la fase precontenziosa, la Commissione, ritenendo che la normativa spagnola neghi agli iscritti al sistema sanitario spagnolo il diritto ad un rimborso complementare da parte dell'istituzione spagnola qualora il livello di copertura applicabile nello Stato membro di soggiorno sia inferiore a quello applicabile in Spagna, ha introdotto il ricorso ex art. 226 CE.

A parere della Commissione, la normativa controversa limita sia la prestazione di servizi ospedalieri, sia la prestazione di servizi turistici o formativi, la cui fornitura può giustificare un soggiorno temporaneo in un altro Stato membro.

La Corte di giustizia, in *primis*, ha precisato che le prestazioni mediche fornite a fronte di un corrispettivo rientrano nella sfera di applicazione delle disposizioni relative alla libera prestazione dei servizi, anche se le cure sono dispensate in ambito ospedaliero (cfr., in proposito, sentenza del 16 maggio 2006 in causa n. C-372/04, *Watts*, in *Raccolta*, 2006, I, p. 4325 e la giurisprudenza *ivi* citata – la sentenza è massimata inoltre in questa *Rivista*, 2006, p. 522 –; nonché del 19 aprile 2007 in causa n. C-444/05, *Stamatelaki*, in *Raccolta*, 2007, I, p. 3185 e massimata in questa *Rivista*, 2007, p. 337). Inoltre, una prestazione medica non resta priva della sua qualifica di prestazione di servizi ai sensi dell'art. 49 CE per il solo fatto che il paziente, dopo aver retribuito il prestatore straniero per le cure ricevute, solleciti in seguito il servizio sanitario nazionale a prendersi carico di tali cure.

La Corte di giustizia, richiamando la propria costante giurisprudenza sull'argomento, ha chiarito come la libera prestazione di servizi comprenda la libertà di un iscritto stabilito in uno Stato membro di recarsi, per esempio, in qualità di turista o di studente, in un altro Stato membro per un breve soggiorno e di ricevervi cure ospedaliere da parte di un prestatore stabilito in tale altro Stato membro qualora il suo stato di salute necessiti di cure particolari durante il soggiorno.

È pacifico, secondo la Corte di giustizia, che l'art. 49 vieta l'applicazione di qualsiasi normativa nazionale che abbia l'effetto di rendere la prestazione di servizi tra gli Stati membri più difficile della prestazione di servizi puramente interna ad uno Stato membro.

Nel caso di specie, la normativa nazionale spagnola non garantisce all'iscritto, autorizzato a sottoporsi ad un ricovero ospedaliero in un altro Stato membro ai sensi del Regolamento n. 1408/71, un livello di copertura vantaggioso quanto quello di cui tale soggetto avrebbe beneficiato se fosse stato ricoverato in un ospedale del proprio Paese. Ciò, a parere della Corte di giustizia, costituisce una restrizione della libera prestazione dei servizi ai sensi dell'art. 49 CE.

La Corte di giustizia, in motivazione, ha ritenuto di operare una distinzione tra le cure sanitarie di natura ospedaliera: *a.* cure imprevedute (art. 22, n. 1, lett. *a.*, e *b.*) cure programmate autorizzate (art. 22, n. 1, lett. *c.*).

Sulle cure programmate, la Corte di giustizia ha osservato che i casi di ricorso a tali cure scaturiscono dall'assenza di disponibilità nello Stato membro di iscrizione del soggetto, entro un periodo ragionevole sotto il profilo medico, delle cure necessarie.

L'argomentazione affrontata dalla Corte di giustizia per le cure imprevedute si è concentrata sul fatto che per l'interessato, le condizioni riguardanti un soggiorno ospedaliero in un altro Stato membro possono essere non sempre favorevoli in quanto sussistono evidenti differenze nazionali nei sistemi di copertura sociale e l'obiettivo del Regolamento n. 1408/71 consiste nell'armonizzazione delle legislazioni nazionali, ma non nel loro coordinamento (cfr. sul punto, sentenze del 19 marzo 2002 in cause riunite n. C-393/99 e n. C-394/99, *Hervein e a.*, in *Raccolta*, 2001, I, p. 2829; del 29 aprile 2004 in causa n. C-387/01, *Weigel*, in *Raccolta*, 2004, I, p. 4981, nonché del 26 aprile 2007 in causa n. C-392/05, *Alevizos*, in *Raccolta*, 2007, I, p. 3505 e massimata in questa *Rivista*, 2007, p. 743).

Inoltre, ha precisato la Corte di giustizia, l'urgenza delle cure "imprevedute" non lascia all'interessato la possibilità di scelta: egli deve necessariamente usufruire del trattamento ospedaliero in una struttura situata nello Stato membro di soggiorno. È escluso, pertanto, secondo la Corte di giustizia, che la normativa spagnola possa in qualche modo restringere la fornitura di assistenza ospedaliera da parte di prestatori stabiliti in altri Stati membri.

È troppo aleatoria la circostanza che gli iscritti al sistema sanitario spagnolo possano essere indotti a rientrare anticipatamente in Spagna per ricevervi le cure ospedaliere necessarie

a causa del peggioramento del loro stato di salute o a rinunciare ad un viaggio in un altro Stato non potendo contare sull'intervento spagnolo complementare.

Ne consegue, così conclude la Corte di giustizia, che la normativa spagnola non può essere considerata come volta a limitare la libera prestazione di servizi di assistenza ospedaliera, dei servizi turistici o di quelli formativi (cfr. sentenze del 7 marzo 1990 in causa n. C-69/88, *Krantz*, in *Raccolta*, 1990, I, p. 583, nonché del 27 gennaio 2000 in causa n. C-190/98, *Graf*, in *Raccolta*, 2000, I, p. 493 e massimata in questa *Rivista*, 2000, p. 623). Non potrebbe neanche prevedersi una garanzia di rimborso complementare da parte dell'istituzione competente ogni qualvolta il livello di copertura applicabile nello Stato membro di soggiorno per le cure ospedaliere impreviste risulti inferiore a quello applicabile perché significherebbe compromettere il funzionamento di tutto il sistema istituito dal Regolamento n. 1408/71.

Nel secondo procedimento per inadempimento la Commissione, con il primo motivo di ricorso, addebita alla Francia una violazione degli obblighi ad essa incombenti in forza dell'art. 49 CE in quanto ha assoggettato all'obbligo di previa autorizzazione il rimborso delle prestazioni mediche dispensate in strutture non ospedaliere e che richiedono l'utilizzo delle apparecchiature mediche pesanti indicate nel Codice della Sanità pubblica. Con il secondo motivo, la ricorrente censura le autorità francesi per il fatto di non aver previsto disposizioni specifiche che permettano ad un paziente iscritto al sistema previdenziale francese di ottenere un rimborso complementare nelle circostanze descritte al punto 53 della sentenza *Vanbraekel e a.* (sentenza del 12 luglio 2001 in causa n. C-368/98, in *Raccolta*, 2001, I, p. 5363 e massimata in questa *Rivista*, 2001, p. 689) ove viene indicato in base a quali criteri i pazienti hanno diritto al rimborso complementare.

Sul primo motivo di infrazione, la Commissione ha affermato che il requisito della previa autorizzazione per la presa a carico, da parte dell'istituzione competente, di cure accessibili in un ambulatorio non ospedaliero in un altro Stato membro, e che richiedono l'uso di apparecchiature mediche pesanti, costituisce una restrizione alla libera circolazione dei servizi. Tale requisito, non può, a parere della Commissione, essere giustificato nel settore delle cure "non ospedaliere" (cfr. sul punto le sentenze del 28 aprile 1998 in causa C-158/96, *Kohll*, in *Raccolta*, 1998, I, p. 1931 e massimata in questa *Rivista*, 1999, p. 55 e del 13 maggio 2003 in causa n. C-385/99, *Müller-Fauré e van Riet*, in *Raccolta*, 2003, I, p. 4509 e massimata in questa *Rivista*, 2003, p. 355). La Commissione ha ritenuto che il requisito della previa autorizzazione nel caso di specie non sia del tutto giustificato.

Secondo la Corte di giustizia, in mancanza di un'armonizzazione a livello dell'Unione, spetta alla normativa di ciascuno Stato membro determinare, in particolare, le condizioni di concessione delle prestazioni in materia di sicurezza sociale che coprono le cure (non ospedaliere) come quelle oggetto della causa principale. La Corte di giustizia ha precisato che le prestazioni mediche fornite dietro un corrispettivo rientrano nella nozione di libera prestazioni di servizi indipendentemente dal fatto che esse siano prestate o meno in un contesto ospedaliero (sentenze 18 marzo 2004 in causa n. C-8/02, *Leichtle*, *Raccolta*, 2004, I, p. 2641; del 16 maggio 2006 in causa n. C-372/04, *Watts*, *loc. cit.*, nonché del 19 aprile 2007 in causa n. C-444/05, *Stamatelaki*, *loc. cit.*).

La Corte ha concluso nel senso che la normativa controversa è tale da disincentivare gli iscritti al sistema di sicurezza sociale francese dal rivolgersi a prestatori di servizi medici stabiliti in un altro Stato membro al fine di ottenere cure mediche e che costituisce, quindi, una restrizione alla libera prestazione di servizi. Tale restrizione, a parere della Corte di giustizia, è però giustificata alla luce dei rischi per l'organizzazione della politica della sanità pubblica e per l'equilibrio finanziario del sistema di sicurezza sociale.

Sul secondo motivo di infrazione relativo alla mancata attuazione da parte della Francia di quanto statuito nella sentenza *Vanbraekel e a.*, la Corte ha precisato che i fatti della sentenza *Vanbraekel* riguardavano la base per il calcolo dell'importo da rimborsare ad un paziente assicurato con il sistema previdenziale belga, dopo aver ottenuto cure mediche in un ospedale francese. La questione era se il paziente dovesse essere rimborsato dal sistema di assicurazione malattia belga in base all'importo che gli sarebbe stato corrisposto secondo la normativa francese o se, invece, dovesse essere rimborsato in base alle tariffe di rimborso stabilite dalla normativa belga. La Corte, in sentenza, ha statuito che la questione doveva essere risolta alla luce dell'art. 49 CE, ritenendo che la normativa nazionale che non prevedeva un diritto al rimborso complementare costituisse una restrizione ingiustificata alla libe-

ra prestazione dei servizi.

A parere della Corte di giustizia, che ha respinto il ricorso, la Commissione non ha sufficientemente dimostrato che l'ordinamento francese ha dato luogo ad una situazione di privatizzazione per gli iscritti al sistema di sicurezza sociale del diritto ad un rimborso complementare nell'ipotesi prevista dalla giurisprudenza della Corte.

LA NORMATIVA SVEDESE SUI GIOCHI D'AZZARDO NON CONTRASTA CON IL DIRITTO COMUNITARIO

Corte di giustizia

Sentenza dell'8 luglio 2010 in cause riunite n. C-447/08 e n. C-448/08

Procedimenti penali a carico di Otto Sjöberg (n. C-447/08) e Anders Gerdin (n. C-448/08)

Art. 234 CE - Questione pregiudiziale - Libera prestazione dei servizi - Gioco d'azzardo - Gestione di giochi d'azzardo attraverso internet - Promozione di giochi organizzati in altri Stati membri - Attività riservate ad enti pubblici o senza scopo di lucro - Sanzioni penali - Divieto di promuovere la partecipazione a una lotteria straniera - Restrizione alla libera prestazione dei servizi - Protezione dell'ordine pubblico - Non discriminazione.

L'art. 49 Trattato CE deve essere interpretato nel senso che non osta a una normativa di uno Stato membro, come quella oggetto dei procedimenti principali, che vieta di fare pubblicità presso gli abitanti di tale Stato a giochi d'azzardo organizzati in altri Stati membri, a fini di lucro, da operatori privati¹.

L'art. 49 Trattato CE deve essere interpretato nel senso che osta a una normativa di uno Stato membro che assoggetti i giochi d'azzardo a un regime di esclusiva e sanzioni la promozione di detti giochi organizzati in un altro Stato membro con maggior severità della promozione di giochi simili organizzati nel territorio nazionale senza autorizzazione. Spetta al giudice del rinvio verificare se tale sia il caso della normativa di cui trattasi nei procedimenti principali².

¹⁻² Nelle cause dalle quali sono scaturite le sentenze sopra massimate, la Corte è stata chiamata nuovamente a pronunciarsi sulla compatibilità con il diritto comunitario della normativa di uno Stato membro sul gioco d'azzardo volta a Regolare i giochi proposti su internet.

Oggetto di interpretazione sono le disposizioni della legge svedese sulle scommesse (*Lotterilag*) che, nell'ambito di un regime di diritti esclusivi, vietano e sanzionano penalmente la promozione in Svezia di lotterie organizzate all'estero. Entrambe le controversie traggono origine dai procedimenti penali promossi nei confronti dei signori Sjöberg e Gerdin, rispettivamente direttori editoriali dei quotidiani svedesi *Expressen* e *Aftonbladet*, a causa della pubblicità apparsa sulle loro testate giornalistiche per le scommesse proposte su internet da diverse società di gioco d'azzardo stabilite in altri Stati membri, in particolare a Malta e nel Regno Unito. I ricorrenti sono stati condannati in primo grado al pagamento di un'ammenda.

Il giudice del rinvio, la Corte d'appello di Stoccolma, che ha dovuto pronunciarsi sui ricorsi d'appello proposti dai signori Sjöberg e Gerdin, ha sollevato dubbi sulla compatibilità con la libera prestazione dei servizi e con la libertà di stabilimento delle norme su cui si fondano tali procedimenti e, più in particolare, delle disposizioni nazionali che stabiliscono le pene applicabili a coloro che promuovono in Svezia giochi d'azzardo organizzati al di fuori dello Stato membro.

La Corte d'appello di Stoccolma ha così sospeso i procedimenti nazionali e si è rivolta alla Corte sottoponendole alcune questioni pregiudiziali. Innanzitutto, la Corte di giustizia è stata chiamata a chiarire se la normativa svedese, che assoggetta i giochi d'azzardo a un regime di diritti esclusivi al fine di contrastare le attività criminali e tutelare i consumatori, possa essere considerata proporzionata a tali obiettivi quando persegue anche lo scopo di finanziare attività sociali, quando i profitti realizzati dai fornitori di giochi d'azzardo autorizzati spettano in parte allo Stato e quando la commercializzazione dei giochi da parte di operatori autorizzati non è oggetto di alcuna restrizione imposta dalle autorità competenti. Inoltre, la Corte è stata chiamata a chiarire se il fatto che una società che gestisce giochi d'azzardo su internet sia autorizzata, nello Stato membro in cui è stabilita, a esercitarvi le proprie attività, contrasti con il divieto imposto ad un altro Stato membro di promuovere i giochi *on-line* della società stessa sul proprio territorio.

In sostanza, la Corte ha verificato in che misura la restrizione che è stata contestata nei procedimenti principali possa ammettere una deroga o essere giustificata da motivi imperativi di interesse generale.

La Corte di giustizia ha osservato come gli Stati siano liberi di fissare gli obiettivi della loro politica in materia di giochi d'azzardo ed, eventualmente, di definire con precisione il livello di protezione da perseguire. Tuttavia, le restrizioni che essi impongono devono soddisfare le condizioni di proporzionalità che risultano dalla giurisprudenza della Corte, in particolare nella sentenza *Liga Portuguesa de Futebol Profissional e Bwin International* (sentenza dell'8 settembre 2009 in causa n. C-42/07, in *Raccolta*, 2009, I, p. 7633 e massimata in questa *Rivista*, 2010, p. 81).

Ed è proprio secondo la scala di valori propria a ciascuno degli Stati membri (considerazioni di ordine morale, culturale o religioso), e tenuto conto del potere discrezionale, sopra citato, che uno Stato membro può limitare lo sfruttamento del gioco d'azzardo riservandolo ad enti pubblici o caritativi.

Nel caso di specie, ha precisato la Corte, i direttori delle testate giornalistiche che avevano pubblicato gli annunci incriminati erano imprese private a scopo di lucro che, secondo la legge svedese, non avrebbero potuto beneficiare dell'autorizzazione alla gestione dei giochi d'azzardo. Il divieto di promuovere i servizi offerti da tali operatori presso il pubblico svedese risponde, dunque, all'obiettivo di escludere interessi lucrativi privati dal settore dei giochi d'azzardo e può, perciò, essere considerato necessario al suo raggiungimento.

La Corte di giustizia ha dovuto chiarire, altresì, se la discriminazione in base alla nazionalità possa essere ammessa per ragioni imperative e di interesse pubblico. Infatti, le sanzioni penali sono previste unicamente per la promozione di giochi d'azzardo organizzati in un altro Stato membro, mentre nessuna sanzione è prevista qualora i medesimi giochi siano organizzati in Svezia anche senza la dovuta autorizzazione.

Sul punto, la Corte di giustizia ha osservato che eventuali restrizioni imposte dagli Stati membri devono essere applicate in modo non discriminatorio. È compito del giudice del rinvio, così conclude la Corte di giustizia, esaminare se le due infrazioni di cui ai procedimenti principali siano oggetto di un trattamento equivalente. Qualora le due infrazioni vengano trattate in maniera equivalente, la legge svedese non risulterebbe discriminatoria e nessun contrasto con il diritto comunitario verrebbe rilevato.

**LA BIRRERIA CECA ANHEUSER NON PUÒ REGISTRARE
IL MARCHIO «BUDWEISER» PRESSO L'UAMI PER DESIGNARE
LA PROPRIA BIRRA**

Corte di giustizia

Sentenza del 29 luglio 2010 in causa n. C-214/09 P

Anheuser-Busch Inc. c. UAMI e Budějovický Budvar, národní podnik

Art. 56 Statuto della Corte di giustizia - Impugnazione - Marchio comunitario - Regolamento (Ce) n. 40/94 - Domanda di registrazione del marchio denominativo BUDWEISER - Opposizione - Art. 8, n. 1, lett. a. e b., del detto Regolamento - Marchi internazionali denominativi e figurativi anteriori BUDWEISER e Budweiser Budvar - Uso effettivo del marchio anteriore - Art. 43, nn. 2 e 3, del Regolamento (Ce) n. 40/94 - Produzione di prove "in tempo utile" - Certificato di rinnovo del marchio anteriore - Art. 74, n. 2, del Regolamento n. 40/94.

(...) senza incorrere in un errore di diritto, il Tribunale ha dichiarato, al punto 79 della sentenza impugnata, (...), che risulta dalla lettura del combinato disposto delle regole 16 e 20 del Regolamento di attuazione del 1995 che, da una parte, l'UAMI è legittimato a chiedere la prova del rinnovo del marchio anteriore qualora esso giunga a scadenza dopo la data di deposito dell'atto di opposizione e che, dall'altra, non risulta dalle stesse disposizioni che l'opponente sia obbligato a presentare, spontaneamente, una siffatta prova¹.

L'impugnazione è respinta².

¹⁻² Con il ricorso oggetto della sentenza, sopra massimata, la Anheuser-Busch Inc. birra americana (di seguito denominata: Anheuser-Busch) ha chiesto l'annullamento della sentenza del Tribunale di primo grado del 25 marzo 2009 in causa n. T-191/07, *Anheuser-Busch c. UAMI - Budějovický Budvar (BUDWEISER)* (in *Raccolta*, 2009, II, p. 691), con cui il Tribunale ha respinto il suo ricorso diretto all'annullamento della decisione della seconda commissione di ricorso dell'UAMI (decisione del 20 marzo 2007 nel procedimento R 299/2006-2), di diniego della registrazione del marchio denominativo BUDWEISER, accogliendo così l'opposizione proposta dalla birreria ceca Budějovický Budvar, národní podnik (di seguito denominata: Budvar).

Nell'anno 1996 la Anheuser-Busch ha presentato all'UAMI una domanda di registrazione, come marchio comunitario, del segno denominativo «budweiser», per i seguenti prodotti: «birra, ale, porter, bevande al malto alcoliche e analcoliche». Nel settembre del 1999 la Budvar ha proposto opposizione avverso la registrazione del marchio richiesto per la totalità dei prodotti considerati, facendo valere, ai sensi dell'art. 8, n. 1, lett. a. e b., del Regolamento n. 40/94 (in *Guce* n. L 11 del 1994, p. 1), da una parte, l'esistenza di tre marchi, ossia: del marchio internazionale denominativo BUDWEISER; del marchio internazionale figurativo contenente i termini «Budweiser Budvar», nonché del marchio internazionale figurativo contenente i termini «Budweiser Budvar». La commissione di ricorso dell'UAMI ha concluso che, per i prodotti «birra, ale, porter, bevande al malto alcoliche» l'opposizione poteva essere accolta ai sensi dell'art. 8, n. 1, lett. a., del Regolamento n. 40/94 e che, anche per i

rimanenti prodotti, ossia per le bevande analcoliche, in considerazione dell'identità dei marchi e delle manifeste somiglianze tra i prodotti, l'opposizione poteva essere ugualmente accolta ai sensi del n. 1, lett. b.

La Anheuser-Busch ha così proposto un ricorso per l'annullamento della decisione del Tribunale di primo grado. Nel corso del procedimento dinanzi alla Corte era risultato che la birreria ceca, invitata a fornire le prove del proprio *status* di titolare del marchio avesse presentato tali prove quando era già scaduto il termine imposto dall'UAMI per la presentazione degli elementi di prova a sostegno della propria opposizione. La Corte di giustizia ha precisato che, dalle sentenze del Tribunale del 20 aprile 2005 in causa n. T-318/03, *Atomic Austria c. UAMI – Fabricas Agrupadas de Muñecas de Onil (ATOMIC BLITZ)* (in *Raccolta*, 2005, II, p. 1319), e del 13 settembre 2006 in causa n. T-191/04, *MIP Metro c. UAMI – Tesco Stores (METRO)*, (in *Raccolta*, 2006, II, p. 2855), risulta che il Tribunale, analogamente all'UAMI, ritiene che, allorché gli venga chiesto di fornire fatti, prove e osservazioni, l'opponente è obbligato a soddisfare tale richiesta entro il termine imposto dall'UAMI e che tale obbligo si estenda alla prova del rinnovo del marchio anteriore qualora quest'ultimo sia stato nel frattempo rinnovato, nei limiti in cui tale prova non risulti da nessuno dei documenti forniti con l'atto d'opposizione.

La Corte ha statuito, da un lato, che l'UAMI era legittimato a chiedere la prova del rinnovo del marchio anteriore perché esso era giunto a scadenza dopo la data di deposito dell'atto di opposizione e che, dall'altro lato, non risulta dalle stesse disposizioni che l'opponente fosse obbligato a presentare, spontaneamente, una siffatta prova (cfr. punto 79 della sentenza impugnata e punto 41 della sentenza *MIP Metro c. UAMI – Tesco Stores (METRO)*, *loc. cit.*).

Ne consegue, così ha concluso la Corte di giustizia respingendo l'opposizione della birreria americana Anheuser-Busch che, non sussistendo un obbligo in capo alla birreria ceca di provare il rinnovo del proprio marchio durante il periodo imposto per la presentazione degli elementi di prova a sostegno dell'opposizione, la Budějovický Budvar ha così potuto presentare il certificato del rinnovo del marchio successivamente alla scadenza del termine, sopra indicato.

NORMATIVA AUSTRIACA E GESTIONE DELLE CASE DA GIOCO

Corte di giustizia

Sentenza del 9 settembre 2010 in causa n. C-64/08

Procedimento penale a carico di Ernst Engelmann

Art. 234 CE - Questione pregiudiziale - Libera prestazione dei servizi - Libertà di stabilimento - Normativa nazionale che istituisce un regime di concessioni per la gestione dei giochi d'azzardo nelle case da gioco - Attribuzione delle concessioni limitata unicamente alle società per azioni con sede nel territorio nazionale - Attribuzione della totalità delle concessioni senza alcuna apertura alla concorrenza - Coerenza della politica nazionale in materia di giochi - Pubblicità.

L'art. 43 Trattato CE dev'essere interpretato nel senso che esso osta alla normativa di uno Stato membro che limita la gestione dei giochi d'azzardo

*nelle case da gioco esclusivamente agli operatori che abbiano la loro sede nel territorio di tale Stato membro*¹.

*L'obbligo di trasparenza derivante dagli artt. 43 Trattato CE e 49 Trattato CE, nonché dai principi di parità di trattamento e di non discriminazione a causa della nazionalità, osta all'attribuzione, senza alcuna apertura alla concorrenza, della totalità delle concessioni relative alla gestione delle case da gioco nel territorio di uno Stato membro*².

¹⁻² Anche le questioni pregiudiziali poste dal Tribunale regionale austriaco di Linz richiamano nuovamente l'attenzione della Corte sull'eventuale contrasto tra la libertà di prestazione di servizi e la libertà di stabilimento con la normativa degli Stati membri in materia di giochi d'azzardo.

Nella causa, decisa con la sentenza sopra massimata, la Corte di giustizia è stata chiamata a pronunciarsi sulla compatibilità con gli artt. 43 e 49 CE di una normativa nazionale che: *a.* riserva la gestione dei giochi d'azzardo in case da gioco esclusivamente alle società per azioni con sede nel territorio dello Stato membro di cui trattasi, *b.* limita la durata delle concessioni a quindici anni e, *c.* consente agli organizzatori titolari di una concessione di fare pubblicità sollecitando la partecipazione ai giochi in questione.

In Austria, la gestione dei giochi d'azzardo è riservata allo Stato: il diritto di organizzare e di gestire i giochi d'azzardo è, in via di principio, riservato allo Stato. Esistono poi i c.d. giochi liberalizzati: le scommesse su eventi sportivi, i «piccoli» apparecchi automatici per giochi d'azzardo e le lotterie di minore entità non sono oggetto di monopolio statale. Le scommesse su eventi sportivi non sono considerate giochi d'azzardo in Austria; esse rientrano nella competenza dei *Länder* e sono state liberalizzate. Chiunque soddisfi i requisiti legali ha il diritto di ottenere una licenza per organizzare scommesse su eventi sportivi secondo le modalità classiche o su internet. Il Ministro federale delle Finanze può attribuire il diritto di organizzare e gestire giochi d'azzardo oggetto di monopolio rilasciando, per l'organizzazione di lotterie e sorteggi elettronici, un massimo di dodici concessioni. Il concessionario deve essere una società per azioni con sede in Austria. Sono previste sanzioni penali per coloro che gestiscono i giochi d'azzardo senza avere l'autorizzazione. In Austria tutte le concessioni sono detenute dalla Casinos Austria AG.

Il ricorrente nella causa principale, il signor Engelmann, cittadino tedesco aveva gestito alcune case da gioco in Austria senza disporre della necessaria autorizzazione. Egli è stato così condannato dalle autorità austriache al pagamento di una sanzione amministrativa. Il Tribunale di Linz, adito in sede d'appello dal ricorrente, si è rivolto alla Corte di giustizia sottoponendole alcune questioni pregiudiziali.

La Corte di giustizia, sull'obbligo in capo ai concessionari di costituire una società per azioni, ha chiarito, in *primis*, che costituisce una restrizione alla libertà di stabilimento l'obbligo di costituire una società per azioni per gestire una casa da gioco. La Corte ha precisato anche come la propria giurisprudenza abbia identificato un certo numero di motivi imperativi di interesse generale volti a giustificare le restrizioni in questione, quali, in particolare, gli obiettivi di tutela dei consumatori, di prevenzione della frode e dell'incitazione dei cittadini ad una spesa eccessiva collegata al gioco, nonché di prevenzione delle turbative all'ordine sociale in generale.

Sull'obbligo in capo ai titolari di concessioni per la gestione di case da gioco di avere sede nel territorio nazionale, la Corte ha chiarito che essa costituisce una restrizione alla libertà di stabilimento perché opera una discriminazione a carico delle società con sede in altri Stati membri impedendo loro di gestire case da gioco in Austria attraverso un'agenzia, una succursale o una filiale.

La Corte di giustizia ha poi verificato se gli artt. 43 e 49 CE impediscano l'attribuzione, senza alcuna apertura alla concorrenza, della totalità delle concessioni relative alla gestione delle case da gioco nel territorio di uno Stato membro per un periodo di quindici anni.

Limitare il numero di concessioni per la gestione delle case da gioco è contrario alla libera prestazione di servizi e alla libertà di stabilimento. Tale situazione potrebbe essere giu-

stificata dalla necessità di limitare le occasioni di gioco d'azzardo. L'attribuzione di concessioni di una durata massima di quindici anni è idonea a ostacolare, se non ad impedire, l'esercizio, da parte di operatori situati in altri Stati membri, delle libertà comunitarie. Essa, tuttavia, appare, secondo la Corte, giustificata dalla necessità, in capo al concessionario, di disporre di un termine sufficientemente lungo per ammortizzare gli investimenti inerenti alla creazione di una casa da gioco.

Con riferimento, infine, alla procedura di attribuzione delle concessioni, la Corte ha osservato che le autorità pubbliche sono tenute a rispettare in particolar modo l'obbligo della trasparenza (cfr., in tal senso, sentenze del 7 dicembre 2000 in causa n. C-324/98, *Telaustris e Telefonadress*, in *Raccolta*, 2000, I, p. 10745; del 21 luglio 2005 in causa n. C-231/03, *Coname*, in *Raccolta*, 2005, I, p. 7287 e in questa *Rivista*, 2005, p. 685; del 13 ottobre 2005 in causa n. C-458/03, *Parking Brixen*, in *Raccolta*, 2005, I, p. 8585 e in questa *Rivista*, 2005, p. 686 – v. *ibidem*, p. 693, per le sentenze *Coname* e *Parking Brixen*, il commento di A. SONCINI, *Trasparenza ed effettività in materia di concessione di servizi* –; del 13 aprile 2010 in causa n. C-91/08, *Wall*, non ancora pubblicata in *Raccolta*, nonché del 3 giugno 2010 in causa n. C-203/08, *Sporting Exchange*, non ancora pubblicata in *Raccolta*, massimata in questa *Rivista*, 2010, p. 299).

L'obbligo di trasparenza costituisce una previa condizione obbligatoria del diritto di uno Stato membro di attribuire autorizzazioni per la gestione di case da gioco, quale che sia il modo di selezione degli operatori, poiché gli effetti dell'attribuzione di siffatte autorizzazioni nei confronti delle imprese stabilite in altri Stati membri e che sarebbero potenzialmente interessate all'esercizio di tale attività sono gli stessi di un contratto di concessione di servizi.

Affinché un regime di previa autorizzazione amministrativa sia giustificato, anche quando deroga a siffatte libertà fondamentali, deve essere fondato su criteri oggettivi, non discriminatori e noti in anticipo, così da circoscrivere l'esercizio del potere discrezionale delle autorità nazionali di modo che non si verifichi un abuso. Inoltre, qualsiasi soggetto colpito da una misura restrittiva basata su siffatta deroga deve poter disporre di un rimedio giurisdizionale.

Infine, sulla normativa tedesca e sull'organizzazione delle scommesse sportive, si è pronunciata in data 8 settembre 2010 la Corte di giustizia nella sentenza *Winner Wetten GmbH c. Bürgermeisterin der Stadt Bergheim* nelle cause riunite n. C-316/07, n. C-358/07, n. C-359/07, n. C-360/07, n. C-409/07 e n. C-410/07 *Markus Stoß e a. c. Wetteraukreis Kulpa Automaten Service Asperg GmbH e a. c. Land Baden-Württemberg* e nella causa n. C-46/08 *Carmen Media Group Ltd c. Land Schleswig Holstein e a.*, (non ancora pubblicate in *Raccolta*) nella quale la Corte ha statuito che il monopolio pubblico istituito in Germania, nell'ambito delle lotterie e dell'organizzazione delle scommesse sportive, non persegue efficacemente l'obiettivo di combattere i pericoli connessi ai giochi d'azzardo.

IL MATTONCINO DELLA «LEGO» NON PUÒ ESSERE REGISTRATO PRESSO L'UAMI

Corte di giustizia

Sentenza del 14 settembre 2010 in causa n. C-48/09 P

Lego Juris A/S c. Ufficio per l'armonizzazione nel mercato interno (marchi, disegni e modelli) (UAMI) e Mega Brands Inc., (interveniente in primo grado)

Art. 56 Statuto della Corte di giustizia - Impugnazione - Regolamento (Ce) n. 40/94 - Marchio comunitario - Idoneità della forma di un prodotto alla

registrazione come marchio - Registrazione del segno tridimensionale costituito dalla superficie superiore e dai due lati di un mattoncino Lego - Annullamento della registrazione su domanda di un'impresa che commercializza mattoncini giocattolo aventi la medesima forma e dimensione - Art. 7, n. 1, lett. e., sub ii., di tale Regolamento - Segno costituito esclusivamente dalla forma del prodotto necessaria per ottenere un risultato tecnico.

Quanto alla circostanza, dedotta in giudizio dalla ricorrente e non contestata dall'UAMI, che i concorrenti di quest'ultima, per avvalersi della stessa soluzione tecnica, non hanno bisogno di immettere sul mercato mattoncini giocattolo di forma e dimensioni perfettamente identiche a quelle del mattoncino Lego, è sufficiente constatare che questa circostanza non osta all'applicazione delle norme stabilite dal legislatore dell'Unione e interpretate sopra, secondo cui un segno costituito dalla forma di un prodotto che si limita ad esprimere, senza aggiungere significativi elementi non funzionali, una funzione tecnica non può essere registrato come marchio, dato che siffatta registrazione ridurrebbe eccessivamente le possibilità dei concorrenti di immettere sul mercato forme di prodotto che incorporano la stessa soluzione tecnica¹.

Se il segno tridimensionale costituito da tale forma fosse registrato come marchio, risulterebbe difficile, per i concorrenti del titolare di tale marchio, immettere sul mercato forme di prodotto che costituiscano vere alternative, ossia forme che non siano simili, ma rimangano tuttavia interessanti per il consumatore dal punto di vista funzionale².

(...) la situazione di un'impresa che ha sviluppato una soluzione tecnica nei confronti dei concorrenti che immettono sul mercato copie servili della forma di prodotto che incorporano esattamente la stessa soluzione non può essere tutelata conferendo un monopolio a detta impresa attraverso la registrazione come marchio del segno tridimensionale costituito da tale forma, (...)³.

L'impugnazione è respinta⁴.

¹⁻⁴ Con il ricorso ex art. 56 dello Statuto della Corte di giustizia, la *Lego Juris* ha impugnato la sentenza del Tribunale di primo grado del 12 novembre 2008 in causa n. T-270/06, *Lego Juris c. UAMI*, in *Raccolta*, 2008, II, p. 3117 (con la quale il Tribunale ha respinto il suo ricorso d'annullamento della decisione dell'UAMI del 10 luglio 2006, procedimento n. R856/2004-G) per verificare se l'interpretazione data dallo stesso Tribunale della normativa comunitaria sul marchio comunitario nel caso *Philips* (cfr. sentenza del 18 giugno 2002 in causa n. C-299/99, *Philips*, in *Raccolta*, 2002, I, p. 5475) sia viziata dagli errori che le vengono imputati dalla società danese (Mega Brands).

Si precisa che, ai sensi dell'art. 4 del Regolamento n. 40/94, sul marchio comunitario (in *Guce* n. L 11 del 1994, p. 1), oggetto di interpretazione nella fattispecie in esame (a partire dal 13 aprile 2009 il marchio comunitario è disciplinato dal Regolamento n. 207/2009 del Consiglio del 26 febbraio 2009, in *Gu-Ue* n. L 78 del 2009, p. 1) «Possono costituire marchi comunitari tutti i segni che possono essere riprodotti graficamente, in particolare le parole, compresi i nomi di persone, i disegni, le lettere, le cifre, la forma dei prodotti o del loro confezionamento, a condizione che tali segni siano adatti a distinguere i prodotti o i servizi di un'impresa da quelli di altre imprese» (sentenza del 29 aprile 2004 in cause riunite n. C-456/01 P e n. C-457/01 P, *Henkel c. UAMI*, in *Raccolta*, 2004, I, p. 5089).

Tra la società Lego ed il suo maggiore concorrente, l'impresa MEGA Brands, è sorto un

contenzioso in merito alla possibilità di registrare come marchio la riproduzione fotografica di un mattoncino tipico del gioco della Lego. In sostanza la questione consisteva nello stabilire se i contorni di tale immagine presentino caratteristiche essenziali della forma del mattoncino che, per la loro funzionalità, devono rimanere a disposizione di qualsiasi fabbricante di giocattoli vietandone la registrazione.

Nel mese di aprile 1996 la Lego ha presentato all'UAMI una domanda di registrazione di marchio comunitario, ai sensi dell'Accordo di Nizza del 15 giugno 1957, per il segno tridimensionale di colore rosso costituito dal mattoncino giocattolo. Il marchio è stato registrato il 19 ottobre 1999 perché il segno aveva carattere distintivo nell'Unione europea e non era costituito esclusivamente dalla forma del prodotto necessaria per ottenere un risultato tecnico. La MEGA Brands, ha chiesto l'annullamento di tale registrazione ai sensi dell'art. 51, n. 1, lett. *a.*, del Regolamento n. 40/94 ritenendo che tale registrazione fosse in contrasto con gli impedimenti assoluti alla registrazione di cui all'art. 7, n. 1, lett. *a.*, lett. *e.*, sub *ii.* e *iii.*, e lett. *f.*, del medesimo Regolamento.

La divisione di annullamento dell'UAMI ha dichiarato nullo il marchio e la Lego ha proposto ricorso dinanzi al Tribunale di primo grado contro la decisione in oggetto. Con la sentenza del 12 novembre 2008, il Tribunale ha precisato che le caratteristiche essenziali di una forma devono essere determinate in modo oggettivo, partendo dalla sua rappresentazione grafica e da eventuali descrizioni depositate all'atto della richiesta di registrazione del marchio e che il diritto comunitario vieta la registrazione di ogni forma costituita, nelle sue caratteristiche essenziali, esclusivamente dalla forma del prodotto tecnicamente causale e sufficiente al conseguimento del risultato tecnico prefissato, anche se quel risultato può essere ottenuto attraverso altre forme che adottano la stessa soluzione tecnica, oppure una soluzione differente. Orbene, la Lego ha impugnato la sentenza dinanzi alla Corte di giustizia chiedendone l'annullamento.

Sull'errata interpretazione dell'oggetto e della portata dell'impedimento alla registrazione, contenuto nel Regolamento n. 40/94, la Corte di giustizia ha precisato che la forma di un prodotto rientra tra i segni idonei a costituire un marchio e che la forma di mattoncino Lego ha acquisito un carattere distintivo in seguito all'uso che ne è stato fatto e costituisce, conseguentemente, un segno idoneo a distinguere i prodotti della ricorrente da quelli di diversa provenienza. A parere della Corte, il legislatore comunitario ha inteso circoscrivere l'impedimento alla registrazione stabilito dall'art. 7, n. 1, lett. *e.*, sub *ii.*, del Regolamento n. 40/94 ai segni costituiti «esclusivamente» dalla forma del prodotto «necessaria» per ottenere un risultato tecnico, senza dimenticare che tutte le forme di prodotto sono funzionali e che, pertanto, sarebbe inopportuno escludere la registrazione come marchio di una forma di prodotto per il solo motivo che essa presenti caratteristiche funzionali, (cfr., sull'argomento sentenze *Philips*, cit. *supra*; del 12 gennaio 2006 in causa n. C-173/04 P, *Deutsche SiSi-Werke c. UAMI*, in *Raccolta*, 2006, I, p. 551; dell'8 aprile 2003 in cause riunite da n. C-53/01 a n. C-55/01, *Linde e a.*, in *Raccolta*, 2003, I, p. 3161 e del 20 settembre 2007 in causa n. C-371/06, *Benetton Group*, in *Raccolta*, 2007, I, p. 7709).

La registrazione dovrebbe essere esclusa solamente per le forme di prodotto che si limitano ad incorporare una soluzione tecnica e la cui registrazione finirebbe con il compromettere l'utilizzo effettivo della medesima soluzione tecnica da parte di imprese concorrenti.

Ne consegue, secondo la Corte di giustizia, che un segno costituito unicamente dalla forma di un prodotto che esprime solamente una funzione tecnica, non può essere oggetto di registrazione perché questa ridurrebbe eccessivamente le possibilità dei concorrenti di immettere sul mercato forme di prodotto che incorporano la stessa soluzione tecnica.

Infine, la Corte ha affermato che un'applicazione corretta dell'art. 7, n. 1, lett. *e.*, sub *ii.* del Regolamento n. 40/94 comporta che le caratteristiche del segno in oggetto siano individuate da parte dell'autorità che si pronuncia sulla domanda di registrazione del segno stesso come marchio. Le caratteristiche essenziali devono essere individuate volta per volta (cfr., sentenza del 17 luglio 2008 in causa n. C-488/06 P, *L & D c. UAMI*, in *Raccolta*, 2008, I, p. 5725 e ancora le sentenze del 29 aprile 2004 in cause riunite da n. C-468/01 P a n. C-472/01 P, *Procter & Gamble c. UAMI*, in *Raccolta*, 2004, I, p. 5141, nonché del 30 giugno 2005 in causa n. C-286/04 P, *Eurocermex c. UAMI*, in *Raccolta*, 2005, I, p. 5797) e la presunta percezione del segno da parte del consumatore medio non può costituire un elemento decisivo nel contesto dell'applicazione dell'impedimento alla registrazione.

GIURISPRUDENZA ITALIANA E STRANIERA

**LE SEZIONI UNITE DELLA CORTE DI CASSAZIONE
RICONDUCONO ALLA RESPONSABILITÀ CONTRATTUALE
DELLO STATO IL DIRITTO AL RISARCIMENTO DEL DANNO
PER LA TARDIVA E INESATTA TRASPOSIZIONE
DELLE DIRETTIVE SULL'OBBLIGO DI RETRIBUZIONE
DEI MEDICI SPECIALIZZANDI***

**Corte di cassazione, sezioni unite civili
Sentenza del 10 marzo 2009-17 aprile 2009, n. 9147**

Paolo Vittoria, *Presidente* - Pasquale Picone, *Relatore*

Ministero dell'Università e della Ricerca Scientifica c. E. C.

Dlgo n. 257/91 - Attuazione tardiva e inesatta delle direttive n. 75/362/Cee e n. 75/363/Cee come modificate dalla direttiva n. 82/76/Cee - Medici iscritti alle scuole di specializzazione prima del 1991 - Diritto ad una remunerazione adeguata - Inosservanza - Violazione di un obbligo *ex lege* - Responsabilità contrattuale dello Stato - Risarcimento del danno - Natura.

Nel caso di omessa o tardiva attuazione di direttive comunitarie, il diritto degli interessati al risarcimento dei danni in ragione del ritardo non ha natura extracontrattuale ma indennitaria per attività non antiggiuridica dello

* In argomento v. *infra*, p. 501 ss., il commento di ANGELO VIGLIANISI FERRARO.

Stato, derivando da una obbligazione "ex lege" dello Stato, e il relativo risarcimento prescinde dalla sussistenza del dolo o della colpa e deve essere determinato in modo da assicurare un'adeguata compensazione della perdita subita, restando soggetto all'ordinario termine decennale di prescrizione.

(Omissis)

1. La sentenza della Corte di appello di Lecce n. 842 del 18 dicembre 2006, di cui si chiede la cassazione, accoglie l'appello proposto da E. C. e, in riforma della decisione del Tribunale di Lecce in data 18 febbraio 2003, condanna il Ministero dell'università e della ricerca scientifica (ora dell'istruzione, dell'università e della ricerca, ai sensi del d.l. n. 85/2008, conv. in l. n. 121/2008) a pagare al C. la somma di Euro 26.855,72, oltre interessi legali e rivalutazione monetaria dal 5 novembre 1992, a titolo di risarcimento del danno derivante dalla mancata trasposizione, nel termine prescritto, delle direttive comunitarie (ed in particolare, della direttiva n. 82/76/Cee) prevedenti l'obbligo di retribuire la formazione del medico specializzando.

2. La sentenza ritiene azionato, pur in assenza di espressa qualificazione in tal senso nell'atto introduttivo del giudizio, il diritto al risarcimento del danno, ex art. 2043 c.c., per violazione dell'obbligo dello Stato di dare attuazione alle direttive comunitarie che imponevano di remunerare adeguatamente il medico per la frequenza di un corso di specializzazione; considera comprovato, in assenza di contestazioni specifiche, che il C. avesse superato il corso di formazione quadriennale, come da attestazione del 5 novembre 1992, con frequenza a tempo pieno e senza svolgimento di attività libero-professionale; dichiara inammissibile l'eccezione di prescrizione quinquennale sollevata dall'amministrazione ed accolta dal primo giudice, sul rilievo che era stata formulata, senza le necessarie allegazioni in fatto e diritto, con riferimento all'art. 2948, n. 4, in termini, quindi, non pertinenti al rapporto giuridico dedotto in giudizio, atteso che non si trattava di rapporto di impiego pubblico (prospettazione su cui si fondava il difetto di giurisdizione ordinaria, eccetto dall'amministrazione in primo grado) e di responsabilità contrattuale; liquida il risarcimento nell'importo di Lire 13.000.000 annue (Euro 6.713,93) secondo il parametro fornito dall'art. 1, comma 1, l. n. 370/1999 (borsa di studio annuale per i medici ammessi presso le università alle scuole di specializzazione in medicina dall'anno accademico 1983-1984 all'anno accademico 1990-1991, in attuazione di giudicati amministrativi), con l'aggiunta della rivalutazione monetaria e degli interessi legali dalla maturazione del credito, fissata alla data del 5 novembre 1992.

3. Il ricorso del Ministero si articola in cinque motivi; resiste con controricorso E. C., ulteriormente precisato con memoria depositata ai sensi dell'art. 378 c.p.c.

(Omissis) **In diritto**

4.3. Come si è osservato nel corso dell'esame del secondo motivo, il giudice del merito non ha violato l'art. 112 c.p.c. nel qualificare, correttamente, la pretesa avanzata come domanda di risarcimento del danno subito per la mancata attuazione di direttive Cee, ma è incorso in violazione di norma di diritto laddove ha ricondotto

tale pretesa risarcitoria alla fattispecie di cui all'art. 2043 c.c.

4.4. Invero, la giurisprudenza della Corte, nelle numerose decisioni rese sulla questione, riconduce con assoluta prevalenza il c.d. illecito del legislatore alla fattispecie di cui all'art. 2043 c.c., ma senza particolari approfondimenti del problema di qualificazione, privo, del resto, di rilevanza nella maggior parte dei casi esaminati. In un solo caso a quanto risulta, dalla qualificazione si è fatta discendere l'applicabilità della prescrizione quinquennale di cui all'art. 2947 (Cass. 9 aprile 2001, n. 5249). Altra decisione ha, invece, ritenuto applicabile il termine di prescrizione ordinaria (art. 2946 c.c.), ma nella prospettiva dell'indennizzo in funzione risarcitoria riconosciuto da norma interna di attuazione della direttiva (Cass. 4 giugno 2002, n. 8110).

4.5. Esiste però un altro orientamento giurisprudenziale che, all'esito dell'analisi del fenomeno giuridico, esclude che il danno derivante dalla mancata attuazione nei termini prescritti di una direttiva Cee, in violazione degli art. 5 e 189 del Trattato istitutivo della Comunità, attuazione dalla quale sarebbe derivata l'attribuzione ai singoli di diritti dal contenuto ben individuato sulla base della direttiva stessa, secondo il principio precisato dalla sentenza della Corte di giustizia Cee 19 novembre 1991, cause 6-90 e 9-90 e ribadito nella successiva sentenza 14 luglio 1994, causa 91-92 - costituisca la conseguenza di un fatto imputabile come illecito civile (art. 2043 ss. c.c.) allo Stato inadempiente (cfr., in particolare, Cass. 5 ottobre 1996, n. 8739; 11 ottobre 1995, n. 10617; 19 luglio 1995, n. 7832).

Ciò in base alla considerazione che, stante il carattere autonomo e distinto tra i due ordinamenti, comunitario e interno, il comportamento del legislatore è suscettibile di essere qualificato come anti-giuridico nell'ambito dell'ordinamento comunitario, ma non alla stregua dell'ordinamento interno, secondo principi fondamentali che risultano evidenti nella stessa Costituzione.

4.6. Sulla base del principio della "non applicabilità" della normativa nazionale (sia essa precedente che successiva) contrastante con quella comunitaria – che non implica fenomeni né di caducazione, né di abrogazione della norma statale confliggente con quella comunitaria –, il trattamento giuridico del caso di specie è attratto (*ratione materiae*) nell'ambito di applicazione del diritto comunitario, in modo che al giudice è demandato il controllo dell'adeguamento dell'ordinamento interno a quello comunitario, adeguamento che diviene così automatico, dovendo la normativa interna cedere il passo a quella comunitaria ove risulti essere con quest'ultima contrastante.

Ne segue che, per risultare adeguato al diritto comunitario, il diritto interno deve assicurare una congrua riparazione del pregiudizio subito dal singolo per il fatto di non aver acquistato la titolarità di un diritto in conseguenza della violazione dell'ordinamento comunitario.

4.7. I parametri per valutare la conformità del diritto interno ai risultati imposti dall'ordinamento comunitario sono stati enunciati dalla Corte di Giustizia Cee nella risoluzione delle questioni pregiudiziali concernenti: 1. l'ambito della responsabilità dello Stato per gli atti e le omissioni del legislatore nazionale contrari al diritto comunitario; 2. i presupposti della responsabilità; 3. la possibilità di subordinare il risarcimento all'esistenza di una colpa; 4. l'entità del risarcimento; 5. la delimitazione del periodo coperto dal risarcimento (sentenza 5 marzo 1996, cause riunite 46-93 e 48-93).

I detti parametri sono stati precisati secondo i principi di seguito elencati.

a. Anche l'inadempimento riconducibile al legislatore nazionale obbliga lo Sta-

to a risarcire i danni causati ai singoli dalle violazioni del diritto comunitario.

b. Il diritto al risarcimento deve essere riconosciuto allorché la norma comunitaria, non dotata del carattere *self-executing*, sia preordinata ad attribuire diritti ai singoli, la violazione sia manifesta e grave e ricorra un nesso causale diretto tra tale violazione ed il danno subito dai singoli, fermo restando che è nell'ambito delle norme del diritto nazionale relative alla responsabilità che lo Stato è tenuto a riparare il danno, ma a condizioni non meno favorevoli di quelle che riguardano analoghi reclami di natura interna e comunque non tali da rendere praticamente impossibile o eccessivamente difficile ottenere il risarcimento.

c. Il risarcimento del danno non può essere subordinato alla sussistenza del dolo o della colpa.

d. Il risarcimento deve essere adeguato al danno subito, spettando all'ordinamento giuridico interno stabilire i criteri di liquidazione, che non possono essere meno favorevoli di quelli applicabili ad analoghi reclami di natura interna, o tali da rendere praticamente impossibile o eccessivamente difficile ottenere il risarcimento. In ogni caso, non può essere escluso in via generale il risarcimento di componenti del danno, quale il lucro cessante.

e. Il risarcimento non può essere limitato ai soli danni subiti successivamente alla pronuncia di una sentenza della Corte di Giustizia che accerti l'inadempimento.

4.8. Sulla base del descritto complesso di principi e regole, va data continuità all'indirizzo della giurisprudenza da ultimo richiamata, secondo cui i profili sostanziali della tutela apprestata dal diritto comunitario inducono a reperire gli strumenti utilizzabili nel diritto interno fuori dallo schema della responsabilità civile extracontrattuale e in quello dell'obbligazione *ex lege* dello Stato inadempiente, di natura indennitaria per attività non antiggiuridica, che il giudice deve determinare in base ai presupposti oggettivi sopra indicati, in modo che sia idonea a porre riparo effettivo ed adeguato al pregiudizio subito dal singolo. La qualificazione in termini di obbligazione indennitaria, del resto, consente di assoggettare allo stesso regime giuridico sia il caso, come quello in esame, di attuazione tardiva di una direttiva senza alcuna previsione di riparazione del pregiudizio per l'inadempimento, sia quello dell'intervento legislativo specifico, preordinato alla disciplina dell'obbligazione risarcitoria (come avvenuto, ad esempio, con il d.lgs. n. 80 del 1992, art. 7, comma 2, in tema tutela dei lavoratori subordinati in caso di insolvenza del datore di lavoro, su cui la citata Cass. n. 8110/2002). E ciò in linea con il principio secondo cui la qualificazione della situazione soggettiva dei privati deve farsi con esclusivo riferimento ai criteri dell'ordinamento giuridico interno (cfr. Cass., sez. un., 27 luglio 1993, n. 8385), imponendo l'ordinamento comunitario soltanto il raggiungimento di un determinato risultato.

4.9. In conclusione, per realizzare il risultato imposto dall'ordinamento comunitario con i mezzi offerti dall'ordinamento interno, si deve riconoscere al danneggiato un credito alla riparazione del pregiudizio subito per effetto del c.d. fatto illecito del legislatore di natura indennitaria, rivolto, in presenza del requisito di gravità della violazione ma senza che operino i criteri di imputabilità per dolo o colpa, a compensare l'avente diritto della perdita subita in conseguenza del ritardo oggettivamente apprezzabile e avente perciò natura di credito di valore, rappresentando il danaro soltanto l'espressione monetaria dell'utilità sottratta al patrimonio.

4.10. Ne consegue che la pretesa risarcitoria azionata dal C., insorta nel momento in cui il pregiudizio si è verificato, è assoggettata al termine di prescrizione ordinaria (decennale) perché diretta all'adempimento di un'obbligazione *ex lege* (di natura indennitaria), riconducibile come tale all'area della responsabilità contrattuale.

Ciò comporta il giudizio di infondatezza dell'eccezione di prescrizione, considerato che la sentenza impugnata afferma che, in ogni caso, la prescrizione decorreva solo dal conseguimento dell'attestato di specializzazione (5 novembre 1992), ritenendo maturato il credito risarcitorio a questa data; che questa affermazione non ha formato oggetto di contestazione da parte del ricorrente; che la domanda giudiziale – tra l'altro preceduta da atto interruttivo del 22 giugno 2000 (fatto riferito dal ricorrente) – è stata proposta il 25 gennaio 2001.

(Omissis)

LA SENTENZA DELLE SEZIONI UNITE DELLA CORTE DI CASSAZIONE N. 9147/2009 E LA DIFFICILE SCELTA DEGLI STRUMENTI DI TUTELA DEI MEDICI ISCRITTI ALLE SCUOLE DI SPECIALIZZAZIONE PRIMA DEL 1991

Sommario: **1.** *Premessa. Il caso dei medici iscritti alle scuole di specializzazione prima del 1991 e la soluzione fornita dalla sentenza n. 9147 del 17 aprile 2009* - **2.** *La ricostruzione in termini indennitari della pretesa dei ricorrenti. Soddisfatte (almeno apparentemente) le ragioni dei privati, ma tradite quelle del diritto comunitario?* - **2.1** *Segue: La non condivisibile lettura del rapporto tra fonti nazionali e sovranazionali* - **3.** *Una ulteriore aporia insita nella decisione delle Sezioni Unite: una non chiara distinzione tra la figura dell'indennità per pregiudizio da attività lecita e quella del risarcimento del danno da perdita di chance* - **4.** *Conclusioni. Possibile il soddisfacimento degli interessi dei medici (e del diritto dell'Unione europea) mediante il ricorso alla responsabilità contrattuale?*

1. Premessa. Il caso dei medici iscritti alle scuole di specializzazione prima del 1991 e la soluzione fornita dalla sentenza n. 9147 del 17 aprile 2009

Con la sentenza n. 9147 del 17 aprile 2009¹, la Corte di cassazione è tornata ad occuparsi, decidendo stavolta a Sezioni Unite, della vecchia ed irrisolta *querelle* concernente il ristoro economico spettante ai medici iscritti a scuole di specializzazione *post lauream* in data anteriore rispetto all'inizio dell'anno accademico 1991-1992.

Come è noto, la vicenda è sorta a causa della tardiva attuazione in Italia delle direttive del Consiglio (datate entrambe 16 giugno 1975) n. 75/362/Cee² e

¹ La pronuncia è stata pubblicata, con il commento di R. CONTI, *La natura "non illecita" dell'illecito comunitario*, in *Danno e resp.*, 2010, p. 19 ss. e, con la nota di C. PASQUINELLI, *Le Sezioni Unite e la responsabilità dello Stato-legislatore per violazione del diritto comunitario. Un inatteso revirement*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2009, I, p. 1018 ss. Cfr., sull'argomento, gli interessanti lavori di E. CALZOLAIO, *La violazione del diritto comunitario non è antiggiuridica: l'illecito dello Stato al vaglio delle Sezioni Unite*, in *Contr. impr.*, 2010, p. 71 ss., e L. GUFFANTI PESENTI, *Riflessioni in materia di tardiva trasposizione di direttive comunitarie*, in *Eur. dir. priv.*, 2010, p. 316 ss.

² Si tratta della c.d. "direttiva riconoscimento", in materia di mutuo riconoscimento tra gli Stati membri della Comunità di diplomi, certificati e altri titoli di medico.

n. 75/363/Cee³, così come modificate dalla direttiva n. 82/76/Cee del 26 gennaio 1982⁴; quest'ultima ha previsto, nel suo art. 16, l'obbligo per gli Stati membri di recepire la disciplina comunitaria in questione (dandone tempestiva comunicazione alla Commissione) entro e non oltre la fine del 1982⁵.

Il 7 luglio 1987, l'Italia veniva condannata dalla Corte di giustizia per inadempimento⁶, non avendo dato attuazione alla direttiva del 1982, la quale veniva infine trasposta (ma in maniera inesatta) nell'ordinamento italiano con dlgo n. 257 dell'8 agosto 1991. L'art. 4 del decreto in questione ha determinato i diritti e i doveri dei medici specializzandi, l'art. 6 ha istituito una borsa di studio in loro favore⁷, mentre l'art. 8, comma 2, ha ristretto l'ambito temporale di applicazione della nuova disciplina ad un periodo decorrente dall'anno accademico 1991-1992⁸.

Proprio quest'ultima previsione normativa ha sollevato il duplice (e connesso) problema della compatibilità col diritto comunitario di una regolamentazione diretta solo a soggetti iscritti a scuole di specializzazione a partire da un periodo di gran lunga posteriore a quello stabilito dal Consiglio dei ministri della Comunità europea (oggi Consiglio dell'Unione europea), e della individuazione delle modalità concrete con cui tutelare la posizione dei medici iscritti a corsi *post lauream* in data anteriore rispetto a quella presa in considerazione dal dlgo n. 257/1991.

³ Nota anche come "direttiva coordinamento", volta alla sistemazione delle disposizioni legislative, regolamentari ed amministrative attinenti alle attività di medico.

⁴ L'art. 13 della direttiva in parola ha, peraltro, introdotto un allegato aggiunto alla "direttiva coordinamento", relativo alle "caratteristiche della formazione a tempo pieno e della formazione a tempo ridotto dei medici specialisti", prevedendo in entrambi i casi l'individuazione ad opera degli Stati membri di una adeguata remunerazione per i soggetti interessati.

⁵ L'intero assetto normativo costituito dalle tre direttive menzionate è stato successivamente sostituito, «per motivi di razionalità e per maggiore chiarezza», dalla direttiva del Consiglio del 5 aprile 1993, n. 93/16/Cee, la quale non ha invero modificato le principali disposizioni dei precedenti testi comunitari, ma le ha semmai riorganizzate in un *corpus* organico. L'allegato I alla direttiva in questione ha confermato che sia la formazione a tempo pieno sia quella a tempo ridotto sono «oggetto di una adeguata remunerazione».

⁶ Si tratta della sentenza del 7 luglio 1987 in causa n. 49/86, *Commissione c. Italia*, in *Raccolta*, 1987, p. 2995 e in *Giust. civ.*, 1988, I, p. 1093 ss., con nota di G. TAMBURELLI, *Direttive comunitarie relative alla formazione del medico specialista: un'altra, scontata, condanna dell'Italia ed un recente disegno di legge*.

⁷ La disposizione parla della concessione di una borsa di studio «per tutta la durata del corso, ad esclusione dei periodi di sospensione della formazione specialistica», corrisposta «agli ammessi alle scuole di specializzazione (...) in relazione all'attuazione dell'impegno a tempo pieno per la loro formazione».

⁸ Il 17 agosto 1999 il legislatore italiano ha poi emanato il dlgo n. 368 di recepimento della direttiva n. 93/16/Cee, *loc. cit.*, prevedendo (al suo art. 37) la stipulazione di uno specifico contratto di formazione-lavoro, e stabilendo (al secondo comma dell'art. 46) che, fino alla data di entrata in vigore di un provvedimento *ad hoc* in materia, «si applicano le disposizioni di cui al dlgo 8 agosto 1991, n. 257». Il decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri del 5 luglio 2007, ha, infine, approvato (con notevole ritardo) lo schema-tipo del contratto di formazione del medico specializzando (di cui al citato art. 37, comma 2, del dlgo n. 368/99), eliminando il vecchio sistema della borsa di studio. Di «trattamento economico annuo onnicomprensivo» parla infatti il modello di «contratto di formazione specialistica» allegato al summenzionato dpcm del 2007.

Molteplici interventi del TAR Lazio hanno tentato di provvedere a depurare lo stato di incompleto rispetto dei vincoli sovranazionali⁹, ma la questione relativa alla tutela patrimoniale da accordare ai medici ha continuato a registrare l'adozione di numerose, e spesso tra loro radicalmente contrastanti, decisioni delle autorità giurisdizionali italiane – tanto amministrative¹⁰ quanto ordinarie¹¹ –, prima di finire per formare oggetto anche di alcune significative sentenze della Corte di giustizia.

Accogliendo indirettamente i *cahiers de doléances* di moltissimi sanitari iscritti a corsi di specializzazione a tempo pieno¹² o a tempo ridotto¹³, o già specializzati, in un periodo intercorrente tra il 1983 ed il 1991, i giudici comunitari si sono pronunciati con riferimento alla tutela spettante a tali soggetti, fornendo delle autorevoli *guidelines* in materia.

La Corte di Lussemburgo ha evidenziato, in particolare, che, pur tacendo le direttive europee circa la «definizione comunitaria della remunerazione da considerarsi adeguata, (...) i metodi di fissazione di tale remunerazione» e l'identificazione del «debitore tenuto a retribuire i periodi di formazione relativi alle specializzazioni mediche» (rimanendo, così, tali questioni «nella competenza degli Stati membri che devono, in tale settore, adottare specifici provvedimenti di attuazione»), in virtù di una «giurisprudenza costante fin dalla sentenza (...) Von Colson e Kamann (...)», l'obbligo degli Stati membri, derivante da una direttiva, di conseguire il risultato da questa contemplato come pure il dovere (...) di adottare tutti i provvedimenti generali o particolari atti a garantire l'adempimento di tale obbligo», impongono al giudice

⁹ Il TAR Lazio, sez. I *bis*, con le sentenze n. 601 del 16 aprile 1993 e nn. 279-282 del 25 febbraio 1994, ha annullato i decreti interministeriali del 17 dicembre 1991 e 28 dicembre 1991 (che avevano dato esecuzione al dlgs n. 257/1991) nella parte in cui prevedevano la limitazione dell'applicazione della disciplina di cui alla direttiva n. 82/76, ai soli corsi iniziati nell'anno accademico 1991-1992.

¹⁰ Hanno considerato legittima la pretesa dei ricorrenti le sentenze TAR Lazio, sez. I, 16 aprile 1993, n. 601; Cons. Stato, sez. IV, 25 agosto 1997, n. 909; Cons. Stato, sez. IV, 28 agosto 1997, n. 927; TAR Lazio, sez. III, 11 febbraio 1999, n. 312; Cons. Stato, sez. VI, 29 marzo 2001, n. 1872; TAR Campania Napoli, sez. II, 5 luglio 2002, n. 3969; Cons. Stato, sez. IV, 10 agosto 2000, n. 4442. Hanno invece negato il riconoscimento del diritto in capo ai medici specializzandi le decisioni TAR Lazio, sez. III, 2 maggio 2002, n. 3824; TAR Lazio, sez. III, 10 agosto 2001, n. 6985; TAR Campania Napoli, sez. II, 5 luglio 2000, n. 2626; Cons. Stato, sez. VI, 15 dicembre 1999, n. 2090; TAR Toscana, sez. I, 3 novembre 1997, n. 470.

¹¹ Alcune delle più importanti e recenti sentenze in materia sono reperibili in *Corr. giur.*, n. 10/2009, p. 1345 ss., con nota di A. DI MAJO, *Contratto e torto nelle violazioni comunitarie ad opera dello Stato*. Sul tema, si rinvia, inoltre, a F. FERRARO, *La responsabilità risarcitoria degli Stati membri per violazione del diritto comunitario*, Milano, Giuffrè, 2008, p. 120 ss.

¹² Sentenza della Corte di giustizia del 25 febbraio 1999 in causa n. C-131/97, *Carbonari e altri*, in *Raccolta*, 1999, I, p. 1103 e annotata in questa *Rivista*, 1999, p. 482. Cfr. la nota di R. CONTI, *Azione di responsabilità contro lo Stato per violazione del diritto comunitario. Rimedio concorrente o alternativo all'azione diretta?*, in *Danno e resp.*, 2003, p. 836 ss.

¹³ Sentenza della Corte di giustizia del 3 ottobre 2000 in causa n. C-371/97, *Gozza e a.*, in *Raccolta*, 2000, I, p. 7881. Nel punto 41, la Corte di giustizia sottolinea che «l'analisi contenuta nella sentenza *Carbonari* (...) per quanto riguarda la formazione a tempo pieno, è pienamente applicabile all'ipotesi di una formazione di medico specialista svolta a tempo ridotto».

nazionale di «interpretare il proprio diritto nazionale quanto più possibile alla luce della lettera e dello scopo della direttiva onde conseguire il risultato perseguito da quest'ultima»¹⁴. E laddove «il risultato prescritto da una direttiva non possa essere conseguito mediante interpretazione, il diritto comunitario impone agli Stati membri di risarcire i danni causati ai singoli dalla mancata attuazione di una direttiva»¹⁵.

Pur intervenendo, infine, sul punto (con il consueto ritardo) lo stesso legislatore italiano¹⁶, le soluzioni approntate da quest'ultimo sono state parzialmente censurate dal Consiglio di Stato (giacché non completamente conformi alle prescrizioni provenienti dal diritto comunitario e non idonee a tutelare tutti i privati coinvolti nella vicenda¹⁷) e non pare abbiano risolto definitivamente i problemi legati alla concreta qualificazione giuridica della pretesa riconoscibile ai medici, lasciando così, tra l'altro, insoluti, per un verso, il dubbio relativo all'identificazione del giudice competente a conoscere della materia¹⁸, e, per un altro, il problema concernente l'individuazione del *dies praescriptionis* del diritto azionabile dagli interessati¹⁹.

¹⁴ Così nei punti 44 ss. della sentenza *Carbonari*, cit. supra, nota 12.

¹⁵ Par. 52 della sentenza *Carbonari*, loc. cit.

¹⁶ La legge n. 370 del 1999 ed il decreto ministeriale del 14 febbraio 2000 hanno provveduto a tutelare i medici iscritti alle scuole di specializzazione negli anni accademici compresi tra il 1983 ed il 1991, limitando tuttavia il riconoscimento della borsa di studio ai soli dottori risultati vincitori nelle sentenze del TAR Lazio, sez. I bis, n. 601/1993 e nn. 279-283/1994.

¹⁷ La sez. VI del Consiglio di Stato, con la sentenza del 18 ottobre 2002 n. 6802, riformando la decisione della sez. III bis del TAR Lazio, n. 6983 del 10 agosto 2001, ha ritenuto fondato il ricorso proposto contro la previsione contenuta nel dm 14 febbraio 2000, che limitava la concessione della borsa di studio ai soli medici specializzandi destinatari delle citate sentenze del TAR Lazio del 1993-1994, e ha riconosciuto il diritto dei ricorrenti a percepire le borse di studio nei limiti e con il rispetto delle condizioni di cui all'art. 11 della legge n. 370/1999.

¹⁸ Cfr., *ex multis*, le contrastanti conclusioni cui pervengono, da un lato, il TAR Lazio, sez. III, sentenza 2 maggio 2002, n. 3824 ed il Consiglio di Stato, decisione 9 febbraio 2004, n. 445 – secondo i quali vi sarebbe in materia la giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, ai sensi dell'art. 33 del dlgo n. 80 del 31 marzo 1998 (come modificato dalla legge n. 205/2000), essendo «la formazione del medico europeo (...) servizio pubblico in quanto consiste in attività di istruzione svolta dalla pubblica amministrazione per fornire ai partecipanti una utilità di carattere strumentale, da spendere nell'esercizio della professione in qualunque luogo dell'Unione» –, e, dall'altro, la Corte di cassazione a Sezioni Unite, con la sentenza del 4 febbraio 2005, n. 2203 (in questa *Rivista*, 2005, p. 291 con commento di E. ADOBATI, *Medici specializzandi: sulle domande di riconoscimento del diritto alla borsa di studio è competente a decidere il giudice ordinario*, p. 291 ss.) – ove si è una volta per tutte stabilita la giurisdizione del giudice ordinario, essendo i medici specializzandi titolari di un «diritto soggettivo che, oltre a non essere inciso dall'esercizio di un potere discrezionale della P.A., non si ricollega ad un rapporto di concessione di pubblico servizio ed ha, comunque, ad oggetto un corrispettivo, per cui la controversia non può ritenersi devoluta alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, ai sensi dell'art. 5 della legge 6 dicembre 1971, n. 1034» (in senso conforme Cass. del 12 dicembre 2007, n. 26006) –. Sull'argomento, si rinvia, inoltre, alle sentenze del Consiglio di Stato, sez. VI, 27 ottobre 2006, n. 6433; 2 febbraio 2007, n. 427; 23 marzo 2007, n. 1414; 29 febbraio 2008, n. 750; e 6 maggio 2008, n. 1994. In queste decisioni viene definitivamente accolta la tesi della giurisdizione del giudice ordinario: soluzione avallata, d'altra parte, dalla pronuncia di incostituzionalità (sentenza della Consulta n. 204 del 5 luglio 2004) della norma (art. 7 della legge n. 205/2005) ricognitiva della giurisdizione del Giudice Amministrativo per l'intera materia dei servizi pubblici.

¹⁹ La sez. III del TAR Lazio, nella sentenza n. 3824 del 2002, loc. cit., ha ad esempio evidenziato che «in mancanza di atti interruttivi, il diritto dei medici specializzandi negli anni precedenti

Nel solco delle ambigue ed oscillanti decisioni degli organi giurisdizionali statali si inserisce la sentenza della Suprema Corte n. 9147/2009, la quale, più che segnare la definitiva chiusura della *vexata quaestio* in commento, sembra inaugurare solo una nuova, ed incerta, pagina per un caso destinato a far discutere ancora²⁰.

L'*arrêt* delle Sezioni Unite è il frutto di un complesso *iter* processuale apertosi con la sentenza del Tribunale di Lecce del 18 febbraio 2003, la quale aveva negato ad un medico, specializzatosi a séguito di un corso di formazione quadriennale conclusosi prima dell'entrata in vigore del dlgs n. 257/1991, il diritto ad ottenere da parte del Ministero dell'università e della ricerca scientifica il risarcimento del danno derivato dalla non tempestiva, e scorretta, attuazione della direttiva comunitaria n. 82/76/Cee.

Accogliendo il gravame proposto dal ricorrente, la Corte di appello di Lecce, con la sentenza n. 842 del 18 dicembre 2006, riformava la decisione del Tribunale e condannava l'organo amministrativo a liquidare i danni subiti dal ricorrente per la mancata trasposizione, nel termine prescritto, della direttiva.

Pervenuta davanti alle Sezioni Unite, la controversia si è conclusa con il rigetto del ricorso del Ministero, ma anche con una singolare ricostruzione del problema concernente il diritto del privato alla riparazione del danno da violazione di norme comunitarie.

Secondo la Suprema Corte, infatti, l'autorità giurisdizionale di merito non avrebbe «violato l'art. 112 c.p.c. nel qualificare, correttamente, la pretesa avanzata come domanda di risarcimento del danno subito per la mancata attuazione di direttive Cee, ma è incorso in violazione di norma di diritto laddove ha ricondotto tale pretesa risarcitoria alla fattispecie di cui all'art. 2043 c.c.»²¹.

I giudici di legittimità immaginano, infatti, che la "pretesa risarcitoria" (*sic!*) dei medici in questione vada ricostruita in chiave indennitaria²².

l'anno accademico 1991/1992 a percepire somme sostitutive dell'adeguata remunerazione (...) così come quello al risarcimento del danno, si prescrive con il decorso di un quinquennio, trattandosi di somme da corrispondersi ad anno, ai sensi dell'art. 2948 n. 4 c.c., a decorrere (...) dalla data di (...) conclusione di ciascun anno accademico in cui la parte ha frequentato il corso di specializzazione o, al più tardi, dalla data in cui tale diritto è stato sostanzialmente negato, ossia dall'emanazione del d.lgs. n. 257 del 1991». Dello stesso avviso sono apparsi il Consiglio di Stato, sez. VI, con sentenza n. 445 del 9 febbraio 2004; il Tribunale di Roma, con sentenza del 14 giugno 2004; il Tribunale di Palermo, con sentenza del 24 marzo 2004; ed il Tribunale di Bari, con le sentenze del 22 ottobre 2004, del 19 novembre 2004, del 27 ottobre 2005, del 13 gennaio 2006 e del 14 luglio 2006.

²⁰ Si noti che solo qualche mese più tardi dal deposito della sentenza n. 9147/2009, la stessa Corte di cassazione è giunta a conclusioni diametralmente opposte rispetto a quelle prospettate dalle Sezioni Unite. Cfr. Cass., sez. Lav., 3 giugno 2009, n. 12814.

²¹ Così nel par. 4.3 della sentenza in commento.

²² Inutile sottolineare la plateale (ma trascurata dai giudici supremi parrebbe) incongruenza tra il riferimento al risarcimento del danno ed il rinvio alla figura dell'indennizzo per attività lecita. Sull'istituto dell'indennità si registra una letteratura assai ampia. Cfr., anche a fini bibliografici, A.

Non è agevole comprendere se i giudici di legittimità escludano l'applicabilità della disciplina codicistica in materia di illecito aquiliano perché ritengano doversi ricorrere solo nella controversia in esame alla fattispecie della c.d. obbligazione *ex lege* dello Stato inadempiente, o se invece considerino necessario fare riferimento all'istituto dell'indennizzo per attività non anti-giuridica ogniqualvolta ci si trovi in presenza di violazioni di norme sovranazionali imputabili agli organi statali (o, quantomeno, all'autorità legislativa)²³.

A favore di questa seconda opzione interpretativa milita la lettura di alcuni emblematici (e per la verità poco lineari) passaggi della sentenza in questione.

Richiamando il dlgs n. 80 del 1992, art. 7, comma 2, le Sezioni Unite affermano, ad esempio, che «la qualificazione in termini di obbligazione indennitaria (...) consente di assoggettare allo stesso regime giuridico sia il caso (...) di attuazione tardiva di una direttiva senza alcuna previsione di riparazione del pregiudizio per l'inadempimento, sia quello dell'intervento legislativo specifico, preordinato alla disciplina dell'obbligazione risarcitoria (come avvenuto, ad esempio, (...) in tema di tutela dei lavoratori subordinati in caso di insolvenza del datore di lavoro)»²⁴.

Risulta difficile non concordare, tuttavia, con chi, rinviando proprio alla disciplina contenuta nel citato decreto del 1992, ha osservato che «non sembra possibile intendere tale previsione specifica come espressiva di un principio generale. Pare di poter affermare che un'eventuale obbligazione indennitaria che dovesse sorgere, come regola generale, dall'inadempimento dello Stato ai precetti posti dall'ordinamento comunitario dovrebbe essere prevista espressamente da una norma di legge (...) non già dal sistema»²⁵.

In effetti, sino ad oggi è stato il legislatore a predisporre forme "speciali" di tutela per alcune particolari categorie di soggetti, introducendo al contempo una serie di disposizioni finanziarie volte a sopperire all'onere derivante

PUBUSA, *Indennità e indennizzo*, in *Dig. Discipl. Pubbl.*, Torino, Utet, VIII, 1993, p. 223 ss.; e M. A. MAZZOLA, *Responsabilità civile da atti leciti dannosi*, Milano, Giuffrè, 2007.

²³ Ricorrono allo schema dell'indennizzo per attività non anti-giuridica dello Stato, concretizzandosi nella omessa o tardiva trasposizione di direttive comunitarie, anche i giudici della sez. Lavoro della Corte di cassazione, nella sentenza n. 18880 del 28 agosto 2009, richiamando proprio la pronuncia n. 9147/2009 delle Sezioni Unite.

²⁴ Così nel par. 4.8 della sentenza in commento.

²⁵ Le riflessioni sono di D. A. CAPUANO, *La responsabilità dello Stato nel diritto internazionale e comunitario*, in P. FAVA (a cura di), *La responsabilità civile*, Milano, Giuffrè, 2009, p. 2371. Del resto, prosegue l'autore, «all'interno della sentenza n. 9147, si afferma di voler dare continuità alla sentenza n. 10617 del 1995. In tale sentenza, però (...) veniva in rilievo proprio il citato art. 2, comma 7, del decreto n. 80 del 1992 e pertanto era preorientata dalla specificità della questione trattata e soprattutto della norma che veniva in rilievo per la decisione». A conclusioni simili giungono C. BONAURO, *Il risarcimento del danno da atto legislativo*, Milano, Giuffrè, 2004, p. 145; L. GUFFANTI PESENTI, *Riflessioni in materia di tardiva trasposizione*, cit. supra, nota 1, p. 332; ed E. CALZOLAIO, *La violazione del diritto comunitario non è anti-giuridica*, cit. supra, nota 1, p. 99.

dall'attuazione degli interventi di indennizzo ed indicando, il più delle volte, anche dei massimali entro cui i giudici possono determinare la somma da liquidare nel caso concreto²⁶.

In assenza di uno specifico intervento legislativo, volto ad istituire un generale regime di indennizzo per danni provocati da violazioni del diritto sovranazionale, sembrerebbe senz'altro dover «valere il principio della responsabilità extracontrattuale in ossequio alla giurisprudenza comunitaria»²⁷. Né può immaginarsi che, per quanto autorevole sia il loro ruolo, le Sezioni Unite della Corte di cassazione possano (appropriandosi così di funzioni proprie della Corte costituzionale) auto-investirsi del compito di suggerire al legislatore (tramite più o meno velate sentenze monito) l'adozione di misure a protezione di un certo numero di danneggiati, analogamente a quanto è accaduto, ad esempio, in tema di danni da vaccinazioni obbligatorie ad opera della Consulta²⁸. È arduo negare, del resto, che in quell'occasione il giudice delle leggi ha potuto parlare di illegittimità costituzionale della legge che aveva introdotto l'obbligo delle vaccinazioni, proprio perché il contenuto di quest'ultima, e segnatamente l'evidente vuoto di tutela in essa presente, non era suscettibile di essere colmato interpretativamente, ossia mediante l'introduzione in via pretoria di un sistema di indennizzo (come invece le Sezioni Unite sembrano voler suggerire *tout court* per il caso delle violazioni statali di precetti comunitari, e pur in assenza, addirittura, di un provvedimento legislativo in materia da cui prendere le mosse²⁹).

Appare, peraltro, problematico accertare quale sia precisamente il significato, ed il fondamento giuridico, da riconoscere a quella che le Sezioni Unite definiscono come un'«obbligazione ex lege dello Stato inadempiente», ed in particolare non è chiaro se l'obbligo indennitario derivi, secondo i giudici supremi, direttamente (ed unicamente) dal Trattato istitutivo della Comunità europea³⁰ (ossia dal combinato disposto degli artt. 10³¹ e 249 CE³²), ovvero

²⁶ Per una ricognizione delle principali leggi introduttive di regimi indennitari, si rinvia ai vari contributi presenti nel volume di C. DEFILIPPI - F. ANSELMO (a cura di), *Le nuove responsabilità dello Stato verso il cittadino*, Padova, Cedam, 2006.

²⁷ Così D. A. CAPUANO, *La responsabilità dello Stato*, cit. *supra*, nota 25, p. 2371.

²⁸ Con la sentenza n. 307 del 14-22 giugno 1990, la Corte costituzionale, nel dichiarare «l'illegittimità costituzionale della legge 4 febbraio 1966, n. 51 (Obbligatorietà della vaccinazione antipoliomielitica) nella parte in cui non prevede, a carico dello Stato, un'equa indennità per il caso di danno derivante, al di fuori dell'ipotesi di cui all'art. 2043 c.c., da contagio o da altra apprezzabile malattia causalmente riconducibile alla vaccinazione obbligatoria antipoliomielitica», ha di fatto costretto il legislatore a provvedere in materia. Il caso sembra dimostrare chiaramente come solo l'intervento legislativo possa istituire un regime di indennizzo.

²⁹ Sembrerebbe, da questo punto di vista, poter valere, *mutatis mutandis*, quanto rilevato, correttamente, dal TAR Napoli, nella sentenza del 23 aprile 2010, n. 2102, ossia che «il riconoscimento di benefici economici aventi natura compensativa di un pregiudizio subito in conseguenza di atti o di attività lecitamente posti in essere dall'Amministrazione è possibile nelle sole ipotesi espressamente previste da fonti normative».

³⁰ Servirà rammentare che «come conseguenza del fatto che la Comunità è un ordinamento fondato sullo stato di diritto (*rule of law*), gli Stati membri non possono (...) sottrarsi al controllo

dalla Costituzione stessa (e più in particolare dai limiti posti dall'art. 117 all'azione del legislatore statale e regionale³³).

L'impressione unanime dei commentatori della sentenza n. 9147 del 2009 è che, orientati a riconoscere *omnimodo* il diritto al risarcimento del danno al soggetto leso, e costretti per tale ragione ad aggirare tutti gli impedimenti che il caso concreto presentava, i giudici supremi abbiano rintracciato nella lettura in termini indennitari della controversia la soluzione migliore per tentare di garantire un elevato grado di tutela della posizione dei medici danneggiati, consentendo loro di ricorrere ad uno strumento meno oneroso sul piano probatorio (considerata l'irrelevanza della prova del dolo e della colpa del danneggiante ai fini liquidatori) e più conveniente sotto il profilo dei termini di proposizione delle azioni processuali (ricostruendo, infatti, la vicenda secondo il tradizionale schema della responsabilità aquiliana, la Corte di cassazione avrebbe dovuto accogliere il ricorso del Ministero per decorso del *dies praescriptionis* – quinquennale – previsto in materia di illecito extracontrattuale; invocando, viceversa, il modello indennitario, il Supremo Collegio ha potuto ritenere applicabile, a tutto vantaggio del privato, il regime di prescrizione ordinario – decennale)³⁴.

Con riguardo al primo problema, erronea appare, tuttavia, l'interpretazione delle linee guida comunitarie fornita dalle Sezioni Unite nella pronun-

da parte dei singoli della conformità dei loro atti al diritto sovranazionale (e neppure le istituzioni comunitarie)». Così F. LAJOLO DI COSSANO, *La responsabilità dello Stato per violazioni del diritto comunitario da parte dei giudici nazionali di ultima istanza*, in *Dir. comm. int.*, 2006, p. 762, rinviando sul punto alla sentenza della Corte di giustizia del 23 aprile 1986 in causa n. 294/83, *Les Verts*, in *Raccolta*, 1986, p. 1339.

³¹ La numerazione degli articoli richiamati in questo lavoro corrisponde a quella precedente all'entrata in vigore del Trattato di Lisbona il 1° dicembre 2009.

³² S. SENDMEYER - E. FERRANTE, *La responsabilità dello Stato per mancata o inesatta attuazione delle direttive: un punto di vista italo-tedesco*, in *Contr. e impr./Europa*, 2009, p. 638, hanno evidenziato che «la nozione di obbligazione nascente dalla legge non è estranea al sistema (...) ma di regola essa crea (o integra) rapporti giuridici che vedono contrapporsi un creditore ed un debitore *ex lege*, e nel contesto di tali rapporti, per il caso d'inadempimento, dà luogo a pretese risarcitorie dell'uno nei confronti dell'altro: qui invece l'obbligo attuativo vincolerebbe lo stato-legislatore nei confronti della Comunità (...) ma il creditore della prestazione indennitaria sarebbe alfine un terzo, vale a dire il cittadino pregiudicato dall'inerzia legislativa».

³³ Se così fosse, conclusioni analoghe dovrebbero valere anche per le violazioni degli altri vincoli posti dall'art. 117 Cost. all'esercizio della potestà legislativa, ossia la Costituzione stessa e gli accordi di diritto internazionale. Quindi, in definitiva, anche per le lesioni di una qualsiasi norma costituzionale, oltre che dei diritti fondamentali sanciti nella CEDU, ad esempio, realizzate dal legislatore statale e regionale (o da un qualsiasi organo pubblico, a voler essere rigorosi) dovrebbe applicarsi il regime indennitario proposto dalle Sezioni Unite. Una siffatta conclusione cozzerebbe visibilmente, tuttavia, con una lunga giurisprudenza suprema e costituzionale in materia, e, da ultimo, con la posizione espressa dallo stesso *Gran Plenum* della Corte di cassazione nelle note sentenze nn. 26972-26974 dell'11 novembre 2008. Sul punto sia consentito rinviare ad A. VIGLIANISI FERRARO, *Il danno non patrimoniale ed i diritti inviolabili dell'uomo secondo la recente giurisprudenza delle Sezioni Unite*, in questa *Rivista*, 2009, *passim*.

³⁴ I giudici di legittimità concludono infatti che «la pretesa risarcitoria (...), insorta nel momento in cui il pregiudizio si è verificato, è assoggettata al termine di prescrizione ordinaria (decennale) perché diretta all'adempimento di un'obbligazione *ex lege* (di natura indennitaria), riconducibile come tale all'area della responsabilità contrattuale». Così nel punto 4.10.

cia del 17 aprile 2009. Secondo i giudici di legittimità, «i parametri per valutare la conformità del diritto interno ai risultati imposti dall'ordinamento comunitario sono stati enunciati dalla Corte di giustizia Cee³⁵ ... c. il risarcimento del danno non può essere subordinato alla sussistenza del dolo o della colpa»³⁶. In realtà, l'autorità giurisdizionale comunitaria non ha mai escluso la possibilità di condizionare il riconoscimento del diritto al risarcimento del danno alla verifica della sussistenza di profili soggettivi in capo al soggetto pubblico trasgressore, ma ha semmai chiarito, sin dalla citata sentenza *Brasserie*, che, pur riconoscendo l'importanza di un'indagine (volta a considerare la particolare gravità di una violazione delle norme della Comunità) valutativa anche degli «elementi obiettivi e subiettivi riconducibili alla nozione di colpa nell'ambito di un ordinamento giuridico nazionale»³⁷, sarebbe illegittimo comunitariamente subordinare la riparazione dei danni cagionati ai singoli «ad una condizione, ricavata dalla nozione di condotta imputabile per dolo o colpa, che vada oltre la violazione manifesta e grave del diritto comunitario. Infatti, la prescrizione di una simile condizione ulteriore si risolverebbe nel rimettere in discussione il diritto al risarcimento, che trova il suo fondamento nell'ordinamento giuridico comunitario»³⁸.

³⁵ La Corte di cassazione sembra dimenticare che, con il Trattato di Maastricht (art. G), l'espressione «Comunità economica europea» è stata sostituita con il sintagma «Comunità europea». Per cui, sicuramente fino al 31 novembre 2009 era corretto parlare di Corte di giustizia delle Comunità europee (e non della CEE). L'entrata in vigore del Trattato di Lisbona ha comportato una nuova denominazione dell'autorità giudiziaria sovranazionale, ora definita «Corte di giustizia dell'Unione europea».

³⁶ Così nel punto 4.7 della sentenza n. 9147 del 2009.

³⁷ Come ha sottolineato E. CALZOLAIO, *La violazione del diritto comunitario non è antiggiuridica*, cit. *supra*, nota 1, p. 53-54, «non è in discussione se la responsabilità dello Stato si fondi sulla colpevolezza (la Corte sembra quasi presupporlo); si tratta invece di precisare quale contenuto rivesta tale nozione. Tale contenuto va ricostruito dal giudice nazionale, ispirandosi ai criteri enunciati nella medesima sentenza con riferimento alla "seconda condizione": deve trattarsi di una violazione "sufficientemente caratterizzata" (...) del resto, come si potrebbe qualificare diversamente l'indagine del giudice nazionale che si concentri a valutare la "intenzionalità" della violazione, il margine di "discrezionalità" riservato all'organo chiamato ad attuare la norma comunitaria, la "scusabilità" dell'eventuale errore di diritto e via di seguito?».

³⁸ Punti 78 e 79 della sentenza del 5 marzo 1996 in cause riunite n. C-46/93 e n. C-48/93, *Brasserie du Pêcheur, e Factortame*, in *Raccolta*, 1996, I, p. 1029 ss. e massimata in questa *Rivista*, 1997, p. 51 con commento di F. CAPELLI, *L'obbligo degli Stati a risarcire i danni per violazione delle norme comunitarie*, p. 52. Per questa ragione, affrontando il problema della necessità o meno della prova dell'elemento psicologico per la configurazione della fattispecie dell'illecito statale, A. DI MAJO, *Responsabilità e danni nelle violazioni comunitarie ad opera dello Stato*, in *Eur. dir. priv.*, 1998, p. 770, osserva che, invero, «si tratta di una alternativa riduttiva, giacché il giudizio di "gravità e trasparenza" della violazione non mette fuori gioco la colpa, ma la riempie semmai di quei contenuti concreti che possono veramente consentire di formulare quel giudizio di disfavore» che la Corte intende mettere in risalto. Secondo quanto sembra potersi desumere anche dalla descrizione di F. TORIELLO, *La responsabilità civile dello Stato per violazione del diritto comunitario nella giurisprudenza della Corte di Giustizia*, in *Contr. e impr./Europa*, 1997, p. 682, il concetto di gravità della violazione statale è strettamente connesso a quello individuato in via giurisprudenziale con riferimento alla condotta illecita della Comunità, «la Corte ricorda che elementi latamente riconducibili alla nozione di colpa sono addirittura suggeriti per la valutazione della gravità della violazione della norma superiore posta a tutela dei singoli (...) tra i criteri valutativi indicati dalla Corte (...) quello della colposità di essa, sotto vari aspetti apprezzata, campeggia in posizione centrale».

Con riferimento alla seconda questione, occorre ricordare che, in base a quanto più volte ribadito dalla Corte di giustizia, anche in materia di prescrizione occorre effettuare una "*interpretatio iure communitario*" delle norme nazionali³⁹, procedendo addirittura ad una radicale disapplicazione di quelle che si pongano in contrasto (insanabile perfino attraverso i più sofisticati *escamotage* interpretativi) con le disposizioni sovranazionali⁴⁰, o che risultino comunque tali da rendere impossibile (o particolarmente difficile), il rispetto degli obblighi derivanti dall'appartenenza all'Unione europea⁴¹. Var-

³⁹ Qualche altro autore ha risolto più radicalmente problemi come quelli in questione, evidenziando che «non appare agevole la verifica della prescrizione per i danni che non hanno ancora esaurito i propri effetti (...) la realizzazione di un illecito comunitario può assumere carattere permanente e, conseguentemente, tradursi nella mancanza di un termine iniziale per l'esercizio dell'azione aquiliana, persistendo le circostanze causative e gli effetti pregiudizievoli». Così F. FERRARO, *La responsabilità risarcitoria degli Stati membri per violazione del diritto comunitario*, cit. *supra*, nota 11, p. 124 ss. Sul punto, v. la sentenza del Tribunale di Catanzaro datata 20 aprile 2009, in www.altalex.it.

⁴⁰ Cfr., al riguardo, le pronunce della Corte di giustizia del 14 dicembre 1995 in cause n. C-312/93, *Peterbroeck*, in *Raccolta*, 1995, I, p. 4599, e in cause riunite n. C-430/93 e n. C-431/93, *Van Schijndel*, in *Raccolta*, 1995, I, p. 4705 ss. nonché del 27 febbraio 2003 in causa n. C-327/00, *Santex*, in *Raccolta*, 2003, I, p. 1877 ss. Particolarmente significativo appare quanto rilevato, peraltro, nella recentissima sentenza della Grande Sezione dell'organo di Lussemburgo, del 27 ottobre 2009 in causa n. C-115/08, *CEZ*, non ancora pubblicata in *Raccolta*, nel cui punto 140 si legge che «il giudice nazionale è tenuto a conferire alla legge nazionale (...) un'interpretazione per quanto possibile conforme ai precetti del diritto comunitario. Se una simile applicazione conforme non è possibile, il giudice nazionale ha l'obbligo di applicare integralmente il diritto comunitario e di proteggere i diritti che questo attribuisce ai singoli, eventualmente disapplicando ogni disposizione la cui applicazione, date le circostanze della fattispecie, condurrebbe a un risultato contrario al diritto comunitario».

⁴¹ Nella pronuncia del 13 luglio 2006 in cause riunite da n. C-295/04 a n. C-298/04, *Manfredi*, in *Raccolta*, 2006, I, p. 6619 (sulla quale sia consentito rinviare ad A. FERRARO, *La "storia infinita" del caso r.c. auto, tra diritto italiano e diritto comunitario*, in questa *Rivista*, 2008, p. 107 ss.), occupandosi più nello specifico della questione relativa ai termini prescrizionali del diritto al risarcimento del danno da violazione di norme *antitrust*, la Corte di giustizia ha evidenziato che «in mancanza di una disciplina comunitaria in materia, spetta a (...) ciascuno Stato membro stabilire (...) il termine di prescrizione per chiedere il risarcimento del danno causato da un'intesa (...) vietata dall'art. 81 CE», purché siano «rispettati i principi di equivalenza e di effettività». Così nel punto 81 della sentenza. Tuttavia, nei par. 78 e 82 della decisione, i giudici europei hanno precisato che «è compito del giudice nazionale verificare se una norma nazionale (...) renda praticamente impossibile o eccessivamente difficile l'esercizio del diritto di chiedere il risarcimento del danno subito (...) in particolare qualora tale norma preveda anche un termine di prescrizione breve e tale termine non possa essere sospeso». La regola è stata, del resto, richiamata dai giudici di Lussemburgo nella sentenza (a Grande Sezione) del 24 marzo 2009 in causa n. C-445/06, *Danske*, in *Raccolta*, 2009, I, p. 2119 (cfr. L. BAIRATI, *A proposito del termine di prescrizione dell'azione risarcitoria per violazione del diritto comunitario: la sentenza della Corte di giustizia CE Danske Slagterier c. Repubblica Federale di Germania*, in *Contr. e impr./Europa*, 2009, p. 1030 ss.), ove (rinviando anche alla sentenza del 25 luglio 1991 in causa n. C-208/90, *Emmott*, in *Raccolta*, 1991, I, p. 4269, par. 23) la Corte di giustizia, nei punti 51-53, ha ribadito il principio secondo cui «al momento della trasposizione corretta della direttiva, lo Stato membro inadempiente non può eccepire la tardività di un'azione giudiziaria avviata nei suoi confronti da un soggetto al fine di tutelare i diritti che ad esso riconoscono le disposizioni della direttiva, e che un termine di ricorso di diritto nazionale può cominciare a decorrere solo da tale momento»; ed ha considerato conforme alle prescrizioni sovranazionali la previsione di cui all'art. 852, n. 1, del BGB, che (così come interpretata dai giudici tedeschi) fa decorrere il termine di prescrizione dell'azione solo dal momento in cui il soggetto leso ha avuto conoscenza del danno subito e dell'identità della persona tenuta al risarcimento. Si tratta di una impostazione che meriterebbe probabilmente maggiore attenzione, proprio per gli esiti inaspettati cui potrebbe condurre nella vicenda in esame, se solo si scegliesse di interpretare analogamente le norme sulla prescrizione nell'ordinamento italiano. Dalla lettura del dlgo n.

rebbe la pena, da questo punto di vista, chiedersi (e sarebbe stato probabilmente utile investire della questione la Corte di giustizia in via pregiudiziale) se, laddove l'applicazione del termine (speciale) di prescrizione quinquennale, previsto in materia di responsabilità extracontrattuale, risulti (come nel caso di specie) inidoneo a garantire adeguatamente la posizione dei privati beneficiari di diritti di derivazione sovranazionale, in quali termini sia possibile per il giudice nazionale procedere ad una interpretazione della normativa codicistica conforme al diritto UE, e, soprattutto se effettivamente, in casi come quelli in esame, sia praticabile la via della radicale disapplicazione dell'art. 2947 c.c. (e della contestuale applicazione del regime ordinario di prescrizione decennale, di cui all'art. 2946 c.c.).

2. La ricostruzione in termini indennitari della pretesa dei ricorrenti. Soddisfatte (almeno apparentemente) le ragioni dei privati, ma tradite quelle del diritto comunitario?

Ripercorrendo sinteticamente la lunga e controversa giurisprudenza in materia, le Sezioni Unite ricordano che accanto al filone teso ad inquadrare la fattispecie della *State Liability for breach of Community Law* nell'alveo della responsabilità aquiliana dello Stato, «esiste però un altro orientamento

257/1991 (atto da considerare peraltro di inesatto recepimento della normativa sovranazionale), non è possibile individuare l'identità della persona tenuta al pagamento della borsa di studio (né tanto meno al risarcimento del danno) a favore dei medici iscritti alle scuole di specializzazione negli anni precedenti all'emanazione del provvedimento governativo (non foss'altro perché la normativa in questione, come si è già visto, si rivolgeva unicamente agli specializzandi a partire dall'anno accademico 1991-1992); così come non è del tutto agevole identificare la persona del creditore analizzando la legge n. 370 del 1999 (nonostante si tratti del primo documento legislativo in cui si fa espresso riferimento alla «corresponsione di borse di studio agli specializzandi medici ammessi alle scuole negli anni 1983-1991»). Né sul punto sembrerebbe essere intervenuta con chiarezza la Corte di giustizia nelle citate sentenze *Carbonari* e *Gozza*: questo è d'altra parte quel che hanno rilevato quasi tutti i giudici italiani, sia di merito che di ultima istanza, nel negare ai privati la possibilità di agire nei confronti di Regioni ed Università per ottenere l'adempimento degli obblighi sovranazionali. Il provvedimento in cui per la prima volta viene individuato chiaramente a chi va rivolta la richiesta di corresponsione della borsa di studio per gli anni 1983-1991 (ossia il "Ministero dell'università e della ricerca scientifica e tecnologica - Dipartimento per l'autonomia universitaria e gli studenti") è, infatti, il dm del 14 febbraio 2000 (il quale, peraltro, come si è già visto, è stato dichiarato parzialmente illegittimo dal Consiglio di Stato con sentenza n. 6802/2002). Dall'entrata in vigore di quest'ultimo decreto (per i soggetti destinatari delle citate sentenze del TAR Lazio, sez. I bis, n. 601/1993 e nn. 279-283/1994), e dalla pubblicazione della pronuncia del supremo organo amministrativo (per tutti gli altri interessati), si sarebbe dovuto far decorrere probabilmente il *dies praescriptionis* in questione. Non condivisibile appare, da questo punto di vista, sia nelle premesse che nelle conclusioni finali, la soluzione cui perviene (conformandosi del resto ad un consolidato indirizzo giurisprudenziale di analogo tenore), il Tribunale di Bologna con sentenza del 22 febbraio 2005, nella quale si legge che «le pronunce della Corte di giustizia (...) non hanno l'effetto di innovare il diritto preesistente, ma possiedono invece una funzione esclusivamente interpretativa in relazione al caso concreto (...) In questa prospettiva, il diritto dei medici specializzandi (...) poteva essere fatto valere in giudizio in epoca antecedente alle suddette pronunce della Corte e più precisamente dal momento in cui si è, in effetti, concretizzato il fatto illecito dello Stato, caratterizzato dalla mancata corretta trasposizione del diritto comunitario».

(...) che, all'esito dell'analisi del fenomeno giuridico, esclude che il danno derivante dalla mancata attuazione nei termini prescritti di una direttiva (...) costituisca la conseguenza di un fatto imputabile come illecito civile (art. 2043 ss. c.c.) allo Stato inadempiente»⁴².

I giudici supremi sembrano, dunque, allontanarsi da un importante pronunciamento supremo del 2003⁴³, divenuto ormai un vero e proprio *leading case* in materia, per tornare su una propria visione chiusa del rapporto tra diritto europeo e diritto nazionale, e fossilizzata sull'idea che il legislatore non possa commettere illeciti (secondo l'antico adagio inglese per cui "*The King cannot do wrong*"⁴⁴), così come evidenziato in una serie di precedenti degli anni novanta assai criticati in dottrina⁴⁵.

La ricostruzione del Supremo Collegio diventa, tuttavia, tanto confusionaria da sfiorare l'imbarazzo, nel passaggio in cui si afferma la necessità, «per realizzare il risultato imposto dall'ordinamento comunitario con i mezzi offerti dall'ordinamento interno», di riconoscere «al danneggiato un credito alla riparazione del pregiudizio subito per effetto del c.d. fatto illecito del legislatore di natura indennitaria»⁴⁶.

L'aporia della tesi offerta dai giudici di legittimità risiede nell'aver creato (in via giurisprudenziale, come già detto) quella che *ictu oculi* sembrerebbe essere una nuova figura di indennizzo, riconducibile ad un fatto illecito (*sic!*) del danneggiante. Eppure è una regola a tutti nota, al punto tale da poter essere considerata come una sorta di dogma giuridico (richiamato nei primissimi anni di studio del diritto privato), che la differenza tra regime indennitario e sistema risarcitorio ha fondamento anzitutto nella diversa natura della condotta tenuta (o attività svolta) da colui che ha realizzato il danno (lecita nel primo caso, illecita nel secondo⁴⁷)⁴⁸. Peraltro, solo nel paragrafo

⁴² Così nel par. 4.5 della sentenza. La Corte richiama al riguardo alcune vecchie pronunce, quali Cass. 5 ottobre 1996, n. 8739; 11 ottobre 1995, n. 10617; 19 luglio 1995, n. 7832. Come ha correttamente evidenziato D. A. CAPUANO, *La responsabilità dello Stato*, cit. *supra*, nota 25, p. 2369, «tali decisioni (...) non considerano che la partecipazione dell'Italia all'Unione europea comporta obblighi di uniformazione a quanto deciso dalle istituzioni comunitarie e pertanto è ben possibile (...) che vi siano interferenze (anche pesanti) nel processo di formazione della scelta politica interna che si traducono poi in un vincolo per il legislatore nazionale, il quale non è più libero di legiferare se non nei limiti in cui ciò non contraddica la normativa comunitaria».

⁴³ Si tratta della sentenza della sez. III civ. della Corte di cassazione, n. 7630 del 16 maggio 2003.

⁴⁴ A. LAZARI, *Modelli e paradigmi di responsabilità dello Stato*, Torino, Giappichelli, 2005, *passim*. Cfr., inoltre, C. PANZERA, *La responsabilità del legislatore e la caduta dei miti*, in *Pol. dir.*, 2007, p. 347 ss.

⁴⁵ Cfr. G. BENACCHIO, *Diritto privato della Comunità europea*, Padova, Cedam, 2008, p. 137 ss.; e C. BONAURO, *Il risarcimento del danno da atto legislativo*, cit. *supra*, nota 25. Di un atteggiamento che valorizza «i postulati dell'assolutismo democratico di stampo russoviano-giacobino e il mito della *volonté générale* incarnato nell'atto legislativo» ha parlato, ad esempio, V. ROPPO, *Appunti in tema di illecito comunitario e illecito costituzionale del legislatore*, in *Danno e resp.*, 1998, p. 961.

⁴⁶ Così nel punto 4.9 della sentenza.

⁴⁷ Non sembra, invero, pensarla così P. PERLINGIERI, *La responsabilità civile tra indennizzo e*

precedente della stessa sentenza, i giudici avevano chiarito che «i profili sostanziali della tutela apprestata dal diritto comunitario inducono a reperire gli strumenti utilizzabili nel diritto interno fuori dallo schema della responsabilità civile extracontrattuale e in quello dell'obbligazione *ex lege* dello Stato inadempiente, di natura indennitaria per attività non antiggiuridica»⁴⁹. Non è agevole comprendere quale sia la distinzione che la Corte di cassazione si rappresenta tra «fatto illecito» e «attività antiggiuridica»: la violazione di norme comunitarie da parte del legislatore sembrerebbe derivare, infatti, da un comportamento illecito, ma non antiggiuridico⁵⁰. Poco prima, per giunta, i giudici avevano parlato, come si è accennato, di una «pretesa risarcitoria» non riconducibile all'art. 2043 c.c., ma ad una non meglio precisata figura di indennizzo per attività lecita⁵¹.

È più facile immaginare che il riferimento al "fatto illecito del legislatore" sia solo un infelice *lapsus calami* (evitabile se solo si fosse scelto di utilizzare, come in diverse occasioni fa lo stesso codice civile, il più generico sintagma «fatto dannoso»⁵²), o che viceversa la Corte di cassazione abbia inteso riferirsi alla condotta dell'organo legislativo, qualificabile sì come illecita, ma solo sul piano del diritto sovranazionale. Si legge, infatti, nella pronuncia che «stante il carattere autonomo e distinto tra i due ordinamenti, comunitario e interno, il comportamento del legislatore è suscettibile di essere qualificato come antiggiuridico nell'ambito dell'ordinamento comunitario, ma non alla stregua dell'ordinamento interno, secondo principi fondamentali che risultano evidenti nella stessa Costituzione»⁵³. Ma, è proprio quest'ultima

risarcimento, in *Rass. dir. civ.*, 2004, p. 1062 ss., secondo il quale «la tradizionale dicotomia risarcimento-indennizzo con correlata riconduzione del primo dal fatto illecito e del secondo al fatto lecito dannoso è da confutare».

⁴⁸ Lo stesso E. CALZOLAIO, *La violazione del diritto comunitario non è antiggiuridica*, cit. *supra*, nota 1, p. 99, evidenzia la difficoltà a comprendere «se il riferimento è effettivamente agli atti leciti dannosi o ad altra figura».

⁴⁹ Punto 4.8 della pronuncia.

⁵⁰ Tesi inammissibile, ove si consideri che anche chi ha tentato di operare una distinzione tra il concetto di "antigiuridicità" e quello di "illiceità" ha evidenziato che «l'illiceità dovrebbe ricondursi alla violazione di regole di condotta imponenti divieti od obblighi particolari, ciò che la distinguerebbe, in un rapporto di genere a specie, dall'anti-giuridicità (TRIMARCHI, 1966, p. 90; TORRENTE - SCHLESINGER, 1999, p. 650), intesa come contrarietà al diritto, connotato particolare di quei particolari illeciti noti al diritto penale come "reati". Ciò contribuirebbe a delineare una gamma alquanto ampia di fatti passibili di essere sussunti entro la fattispecie aperta dell'art. 2043 c.c., comprensiva anche di comportamenti non esplicitamente sanzionati da alcuna norma tipizzata (TORRENTE - SCHLESINGER, 1999, p. 651)». Così C. DEFILIPPI - F. ANSELMO (a cura di), *Le nuove responsabilità dello Stato verso il cittadino*, cit. *supra*, nota 26, p. 113. Sul complesso tema, trattato con riferimento alla responsabilità della pubblica amministrazione, cfr. S. CASSESE (a cura di), *Istituzioni di diritto amministrativo*, Milano, Giuffrè, 2009, p. 474 ss.

⁵¹ Cfr. i già citati par. 4.3 e 4.10.

⁵² Vedasi, al riguardo, quanto rilevato da P. RESCIGNO, voce *Obbligazioni (nozioni)*, in *Enc. dir.*, XXIX, Milano, Giuffrè, 1979, p. 150, con riferimento alle espressioni utilizzate negli artt. 2045, 2046 e 2055, comma 1, del codice civile.

⁵³ Questo è quanto viene affermato nel par. 4.5 della sentenza. L. GUFFANTI PESENTI, *Riflessioni in materia di tardiva trasposizione*, cit. *supra*, nota 1, p. 328, sostiene che «la doppia qualifi-

precisazione a non poter essere accettata, non foss'altro perché, a voler essere rigorosi, dovrebbe coerentemente condurre a ritenere che la violazione delle norme dell'Unione potrà aver effetto negli ordinamenti giuridici interni (e quindi implicare una condanna al risarcimento dei danni provocati ai singoli) solo a séguito del riconoscimento dell'antigiuridicità della condotta statale effettuato a livello sovranazionale (ad opera, cioè, degli organi istituzionali europei deputati a vigilare sul rispetto dei vincoli derivanti dai Trattati). Basterà leggere, tuttavia, una serie di importanti sentenze della Corte di giustizia per comprendere che, secondo i giudici di Lussemburgo, non è assolutamente possibile «subordinare il risarcimento del danno al presupposto di una previa constatazione, da parte della Corte, di un inadempimento del diritto comunitario imputabile ad uno Stato membro»⁵⁴.

Pur senza chiarire quale siano le norme presenti nel tessuto della Costituzione che escludono la possibilità di ritenere "antigiuridico" il comportamento del legislatore sul piano del diritto nazionale, è chiaro il riferimento dei giudici di legittimità ad una serie di principi fondamentali desumibili dalla Carta del 1948, secondo cui il Parlamento è diretta espressione della sovranità popolare⁵⁵, e, di conseguenza, (a voler dar credito ad una vecchia, e invero fortemente messa in discussione ormai, concezione della centralità della legge) dovrebbe godere di una discrezionalità più o meno assoluta⁵⁶, essendo il suo operato «libero nei fini e sottratto perciò a qualsiasi sindacato giurisdizionale»⁵⁷.

L'impostazione ripresa dai giudici supremi ammetterebbe, declinandolo su di un piano più generale (ed estendendolo quindi all'azione dello Stato in ogni sua articolazione), quanto rilevato da uno studioso con riferimento alla condotta della pubblica amministrazione, ossia che «il ritardo o l'omesso esercizio del potere costituisca un danno *jure datum* (come tale solo indennizzabile e giammai risarcibile); ma ciò costituirebbe, secondo una dottrina, particolarmente sensibile agli influssi dell'ordinamento comunitario, il riconoscimento di una inammissibile posizione di privilegio»⁵⁸; ed inoltre consenti-

cazione del medesimo comportamento dello Stato si rivela incoerente», soprattutto alla luce della recente «tendenza (...) a riconoscere l'esistenza di una integrazione tra i due ordinamenti – cosiddetta tesi monistica –».

⁵⁴ Cfr., per tutte, la sentenza *Brasserie du Pêcheur*, cit. supra, nota 38, par. 92 ss.

⁵⁵ Servirà ricordare, peraltro, che lo stesso art. 28 della legge n. 87 del 1953 stabilisce, *apertis verbis*, che «il controllo di legittimità della Corte costituzionale su una legge o un atto avente forza di legge esclude ogni valutazione di natura politica e ogni sindacato sull'uso del potere discrezionale del Parlamento».

⁵⁶ Sul tema si rinvia ad A. RUGGERI, *La discrezionalità del legislatore tra teoria e prassi*, in *Dir. soc.*, 2007, p. 1 ss.

⁵⁷ Così Cass. n. 4915 del 1° aprile 2003.

⁵⁸ C. SALTELLI, *La responsabilità dell'amministrazione per omissione o ritardo nell'esercizio del potere*, in AA. VV., *La responsabilità della pubblica amministrazione per lesione di interessi legittimi*, Milano, Giuffrè, 2009, p. 179 ss., rinviando sull'argomento ad E. PICOZZA, *Diritto amministrativo e diritto comunitario*, Torino, Giappichelli, 1997, p. 273 ss.

rebbe di inquadrare il comportamento dell'autorità nazionale in quella che è stata felicemente definita la «categoria della *permissio*, specificandosi come ipotesi di *permissio minus plena*»⁵⁹.

A tacer d'altro, una soluzione come quella avanzata dalle Sezioni Unite parrebbe tradire le ragioni del diritto dell'Unione europea, sia sul più generale piano della ricostruzione dogmatica del rapporto tra fonti, sia sotto il profilo del rispetto dei principi di leale collaborazione e di effettività (costantemente menzionati dai giudici di Lussemburgo come *Grundnorm* dell'impianto sovranazionale).

In tema di *responsabilité de l'Etat*, pur avendo affidato, già dal 1991, alle autorità nazionali piena discrezionalità nella individuazione degli strumenti con cui disciplinare la fattispecie dell'illecito civile dello Stato⁶⁰ e delle modalità procedurali mediante le quali garantire la tutela dei diritti spettanti ai singoli in forza del Trattato CE⁶¹ (in assenza di una disciplina comunitaria in materia), la Corte di giustizia non ha, tuttavia, rinunciato ad evidenziare che «le condizioni, formali e sostanziali, stabilite dalle diverse legislazioni nazionali in materia di risarcimento dei danni non possono essere meno favorevoli di quelle che riguardano reclami analoghi di natura interna» (c.d. clausola del *trattamento nazionale*) e «non possono essere congegnate in modo da rendere praticamente impossibile o eccessivamente difficile ottenere il risarcimento» (c.d. clausola della *soglia minima di efficacia*)⁶².

⁵⁹ A. DONATI, *Riparabilità del danno non patrimoniale ed aequitas cerebrina. A proposito delle Sezioni Unite n. 26972/2008*, in *Resp. civ. e prev.*, 2009, p. 2193 ss. Come ha rilevato L. GUFFANTI PESENTI, *Riflessioni in materia di tardiva trasposizione*, cit. *supra*, nota 1, p. 332, «il presupposto dell'indennizzo (...) sta nel fatto che gli interessi contrapposti siano entrambi meritevoli di tutela: tipicamente ciò accade quando si confrontino un interesse pubblico – prevalente – e un interesse privato – recessivo –, che, pur soccombente (...) tuttavia è tutelato (...) attraverso la corresponsione dell'indennizzo. Ma nella fattispecie in esame quale dunque sarebbe l'interesse di rango superiore (...)? (...) Sarebbe (...) contraddittorio riconoscere la sovraordinazione dell'ordinamento comunitario, e poi far prevalere l'interesse al libero esplicarsi del potere legislativo interno, su quello dei cittadini all'attuazione del diritto comunitario stesso».

⁶⁰ Cfr., tuttavia, il caso *Haim*, sentenza del 4 luglio 2000 in causa n. C-424/97, in *Raccolta*, 2000, I, p. 5123 e massimata in questa *Rivista*, 1994, p. 67 con nota di E. ADOBATI, *Riconoscimento da parte di un Paese della Comunità europea di un diploma ottenuto in un Paese terzo. Non automaticità del riconoscimento negli altri Paesi*, 1994, p. 68, in cui si conferma, nel par. 44, che «riguardo all'applicazione di tali elementi nella fattispecie, emerge dalla giurisprudenza della Corte che tale applicazione deve, in linea di principio, essere operata dai giudici nazionali in conformità degli orientamenti forniti dalla Corte (...)».

⁶¹ Sull'argomento, si rinvia ai casi esaminati dalla Corte di Lussemburgo e richiamati da F. FERRARO, *La responsabilità risarcitoria degli Stati membri per violazione del diritto comunitario*, cit. *supra*, nota 11, p. 125 ss.

⁶² Punto 43 della decisione del 19 novembre 1991 in cause riunite n. C-6/90 e n. C-9/90, *Franzovich*, in *Raccolta*, 1991, I, p. 5357 e in questa *Rivista*, 1992, p. 81 con nota di F. CAPELLI, *Un «pungolo» per i paesi inadempienti*, 1992, p. 91 s. Sull'effettività, adeguatezza ed equivalenza della tutela prestata ai diritti riconosciuti ai singoli dal diritto comunitario, cfr. anche, tra le tante, le seguenti sentenze della Corte di giustizia: 13 febbraio 1979 in causa n. 101/78, *Granaria*, in *Raccolta*, 1979, p. 623, punto 14 e in questa *Rivista*, 1979, p. 675 con commento di N. PARISI, *La responsabilità extracontrattuale delle Comunità Europee*, 1979, p. 677; 7 maggio 1991 in causa n. C-340/89, *Vlassopoulou*, in *Raccolta*, 1991, I, p. 2357 e in questa *Rivista*, 1992, p. 663 con commento di C. POMA, *La libera circolazione dei professionisti e il riconoscimento dei titoli di studio*,

In particolare, il primo criterio (detto anche dell'equivalenza) non può prevalere sul secondo (c.d. dell'effettività), ferma restando la possibilità che «la responsabilità dello Stato possa essere accertata a condizioni meno restrittive, sulla base del diritto nazionale»⁶³.

Alla luce di tutto ciò, e da un punto di vista strettamente pragmatico, la scelta – ribadita dalle Sezioni Unite nella citata pronuncia – di declinare in chiave indennitaria il diritto dei privati alla riparazione del danno subito, potrebbe apparire *prima facie* idonea a favorire la posizione dei soggetti lesi e, in definitiva, a garantire in modo pieno il raggiungimento dell'effetto utile del diritto dell'Unione europea (i vantaggi risultano, infatti, evidenti con riferimento ai già menzionati profili relativi alla prescrizione dell'azione, ma anche e soprattutto sotto gli aspetti concernenti, su un piano più generale, l'onere della prova: il privato non dovrebbe dimostrare, ad esempio, l'esistenza di dolo o colpa in capo al soggetto pubblico danneggiante)⁶⁴, ma, non va, dimenticato che, secondo una consolidata giurisprudenza suprema, l'indennizzo (e quindi anche l'indennità *ex lege*, ove si accetti una totale equiparazione tra i due concetti⁶⁵) sembrerebbe coprire unicamente il danno emergente (e non anche il lucro cessante⁶⁶), non potersi estendere «a tutto il pregiudizio subito dal danneggiato, essendo piuttosto da circoscriversi al valore dell'interesse sacrificato nel momento in cui è stato sacrificato (c.d. *aestimatio rei*)»⁶⁷, e richiedere necessariamente, in sede di determinazione del *quantum debeatur*, il ricorso al criterio dell'equità⁶⁸; inoltre, l'indennizzo parrebbe non poter essere utilizzato (o non poterlo essere adeguatamente) per riparare anche danni non patrimoniali (a tutela dei quali occorrerebbe comunque attivare un'azione risarcitoria ex art. 2059 c.c.), oltre a non ammettere mai la possibilità di utilizzare lo strumento dell'esecuzione in forma specifica⁶⁹.

p. 669; e 14 dicembre 1995 in causa n. C-312/93, *Peterbroeck*, cit. supra, nota 40, p. 4620.

⁶³ A ricordarlo è R. CONTI, *Giudici supremi e responsabilità per violazione del diritto comunitario*, in *Danno e resp.*, 2004, p. 31, il quale evidenzia che «ciò peraltro consente alla Corte di ribadire il c.d. principio dell'autonomia procedurale, spiegando il sistema di reciproca collaborazione e complementarietà fra ordinamento comunitario e ordinamento interno».

⁶⁴ Sul punto si rinvia alle interessanti riflessioni contenute nella sentenza della sez. IV pen. della Corte di cassazione, 11 luglio 2007, n. 39815.

⁶⁵ Cfr. P. RESCIGNO, voce *Obbligazioni (nozioni)*, cit. supra, nota 52, p. 157. Utilizza fungibilmente i due termini, anche recentemente, la Corte di cassazione (cfr. la sentenza della sez. IV pen., 17 novembre 2009, n. 43978). Sul «ginepraio semantico che avvince il legislatore», v. P. PERLINGIERI, *La responsabilità civile*, cit. supra, nota 47, p. 1062.

⁶⁶ Non sembra pensarla così P. RESCIGNO, voce *Obbligazioni (nozioni)*, cit. supra, nota 52, p. 157.

⁶⁷ Così L. GUFFANTI PESENTI, *Riflessioni in materia di tardiva trasposizione*, cit. supra, nota 1, p. 333, rinviando sul punto a F. GARRI, *La responsabilità civile della pubblica amministrazione*, Torino, Utet, 1994, p. 55 e C. CASTRONOVO, *La nuova responsabilità civile*, Milano, Giuffrè, 2006, p. 806.

⁶⁸ Assai critico rispetto a questo orientamento giurisprudenziale sembra essere P. PERLINGIERI, *La responsabilità civile*, loc. cit., p. 1063 e p. 1067-1070.

⁶⁹ M. R. MARELLA, *Promessa del fatto di terzo*, in *Dig. Discipl. Priv., Sez. civ.*, XV, Torino, Utet, 1996, p. 390. Sul tema, assai complesso, cfr. S. CICCARELLO, *Indennità (dir. priv.)*, in *Enc. dir.*, XI, Milano, Giuffrè, 1971, p. 103.

Tutto ciò potrebbe essere di per sé sufficiente a comprendere quanto discutibile sia immaginare che un sistema di liquidazione indennitaria (solitamente contenuta entro i limiti delle risorse disponibili⁷⁰) possa conciliarsi con il principio di derivazione sovranazionale della integrale ed adeguata riparazione dei pregiudizi provocati al singolo da violazioni di norme dell'Unione europea⁷¹, e quindi garantire l'obiettivo dell'*effet utile du droit communautaire* meglio dello schema aquiliano (strumento da dover comunque azionare, probabilmente e come già segnalato, per poter ottenere il ristoro di tutte le voci del danno subito dal privato⁷²).

È, peraltro, da un punto di vista strettamente teorico che la ricostruzione proposta dal Supremo Collegio non può convincere, perché da un lato sembrerebbe «configurare un'estensione della categoria della responsabilità da contatto sociale all'intera collettività ed a carico dell'apparato statale nel suo complesso, giungendo così a ridurre i cittadini al rango di soggetti deboli per definizione, oggetto di un generale obbligo di protezione da parte dello Stato»⁷³, e, dall'altro, parrebbe contrastare con il sistema dei rimedi concepito (sia pur in maniera incompleta e parziale) dal legislatore europeo e dai precedenti vincolanti della Corte di giustizia in materia⁷⁴.

Sotto il primo profilo, servirà ricordare che sia la giurisprudenza della Corte costituzionale⁷⁵, sia quella di merito⁷⁶, sembrano distinguere le finalità

⁷⁰ Come confermato dalla stessa Corte di cassazione nell'operare un adeguato *distinguo* tra indennità e risarcimento. Cfr., *ex multis*, la sentenza n. 11046 del 26 luglio 2002, in *Danno e resp.*, 2002, p. 1114, con nota di G. PONZANELLI, *L'"equa riparazione" del danno secondo la legge Pinto: l'intervento della Cassazione e della Corte d'Appello di Milano sulla vicenda Saevecke*.

⁷¹ Cfr., per tutte, la sentenza *Brasserie du Pêcheur*, *cit. supra*, nota 38, *passim* (e spec. par. 90).

⁷² Come viene sottolineato da C. PASQUINELLI, *Le Sezioni Unite e la responsabilità dello Stato-legislatore*, *cit. supra*, nota 1, p. 1022, «gli sviluppi più recenti del diritto della responsabilità civile sembrerebbero privilegiare (...), in presenza di attività antigiuridiche, la coesistenza di sistemi di indennizzo con l'operatività dell'azione extracontrattuale. Significativo il caso dei danni da emotrasiusioni o da emoderivati infetti». Al riguardo, si consideri che, secondo una recente pronuncia della Corte di cassazione a Sezioni Unite (e segnatamente la n. 584 dell'11 gennaio 2008), «l'indennizzo eventualmente già corrisposto al danneggiato può essere interamente scomputato dalle somme liquidabili a titolo di risarcimento del danno ("compensatio lucri cum damno"), venendo altrimenti la vittima a godere di un ingiustificato arricchimento consistente nel porre a carico di un medesimo soggetto (il Ministero) due diverse attribuzioni patrimoniali in relazione al medesimo fatto lesivo». Tale chiarimento del Supremo Collegio, oltre a confermare la possibilità che il rimedio dell'indennizzo e quello del risarcimento concorrano, evidenzia i rischi legati ad un inappropriato utilizzo dello strumento indennitario, ossia, da un lato «gli eccessi risarcitori di frequente collegati al ristoro equitativo di vicende dannose configurabili in termini di *mass torts*», e, dall'altro (per converso), «l'*undercompensation* (...) spesso latente nell'adozione di modelli indennitari». Così ancora C. PASQUINELLI, *Le Sezioni Unite e la responsabilità dello Stato-legislatore*, *loc. cit.*, p. 1021 ss.

⁷³ Così A. LAZARI, *La responsabilità dello Stato legislatore ed il Secondhand Smoking*, in *Danno e resp.*, 2009, p. 85, parafrasando, e condividendo, le parole espresse dal Tribunale di Venezia, sez. III civ., nella sentenza del 6 giugno 2008, in tema di responsabilità del Ministero dell'interno relativamente all'effettivo rispetto del divieto di fumo previsto nei locali indicati dalla legge n. 584/1975.

⁷⁴ Sul tema si rinvia alle osservazioni critiche di S. SENDMEYER - E. FERRANTE, *La responsabilità dello Stato per mancata o inesatta attuazione delle direttive*, *cit. supra*, nota 32, p. 637 ss.

⁷⁵ Cfr., per tutte, le sentenze del 22 giugno 1990, n. 307 e del 16 ottobre 2000, n. 423.

dell'indennizzo da quelle del risarcimento⁷⁷, parlando di obiettivi di sostegno, assistenza e solidarietà per il primo e di reintegrazione per equivalente con riferimento al secondo⁷⁸.

Con riguardo all'altro aspetto qui richiamato, si rammenti che, laddove ha voluto, il legislatore europeo ha fatto riferimento allo strumento dell'indennizzo e non a quello del risarcimento (mostrando di avere bene in mente la differenza tra i due istituti⁷⁹): per cui, se di tutela risarcitoria si è parlato in tema di responsabilità dello Stato per violazione del diritto comunitario, a questo regime riparatorio appare più corretto ricorrere a livello nazionale (ferma restando la già menzionata discrezionalità relativa alle modalità concrete con cui disciplinare la figura dell'illecito in questione)⁸⁰.

Un ulteriore argomento che consente di considerare insostenibile la tesi orientata ad inquadrare la responsabilità per fatto dannoso dello Stato fuori dall'ambito aquiliano riposa, tuttavia, nella *regula non scripta*, elaborata in via pretoria e costantemente richiamata dagli stessi giudici di Lussemburgo, secondo cui le condizioni per l'individuazione di una responsabilità extracontrattuale statale non devono differenziarsi, in assenza di specifiche giustificazioni⁸¹, da quelle indicate dalla giurisprudenza della Corte di giustizia per

⁷⁶ Vedasi, tra le tante, la decisione del Tribunale di Firenze del 7 luglio 1999.

⁷⁷ A ricordarlo è P. PERLINGIERI, *La responsabilità civile*, cit. supra, nota 47, p. 1085. L'Autore evidenzia (a p. 1076 ss.), richiamando al riguardo autorevole dottrina, che «il risarcimento risponde a svariate esigenze, in quanto, in astratto, è in grado di realizzare molteplici funzioni (punitiva, simbolica, riparatoria, compensativa, etc.)». E nonostante la Corte di giustizia abbia tentato di chiarire che la funzione della responsabilità dello Stato è quella di garantire unicamente la tutela del privato, e non già di sanzionare gli Stati membri inadempienti (cfr. la sentenza, a Grande Sezione, del 17 aprile 2007 in causa n. C-470/03, *A.G.M. - COS-MET*, in *Raccolta*, 2007, I, p. 2749, punto 88), sarebbe risibile pensare che dietro la lunga giurisprudenza sovranazionale in materia non si nasconda invero l'intento di tutelare ben altri interessi (prettamente superindividuali), di tal guisa che ben potrebbe parlarsi di un istituto che nasce con finalità fortemente dissuasive e "pedagogiche" (per usare un'espressione adoperata da G. TESAURO, *Diritto comunitario*, Padova, Cedam, 2003, *passim*, con riferimento allo strumento dell'efficacia diretta delle direttive). E anche alla luce di tutto ciò, certamente il regime della responsabilità aquiliana (proprio per la sua innata poliedricità) sembra attagliarsi meglio al perseguimento degli obiettivi dell'Unione europea.

⁷⁸ Sul tema cfr. A. PUBUSA, *Indennità e indennizzo*, cit. supra, nota 22, p. 224.

⁷⁹ Ad esempio, nella direttiva n. 2004/80/Ce del Consiglio, del 29 aprile 2004, relativa all'indennizzo delle vittime di reato, recepita in Italia mediante il dlgs n. 204 del 9 novembre 2007 ed il decreto del Ministero della giustizia n. 222 del 23 dicembre 2008, si parla di indennizzo, mentre nella direttiva n. 2007/66/Ce, dell'11 dicembre 2007, che modifica le direttive n. 89/665/Cee e n. 92/13/Cee del Consiglio per quanto riguarda il miglioramento dell'efficacia delle procedure di ricorso in materia di aggiudicazione degli appalti pubblici, si parla espressamente di risarcimento del danno.

⁸⁰ Peraltro, come ha rilevato R. CONTI, *La natura "non illecita" dell'illecito comunitario*, cit. supra, nota 1, p. 36 ss., «la costruzione fondata sul fatto non anti-giuridico e sul carattere indennitario della responsabilità dello Stato mal si attaglia ai casi di danno cagionato da attività del giudice e/o del pubblico funzionario», in questi casi, infatti, verrà in rilievo l'obbligo risarcitorio dello «Stato amministrazione» e dello «Stato Giudice» solo se, ed in quanto, si riesca a provare l'esistenza della «condotta illecita dei suoi organi». E, prevedere una diversità di disciplina «all'interno della responsabilità dello Stato per violazione del diritto comunitario (...) fondata sulla qualità (...) dell'organo che l'ha originata» si risolverebbe in una (inammissibile) «disparità di trattamento capace di minare quel principio dell'unità dello Stato – di ispirazione internazionalistica –».

⁸¹ Cfr. le conclusioni dell'Avvocato Generale Léger presentate l'8 aprile 2003 in causa n. C-

il riconoscimento della responsabilità aquiliana della Comunità (dal momento che «la tutela dei diritti attribuiti ai singoli dal diritto comunitario non può variare in funzione della natura, nazionale o comunitaria, dell'organo che ha cagionato il danno»⁸²).

Tralasciando ogni riferimento alla circostanza che nell'ordinamento «della Comunità europea la responsabilità delle istituzioni per atti illegittimi è inquadrata fin dal Trattato (art. 288) nell'ambito extracontrattuale»⁸³ (benché si possa parlare anche in questi casi – attecnicamente – di una sorta di obbligazione nascente *ex lege* per gli organi dell'Unione europea), la ricostruzione della responsabilità dello Stato in termini di indennizzo per attività lecite sembra cozzare proprio con il modello di responsabilità civile delineato dai giudici di Lussemburgo in materia di danno derivante da comportamenti non illegittimi delle istituzioni europee⁸⁴.

Pur non essendo ancora ben definiti i contorni della fattispecie in questione⁸⁵, occorre ricordare che il Tribunale di Primo Grado ha proposto un regime di responsabilità della Comunità per danno cagionato da atti leciti delle sue istituzioni ed ha introdotto dei filtri particolarmente forti al riconoscimento delle pretese dei danneggiati, imponendo – al pari di quanto previsto in Francia in materia di *responsabilité sans faute*⁸⁶ – la constatazione di un pregiudizio "anormale e speciale" in capo a questi ultimi⁸⁷.

Si tratta, come è sin troppo evidente, di un paradigma non applicabile all'istituto della *Staatsverantwortung*, così come prospettato dalla giurispru-

224/01, Köbler, in *Raccolta*, 2003, I, p. 10243, reperibili anche sul sito internet www.curia.eu (punti 92-94).

⁸² Così nel punto 42 della sentenza *Brasserie du Pêcheur*, cit. supra, nota 38. Si rinvia, sull'argomento, alla brillante opera di M. WATHELET - S. VAN RAEPENBUSCH, *La responsabilité des États membres en cas de violation du droit communautaire. Vers un alignement de la responsabilité de l'Etat sur celle de la Communauté ou l'inverse?*, in *Cah. dr. eur.*, 1997, p. 13 ss.

⁸³ G. FALCON, *La responsabilità dell'amministrazione e il potere amministrativo*, in AA. VV., *La responsabilità della pubblica amministrazione (...)*, cit. supra, nota 58, p. 133.

⁸⁴ Sul tema, si rinvia a M. P. CHITI, *La responsabilità dell'amministrazione nel diritto comunitario*, in www.studioglealechiti.it/pubblicazioni/.

⁸⁵ Cfr. M. CONDINANZI - R. MASTROIANNI, *Il contenzioso dell'Unione europea*, Torino, Giappichelli, 2009, p. 283 ss.

⁸⁶ Sull'argomento, vedasi A. LAZARI, *Modelli e paradigmi*, cit. supra, nota 44, p. 159 ss.

⁸⁷ Cfr., per tutte, la sentenza del 28 aprile 1998 in causa n. T-184/95, *Dorsch Consult c. Consiglio e Commissione*, in *Raccolta*, 1998, II, p. 667, punto 59 (sostanzialmente confermata, a seguito di impugnazione, con decisione della Corte di giustizia del 15 giugno 2000 in causa n. C-237/98 P, *Dorsch Consult c. Consiglio e Commissione*, in *Raccolta*, 2000, I, p. 4549); e, più recentemente, le pronunce (a Grande Sezione) del Tribunale di primo grado del 14 dicembre 2005 in causa n. T-69/00, *FIAMM c. Consiglio e Commissione*, punto 160, e, in pari data, in causa n. T-135/01, *Fedon c. Consiglio e Commissione*, par. 153, reperibili sul sito internet www.curia.eu. (profondamente riformate però dalla sentenza della Corte di giustizia del 9 settembre 2008 in cause riunite n. C-120/06 P e n. C-121/06 P, *Fedon e Fiamm c. Consiglio e Commissione*, in *Raccolta*, 2008, I, p. 6513 e in questa *Rivista*, 2009, p. 61 con commento di G. GATTINARA, *La sentenza FIAMM della Corte di giustizia: dalla tutela giurisdizionale alla immunità dalla giurisdizione?*, p. 65). In materia, vedasi S. CORONGIU, *Le istituzioni comunitarie possono essere responsabili anche per atto lecito: una sentenza storica del Tribunale di primo grado*, in *Corr. giur.*, n. 5/2006, p. 639 ss.

denza della Corte di giustizia⁸⁸, salvo che nei casi in cui, secondo quanto ha proposto uno studioso recentemente, si configurino delle vere e proprie ipotesi di responsabilità da atto lecito degli Stati membri, individuabili forse in presenza di violazioni del diritto dell'Unione europea non sufficientemente caratterizzate (o se si preferisce non manifeste e gravi)⁸⁹.

Anche in questi casi, tuttavia, in assenza di un'esplicita presa di posizione dei giudici di Lussemburgo, occorrerebbe probabilmente che fosse il legislatore nazionale (e non la singola autorità giudiziaria statale, ancorché suprema) ad elaborare – proprio in virtù del potere discrezionale conferito dalla Corte di giustizia di accordare ai privati una tutela perfino maggiore di quella (minimale) imposta dal diritto europeo – un regime simile a quello immaginato per le ipotesi di responsabilità della Comunità da atto lecito.

2.1 *Segue: La non condivisibile lettura del rapporto tra fonti nazionali e sovranazionali*

Vi è chi, accattivato dal risultato pratico cui ha condotto la decisione delle Sezioni Unite, ossia un (apparente) «potenziamento in termini di tutela (...) più che evidente, come dimostrato anche dal diverso regime prescrizione», ha visto nel pronunciamento in questione il passaggio ad una, nuova e felice, «concezione forte (...) del rapporto ordinamento comunitario-ordinamento interno (...) perché (...) si assume che la violazione già si realizzi nell'ordinamento comunitario e nell'ambito di esso, onde, così stabilito il fondamento giuridico della responsabilità, risulti già lo Stato gravato di una obbligazione congruente destinata a riparare il pregiudizio subito dal singolo»⁹⁰.

Invero, l'impostazione suggerita dalle Sezioni Unite, pur risultando apprezzabile per il fine cui intende condurre (una profonda protezione degli interessi dei privati), sembra rimettere in discussione tutte le conquiste ottenute dal diritto dell'Unione europea e ribadire in termini assai rigidi la tesi dualista (o, addirittura, «di separazione e reciproca estraneità»⁹¹)⁹², del rapporto tra

⁸⁸ Lo stesso A. LAZARI, *Modelli e paradigmi*, loc. cit., p. 294 ss. scrive che «anche in Francia il modello di responsabilità del legislatore in relazione al diritto comunitario deve cambiare, liberandosi della stessa nozione di *responsabilité sans faute* per approdare al terreno della *responsabilité pour fautes*».

⁸⁹ Cfr. F. FERRARO, *La responsabilità risarcitoria degli Stati membri per violazione del diritto comunitario*, cit. supra, nota 11, p. 95-96.

⁹⁰ Così A. DI MAJO, *Contratto e torto nelle violazioni comunitarie ad opera dello Stato*, cit. supra, nota 11, p. 1354. Secondo l'autore, «il rapporto tra ordinamento comunitario e ordinamento interno si dispiega nel senso che, recando, il primo, il precetto attributivo di diritti, si onera il secondo già di rimedi congruenti con la norma comunitaria, onde il rapporto tra Stato e beneficiario non consegue soltanto al sorgere del danno (come nel torto aquiliano) ma è già tale a far data dalla norma comunitaria, e si qualifica quale diritto e/o pretesa all'adempimento».

⁹¹ C. PASQUINELLI, *Le Sezioni Unite e la responsabilità dello Stato-legislatore*, cit. supra, nota 1, p. 1020. Di una sentenza che «riporta in auge vecchie tesi sull'incomunicabilità degli ordina-

ordinamento statale e sovranazionale⁹³.

Risulta evidente nella soluzione divisata dalle Sezioni Unite l'influenza di alcuni autorevoli studiosi, i quali, commentando le prime pronunce in tema di responsabilità aquiliana dello Stato per violazione del diritto comunitario, erano giunti ad una conclusione analoga a quella cui è pervenuta nei mesi scorsi la Corte di cassazione⁹⁴.

Ma, se una ricostruzione di questo tipo poteva in qualche modo trovare una sua giustificazione in un periodo in cui l'integrazione europea non era ancora approdata alla creazione di una organizzazione "para-costituzionale" (quale parrebbe essere oggi l'Unione europea agli occhi di molti), per cui la stessa sentenza *Franovich* aveva posto non pochi problemi interpretativi e applicativi, certamente una analoga posizione non pare del tutto condivisibile in un momento storico come quello attuale in cui, per un verso, la stessa Costituzione italiana ha subito rilevanti modifiche e, per un altro verso, lo stesso volto del *Leviathan* sovranazionale sembra essere mutato profondamente.

Sotto il primo profilo, non va dimenticato, infatti, che la riforma del titolo V della Costituzione ha introdotto un preciso obbligo per il legislatore nazionale di rispettare i vincoli derivanti dall'appartenenza alla Comunità europea (art. 117 Cost., I comma)⁹⁵ e che, a seguito dell'autorevole presa di posizione della Corte costituzionale consacrata nelle sentenze n. 348 e n. 349 del 2007 (le quali hanno parlato di vere e proprie "cessioni di sovranità" ex art. 11 Cost. nei confronti della Comunità⁹⁶), parrebbe difficile immaginare che si

menti» hanno parlato S. SENDMEYER - E. FERRANTE, *La responsabilità dello Stato per mancata o inesatta attuazione delle direttive*, cit. supra, nota 32, p. 637.

⁹² In altre parole, «ancora una volta, si predilige la separazione non l'interazione ordinamentale. Le invettive di Charles de Gaulle contro la corte comunitaria non sono poi così lontane». Ad evidenziarlo, con toni assai critici, è A. LAZARI, *La responsabilità del legislatore nazionale nel contesto comunitario. L'Ulisse incatenato e la tela di Penelope*, in *Contr. e impr./Europa*, 2009, p. 601.

⁹³ Come scrive C. PASQUINELLI, *Illecito «comunitario» del legislatore e art. 2043 c.c.: la Cassazione interviene ancora*, in *Resp. civ. e prev.*, 2008, p. 1583, la ricostruzione avanzata già in passato dai giudici di Cassazione evidenzia «un chiaro fraintendimento del primato comunitario. La Suprema Corte non sembra voler comprendere che le norme europee, e gli interessi individuali da esse riconosciuti e tutelati, penetrano nel tessuto normativo dei singoli Stati membri e si intrecciano con gli istituti di diritto interno, influenzandone l'interpretazione e ridefinendone sensibilmente la disciplina».

⁹⁴ Sul tema cfr. G. ALPA, *Problemi attuali in tema di responsabilità della Pubblica Amministrazione: lesione di interessi legittimi e illecito comunitario*, in *Contr. Impr./Europa*, 1999, p. 95 ss.; e V. ROPPO, *Appunti in tema di illecito "comunitario"*, cit. supra, nota 45, p. 961 ss.; nonché ID., *La Responsabilità civile dello Stato per violazione del diritto comunitario (con una trasgressione nel campo dell'illecito "costituzionale" del legislatore)*, in *Contr. e Impr./Europa*, 1999, p. 100 ss.

⁹⁵ Risulta difficile non concordare con F. GALGANO, *Danno non patrimoniale e diritti dell'uomo*, in *Contr. impr.*, 2009, p. 894, laddove egli afferma, provocatoriamente, «esiste ancora la massima *iura novit curia*? Si direbbe di no: le Sezioni Unite si appellano alla Costituzione, ma ignorano, a otto anni dalla sua introduzione, l'art. 117, comma 1°, Cost. (...) Si parla di "carattere autonomo e distinto tra i due ordinamenti", come se si trattasse dei rapporti fra Stato e Chiesa, ciascuno nel suo ordine indipendente e sovrano (...) Più che al dettato costituzionale, le Sezioni Unite prestano ossequio agli antichi dogmi della statualità e della nazionalità del diritto».

⁹⁶ Cfr. R. MASTROIANNI, *L'ordinamento giuridico nazionale nei rapporti con le regole comunitarie e dell'Unione europea. La posizione della Corte costituzionale italiana*, in questa Rivista,

possa violare il diritto dell'Unione europea senza per ciò stesso infrangere anche la Costituzione stessa⁹⁷.

Con riferimento al secondo aspetto testé menzionato, non sarà inutile ricordare che il nuovo Trattato UE (così come modificato dal Trattato di Lisbona), contiene una serie di novità che muovono verso il pieno riconoscimento dell'integrazione strutturale tra diritto nazionale e diritto europeo⁹⁸,

2009, p. 437 ss.

⁹⁷ Come ha correttamente evidenziato C. PASQUINELLI, *La responsabilità dello Stato-legislatore tra illecito «comunitario» e illecito «costituzionale». Prime riflessioni*, in *Riv. dir. civ.*, 2009, p. 173 ss., «da tempo la Corte costituzionale parlerebbe di illegittimità, e non solo di inapplicabilità, della norma interna in contrasto con disposizioni comunitarie, affermando, anche alla luce del nuovo testo dell'art. 117 Cost., come le decisioni della Corte di giustizia, e le norme comunitarie in genere, si inseriscano direttamente nell'ordinamento nazionale e fungano, per il tramite di istituti quali l'efficacia diretta e l'interpretazione conforme, da vere e proprie fonti del diritto». L'autrice rinvia, sul punto, alle sentenze della Corte costituzionale n. 62 del 14 marzo 2003, n. 125 del 20 aprile 2004 e soprattutto n. 406 del 3 novembre 2005 (con la quale si è dichiarata incostituzionale una legge regionale manifestamente contrastante con norme comunitarie). Un passo indietro sembrerebbe essere invece, rileva ancora la studiosa, la pronuncia costituzionale n. 284 del 2007, cui può essere affiancata più recentemente la n. 102 del 2008. Le scelte contenute in queste decisioni vengono riproposte, del resto, dalla Consulta nella sentenza 30 aprile 2009, n. 125, in www.cortecostituzionale.it, ove si è ribadito (nel punto 3) che «le norme derivanti dalla fonte comunitaria vengono a ricevere, ai sensi degli artt. 11 e 117, primo comma, Cost., diretta applicazione nel territorio italiano, ma rimangono estranee al sistema delle fonti interne e, se munite di efficacia diretta, precludono al giudice nazionale di applicare la normativa interna con esse ritenuta inconciliabile (ove occorra, previo rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia (...))». Sull'argomento sia consentito rinviare ad A. FERRARO, *Recenti sviluppi in tema di tutela dei diritti fondamentali, tra illegittima espropriazione della funzione propria della CEDU ed irragionevole durata di uno scontro giudiziario*, in A. SPADARO - C. SALAZAR (a cura di), *Riflessioni sulle sentenze 348 e 349 del 2007 della Corte costituzionale*, Milano, Giuffrè, 2009, p. 152 ss. Vedasi, per una posizione analoga, G. GRECO, *I rapporti tra ordinamento comunitario e nazionale*, in M. P. CHITI - G. GRECO (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo europeo*, Milano, Giuffrè, 2007, p. 847. Con riferimento al rapporto tra fonti e tra autorità giurisdizionali statali ed europee, cfr., infine, le recentissime sentenze della Corte di giustizia *CEZ*, cit. supra, nota 40, punto 138 e del 19 novembre 2009 in causa n. C-314/08, *Krzysztof Filipiak*, non ancora pubblicata in *Raccolta*, punti 81-85, entrambe reperibili sul sito internet www.curia.eu. Insufficiente (e anacronistico) parrebbe essere oggi il meccanismo di garanzia del rispetto delle norme sovranazionali previsto dai giudici di legittimità nel punto 4.6 della decisione n. 9147/2009, ove si legge che «sulla base del principio della "non applicabilità" della normativa nazionale (...) contrastante con quella comunitaria – che non implica fenomeni né di caducazione, né di abrogazione della norma statale (...) –, il trattamento giuridico del caso di specie è attratto (ratione materiae) nell'ambito di applicazione del diritto comunitario, in modo che al giudice è demandato il controllo dell'adeguamento dell'ordinamento interno a quello comunitario, adeguamento che diviene così automatico, dovendo la normativa interna cedere il passo a quella comunitaria ove risulti essere con quest'ultima contrastante». Peraltro, al di là dell'uso improprio del sintagma "adeguamento automatico" (utilizzato in dottrina per descrivere fenomeni di adattamento ben diversi da quelli immaginabili per il diritto comunitario), sembrerebbe una contraddizione in termini parlare prima di separazione tra gli ordinamenti (e quindi di ripartizione delle competenze e di attrazione di una determinata fattispecie nel campo di applicazione del diritto comunitario) e successivamente di adeguamento del diritto interno a quello comunitario: coerenza logica avrebbe dovuto imporre di discorrere semmai (proprio come fa la Corte costituzionale, proponendo un'impostazione poco convincente, ma quantomeno consequenziale) di "ritrazione" (o "cedevolezza") del sistema giuridico nazionale finalizzata a far spazio alle norme comunitarie. Sull'argomento si rinvia ad U. VILLANI, *Istituzioni di diritto dell'Unione europea*, Bari, Cacucci, 2008, p. 325 ss.

⁹⁸ Nell'art. 4, par. 3, viene riproposto (e in termini molto più incisivi rispetto a quelli con cui compariva nel vecchio art. 10 del Trattato CE) il principio di leale cooperazione di cui al vecchio art. 10 CE. Importante è anche la previsione contenuta nel «nuovo art. 8 C, che stabilisce un canale sovranazionale di collaborazione fra i parlamenti nazionali e il parlamento europeo». Così A. LAZARI, *La responsabilità del legislatore nazionale nel contesto comunitario*, cit. supra, nota 92,

oltre che del primato di quest'ultimo⁹⁹, ma anche del vincolo per gli Stati membri di stabilire «i rimedi giurisdizionali necessari per assicurare una tutela giurisdizionale effettiva nei settori disciplinati dal diritto dell'Unione»¹⁰⁰.

Alla luce di tutto ciò, appare anacronistico e scorretto ribadire che non ricorra «oggettivamente alcun atto illecito ex art. 2043 c.c. per carenza di situazioni soggettive azionabili a fronte del quadro normativo comunitario, inidoneo ex se a costituire in capo alla collettività interessata posizioni soggettive risarcibili»¹⁰¹.

Una simile affermazione sembra trascurare una lunga ed incontrastata giurisprudenza della Corte di giustizia e dimenticare che la particolarità del diritto comunitario, come è possibile ricavare *a contrario* dalle citate sentenze costituzionali gemelle del 2007, è quella di aver realizzato una sorta di «incorporazione dell'ordinamento giuridico italiano in un sistema più vasto, dai cui organi deliberativi possano promanare norme vincolanti, omisso medio, per tutte le autorità interne degli Stati membri», di tal guisa che il giudice comune può risolvere un eventuale contrasto tra una norma nazionale ed una comunitaria (a differenza di quanto può fare con riferimento a quelle contenute nella CEDU) «procedendo egli stesso a disapplicare la norma interna asseritamente non compatibile con la seconda»¹⁰²; così come potrà l'autorità giudiziaria nazionale decidere di condannare lo Stato a risarcire il danno provocato ai privati (lesi in un loro diritto di matrice sovranazionale), ove questo risulti non (o non completamente) ristorabile attraverso i tradizio-

p. 617. E. CALZOLAIO, *La violazione del diritto comunitario non è antiggiuridica*, cit. supra, nota 1, p. 99, evidenza, inoltre, occupandosi del tema, la rilevanza assunta dalla cittadinanza europea «nell'evoluzione concreta dell'integrazione».

⁹⁹ Pur essendo stato eliminato l'esplicito riferimento alla supremazia del diritto dell'Unione europea sui diritti nazionali, previsto dal trattato costituzionale europeo (art. 1-6), la Dichiarazione n. 17, allegata al Trattato di Lisbona, afferma che «per giurisprudenza costante della Corte di giustizia dell'Unione europea, i trattati e il diritto adottato dall'Unione sulla base dei trattati prevalgono sul diritto degli Stati membri alle condizioni stabilite dalla summenzionata giurisprudenza». La Conferenza intergovernativa ha, inoltre, proposto di allegare all'Atto Finale il parere del Servizio giuridico del Consiglio sul primato, riportato nel documento 11197 del 22 giugno 2007 (JUR 260) che così recita: «Dalla giurisprudenza della Corte di giustizia si evince che la preminenza del diritto comunitario è un principio fondamentale del diritto comunitario stesso. Secondo la Corte, tale principio è insito nella natura specifica della Comunità europea (...) Il fatto che il principio della preminenza non sarà incluso nel futuro trattato non altera in alcun modo l'esistenza del principio stesso e la giurisprudenza esistente della Corte di giustizia».

¹⁰⁰ Così nell'art. 19, par. 1, del Trattato UE (versione consolidata). Degno di nota è anche il nuovo titolo XXIV del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea (dedicato alla "cooperazione amministrativa"), il cui art. 197 afferma, tra l'altro, che «l'attuazione effettiva del diritto dell'Unione da parte degli Stati membri, essenziale per il buon funzionamento dell'Unione, è considerata una questione di interesse comune. L'Unione può sostenere gli sforzi degli Stati membri volti a migliorare la loro capacità amministrativa di attuare il diritto dell'Unione (...) Il presente articolo non pregiudica l'obbligo degli Stati membri di attuare il diritto dell'Unione né le prerogative e i doveri della Commissione».

¹⁰¹ Cfr. il punto 5 della sentenza.

¹⁰² Così nella decisione n. 349/2007, par. 6.1

nali meccanismi dell'efficacia diretta, della disapplicazione o dell'interpretazione conforme¹⁰³.

3. Una ulteriore aporia insita nella decisione delle Sezioni Unite: una non chiara distinzione tra la figura dell'indennità per pregiudizio da attività lecita e quella del risarcimento del danno da perdita di *chance*

Poco convincente appare, inoltre, quanto affermato in un altro brano della stessa sentenza n. 9147/2009, nel quale, richiamando (e facendo proprio, almeno sembrerebbe) un certo indirizzo giurisprudenziale formatosi nell'ambito di alcune Sezioni della stessa Corte di cassazione¹⁰⁴, si sottolinea, paradossalmente, che «la mancata trasposizione fa sorgere, conformemente ai principi più volte affermati dalla Corte di giustizia, il diritto degli interessati al risarcimento del danno cagionato per il ritardato adempimento, consistente nella perdita della *chance* di ottenere i benefici – essenziali per consentire un percorso formativo scevro, almeno in parte, da preoccupazioni esistenziali – resi possibili da una tempestiva attuazione delle direttive medesime»¹⁰⁵.

Occorrerebbe, anzitutto, chiedersi se un regime indennitario di riparazione dei danni (come quello immaginato dai giudici supremi per il fatto dannoso del legislatore), che – secondo quanto ricordato dalle stesse Sezioni Unite – non richiede la verifica di tutti gli elementi di cui all'art. 2043 c.c., possa conciliarsi con una impostazione in termini di responsabilità per «danno associato alla perdita di una probabilità non trascurabile di conseguire il risultato utile»¹⁰⁶, ove si consideri che, in quest'ultima ipotesi, non potrebbe possi-

¹⁰³ Circostanza, quest'ultima, che vale a dimostrare, oltre che la sussistenza, anche la particolare pregnanza delle «situazioni soggettive azionabili a fronte del quadro normativo comunitario», assistite addirittura da forme di «tutela rafforzata» (A. DI MAJO, *La tutela civile dei diritti*, Milano, Giuffrè, 2003, p. 34 ss.) rispetto a quelle accordate alle situazioni ricollegabili al quadro normativo costituzionale italiano (posto che con riferimento a queste ultime è al momento esclusa la possibilità per i cittadini di invocare interventi giudiziali di immediata disapplicazione o di avanzare pretese risarcitorie nei confronti dell'organo legislativo).

¹⁰⁴ Le quali però, va precisato, avevano aderito alla tesi propensa a ricostruire la vicenda in termini di responsabilità aquiliana dello Stato per atto illecito.

¹⁰⁵ Così nel par. 3.2 della pronuncia. Le Sezioni Unite richiamano, al riguardo, Cass. 11 marzo 2008, n. 6427; e 6 luglio 2002, n. 9842. In questi termini, del resto, si erano già pronunciati i giudici di legittimità con la sentenza 12 febbraio 2008, n. 3283 (in *Giur. it.*, 2008, p. 1379 ss.) e, più recentemente, con la decisione 9 gennaio 2009, n. 273 (in *Giur. it.*, 2009, p. 1914 ss.).

¹⁰⁶ Questa è la felice definizione di danno da perdita di *chance* fornita dalla stessa Corte di cassazione. Si rinvia, tra le molte, alla pronuncia della Sezione Lavoro n. 852 del 18 gennaio 2006. Sul tema, cfr. M. BOCCHIOLA, *Perdita di una "chance" e "certezza" del danno*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1976, p. 55 ss.; F. D. BUSNELLI, *Perdita di una chance e risarcimento del danno*, in *Foro it.*, 1965, c. 45 ss.; D. CHINDEMI, *Il danno da perdita di chance*, Milano, Giuffrè, 2007; M. FEOLA, *Il danno da perdita di chance*, Napoli, Esi, 2004; N. MONTICELLI, *Responsabilità civile e perdita di chance: breve storia di una lesione (in)visibile*, in *Nuova giur. comm.*, I, 2003, p. 873 s.; A. NEGRO, *Il danno da perdita di chance*, in *I danni risarcibili nella responsabilità civile*, nella collana *Il diritto civile nella giurisprudenza* (a cura di Cendon), Torino, Utet, 2005; A. PONTECORVO, *La responsabilità per perdita di chances*, in *Giust. civ.*, 1997, II, p. 447 ss.; V.

bile discostarsi dallo schema tipico dell'illecito aquiliano ed ipotizzare, ad esempio, il riconoscimento di pregiudizi *in re ipsa*¹⁰⁷.

D'altra parte, poiché secondo una più recente tesi (dominante sia in dottrina che in giurisprudenza), la perdita di *chance* non è da intendersi quale mera componente (*sub specie* di lucro cessante¹⁰⁸) di un danno¹⁰⁹ (da commisurarsi alla perdita del risultato¹¹⁰), ma «entità patrimoniale a sé stante, giuridicamente ed economicamente suscettibile di autonoma valutazione»¹¹¹, ossia «danno attuale, presente e costituito dalla lesione della possibilità di conseguire il risultato favorevole»¹¹², delle due l'una: o si può parlare di un danno da lesione di un diritto riconosciuto al privato da una norma dell'Unione europea (nel caso di specie, danno da mancata percezione della remunerazione da parte dei medici specializzandi), oppure si dovrà parlare di semplice danno da perdita della facoltà di conseguire un risultato utile astrattamente possibile, ma non certo¹¹³ (si pensi ad un danno da ingiustificata esclusione, in una procedura concorsuale, alla prova orale, che avrebbe consentito, se superata, di partecipare ad una scuola di specializzazione, traendone tutti i benefici, anche economici¹¹⁴).

ZENO-ZENCOVICH, *Il danno per la perdita della possibilità di una utilità futura*, in *Riv. dir. comm.*, I, 1986, p. 214.

¹⁰⁷ Cfr., da ultimo, la sentenza n. 273 del 2009, *cit. supra*, nota 105.

¹⁰⁸ Una siffatta ricostruzione oserrebbe «il creditore-danneggiato di una *probatio diabolica*, sostanzianti (...) nella dimostrazione rigorosa ed ardua che, laddove il fatto illecito non si fosse verificato, avrebbe conseguito, con ragionevole certezza, o, quantomeno, con elevata probabilità, il risultato favorevole vantaggioso. Così ragionando, dunque, la *chance* verrebbe degradata a mero criterio di verifica causale e, pertanto, ad imprescindibile canone di accertamento della sussistenza del nesso eziologico tra condotta ed evento lesivo». Così G. MARENA, *La perdita di chance in diritto amministrativo*, in *Danno e resp.*, 2009, p. 1037.

¹⁰⁹ Del resto, se anche si accogliesse tale, obsoleta, lettura della figura di danno in questione, quest'ultimo, per i motivi già esposti in precedenza, probabilmente non potrebbe essere ristorato attraverso le forme dell'indennizzo.

¹¹⁰ Cass., sez. III civ., 4 marzo 2004, n. 4400.

¹¹¹ Così le Sezioni Unite della Corte di cassazione, nella sentenza 26 gennaio 2009, n. 1850.

¹¹² Consiglio di Stato, 7 febbraio 2002, n. 686.

¹¹³ Come ha ben evidenziato la Corte di cassazione, nella sentenza del 19 novembre 1983 n. 6906, in *Giust. civ.*, 1984, I, p. 1841 s. con nota di E. CAPPAGLI, *Perdita di una chance e risarcibilità del danno per ritardo nella procedura di assunzione*, nel caso di danno da perdita di *chance*, «il risarcimento si riferisce non alla perdita di un risultato favorevole, bensì alla perdita della possibilità di conseguire un risultato utile». Cfr., in senso analogo, Cass. 16 settembre 2007, n. 21619, in *Resp. civ. e prev.*, 2008, p. 323 ss., con nota di L. LOCATELLI, *Causalità omissiva e responsabilità civile del medico: credibilità razionale o regola del "più probabile che non"?*; e più, recentemente, Cass. 18 settembre 2008, n. 23846 e 27 maggio 2009, n. 12354.

¹¹⁴ Sul punto si rinvia alle accorte considerazioni di A. DE CUPIS, *Il risarcimento della perdita di una chance*, in *Giur. it.*, 1986, I, p. 1182 ss., il quale ha sottolineato che in una ipotesi come quella qui richiamata, ad essere risarcito sarà non il danno «futuro e lucro cessante, corrispondente alla vittoria finale nel concorso, data l'incertezza del superamento della prova orale e della conseguente vittoria, col vantaggio patrimoniale inerente all'ottenimento del posto di lavoro: (...) bensì, il danno *emergente*, consistente nella perdita della possibilità, *attuale e legittima*, di partecipare alla prova orale con apprezzabile prevedibilità di esito favorevole: il danno, quindi, avente per oggetto un interesse attuale concretantesi nella compromissione di una "chance" *esistente e giuridicamente protetta, già facente parte del patrimonio del soggetto*».

Tertium non datur, pena una *overcompensation*, ossia una duplicazione della liquidazione risarcitoria a favore del danneggiato (teoricamente ipotizzabile, peraltro, a fronte di ogni lesione di un interesse giuridico meritevole di tutela): una da lesione del diritto e un'altra da lesione della possibilità di vedersi riconosciuto quel diritto!¹¹⁵

La Corte di giustizia ha chiarito sin dalla sentenza *Francovich* che, ancorché una direttiva non abbia delle disposizioni dotate di effetti diretti (e tale risulta essere il caso, non solo della direttiva n. 80/987/Cee, in tema di tutela dei lavoratori subordinati a fronte di insolvenze dei datori di lavoro, ma anche delle fonti normative europee prese in esame dai giudici di Lussemburgo nell'ambito delle citate sentenze *Carbonari* e *Gozza*), potrà essere utilizzata in giudizio per far valere la responsabilità da illecito dello Stato se «il risultato prescritto dalla direttiva implichi l'attribuzione di diritti a favore dei singoli» e se «il contenuto di tali diritti possa essere individuato sulla base delle disposizioni della direttiva»¹¹⁶.

Poiché, nelle or ora richiamate pronunce del 1999 e del 2000, l'organo nomofilattico dell'Unione europea ha parlato esplicitamente della possibilità per i medici specializzati prima del 1991 di ottenere il risarcimento del danno da parte dello Stato (pur ipotizzandolo come *extrema ratio* di tutela), sembrerebbe ovvio immaginare che, secondo i giudici europei, le direttive in questione, quantunque prive di efficacia diretta, abbiano i caratteri richiesti perché possa sorgere l'obbligo risarcitorio in capo allo Stato, ed in particolare siano attributive di un diritto ai singoli individuabile in base alla direttiva stessa.

La situazione giuridica soggettiva attiva esiste, dunque, in capo ai ricorrenti, sia pur solo nel suo "contenuto patrimoniale" (a voler accogliere la brillante intuizione dell'Avvocato Generale Tesaurò¹¹⁷); circostanza che vale ad escludere la configurabilità di un danno da perdita di *chance*, inteso come danno legato alla perdita della possibilità di vedersi riconosciuta una situazione di vantaggio¹¹⁸: è proprio l'esistenza, e la lesione, di quest'ultima a legittimare, infatti, la richiesta risarcitoria dei soggetti interessati¹¹⁹.

¹¹⁵ Sul tema cfr. R. PARTISANI, *Lesione di interesse legittimo e danno risarcibile: la perdita di chance*, in *Resp. civ. e prev.*, 2000, p. 566 ss.

¹¹⁶ Così nei punti 39 e 40 della sentenza *Francovich*.

¹¹⁷ Cfr. le sue conclusioni al caso *Brasserie du Pêcheur*, del 28 novembre 1995 (in particolare i punti 33-34), in *Raccolta*, 1996, I, p. 1066.

¹¹⁸ Come ha rilevato il Consiglio di Stato nella sentenza del 20 dicembre 2002, «connotato intrinseco della *chance*, intesa come concreta possibilità di conseguire un risultato utile, è l'indimostrabilità della futura realizzazione della medesima: un fatto determina l'interruzione di una successione di eventi potenzialmente idonei a consentire il conseguimento di un vantaggio, producendo una situazione che ha carattere di assoluta immodificabilità, consolidata in tutti gli elementi che concorrono a determinarla, in modo tale che risulta impossibile verificare compiutamente se le probabilità di realizzazione del risultato si sarebbe poi tradotta o meno nel conseguimento dello stesso».

¹¹⁹ G. SCANNICCHIO, *Il diritto privato europeo nel sistema delle fonti*, in N. LIPARI (a cura di), *Trattato di diritto privato europeo*, Vol. I, Padova, Cedam, 2003, p. 212, ha parlato di una sorta di «aspettativa del "risultato" (efficacia utile) garantito dalla direttiva». Potrebbe essere utile richia-

4. Conclusioni. Possibile il soddisfacimento degli interessi dei medici (e del diritto dell'Unione europea) mediante il ricorso alla responsabilità contrattuale?

A conclusione di questo lavoro di commento, vale forse la pena soffermarsi su un ultimo profilo di indagine, volto a verificare la possibilità di proporre uno schema "alternativo" di risoluzione della vicenda dei medici iscritti a scuole di specializzazione prima del 1991.

Stante la volontà delle Sezioni Unite di ricostruire in termini di responsabilità non aquiliana la vicenda dei professionisti danneggiati dall'inadempimento statale, e considerato che, come già detto, è «nell'ambito delle norme del diritto nazionale relative alla responsabilità che lo Stato è tenuto a riparare le conseguenze del danno provocato» – e sempre nel rispetto dell'obbligo di evitare soluzioni che rendano «praticamente impossibile o eccessivamente difficile ottenere il risarcimento»¹²⁰ – sarebbe stato interessante interrogarsi circa la possibilità di garantire in maniera più incisiva (e con effetti meno traumatici sul piano dogmatico) il duplice obiettivo di una profonda protezione degli interessi dei privati e di un adeguato rispetto dell'effetto utile del diritto europeo, mediante la riconduzione della controversia in oggetto nell'alveo della responsabilità per inadempimento contrattuale¹²¹.

Sono ben noti a tutti, infatti, i vantaggi che deriverebbero ai ricorrenti da un siffatto inquadramento del caso in esame, sia dal punto di vista del carico probatorio – alleggerito per i privati, in virtù dell'inversione dell'onere della prova, pur senza rinunciare all'analisi dell'elemento psicologico in capo al danneggiante (così come suggerito, del resto, dalla stessa Corte di giustizia) –, sia sotto il profilo del periodo di maturazione del termine prescrizione di proposizione delle richieste risarcitorie – decennale e non quinquennale –¹²².

mare, sul punto, l'opinione di A. GASPARINI, *La perdita di chance: danno risarcibile ed accertamento del nesso causale. Giurisprudenza italiana e francese a confronto*, in *Contr. e impr./Europa*, 2008, p. 336, ad avviso del quale «occorre (...) distinguere la *chance* dalla c.d. aspettativa di diritto: in quest'ultima, il fatto perfezionativo della fattispecie deve essere futuro, ma non necessariamente incerto nel suo verificarsi (anzi l'aspettativa, il più delle volte, presenta i connotati della certezza); al contrario la *chance*, proprio per la sua originaria funzione, evoca un concetto intrinseco di aleatorietà, richiamando un giudizio prognostico, destinato a non poter essere mai reso, sulla possibilità di raggiungere un risultato».

¹²⁰ Cfr., per tutte, le sentenze *Francovich*, cit. supra, nota 62, punti 42 e 43, e del 10 luglio 1997 in causa n. C-261/95, *Palmisani*, in *Raccolta*, 1997, I, p. 4025, punto 27.

¹²¹ Di un vero e proprio rapporto di lavoro subordinato, rientrando nella «tipologia contrattuale della formazione/lavoro», parla, ad esempio, D. DONATI, *Commento agli artt. 16-16-sexies*, in F. ROVERSI MONACO (a cura di), *Il nuovo servizio sanitario nazionale*, Rimini, Maggioli, 2000, p. 555. Interessante sarebbe, del resto, analizzare l'ampia (e moderna) nozione di «lavoratore» adottata (sia pure solo «ai fini e agli effetti delle disposizioni») contenute nella normativa in questione) nell'art. 2 del dlgs n. 81 del 9 aprile 2008, attuativo dell'art. 1 della legge n. 213, del 3 agosto 2007, in materia di tutela della salute e della sicurezza nei luoghi di lavoro.

¹²² Nel caso di specie, non pare costituisca, viceversa, un odioso *minus* nella tutela dei privati l'applicabilità – nella ipotesi di una sussunzione della vicenda nell'alveo dell'illecito contrattuale – della previsione di cui all'art. 1225 c.c. (che, come è noto, limita al solo «danno che poteva pre-

A ciò si aggiunga che, benché sia la Suprema Corte di cassazione¹²³ sia il Consiglio di Stato¹²⁴ (ma anche le stesse Sezioni Unite, nella sentenza n. 9147/2009¹²⁵) abbiano respinto una siffatta lettura del rapporto intercorrente tra gli specializzandi e le strutture sanitarie interessate¹²⁶, di «contratto annuale di formazione-lavoro (...) stipulato con l'università, ove ha sede la scuola di specializzazione, e con la regione nel cui territorio hanno sede le aziende sanitarie le cui strutture sono parte prevalente della rete formativa della scuola di specializzazione» parla esplicitamente l'art. 37 del dlgo n. 368 del 1999¹²⁷; e di «remunerazione» per i dottori iscritti ai corsi *post lauream* in questione, discorre – come si è già più volte sottolineato – la stessa normativa europea, la quale, pur non prendendo posizione al riguardo, non pare negare (anzi sembrerebbe sostenere) la possibilità di configurare in termini contrattuali (o para-contrattuali) il rapporto di cui trattasi¹²⁸.

Interessante sembra, al riguardo, la stessa posizione espressa dalla Corte di giustizia nelle citate sentenze *Carbonari* e *Gozza*, laddove ha sottolineato

vedersi nel tempo in cui è sorta l'obbligazione» l'inadempimento o il ritardo che non dipenda da dolo del debitore).

¹²³ Secondo i giudici supremi, i medici avrebbero svolto la prestazione nel loro esclusivo interesse, ricevendo una borsa di studio e non un corrispettivo, al solo scopo del loro apprendimento e della loro formazione professionale. Cfr. le sentenze Cass., Sez. Lav., 18 giugno 1998, n. 6089; Cass. 12 giugno 1997, n. 5300; Cass. 16 settembre 1995, n. 9789. In quest'ultima si legge proprio che «l'indicato rapporto (...) si traduce in prestazioni finalizzate soprattutto alla formazione teorica e pratica del medico specializzando e non già a procacciare utilità alle strutture sanitarie nelle quali si svolge l'attività necessaria per tale formazione, di modo che la corresponsione di emolumenti allo specializzando è essenzialmente destinata a sopperire alle esigenze materiali dello stesso in relazione all'attuazione dell'impegno a tempo pieno per l'apprendimento e la formazione». A conclusioni identiche giungono più recentemente Cass. Sez. Un., 23 aprile 2008 n. 10461 e Cass. Sez. Lav., 19 novembre 2008, n. 27481.

¹²⁴ Cfr. la decisione della Sez. VI, n. 1994 del 6 maggio 2008. In senso analogo Cons. St., IV, n. 5375/1999 e Cons. St., sez. VI, n. 6433/2006.

¹²⁵ Nel par. 3.3 si legge, infatti, che «non è inquadrabile nell'ambito del rapporto di lavoro subordinato, né rientra fra le ipotesi della cosiddetta parasubordinazione (...), l'attività svolta dai medici iscritti a scuole di specializzazione nell'ambito delle strutture nelle quali la specializzazione viene effettuata, non potendosi ravvisare una relazione sinallagmatica di corrispettività fra la suddetta attività e gli emolumenti previsti a favore degli specializzandi (...)».

¹²⁶ Propense a riconoscere la sussistenza di un rapporto di lavoro ex art. 2094 c.c. erano, invece, apparse Cass., Sez. Un., 11 aprile 1981, n. 2123, in *Foro it.*, 1982, I, c. 208 ss. e Cass. 28 aprile 1979 n. 2504, in *Giust. civ.*, 1979, I, p. 1149 ss., sia a causa della natura intrinseca dell'attività prestata dagli specializzandi, sia a ragione dell'assenza di gratuità nel lavoro svolto dai medici in questione.

¹²⁷ M. CORTI, *Rapporto di medico frequentatore e rapporti di apprendimento atipici tra lavoro gratuito e lavoro subordinato oneroso*, in *Giust. civ.*, I, 2001, p. 3046, si è proprio soffermato sulla «fonte di equivoci» costituita dal «richiamo dell'art. 37 alla normativa vigente per i contratti di formazione e lavoro "per quanto non previsto o comunque per quanto compatibile con le disposizioni di cui al presente decreto legislativo"», giudicando, inoltre, «poco condivisibile anche l'utilizzo del termine "retribuzione" (peraltro alternato con "trattamento economico") per indicare le somme corrisposte agli specializzandi durante il corso».

¹²⁸ D'altronde, ciò che rileva ai fini dell'applicazione della normativa sovranazionale adottata in materia, è la circostanza che in un periodo successivo alla scadenza delle direttive europee, i medici specializzandi abbiano prestato la propria attività, *absit iniuria verbis*, lavorativa a favore dello Stato (*rectius*: di uno dei suoi enti), il quale avrebbe dovuto corrispondere un adeguato compenso ai professionisti in questione.

che «un'applicazione retroattiva, regolare e completa delle misure di attuazione (...) permette di rimediare alle conseguenze pregiudizievoli della tardiva attuazione di tale direttiva, a condizione che la direttiva stessa sia stata regolarmente recepita (...) a meno che i beneficiari non dimostrino l'esistenza di danni ulteriori da essi eventualmente subiti per non aver potuto fruire a suo tempo dei vantaggi pecuniari garantiti dalla direttiva e che dovrebbero quindi essere anch'essi risarciti»¹²⁹.

Pur avendo escluso il riconoscimento di *direct effects* delle norme comunitarie relative alla remunerazione da attribuire ai dottori¹³⁰ (e quindi la possibilità di invocare in giudizio un'efficacia diretta della direttiva in questione), la Corte di Lussemburgo ha ribadito l'obbligo di interpretare la normativa interna esistente in materia conformemente al diritto europeo¹³¹ (e quindi, in altre parole, di garantire in giudizio un'applicazione retroattiva della disciplina nazionale adottata per dare attuazione alla direttiva stessa)¹³², ferma restando (anzi risultando quanto mai necessaria ove non sia possibile intervenire diversamente) la possibilità di invocare in giudizio la violazione delle norme non *self executing* sovranazionali, al fine di condannare lo Stato al risarcimento del danno¹³³.

Quantunque non sia, dunque, del tutto agevole comprendere cosa i giudici europei intendano nell'immaginare che un utilizzo *ex tunc* delle norme

¹²⁹ Così nelle sentenze *Gozza e a., cit. supra*, nota 13, punto 39, e *Carbonari e a., cit. supra*, nota 12, punto 53; ma anche nelle decisioni, tutte datate 10 luglio 1997, *Bonifaci e a.*, cause riunite n. C-94/95 e n. C-95/95, in *Raccolta*, 1997, I, p. 3969, punti 51-54 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; *Maso e a.*, causa n. C-373/95, in *Raccolta*, 1997, I, p. 4051, punti 39-42; e *Palmisani, cit. supra*, nota 120, punto 35.

¹³⁰ Cfr. il punto 36 della sentenza *Gozza, loc. cit.*, ed il punto 47 della pronuncia *Carbonari, loc. cit.*, in cui si legge che «il disposto dell'art. 2, n. 1, lett. c., nonché il punto 1 dell'allegato della direttiva "coordinamento", come modificata dalla direttiva n. 82/76, non sono incondizionati, in quanto non contengono alcuna indicazione riguardo all'identità dell'istituzione alla quale incombe l'obbligo di pagamento dell'adeguata remunerazione, né riguardo a ciò che debba essere inteso come corrispondente ad un'adeguata remunerazione, oppure al metodo di determinazione di tale remunerazione».

¹³¹ Nel punto 45 della sentenza *Gozza, loc. cit.*, la Corte di giustizia sottolinea che «il giudice nazionale è tenuto tuttavia, quando applica disposizioni di diritto nazionale precedenti o successive ad una direttiva, ad interpretarle, quanto più possibile, alla luce della lettera e dello scopo della direttiva stessa». Cfr. in senso analogo, il punto 49 della sentenza *Carbonari*.

¹³² *Escomatage* interpretativi di questo tipo, orientati ad eludere i limiti assai stringenti entro i quali può operare – per espressa volontà della stessa Corte di giustizia – la tecnica dell'efficacia diretta, non rappresentano del resto una novità nella più recente giurisprudenza comunitaria. Si pensi alla teoria degli "effetti impeditivi" o di "esclusione" delle direttive nei rapporti tra privati, o alla dottrina della c.d. "efficacia triangolare" delle direttive medesime. Su questi temi, si rinvia, *funditus*, a N. SCANNICCHIO, *Il diritto privato europeo*, *cit. supra*, nota 119, p. 224 ss.; e a G. STROZZI, *Diritto dell'Unione europea. Parte istituzionale*, Torino, Giappichelli, 2005, p. 196 ss.

¹³³ La stessa Corte di cassazione, nella sentenza Sez. Un., 4 febbraio 2005, n. 2203, *cit. supra*, nota 18 ss., rifacendosi ad una propria consolidata giurisprudenza sul punto, ha riconosciuto «la natura incondizionata e sufficientemente precisa delle norme delle direttive, in quanto attribuiscono agli specializzandi un diritto perfetto ad una adeguata remunerazione, da tutelarsi in forma risarcitoria secondo i principi enunciati dalla giurisprudenza della Corte di giustizia a partire dalla sentenza *Francovich*».

di recepimento del diritto comunitario possa ristorare le pretese dei ricorrenti, certamente vanno condivise le parole di chi ha rilevato che l'assenza della qualità dell'efficacia diretta in capo alle disposizioni comunitarie in questione «non rende automaticamente impossibile l'attuazione del diritto riconosciuto allo specializzando»¹³⁴; parrebbe, infatti, di poter leggere nelle sentenze di Lussemburgo la volontà di vincolare gli stessi soggetti tenuti oggi a pagare le borse di studio ai medici specializzandi ad adempiere in tal senso anche nei confronti dei dottori iscritti alle scuole *post lauream* dopo la scadenza del termine previsto per recepire le norme sovranazionali (e prima dell'entrata in vigore della normativa italiana di attuazione), senza ovviamente escludere la possibilità per questi ultimi di invocare uno strumento di tutela aggiuntiva, a fronte di danni ulteriori, legati proprio al mancato godimento della corresponsione monetaria obbligatoria (o, magari, verrebbe da aggiungere, rilevanti *sub specie* di pregiudizi di natura non patrimoniale¹³⁵).

Pare evidente, in altre parole, che la Corte di giustizia attribuisca al risarcimento del danno una funzione di protezione complementare (o addirittura residuale¹³⁶), immaginando che sia anzitutto l'adempimento all'obbligo remunerativo per la prestazione effettuata dai medici specializzandi a garantire la posizione di questi ultimi¹³⁷.

Una lettura delle norme nazionali conforme ai *desiderata* europei sembrerebbe, dunque, legittimare la possibilità di enucleare in capo agli interes-

¹³⁴ Così R. CONTI, *Azione di responsabilità contro lo Stato per violazione del diritto comunitario*, cit. *supra*, nota 12, p. 838.

¹³⁵ D'altra parte, anche rispetto a tali pregiudizi, la ricostruzione in chiave contrattuale della responsabilità statale non dovrebbe arrecare gravi ostacoli per il privato, dal momento che con le citate sentenze n. 26972-26974/2008, cit. *supra*, nota 33, le Sezioni Unite hanno evidenziato che «anche nella materia della responsabilità contrattuale è dato il risarcimento dei danni non patrimoniali» e «se l'inadempimento dell'obbligazione determina, oltre alla violazione degli obblighi di rilevanza economica assunti con il contratto, anche la lesione di un diritto inviolabile della persona del creditore, la tutela risarcitoria del danno non patrimoniale potrà essere versata nell'azione di responsabilità contrattuale, senza ricorrere all'espedito del cumulo di azioni». La lettura che limita il risarcimento del danno non patrimoniale contrattuale alle sole ipotesi di violazione di diritti inviolabili non ha, invero, convinto molto gli studiosi: cfr., *ex multis*, C. AMATO, *Nozione unitaria di danno non patrimoniale e autonomia negoziale*, in AA. VV., *Il danno non patrimoniale*, Milano, Giuffrè, 2009, p. 19 ss. Certamente, il filtro introdotto dalla Corte di cassazione in materia non dovrebbe valere per i diritti di derivazione comunitaria, posto che, come riconosciuto dagli stessi giudici supremi, «il superamento dei limiti alla tutela risarcitoria dei danni non patrimoniali (...) può derivare da una norma comunitaria che preveda il risarcimento del danno non patrimoniale senza porre limiti, in ragione della prevalenza del diritto comunitario sul diritto interno» (così nel punto 3.7 della sentenza n. 26972 del 2008).

¹³⁶ Cfr. M. RUVOLO, *Interpretazione conforme e situazioni giuridiche soggettive*, in http://allegati.unina.it/postlaurea/perf/DCOM_IntConf.pdf, p. 7.

¹³⁷ Di un chiaro riconoscimento della possibilità di ricorrere alla «proposizione cumulativa dell'azione contrattuale e di quella extracontrattuale» ha parlato R. CONTI, *Azione di responsabilità contro lo Stato per violazione del diritto comunitario*, cit. *supra*, nota 12, p. 842 ss., interpretando la soluzione offerta, sempre in materia di tutela dei medici specializzatisi prima del 1991, dal precedente illustre utilizzato dalle stesse Sezioni Unite, ossia la sentenza n. 7630/2003, cit. *supra*, nota 43. Si consideri che da tempo ormai la stessa Corte Suprema sembra aver ammesso la possibilità di un concorso tra responsabilità contrattuale ed extracontrattuale. Cfr., per tutte, le sentenze della Cassazione n. 418 del 19 gennaio 1996 e n. 6064 del 23 giugno 1994.

sati il diritto ad ottenere quanto previsto da un contratto (sia pur solo di formazione¹³⁸) che (esattamente come avviene oggi per gli iscritti alle scuole di specializzazione medica) doveva essere stipulato, ma non lo è stato¹³⁹.

Questa è apparsa la via seguita, ad esempio, dalla seconda sezione civile del Tribunale di Roma, la quale, con sentenza n. 24828/2006, ha stabilito che «gli attori hanno correttamente esercitato l'azione di adempimento nei confronti degli indicati soggetti-debitori per ottenere il pagamento di una adeguata remunerazione»¹⁴⁰.

E di un diritto dei medici ad ottenere «somme sostitutive dell'adeguata remunerazione» ha, del resto, parlato in diverse occasioni il TAR Lazio¹⁴¹.

Non del tutto convincenti potrebbero apparire, da questo punto di vista, le perplessità espresse da chi ha osservato che in fondo, prima dell'entrata in vigore del decreto n. 257/91, i medici non seguivano dei corsi conformi a quanto prescritto dalla normativa comunitaria¹⁴², o da quanti hanno eviden-

¹³⁸ Interessanti appaiono, al riguardo, le riflessioni di M. CORTI, *Rapporto di medico frequentatore*, cit. *supra*, nota 127, p. 3052, ad avviso del quale, «le nuove disposizioni sul tirocinio dei medici specializzandi mostrano che il legislatore sta percorrendo la strada della tipizzazione contrattuale dei momenti di formazione sul lavoro: e ciò anche al fine di evitare possibili abusi. Questa tipizzazione tuttavia non può impedire all'autonomia dei privati di stipulare contratti di apprendimento atipici, anche *per facta concludentia*. In questo caso si possono immaginare almeno due tipologie di contratti. Secondo la prima il prestatore svolge un'attività esclusivamente finalizzata alla propria formazione (...) La seconda tipologia vede la coesistenza del momento formativo e dell'utilizzazione diretta di una parte delle prestazioni a vantaggio del datore di lavoro. Il riconoscimento della natura subordinata e dell'onerosità delle prestazioni lavorative rese dal "tirocinante" porterebbe innegabili vantaggi in questa seconda ipotesi. Il giudice potrebbe infatti uscire dalla scomoda alternativa tra il riconoscimento pieno dell'esistenza di un rapporto *ex art. 2094 c.c.* e la qualificazione in termini di lavoro gratuito: e soprattutto riuscirebbe a modulare la retribuzione dovuta e l'applicazione più in generale di tutta la disciplina di tutela in funzione della causa mista di questo contratto atipico».

¹³⁹ Sarebbe da valutare, da questo punto di vista, la configurabilità di una sorta di *culpa in re ipsa* nella condotta di regioni e università (rilevante sia *sub specie* di "negligenza" che di "inosservanza di una norma" – non di legge, ma addirittura di fonte sovraordinata alla legge stessa –), le quali, considerata l'esistenza di una direttiva comunitaria (peraltro, già scaduta) che imponeva agli Stati membri di remunerare i medici specializzandi, avrebbero dovuto forse provvedere, in quanto soggetti pubblici destinatari degli obblighi derivanti dall'appartenenza all'Unione europea, a conformarsi alla normativa sovranazionale, destinando (*motu proprio* all'occorrenza) adeguate risorse economiche a favore dei laureati in medicina iscritti ai corsi *post lauream*, o, eventualmente, astenersi dal bandire concorsi per la partecipazione alle scuole di specializzazione medica, attendendo (e/o sollecitando magari) l'intervento legislativo statale di attuazione del diritto europeo. Sulla nozione di negligenza nell'ordinamento italiano e sulle varie concezioni di tale "clausola generale", cfr. G. D'AMICO, voce *Negligenza*, in *Dig. Discipl. Priv., sez. civ.*, vol. XII, Torino, Utet, 1995, p. 24 ss.

¹⁴⁰ Il giudice ha invece escluso la sussistenza «nel caso di specie» dei presupposti «per l'esperimento dell'azione "residuale" di condanna dello Stato al risarcimento del danno *ex art. 2043 c.c.* per mancato conseguimento degli importi dovuti a titolo di borsa di studio».

¹⁴¹ Cfr., per tutte, la citata sentenza n. 3824 del 2002 della III sezione del tribunale amministrativo.

¹⁴² Come ha rilevato la stessa Corte di cassazione, nella sentenza della sez. III civ., n. 3283 del 12 febbraio 2008, reperibile in www.personaedanno.it, «la possibilità per gli specializzandi di frequentare corsi con caratteristiche e modalità corrispondenti a quelle poi introdotte col dlgo n. 257/1991 (...) dipendeva dal recepimento da parte dello Stato italiano delle norme comunitarie, non rientrando certo nei poteri del discente quello di stabilire quali debbano essere le caratteristiche di un corso di studio disciplinato da norme statali, ovvero di tenere comportamenti difforni da

ziato che sarebbe difficile determinare la somma da liquidare ai professionisti come corrispettivo per l'attività prestata durante il periodo di specializzazione (difficoltà non dissimili dovrebbero emergere, del resto, in sede di determinazione del *quantum* da corrispondere a titolo di indennizzo o di risarcimento del danno extracontrattuale)¹⁴³.

D'altra parte, così come è risibile pensare di poter escludere aprioristicamente ogni forma di responsabilità del Ministero della Salute «perché non assegnatario dei compiti di recepimento dell'ordinamento comunitario nell'ordinamento giuridico nazionale»¹⁴⁴, altrettanto erroneo è immaginare che le direttive dell'Unione europea non producano vincoli per le Università (pubbliche) o le regioni¹⁴⁵. Sotto questo profilo, non va, anzitutto, trascurato che sin dagli anni ottanta la Corte di giustizia ha enucleato con chiarezza il "concetto comunitario" di Stato, o se si preferisce di autorità statale (o organismo pubblico¹⁴⁶), quale soggetto destinatario del dovere di garantire l'esatta

quelli richiesti dalle norme interne vigenti. Sicché delle due l'una: o le regole che disciplinavano i corsi erano già in linea con quelle poste dalle direttive comunitarie (...), ed in tal caso la domanda avrebbe dovuto essere accolta (...); ovvero non lo erano, ed allora l'essere stati gli studenti privati della possibilità di godere dei benefici previsti dalle puntuali e precise disposizioni sovranazionali non può che essere immediatamente e direttamente correlato alla mancata tempestiva attuazione delle stesse a livello interno». Cfr., in senso analogo, Cass. n. 7630/2003, *cit. supra*, nota 43.

¹⁴³ Come ha correttamente rilevato M. EROLI, *Gli specializzandi in medicina e l'adeguata remunerazione*, in www.diritto.it, «il giudice italiano avrebbe dovuto sopperire (...) alla determinazione del trattamento economico facendo riferimento alla nozione contenuta nell'art. 36 della Costituzione della retribuzione proporzionata alla quantità e qualità del lavoro prestato (...) Secondo la giurisprudenza, la determinazione dell'equa retribuzione deve essere operata dal giudice valutando tutte le circostanze del caso concreto e può essere compiuta utilizzando i livelli tabellari fissati dalla contrattazione collettiva del settore (...) od, in caso di insussistenza e di inapplicabilità della regolamentazione collettiva, attraverso la valutazione del giudice dell'entità e durata delle prestazioni del lavoratore (...) anche attraverso apprezzamenti equitativi».

¹⁴⁴ Così nel punto 5 della sentenza n. 9147/2009.

¹⁴⁵ Non possono essere, pertanto, condivise le parole del Tribunale di Catania, espresse nella decisione del 13 febbraio 2004. Rinviano ad una sentenza di analogo tenore del Tribunale di Roma, II sez. civ., datata 11 maggio 2000, il giudice siciliano afferma che «non sussiste (...) alcuna responsabilità a carico dell'Università per la tardiva attuazione della direttiva comunitaria (...), in quanto il compito di adempiere agli obblighi comunitari coinvolge direttamente ed esclusivamente la persona giuridica-Stato e non le singole Amministrazioni statali, né tanto meno quelle autonome».

¹⁴⁶ La scelta giurisprudenziale di allargare notevolmente lo spettro dei soggetti passibili di imputazione per inosservanza del diritto comunitario si mostra proprio coerente con la *voluntas* della Corte di Lussemburgo di dare la maggiore ampiezza possibile alla nozione di autorità tenuta ad applicare il diritto comunitario (e a disapplicare, all'occorrenza, eventuali norme interne con questo incompatibili). Tale obbligo è stato riconosciuto agli enti territoriali (sentenza del 22 giugno 1989 in causa n. 103/88, *Fratelli Costanzo c. Comune di Milano*, in *Raccolta*, 1989, p. 1839 e in questa *Rivista*, 1989, p. 607), alle autorità incaricate di mantenere l'ordine pubblico e la pubblica sicurezza, anche se indipendenti dallo Stato (sentenza del 15 maggio 1986 in causa n. 222/84, *Johnston*, in *Raccolta*, 1986, p. 1651), agli organi che offrono servizi sanitari pubblici (sentenza del 26 febbraio 1986 in causa n. 152/84, *Marshall*, in *Raccolta*, 1986, p. 723 e in questa *Rivista*, 1987, p. 87 con commento di F. CAPELLI, *La direttiva comunitaria: da atto (quasi) normativo a strumento di pressione politica*, p. 98), alle autorità fiscali (sentenze del 19 gennaio 1982 in causa n. 8/81, *Becker*, in *Raccolta*, 1982, p. 53 e in questa *Rivista*, 1982, p. 499 con commento di F. CAPELLI, *L'efficacia delle direttive*, 1982, p. 506 e del 22 febbraio 1990 in causa n. 221/88, *CECA c. Fallimento Acciaierie e Ferriere Busseni*, in *Raccolta*, 1990, I, p. 495) e, più in generale, ad ogni «organismo (...) incaricato, con un atto della pubblica autorità, di prestare, sotto il controllo di

osservanza degli obblighi di derivazione sovranazionale¹⁴⁷, e nei cui confronti il privato potrà di conseguenza agire per ottenere il risarcimento del danno da violazione di norme derivanti dall'Unione europea¹⁴⁸. Ed interrogati anche recentemente sul problema riguardante la ripartizione delle competenze (e delle relative responsabilità) tra organi statali, i giudici di Lussemburgo hanno ribadito la tesi (mutuata dal diritto internazionale) secondo cui vige un principio di unicità dello Stato, il quale è tenuto nel suo complesso (e quindi, a prescindere dalle concrete articolazioni che lo compongono) a rispondere di eventuali infrazioni ad impegni assunti a livello sovranazionale¹⁴⁹; per cui, come ha evidenziato la stessa Corte di giustizia, «non risulta (...) dalla giurisprudenza che al risarcimento dei danni provocati ai singoli (...) debba necessariamente provvedere lo Stato membro stesso. Il risarcimento dei danni causati ai singoli da provvedimenti d'ordine interno adottati (...) da un ente di diritto pubblico può quindi essere garantito da quest'ultimo»¹⁵⁰.

quest'ultima, un servizio di interesse pubblico e che dispone a questo scopo di poteri che eccedono i limiti di quelli risultanti dalle norme che si applicano nei rapporti tra singoli» (sentenza del 12 luglio 1990 in causa n. C-188/89, *Foster*, in *Raccolta*, 1990, I, p. 3313 e in questa *Rivista*, 1991, p. 373 con commento di M. G. BOCCIA, *Efficacia delle direttive nei confronti delle imprese pubbliche*, p. 377). Cfr., inoltre, le sentenze del 5 febbraio 2004 in causa n. C-157/02, *Rieser*, in *Raccolta*, 2004, I, p. 1477, punto 29; e del 14 settembre 2000 in causa n. C-343/98, *Collino e Chiappero*, in *Raccolta*, 2000, I, p. 6659, punto 22.

¹⁴⁷ Cfr. G. BENACCHIO, *Diritto privato della Comunità europea*, cit. supra, nota 45, p. 101 ss.

¹⁴⁸ Si rinvia, sul tema, alle sentenze *Brasserie du Pêcheur*, cit. supra, nota 38, punto 32; 10 giugno 1999 in causa n. C-302/97, *Konle*, in *Raccolta*, 1999, I, p. 3099, punto 62; *Haim*, cit. supra, nota 60, par. 27; 30 settembre 2003 in causa n. C-224/01, *Köbler*, in *Raccolta*, 2003, I, p. 10239, par. 31 e massimata in questa *Rivista*, 2004, p. 55 nonché 13 giugno 2006 in causa n. C-173/03, *Traghetti del Mediterraneo*, par. 30, in *Danno e resp.*, 5/2007, p. 518 ss. e 6/2007, p. 629 ss., con nota di A. FERRARO, *L'illecito comunitario di un organo giurisdizionale supremo* (la sentenza è massimata in questa *Rivista*, 2006, p. 741). Interessante appare, da questo punto di vista, la sentenza del Consiglio di Stato, sez. VI, del 20 gennaio 2009, n. 242, in *Giur. it.*, 2009, p. 2540 ss., con nota di L. BAIRATI, *Una nuova applicazione del principio di responsabilità risarcitoria dello Stato per violazione del diritto comunitario. Il caso "Europa 7"*.

¹⁴⁹ Si vedano i recenti interventi normativi contenuti negli artt. 3 e 6 della legge 25 febbraio 2008, n. 34 ("Legge comunitaria 2007"), nonché nella più recente Legge 7 luglio 2009, n. 88 ("Legge comunitaria 2008"). La legge n. 11 del 4 febbraio 2005 (nota anche come "Legge Buttiglione") contiene ora, grazie alle riforme introdotte nelle ultime leggi comunitarie, l'art. 16 bis, relativo al «diritto di rivalsa dello Stato nei confronti di regioni o altri enti pubblici responsabili di violazioni del diritto comunitario». La disciplina in questione dimostra chiaramente come il Parlamento italiano sia cosciente del fatto che le norme provenienti dall'Unione europea non vincolano solo il legislatore, ma anche tutti i soggetti pubblici, i quali, evidentemente, potranno essere suscettibili di responsabilità per violazione – e quindi anche per mancata applicazione – del diritto dell'Unione europea, solo se saranno considerati tenuti, o quanto meno legittimati, a garantire il pieno *enforcement* degli obiettivi di matrice sovranazionale (applicando direttamente le norme del diritto europeo e disapplicando all'occorrenza quelle statali incompatibili).

¹⁵⁰ Così nel punto 34 della sentenza *Haim*, cit. supra, nota 60. La Corte di giustizia rileva, inoltre, (nel punto 102 della stessa sentenza) che «la responsabilità gravante su un ente di diritto pubblico di risarcire i danni provocati ai singoli dai provvedimenti da esso adottati in violazione del diritto comunitario può sorgere in concomitanza e in aggiunta a quella dello Stato membro stesso». Cfr. il commento di A. SAGGIO, *La responsabilità dello Stato per violazione del diritto comunitario*, in *Danno e resp.*, 2001, p. 236.

La tecnica del c.d. «*règlement écran*»¹⁵¹, adottata in Francia dal Conseil d'Etat, potrebbe costituire al riguardo un emblematico esempio: «in presenza di un danno occorso a seguito di una violazione del diritto comunitario derivante da un atto legislativo, la responsabilità è stata attribuita alla pubblica amministrazione ogniqualvolta sia intervenuta nell'applicazione di tale atto, sulla base del fatto che qualsiasi attività dell'amministrazione fondata sul diritto nazionale incompatibile con il diritto comunitario è priva di fondamento giuridico»¹⁵².

Non occorrerebbe, del resto, ricorrere ad argomentazioni particolarmente sofisticate per comprendere che un privato cittadino (un medico specializzato nel caso di specie) sarebbe ben più disposto ad intraprendere una lite giudiziaria (con tutti i costi connessi) se sapesse di dover convenire in giudizio non il Presidente del Consiglio dei Ministri (a quest'ultimo spetta, infatti, la legittimazione processuale nelle controversie giudiziarie riguardanti la responsabilità dello Stato), ma piuttosto il Presidente della Giunta Regionale e/o il Rettore dell'Università (come dovrebbe accadere se si appurasse l'esistenza di un illecito di tipo contrattuale imputabile agli enti rappresentati da questi ultimi).

Ovviamente, ciò non escluderebbe la possibilità per l'autorità infrastatale, che avesse adottato alcuni provvedimenti di sua competenza proprio in attuazione di norme di legge (o, viceversa, avesse omesso di agire, ma a causa dell'assenza di queste ultime), di rivolgersi successivamente in rivalsa, e secondo le regole di diritto interno (sostanziali e processuali), nei confronti dello Stato di appartenenza per ottenere la restituzione di quanto pagato ai privati in ossequio alle prescrizioni provenienti dal diritto dell'Unione europea¹⁵³.

Come ha rilevato il Consiglio di Stato, sia pur qualificando la pretesa dei ricorrenti in termini aquiliani (e negando al contempo tanto la «natura strettamente retributiva» quanto «la "natura indennitaria"» della «remunerazione di cui trattasi»), una corretta interpretazione delle direttive consente di asserire che «l'accesso alle scuole di specializzazione di cui trattasi costituisce titolo per l'acquisizione di borse di studio, indipendentemente anche dalla man-

¹⁵¹ Sull'argomento, cfr. W. VAN GERVEN, *Bringing (Private) Laws Closer to Each Other at the European Level*, in www.law.kuleuven.be/ccle/pdf/2005-01-18_WvG_Impact_courts_on_private-law.pdf.

¹⁵² L. BAIRATI, *Una nuova applicazione del principio di responsabilità risarcitoria dello Stato* cit. *supra*, nota 148, p. 2542.

¹⁵³ Ciò che conta è il rispetto dell'obbligo «di garantire che gli individui vengano risarciti dei danni loro derivanti dalla violazione del diritto comunitario indipendentemente dalla natura statale o non statale della pubblica autorità che abbia commesso la violazione». Così A. SAGGIO, *La responsabilità dello Stato per violazione del diritto comunitario*, cit. *supra*, nota 150, p. 235. Come evidenziato nel punto 62 della sentenza *Konle*, cit. *supra*, nota 148, «spetta a ciascuno degli Stati membri accertarsi che i singoli ottengano un risarcimento del danno loro causato dall'inosservanza del diritto comunitario, a prescindere dalla pubblica autorità che ha commesso tale violazione e a prescindere da quella a cui, in linea di principio, incombe, ai sensi della legge dello Stato membro (...), l'onere di tale risarcimento». La Corte precisa al riguardo che «uno Stato membro non può (...) far valere la ripartizione delle competenze e delle responsabilità tra gli enti locali esistenti nel proprio ordinamento (...) per sottrarsi alla propria responsabilità».

canza di fondi per l'immediata liquidazione delle medesime»¹⁵⁴.

Se realmente potesse accogliersi la tesi prospettata da qualche giudice, secondo cui «l'obbligo dello Stato di dare attuazione alle direttive comunitarie (...) non grava su singole autorità amministrative, ma sul legislatore», e, di conseguenza, dovesse ammettersi che (quantunque vigesse in materia una direttiva, già scaduta e rimasta inattuata) «prima dell'adozione del dlgo n. 257/1991, nessuno degli enti convenuti (...) in (...) giudizio aveva l'obbligo di remunerare le attività svolte dagli specializzandi in medicina»¹⁵⁵, verrebbe gravemente violato uno dei più importanti principi sanciti dalla Corte di giustizia, e segnatamente quello concernente il divieto assoluto di comportamenti (definiti in inglese con la formula "*estoppel*") che consentano allo Stato (e ad ogni suo ente) «di trarre vantaggio dalla sua inosservanza del diritto comunitario»¹⁵⁶.

A voler condurre a conseguenze estreme la riflessione, non sarebbe in questi casi eccessivo parlare di un ingiustificato arricchimento derivante dalla mancata erogazione di una somma dovuta in virtù di una norma sovranazionale non recepita nell'ordinamento italiano¹⁵⁷, né del tutto erroneo affermare, provocatoriamente, che, considerato il mancato riconoscimento di un adeguato corrispettivo ai medici specializzandi prima dell'attuazione della direttiva in Italia, è come se questi ultimi avessero sostanzialmente prestato in nero la propria attività lavorativa all'interno delle strutture sanitarie¹⁵⁸.

¹⁵⁴ Questo è quanto affermato nella summenzionata pronuncia della Sez. VI, n. 1994 del 6 maggio 2008. Si rammenti, sotto questo profilo, che secondo la Corte di giustizia, lo Stato (e, quindi, anche qualunque sua articolazione) non può «invocare norme o prassi del proprio ordinamento (...), né circostanze di fatto che si verifichino in sede nazionale, per giustificare l'inosservanza degli obblighi e dei termini contemplati dalle direttive». Così nella sentenza del 26 febbraio 1976 in causa n. 52/75, *Commissione c. Repubblica italiana*, in questa *Rivista*, 1976, p. 368. I giudici di Lussemburgo hanno anche chiarito in questa pronuncia che non è consentito ad alcuno Stato di «invocare l'eventuale ritardo con cui gli altri Stati membri hanno adempiuto (...) per giustificare l'inadempimento, sia pure temporaneo dei suoi propri obblighi (...)», e che «qualora il termine stabilito per l'attuazione di una direttiva si riveli troppo breve, l'unico rimedio compatibile col diritto comunitario consiste, per lo Stato membro interessato, nel prendere (...) le iniziative idonee allo scopo di ottenere, da parte dell'istituzione comunitaria competente, un'adeguata proroga del termine stesso».

¹⁵⁵ Così il Tribunale di Catania, nella sentenza del 13 febbraio 2004, *cit. supra*, nota 145.

¹⁵⁶ Cfr., tra le tante, le sentenze della Corte di giustizia *Rieser*, *cit. supra*, nota 146, punto 23; *Collino e Chiappero*, *cit. supra*, nota 146, punto 22; *Marshall*, *cit. supra*, nota 146, punto 49; e *Foster*, *cit. supra*, nota 146, punto 17. Si rammenti, infine, che, secondo i giudici di Lussemburgo, «l'esatta attuazione delle direttive è tanto più importante in quanto i provvedimenti d'attuazione sono rimessi alla discrezione degli Stati membri e, ove non raggiungessero gli scopi, esse resterebbero lettera morta (...) dopo la scadenza del termine per l'entrata in vigore dei provvedimenti contemplati, infatti, la disparità dei regimi applicati negli Stati membri potrebbe provocare delle discriminazioni». Così nella sentenza *Commissione c. Repubblica italiana*, del 1976, *cit. supra*, nota 154.

¹⁵⁷ Sembrano escludere una simile conclusione Cass. 18 giugno 2008 n. 16507; Cass. 17 giugno 2008, n. 16385; Cass. 6 luglio 2002 n. 9842.

¹⁵⁸ Interessante appare la ricostruzione fornita dalla Corte di appello di Messina nella sentenza del 15 febbraio 1996, in *Giur. merito*, 1997, p. 751 ss. La pronuncia ha riconosciuto che l'attività prestata dal medico «è oggettivamente configurabile come prestazione di lavoro subordinato», ma ha ritenuto esperibile proprio l'azione di indebito arricchimento (risultando il rapporto di impiego nullo per violazione della vigente legislazione universitaria in materia di assunzioni). Utile appare,

Si consideri, infine, che, pur risultando incontrovertibile quanto rilevato dalla Suprema Corte circa l'ampia discrezionalità concessa agli Stati membri dalla «citata direttiva C.E.E»¹⁵⁹, non sarebbe stato ultroneo per l'organo nomofilattico italiano sollevare un nuovo rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia, diretto stavolta ad ottenere chiarimenti con riferimento alla compatibilità col diritto dell'Unione europea di una normativa, come quella italiana, che (in forza di una consolidata giurisprudenza formatasi negli anni sul punto) esclude la sussistenza di un rapporto contrattuale di lavoro subordinato (o para-subordinato) tra i medici specializzandi e le strutture sanitarie presso cui questi operano a tempo pieno o ridotto, ed ha assolto all'obbligo derivante da una serie di direttive europee predisponendo (almeno fino alla recente riforma della materia) unicamente una borsa di studio a favore degli interessati.

Nonostante si siano correttamente astenuti con riferimento al *quantum* della corresponsione da attribuire agli iscritti alle scuole *post lauream* (affermando, come si è visto, che sul punto la direttiva rinvia alle legislazioni nazionali), non sembra temerario immaginare che, se nuovamente interrogati sotto questo specifico profilo, i giudici di Lussemburgo non adotterebbero un analogo atteggiamento di *self restraint*, ma giungerebbero forse a conclusioni diametralmente opposte rispetto a quelle cui sono pervenute le Sezioni Unite e quasi tutte le autorità giudiziarie italiane.

Angelo Viglianisi Ferraro*

inoltre, un richiamo ai dubbi sollevati dalla stessa Corte di cassazione nella sentenza del 26 maggio 1969 n. 1870, in *Foro it.*, 1969, I, c. 3162 ss.

¹⁵⁹ La quale, nel prevedere unicamente la corresponsione di un'adeguata remunerazione per la formazione a tempo pieno dei dottori in questione, ha vincolato «limitatamente al risultato da raggiungere, e non già in ordine alla forma ed ai mezzi da adottare». Così le Sezioni Unite, nel par. 3.3, della sentenza n. 9147/2009, richiamando Cass. 16 settembre 1995, n. 9789.

* Ricercatore di Diritto Privato / Università "Mediterranea" di Reggio Calabria.

**«PARMESO», «PARMETTA», «PARMESAN»: GLI ULTIMI
TENTATIVI DI PRODUTTORI EUROPEI DI IMITARE
LA DOP «PARMIGIANO REGGIANO»***

I

**Tribunale commerciale di Oviedo
Sentenza del 5 aprile 2010 n. 65/2010¹**

Consorzio del Formaggio Parmigiano Reggiano c. Industrias Lacteas Asturianas S.A.

Regolamento (Ce) n. 510/2006, art. 13, par. 1 - Protezione della denominazione d'origine - Legge spagnola sulla concorrenza sleale (LCS), art. 152.2 - Violazione di una norma avente ad oggetto la disciplina dell'attività concorrenziale - Atto di concorrenza sleale - Azione di risarcimento dei danni - Legittimazione attiva.

L'utilizzo, da parte della convenuta, della denominazione «Parmeso» per identificare e commercializzare formaggio grattugiato, comporta una violazione della denominazione d'origine protetta «Parmigiano Reggiano» ai sensi dell'art. 13, par. 1, lett. b. del Regolamento (Ce) n. 510/2006.

II

**Tribunale regionale (*Landgericht*) di Colonia
Sentenza dell'8 giugno 2010²**

Consorzio del Formaggio Parmigiano Reggiano c. Fuchs Gewürze GmbH

* In argomento v. *infra*, p. 547 ss., il commento di *SERGIO VENTURA*.

¹ Traduzione in lingua italiana, non ufficiale (*n.d.r.*).

² Traduzione in lingua italiana, non ufficiale, curata da *S. VENTURA (n.d.r.)*.

Legge tedesca sui marchi (*Markengesetz*), art. 135 - Regolamento Ce n. 510/2006, art. 13 - Evocazione illecita di una Denominazione di Origine Protetta - Divieto di commercializzazione.

L'uso del termine «Parmetta» per identificare prodotti caseari non conformi al disciplinare del formaggio "Parmigiano Reggiano" costituisce un'evocazione illecita della denominazione di origine protetta di questo formaggio. È quindi vietata la commercializzazione dei suddetti prodotti sotto la denominazione «Parmetta».

III

**Corte d'appello di Berlino
Sentenza del 15 giugno 2010³**

Presidente, *Schmelz* - Giudici, *Pahl e Johansson*

Allgäuland-Käsereien GmbH c. Consorzio del Formaggio Parmigiano Reggiano

Regolamento (Ce) n. 510/2006, art. 13, par. 1 - Protezione delle denominazioni d'origine e delle indicazioni geografiche - Valutazione del carattere generico di una denominazione - Onere della prova a carico dell'utilizzatore - Non è dimostrato che «Parmesan» sia divenuta una denominazione generica - Legittimazione attiva - Diritto al risarcimento dei danni.

All'attore spetta un diritto di esclusione nei confronti del convenuto in relazione all'utilizzo delle denominazioni «Parmigiano» o «Bio-Parmesan» o «Parmesan» per i prodotti caseari che non siano conformi al disciplinare stabilito per il prodotto «Parmigiano Reggiano» ai sensi del Regolamento (Ce) n. 510/2006.

I

(Omissis) **In diritto**

Secondo. - Quanto all'esistenza di una violazione della Denominazione d'Origine Protetta da parte della convenuta

Le diverse azioni esercitate dalla parte attrice hanno come denominatore comune la violazione della normativa comunitaria sulla protezione delle Indicazioni geografiche e delle Denominazioni d'Origine dei prodotti agricoli e alimentari. La nor-

³ Traduzione in lingua italiana, non ufficiale (*n.d.r.*).

mativa a tutela delle denominazioni d'origine protette (DOP) è contenuta nel Regolamento (Ce) n. 510/06 del Consiglio sulla protezione delle Indicazioni geografiche e delle Denominazioni d'Origine dei prodotti agricoli e alimentari – che sostituisce il Regolamento (Cee) n. 2081/92, del 14 luglio 1992 –, il cui art. 13[.1] stabilisce quanto segue: (*Omissis*)

Partendo da questo quadro normativo, la prima questione è determinare se la condotta seguita dalla società convenuta costituisce o meno una violazione della normativa summenzionata. A questo punto, sembra opportuno fare un breve resoconto sui fatti:

- La denominazione «Parmigiano Reggiano» costituisce dall'anno 1996 una DOP nell'ambito dell'Unione europea, essendo stata registrata per «Formaggi» tramite il Regolamento (Ce) n. 1107/96 della Commissione, del 12 giugno 1996, entrato in vigore il 21 giugno 1996 (vedi Allegato del succitato Regolamento nella categoria «Formaggi» per l'Italia).

- Dall'entrata in vigore del Regolamento comunitario n. 510/06 [*rectius*: n. 2081/92 *n.d.r.*], e per il semplice fatto che la DOP dell'attrice risulta elencata nell'Allegato del Regolamento n. 1107/96, la stessa è stata iscritta automaticamente sul registro comunitario di denominazioni d'origine protette e di indicazioni geografiche protette, conformemente alla Disposizione Transitoria inclusa nell'art. 17.1 del Regolamento n. 510/06 [*rectius*: n. 2081/92 *n.d.r.*].

- L'art. 4.1 del citato Regolamento n. 510/06 [*rectius*: n. 2081/92 *n.d.r.*] esige che, per beneficiare di una denominazione d'origine protetta (DOP) o di un'indicazione geografica protetta (IGP), un prodotto agricolo o alimentare deve essere conforme ad un disciplinare, spiegando nel dettaglio al par. 2 una serie di elementi necessari a cui dovrà rimettersi obbligatoriamente il disciplinare stesso. Orbene, il disciplinare relativo alla DOP «Parmigiano Reggiano» comprende la delimitazione della zona geografica d'origine (corrispondente con le province di Parma, Reggio nell'Emilia, Modena, Bologna a la sinistra del fiume Reno, e Mantova alla destra del fiume Po), nonché la descrizione del metodo di ottenimento del prodotto: «le bovine sono allevate con foraggi naturali e sono munte due volte al giorno; il latte crudo si trasforma in formaggio grazie all'abilità e le conoscenze tradizionali del casaro, e con il divieto assoluto di qualsiasi additivo, la maturazione del formaggio si protrae fino ad almeno 12 mesi, durante i quali il formaggio acquista profumi, aromi, struttura e digeribilità» (*Omissis*).

- La società commerciale convenuta Industrias Lacteas Asturianas, S.A. (nel prosieguo ILAS) – titolare del marchio «Reny Picot» – aveva commercializzato tramite l'esercizio Alcampo sito in Alicante, in data 15 marzo 2008, un «formaggio grattugiato in polvere» sotto la denominazione di «Parmeso», e che veniva distribuito sotto il marchio «Reny Picot». Questa commercializzazione è provata dal documento n. 18 della citazione (consistente nella confezione del formaggio), nonché dallo scontrino d'acquisto nell'Ipermercato Alcampo (documento n. 18a).

- Come può desumersi dalla confezione a cui si fa riferimento e ammessa agli atti, tra gli ingredienti del formaggio commercializzato dalla convenuta c'è la «Lisozima E-1105», oltre a latte vaccino pastorizzato, fermenti lattici, sale e caglio. (*Omissis*)

A questo punto, il Magistrato giudicante nutre pochi dubbi sulla realizzazione da parte della convenuta di una condotta chiaramente in violazione della legislazione a tutela delle DOP: è palese che la convenuta ha fatto uso sul mercato spagnolo

di una denominazione («Parmeso») per identificare nello stesso un formaggio non corrispondente al disciplinare della DOP «Parmigiano Reggiano», sia perché non possiede il vincolo imprescindibile con la propria zona d'origine, sia per la mancata conformità al disciplinare di produzione del formaggio, giacché in quest'ultimo è contenuto esplicito divieto di qualsiasi tipo di additivo nella lavorazione, a causa di uno stretto legame concettuale tra il termine «Parmeso» e quello protetto dalla DOP. In questo senso, l'uso da parte della convenuta della denominazione «Parmeso» deve essere valutato quale un'effettiva evocazione della DOP «Parmigiano Reggiano» ai sensi dell'art. 13, par. 1, lett. *b.*, del Regolamento n. 510/06 e, come tale, l'uso del termine «Parmeso» per un formaggio non corrispondente al disciplinare della DOP «Parmigiano Reggiano» deve essere considerato come una violazione della protezione derivante dall'art. 13.1.*b.* del succitato Regolamento.

Facciamo nostra la giurisprudenza consolidata della CGE che interpreta il concetto di «evocazione», nonché la relativa estensione e ambito di tutela del Regolamento comunitario. Così, nella sentenza della CGE datata 4 marzo 1999, nella causa n. C-87/97, viene espresso che «detto termine si riferisce all'ipotesi in cui il termine utilizzato per designare un prodotto incorpori una parte di una denominazione protetta, di modo che il consumatore, in presenza del nome del prodotto, sia indotto ad aver in mente, come immagine di riferimento, la merce che fruisce dalla denominazione», aggiungendo in detta sentenza che «può esservi l'evocazione di una DOP in mancanza di qualunque rischio di confusione tra i prodotti di cui è causa». A proposito delle presenti considerazioni, la CGE aveva precedentemente analizzato l'esistenza di evocazione della DOP controversa a causa dell'impiego della denominazione «Parmesan» nella causa n. C-132/05, avente ad oggetto un ricorso per inadempiamento interposto dalla Commissione contro la Repubblica Federale Tedesca. Nel succitato procedimento, la CGE aveva concluso che la prossimità concettuale, nonché le somiglianze fonetiche e visive possono far sì che il consumatore sia indotto ad aver in mente il formaggio che fruisce dalla DOP «Parmigiano Reggiano» quando si trovi davanti ad un formaggio a pasta dura, grattugiato o destinato a essere grattugiato, dotato della denominazione «Parmesan», motivi per i quali deduce l'esistenza di una violazione per evocazione della DOP nei termini dell'art. 13.2.*b.* del precedente Regolamento n. 2081/92. In questo senso, considerando la giurisprudenza invocata, sarebbe totalmente illogico che, essendoci evocazione per l'impiego del termine «Parmesan», non si rilevasse detta evocazione per l'impiego della denominazione qui denunciata «Parmeso», essendo palesi i legami fonetici e concettuali esistenti tra entrambi termini.

D'altro canto, è irrilevante ai fini della tutela conferita dal Regolamento comunitario, che la Denominazione d'Origine Protetta sia «Parmigiano Reggiano», e non semplicemente «Parmigiano», poiché è evidente che l'impiego – pur tramite semplice evocazione della denominazione protetta – costituisce una chiara violazione della stessa nell'insieme, dato che riguarda uno degli elementi essenziali della DOP, così come era stato ritenuto dalla CGE nella violazione commessa per l'impiego della denominazione «Parmesan».

Terzo. - La violazione della normativa delle Denominazioni d'Origine Protette come un atto di concorrenza sleale

Sembra non sollevare dubbi il fatto che il Regolamento comunitario relativo alla tutela delle indicazioni geografiche e delle denominazioni d'origine dei prodotti agricoli e alimentari, nonché i Regolamenti relativi alla registrazione di dette indicazioni e denominazioni per quanto riguardano la denominazione e il disciplinare del «Parmigiano Reggiano», costituiscono norme giuridiche che regolano l'attività concorrenziale, dato che delimitano le attuazioni degli operatori del mercato per la commercializzazione dei prodotti oggetto di controversia, restringendo il modo in cui devono essere commercializzati alcuni prodotti tutelati dalla Denominazione d'Origine Protetta, dato che trattasi di norme che stabiliscono determinati requisiti e divieti nella produzione, lavorazione, designazione e commercializzazione dei formaggi prodotti in determinate zone d'Italia.

In questo senso, la conseguenza logica di aver definito il comportamento denunciato dall'attrice come costitutivo di una violazione della legislazione regolatrice delle DOP, e di aver qualificato la citata normativa comunitaria quale regolatrice dell'attività concorrenziale, non è altro che considerare condotta che costituisce di per sé stessa un illecito concorrenziale ai sensi dell'art. 15.2 della LCS («violazione della normativa»), il quale letteralmente stabilisce quanto segue: «sarà anche considerata sleale la semplice violazione di norme giuridiche aventi ad oggetto la regolazione dell'attività concorrenziale».

Quarto. – Quanto alle ragioni di opposizione della convenuta

A. In primo luogo, la convenuta si oppone all'esistenza di infrazione della DOP argomentando che la denominazione «Parmeso» è registrata presso diverse istituzioni tedesche in favore della società commerciale di diritto tedesco Allgauland-Kaserein GmbH, in considerazione del fatto che in data 24 marzo 2006 la convenuta raggiungeva un accordo commerciale in virtù del quale la prima autorizzava la società convenuta a utilizzare il nome Parmeso nei mercati spagnolo e portoghese.

(*Omissis*) Sulla presente questione, sembra opportuno fare riferimento a quanto disposto nella Legge n. 17/2001, del 7 dicembre, sui Marchi, (*Omissis*) una volta stabilito l'ambito di applicazione della norma per la tutela dei segni distintivi iscritti sul Registro dei Marchi (art. 1), si enuncia che «il diritto di proprietà sul marchio e il nome commerciale si acquisiscono tramite la registrazione validamente effettuata conformemente alle disposizioni della presente Legge» (art. 2.1 L.M.). Per questo motivo, il fatto che il nome «Parmeso» sia stato oggetto d'iscrizione come marchio in un Registro straniero, non è sufficiente per giustificare la tutela interessata (seppure sotto forma di opposizione all'azione esercitata dall'attrice), (*Omissis*) la tutela raggiunta dall'iscrizione del nome presso un Registro della proprietà industriale di un Paese straniero riguarda esclusivamente l'ambito territoriale di detto Paese, per il principio d'iscrizione costitutiva indicato nell'art. 2 della LM. (*Omissis*)

B. In secondo luogo, la convenuta adduce che alla data in cui veniva interposto l'atto di citazione (13 marzo 2009) il prodotto oggetto della controversia non era più commercializzato tramite l'uso del termine «Parmeso» denunciato dalla parte attrice e, più precisamente, viene evidenziato che dal mese di febbraio 2009 il prodotto non era più identificato con il marchio registrato «Parmeso», ma con «formaggio grattugiato speciale per pasta», e sotto il marchio «Reny Picot». (*Omissis*)

Da quanto esposto può concludersi che la convenuta, in data 19 febbraio 2009,

si trovava nelle condizioni di non utilizzare le etichette che facevano riferimento alla DOP. Tuttavia, come sottolinea la parte attrice, in data successiva a febbraio 2009, la convenuta faceva uso non autorizzato della DOP e, concretamente, in due occasioni debitamente comprovate: da una parte, nel Salón Internacional Gourmets, svolto presso IFEMA (Fiera di Madrid), padiglione 4, in data 2 aprile 2009 (verbale di attestazione notarile prodotto come documento n. 1 dell'udienza preliminare), (*Omissis*). D'altra parte, nell'udienza preliminare, l'attrice aveva anche prodotto (documento n. 2) il contenuto della *brochure* della pagina Web della società convenuta in cui si distingue chiaramente l'impiego della denominazione Parmeso nelle etichette del formaggio messo in commercio dalla stessa.

La convenuta afferma che questi usi della DOP non possono essere considerati come introduzione nel mercato né commercializzazione in senso stretto, per cui non ci sarebbe violazione della legislazione sulla concorrenza sleale. Orbene, alla luce di quanto disposto nell'art. 2 della Legge sulla Concorrenza sleale, sembra difficile dedurre che detto uso della DOP non comporti un atto illecito. Così, nel succitato articolo, nel regolare l'ambito oggetto di applicazione della norma si stabilisce che verranno considerati atti di concorrenza sleale «quelli effettuati nel mercato con scopi concorrenziali», aggiungendo nel par. 2 che «verrà presunta la finalità concorrenziale dell'atto quando, per le circostanze in cui venga effettuato, si riveli obiettivamente idoneo per promuovere o assicurare la diffusione sul mercato delle prestazioni proprie o di un terzo».

A questo punto, è palese che le due condotte denunciate e comprovate dalla parte attrice costituiscono atti obiettivamente idonei per promuovere la diffusione sul mercato di prestazioni proprie, e non può ritenersi che la convenuta avesse rispettato l'intimazione se continuava ad utilizzare la denominazione in ambiti la cui finalità essenziale è farsi conoscere tra i clienti, come ad esempio Internet oppure una Fiera Internazionale.

Pertanto, possiamo concludere che la convenuta faceva un uso indebito della DOP tramite l'impiego del nome «Parmeso» nei propri prodotti di formaggio grattugiato, e lo faceva tutelata dalla legislazione spagnola sui marchi, unica applicabile nella fattispecie, dato che il nome non era registrato come marchio nell'Ufficio Spagnolo di Brevetti e Marchi. La convenuta, inoltre, aveva continuato a utilizzare il succitato nome malgrado le intimazioni effettuate dalla parte attrice e dall'amministrazione autonoma competente, sia in modo diretto sulle etichette identificative dei propri prodotti, sia negli atti effettivi di captazione di clienti sul mercato come le Fiere Internazionali e Internet.

Quinto. - Quanto all'azione di risarcimento danni e la pubblicazione della sentenza

(*Omissis*)

II

(Omissis) In fatto

L'attore denuncia un'evocazione illecita della denominazione di origine protetta «Parmigiano Reggiano». Il 26 gennaio 2010 questo tribunale ha adottato a richiesta dell'attore un provvedimento d'urgenza con l'ordinanza seguente: *(Omissis)* «È vietata la commercializzazione in Germania sotto la denominazione "Parmetta" dei prodotti caseari raffigurati negli allegati (Parmetta Kräuter, Parmetta Bolognese, Parmetta Basilikum, Parmetta Knoblauch, Parmetta Tomate, Parmetta Pesto)».

La convenuta si è opposta al provvedimento di urgenza e l'attore ha chiesto la sua convalida.

(Omissis) In diritto

I. Il provvedimento d'urgenza del 26 gennaio 2010 deve essere confermato.

1. Anche se si tiene conto degli argomenti contrari della società convenuta si deve procedere prendendo in considerazione una violazione dell'art. 135 della legge sui marchi e dell'art. 13 del regolamento (Ce) n. 510/2006. *(Omissis)*

La denominazione «Parmetta» costituisce una diretta evocazione della DOP «Parmigiano Reggiano».

Come nel caso del termine «Parmesan» anche nel caso della denominazione «Parmetta» esiste una similitudine sia fonetica che ottica con la DOP «Parmigiano Reggiano». Ambedue i termini cominciano con la sillaba «Parm». Anche la denominazione «Parmetta» assume – specialmente per la sua finale «-etta» una risonanza italiana, che è qui ancora accentuata dall'imballaggio del prodotto.

Infatti su esso figura un pezzo di formaggio a pasta dura per lo meno simile al Parmigiano. Questa associazione è rafforzata dal riferimento al possibile uso per pizza e pasta, tipico per il «Parmigiano Reggiano». Se questa associazione non fosse intenzionale, non si capirebbe perché la convenuta abbia scelto per il suo prodotto proprio la denominazione «Parmetta» *(Omissis)*.

La convenuta non pretende esplicitamente che il formaggio italiano a pasta dura elencato nella lista degli ingredienti del suo prodotto (54%) sia un autentico «Parmigiano Reggiano». Ma si può anche prescindere da questo aspetto. Infatti, in ogni caso, il prodotto contiene anche il «17% di una preparazione casearia», cioè di un c.d. «formaggio analogo», che in nessun modo soddisfa alla esigenza del «Parmigiano Reggiano».

Poiché la percentuale di formaggio contenuta nel prodotto non soddisfa a questa esigenza, non occorre prendere posizione in merito alla legittimità o meno dell'uso della DOP o di una sua evocazione nell'ipotesi di un prodotto tra i cui ingredienti figurano anche il «Parmigiano Reggiano» (cfr. in proposito – in senso negativo – la sentenza del Tribunale regionale di Berlino sulla menzione «mit Spreewälder Gurken»).

(Omissis)

III

(*Omissis*)

B.

I. L'appello del convenuto è stato presentato in maniera lecita e consentita, in particolare nella forma e nei tempi corretti.

L'appello del convenuto non è tuttavia fondato.

Il tribunale regionale ha correttamente accolto la misura inibitoria rivendicata dall'attore sulla base del par. 135 della legge sui marchi (*MarkenG*) in combinato disposto con l'art. 13 par. 1 cpv. 1 lit. *b.* del regolamento (Ce) n. 510/2006 e par. 8 comma 3 n. 2 della legge contro la concorrenza sleale (*UWG*). (*Omissis*)

1. L'attore gode di legittimazione attiva ai sensi del par. 135 della legge sui marchi e del par. 8 comma 3 n. 2 della legge contro la concorrenza sleale. (*Omissis*)

2. Contrariamente al parere del convenuto, non si desume che il termine «Parmesan» sia una denominazione generica.

a. Il parere del convenuto secondo cui ci si dovrebbe basare unicamente, o per lo meno preferibilmente, sulla situazione esistente in Italia non è corretto.

Ai sensi del regolamento (Ce) n. 510/2006 s'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 (art. 3 comma 1 cpv. 2 del regolamento (Ce) n. 510/2006).

Per determinare se una denominazione sia divenuta generica o meno, si tiene conto di tutti i fattori, in particolare della situazione esistente negli Stati membri e nelle zone di consumo e delle pertinenti legislazioni nazionali o comunitarie (art. 3 comma 1 cpv. 3 del regolamento (Ce) n. 510/2006).

Per determinare se una denominazione sia divenuta generica, si devono considerare obbligatoriamente i fattori espressamente enumerati all'art. 3 comma 1 cpv. 2 del regolamento (Ce) n. 510/2006 (cfr. Corte di giustizia delle Comunità europee GRUR Int 1999, 532), soprattutto anche della situazione esistente negli Stati membri e nelle zone di consumo.

b. Il tribunale regionale presuppone, a ragione, che per il carattere eccezionale dell'art. 13 comma 1 cpv. 2 del regolamento (Ce) n. 510/2006 al convenuto compete l'onere dichiarativo e della prova per l'affermazione secondo cui la denominazione «Parmesan» sarebbe divenuta una denominazione generica (cfr. anche Corte di giustizia delle Comunità europee GRUR 2008, 524).

Il tribunale regionale ha opportunamente motivato, laddove in questo procedimento non vi è riuscito il convenuto, a riportare fatti sufficienti a sostegno della sua affermazione.

Come già argomentato dal tribunale regionale, al fine di valutare se un termine è divenuto una denominazione generica, la Corte di giustizia delle Comunità europee non solo si basa sui fattori espressamente enumerati all'art. 3 comma 1 cpv. 3 del regolamento (Ce) n. 510/2006, ma anche sul territorio della produzione e del prodotto interessato, sia all'interno che all'esterno dello Stato membro che ha ottenuto la registrazione della denominazione in questione, sull'uso di questo prodotto, l'interpretazione di tale denominazione da parte dei consumatori all'interno e all'esterno

dello Stato membro menzionato, l'esistenza di una normativa nazionale specifica per il prodotto menzionato e il tipo di utilizzo della denominazione in questione nelle norme di legge comunitarie (cfr. Corte di giustizia delle Comunità europee GRUR 2008, 524). (*Omissis*)

aa. Per il fatto che solo «Parmigiano Reggiano» è registrato come denominazione d'origine protetta, e non il termine «Parmesan», non si può concludere che «Parmesan» sia una denominazione generica.

Le denominazioni registrate non solo vengono tutelate contro qualsiasi impiego diretto o indiretto (art. 13 comma 1 cpv 1 lett. *a.* del regolamento (Ce) n. 510/2006), bensì, tra l'altro, anche contro qualsiasi usurpazione, imitazione o evocazione (art. 13 comma 1 cpv. 1 lett. *b.* del regolamento (Ce) n. 510/2006).

Se dalla protezione della denominazione d'origine protetta «Parmigiano Reggiano» viene rilevata un'evocazione prodotta dall'uso del termine «Parmesan» non sarà per forza necessaria una registrazione separata dal termine «Parmesan» come denominazione d'origine protetta. (*Omissis*)

ee. Per quanto concerne la questione se in Germania «Parmesan» sia una denominazione generica per formaggio a pasta dura (grattugiato) d'origine non ben specificata si può ricorrere alle norme elaborate per la valutazione del rischio d'inganno ai sensi del par. 5 della legge sulla concorrenza sleale. Il regolamento (Ce) n. 510/2006 si prefigge di tutelare anche i consumatori dagli inganni (cfr. motivazioni n. 3 e 4 e art. 13 comma 1, in particolare art. 13 comma 1 cpv. 1 lett. *c.* del regolamento).

Determinante per verificare l'interpretazione della denominazione «Parmesan» da parte dei consumatori tedeschi è la concezione dei circoli di operatori del mercato ai quali viene indirizzata l'offerta di «Parmesan» (cfr. Bornkamm in: Köhler/Bornkamm, legge contro la concorrenza sleale, 28a ed., par. 5, numero marginale 2.67). Per determinare l'interpretazione decisiva del mercato, ci si dovrà pertanto basare su consumatori mediamente informati e accorti. Il grado di attenzione, con il quale il consumatore considera l'offerta, si basa sulla situazione e soprattutto sull'importanza che per lui hanno i prodotti o i servizi presentati (cfr. Corte Federale di Cassazione WRP 2002, 81 = NJW 2001, 3193, 3195 - Anwalts- und Steuerkanzlei; Corte Federale di Cassazione GRUR 2004, 244 = NJW 2004, 1163 - Marktführerschaft; Corte Federale di Cassazione GRUR 2005, 690 = NJW 2005, 2229, 2230 - Internet-Versandhandel; Corte d'Appello di Stoccarda NJW 2006, 2273 - Bodenseekanzlei). Poiché i membri del tribunale fanno parte della cerchia di persone che acquista formaggio a pasta dura (grattugiato), in linea di massima sono in grado di valutare direttamente la forza espressiva del termine «Parmesan» secondo l'interpretazione dei consumatori tedeschi, basandosi sulla propria opinione ed esperienza (cfr. Corte Federale di Cassazione WRP 2002, 81 = NJW 2001, 3193, 3195 - Anwalts- und Steuerkanzlei; Corte Federale di Cassazione GRUR 2004, 244 = NJW 2004, 1163, 1164 - Marktführerschaft; Corte d'Appello di Stoccarda NJW 2006, 2273 - Bodenseekanzlei).

Il livello di attenzione del consumatore rispetto al termine «Parmesan» non è molto elevato nell'uso quotidiano di questo alimento e rispetto al prezzo relativamente basso.

Nonostante il basso livello di attenzione con il quale il consumatore si avvicina a un prodotto denominato «Parmesan», non si deve dedurre che il termine «Parmesan» sia divenuto la denominazione comune per un determinato tipo di formaggio a pasta dura, per un formaggio a pasta dura grattugiato o formaggio a pasta dura che

può essere grattugiato, o un formaggio a pasta dura in generale, indipendentemente dall'origine del prodotto.

Con le denominazioni di formaggi che sono divenute denominazioni generiche, ad esempio «Edamer» o «Emmentaler», si collega la vendita a una determinata aspettativa di gusto e aspetto. I diversi tipi di formaggi a pasta dura, come Pecorino e Gruviera, si differenziano chiaramente per il loro sapore. La denominazione «Parmesan» desta nel consumatore l'aspettativa di un formaggio con un sapore come il «Parmigiano Reggiano» e non solo aspettative relative alla consistenza del formaggio accentuate dal convenuto e alla sua caratteristica di poter essere grattugiato. Questa aspettativa di gusto dovrebbe essere un criterio determinante per la scelta del consumatore.

Inoltre il consumatore attento alle situazioni, mediamente informato e accorto, collega il termine «Parmesan» almeno all'aspettativa di trovarsi di fronte a un prodotto italiano. (*Omissis*)

Questa immagine viene documentata dalla presentazione con la quale il convenuto ha venduto «Parmesan». Sulla confezione raffigurata nell'allegato K 21 della memoria dell'attore del 28 giugno 2007 (p. 1/196 dell'allegato) si trova la dicitura «formaggeria», ovvero un'espressione italiana che ad oggi non è entrata a far parte del linguaggio comune tedesco, e la rappresentazione di un paesaggio che non ricorda l'Allgäu, bensì l'Italia. (*Omissis*).

OSSERVAZIONI IN MARGINE ALLE SENTENZE DEL TRIBUNALE DI OVIEDO, DEL TRIBUNALE REGIONALE DI COLONIA E DELLA CORTE D'APPELLO DI BERLINO RELATIVE ALLA PROTEZIONE DELLA DOP «PARMIGIANO REGGIANO»

Sommario: *Premessa - 1. La sentenza della Corte d'appello di Berlino - 2. La sentenza del Tribunale commerciale di Oviedo - 3. La sentenza del Tribunale regionale di Colonia - 4. Conclusioni.*

Premessa

Le tre sentenze oggetto di questo commento devono essere lette tenendo presente la sentenza della Corte di giustizia delle Comunità europee del 26 febbraio 2008 in causa n. C-132/05¹. In questa causa, che opponeva la Commissione europea alla Repubblica federale di Germania, la Corte era chiamata a decidere se la denominazione «Parmesan», utilizzata in Germania per un formaggio a pasta dura, potesse essere considerata generica all'interno del territorio tedesco e, quindi, potesse continuare ad essere utilizzata su tale territorio in concomitanza (e in concorrenza) con la denominazione di origine protetta «Parmigiano Reggiano». Nella sua sentenza la Corte, anche se (sia pure in modo indiretto) non ha ammesso il carattere generico del termine «Parmesan», ha lasciato la porta aperta ad eventuali pronunce di giudici nazionali, che potrebbero arrivare, per determinate fattispecie, a conclusioni diverse. Si tratta, quindi, di una sentenza deludente, se non addirittura "sbagliata", in quanto ha accolto una tesi potenzialmente contraria all'uniformità di applicazione del Regolamento (Ce) n. 510/2006.

Inoltre, per quanto riguarda la sentenza della Corte d'appello di Berlino, occorre riferirsi anche alla sentenza del Tribunale regionale di Berlino del 22

¹ In *Raccolta*, 2008, I, p. 957 e in questa *Rivista*, 2008, p. 317 ss., con commento di S. VENTURA, *Il caso Parmesan visto dalla Corte di giustizia - Una sentenza deludente - A proposito della DOP «Parmigiano Reggiano» e del suo sinonimo «Parmesan»*, p. 323 ss. e con nota di F. CAPELLI, *La sentenza Parmesan della Corte di giustizia: una decisione sbagliata. Nota alla sentenza in causa n. C-132/2005 del 26 febbraio 2008*, p. 329 ss.

aprile 2008², emessa nella causa che opponeva il Consorzio del formaggio Parmigiano Reggiano (attore) alla Allgäuland-Käsereien GmbH (convenuta). Nella predetta sentenza il Tribunale aveva deciso che spettava all'attore un diritto di esclusione nei confronti della società convenuta in relazione all'utilizzo delle denominazioni «Parmigiano» o «Bio-Parmesan» o «Parmesan» per i prodotti caseari non conformi al disciplinare stabilito per il prodotto «Parmigiano Reggiano» ai sensi del regolamento (Ce) n. 510/2006. Nella motivazione della sentenza il Tribunale aveva precisato che *non era dimostrato che il termine «Parmesan» fosse diventato una denominazione generica.*

1. La sentenza della Corte d'appello di Berlino

La controversia oggetto della citata sentenza del Tribunale di Berlino è stata portata all'esame della Corte d'appello su ricorso sia dell'attore che della parte convenuta. Nella sua sentenza la Corte ha rigettato l'appello della società convenuta mentre ha riconosciuto all'attore il diritto al risarcimento di tutti i danni subiti (o che ancora subirà) per le azioni descritte nella sentenza del Tribunale. Essa ha peraltro rigettato parzialmente l'appello dell'attore, nella misura in cui ha riconosciuto il diritto al risarcimento soltanto dei danni propri dell'attore e non degli eventuali danni subiti dai soci del Consorzio.

I punti salienti della sentenza della Corte d'appello riguardano la legittimazione ad agire dell'attore ed il presunto carattere generico della denominazione «Parmesan».

Sul primo punto, per respingere la tesi della parte convenuta, la Corte d'appello si è riferita ampiamente allo statuto del Consorzio, ma anche alla legge tedesca sui marchi (par. 135) e alla legge tedesca contro la concorrenza sleale (par. 8, comma 3, n. 2). Sul secondo punto la Corte ha confermato la sentenza del Tribunale, precisando che l'onere della prova del carattere generico della denominazione incombeva al convenuto e, poiché costui non aveva riferito fatti concreti per documentare la sua tesi, non si poteva concludere che «Parmesan» fosse una denominazione generica. Come il Tribunale, anche la Corte d'appello si è riferita, nella sua motivazione, alla citata sentenza della Corte di giustizia del 26 febbraio 2008 e all'art. 3 del regolamento (Ce) n. 510/2006, nonché alla legge tedesca contro la concorrenza sleale (par. 5) e alla legge tedesca sui marchi (par. 135).

Questo collegamento tra il Regolamento comunitario e le leggi nazionali è la conseguenza diretta della posizione presa dalla Corte di giustizia nella

² In questa *Rivista*, 2008, p. 359 ss., con commento di S. VENTURA, *Il caso Parmesan visto da un tribunale tedesco - Osservazioni in margine alla sentenza del Tribunale di Berlino sulla denominazione «Parmesan»*, p. 367 ss.

citata sentenza (causa n. C-132/05), che permette di trattare in modo diverso, in due diversi Stati membri, la stessa denominazione d'origine. Questa posizione appare in contrasto con l'art. 10 e con il punto 16 della motivazione del regolamento (Ce) n. 510/2006.

2. La sentenza del Tribunale commerciale di Oviedo

Questa sentenza fa seguito ad un'azione intentata dal Consorzio del formaggio Parmigiano Reggiano contro una società (Industrias Lacteas Asturianas SA) che aveva commercializzato un formaggio grattugiato in polvere sotto la denominazione «Parmeso».

L'azione del Consorzio era basata, da un lato, sull'art. 13, par. 1, lett. b. del regolamento (Ce) n. 510/2006, che protegge le DOP contro qualsiasi usurpazione, imitazione o evocazione e, dall'altro, sulla normativa spagnola contro la concorrenza sleale.

Si deve notare che, in questo caso, la società convenuta non ha invocato il carattere generico della denominazione «Parmeso», ma ha argomentato che la stessa è stata registrata in Germania in favore della Allgäuland-Käsereien GmbH e che quest'ultima ha autorizzato la convenuta a utilizzare la denominazione predetta nei mercati spagnolo e portoghese.

Si tratta di un argomento che il Tribunale non ha avuto difficoltà a respingere, ricordando che l'iscrizione nel registro di un altro Paese non può essere invocata a tutela di una denominazione che non è stata iscritta nel registro spagnolo dei marchi in conformità con la legge n. 17/2001, del 7 dicembre 2001.

Il Tribunale ha accolto invece gli argomenti dell'attore. Da un lato, riferendosi alla giurisprudenza della Corte di giustizia sul concetto di «evocazione», il Tribunale precisa che sarebbe «totalmente illogico» che, essendovi evocazione per l'impiego del termine «Parmesan», non si rilevasse detta evocazione per l'impiego del termine «Parmeso», «essendo palesi i legami fonetici e concettuali esistenti tra entrambi i termini». D'altro canto, il Tribunale non ha dubbi sul fatto che la normativa comunitaria relativa alla tutela delle DOP regola l'attività concorrenziale. Ne consegue che la violazione della predetta normativa deve essere considerata «un illecito concorrenziale ai sensi dell'art. 15.2 della LCS» (legge spagnola sulla concorrenza sleale).

Come nel procedimento innanzi alla Corte d'appello di Berlino, anche innanzi al Tribunale di Oviedo è stata dibattuta la questione relativa alla legittimazione ad agire del Consorzio e, concretamente, della sua legittimazione ad ottenere il risarcimento dei danni arrecati dall'atto di concorrenza sleale. Facendo riferimento alle regole sulla legittimazione attiva date dalla legge spagnola n. 29/2009 (art. 33) e tracciando un parallelo tra gli scopi del Con-

sorzio e quelli dei Consigli Regolatori spagnoli («il Consorzio ha come scopo ultimo la tutela del consumatore innanzi a quegli atti che comportino una flagrante violazione delle norme che regolano la concorrenza sul mercato»), il Tribunale riconosce al Consorzio la legittimazione attiva. Secondo il Tribunale, «ammettere un'interpretazione della normativa in senso contrario» sarebbe «svuotare del suo contenuto» la norma della LCS (art. 32, 1, 5°) relativa all'esercizio delle azioni di risarcimento dei danni «dato che difficilmente gli ultimi lesi (i produttori del formaggio tutelati dalla DOP) eserciteranno le azioni previste dalla legislazione spagnola, soprattutto in un caso come quello di specie in cui gli illeciti concorrenziali si sono verificati in un Paese straniero e per quantità non molto elevate».

3. La sentenza del Tribunale regionale di Colonia

Questa sentenza era stata preceduta da un provvedimento d'urgenza emanato con ordinanza dello stesso Tribunale il 26 gennaio 2010. In virtù di questa ordinanza il Consorzio del formaggio Parmigiano Reggiano aveva ottenuto la sospensione immediata della commercializzazione in Germania di una serie di prodotti denominati «Parmetta» (Parmetta Kräuter, Parmetta Bolognese, Parmetta Basilikum, Parmetta Knoblauch, Parmetta Tomate, Parmetta Pesto) fabbricati dalla Fuchs Gewürze GmbH.

Con la sentenza dell'8 giugno 2010 il Tribunale ha convalidato la precedente ordinanza. Anche la motivazione di questa sentenza, come quelle delle due sentenze sopra richiamate, si riferisce essenzialmente alla legge nazionale sui marchi ed all'art. 13, par. 1, lett. *b.* del Regolamento (Ce) n. 510/2006.

Degna di nota è la parte della motivazione dedicata all'analisi del termine «Parmetta» per dimostrare che questo nome (come l'analogo «Parmesan») costituisce un'evocazione della DOP «Parmigiano Reggiano». Si tratta di un'evocazione illegittima – si legge anche nella motivazione – poiché i prodotti in questione non sono conformi al disciplinare di produzione del «Parmigiano Reggiano».

Dopo aver constatato che la ditta Fuchs non pretende che il formaggio contenuto nei suoi prodotti sia un autentico «Parmigiano Reggiano», il Tribunale non prende posizione in merito alla legittimità o meno dell'uso della DOP o di una sua evocazione nell'ipotesi di un prodotto tra i cui ingredienti figurano anche questo formaggio. È significativo, tuttavia, che il Tribunale rinvia, in proposito, ad una sentenza del Tribunale regionale di Berlino, che si è pronunciato in senso negativo in una fattispecie relativa all'uso della menzione «mit Spreewälder Gurken».

4. Conclusioni

Le tre sentenze in esame, anche se tutte sostanzialmente favorevoli al Consorzio del Parmigiano Reggiano, confermano il timore espresso alla lettura della sentenza della Corte di giustizia del 26 febbraio 2008 in causa n. C-132/05³, che ha accolto una tesi potenzialmente contraria all'applicazione uniforme del Regolamento (Ce) n. 510/2006. Purtroppo, non si tratta di un caso isolato. Negli ultimi anni non sono mancate le sentenze della Corte di giustizia, che hanno sollevato problemi di interpretazione invece di risolverli.

Un esempio recente è quello della sentenza del 24 giugno 2010 in causa n. C-375/08 (non ancora pubblicata), relativa all'ammissibilità delle domande di premi speciali ai bovini maschi ai sensi del Regolamento (Ce) del 17 maggio 1999, n. 1254. Infatti, nel dispositivo di questa sentenza si legge che la normativa comunitaria «non subordina l'ammissibilità di una domanda di premi speciali ai bovini maschi e di pagamento per l'estensivizzazione alla produzione di un titolo giuridico valido che giustifichi il diritto del richiedente di utilizzare le superfici foraggere oggetto di tale domanda di aiuti. *Tuttavia, la normativa comunitaria non osta a che gli Stati membri impongano nella loro normativa nazionale l'obbligo di produrre un titolo siffatto*, a condizione che siano rispettati gli obiettivi perseguiti dalla normativa comunitaria e i principi generali del diritto comunitario, in particolare il principio di proporzionalità». In tal modo la Corte, dopo aver interpretato in modo corretto la normativa comunitaria, indebolisce tale interpretazione ammettendo che la norma comunitaria possa essere applicata in modo diverso nei diversi Stati membri. Nel caso di specie, si rendono addirittura possibili sanzioni penali in base al diritto nazionale per violazioni non previste dal diritto comunitario⁴.

È bene ricordare, inoltre, che la sentenza della Corte del 26 febbraio 2008 ha rifiutato la tesi secondo la quale le autorità nazionali di controllo dovrebbero perseguire *ex officio* le violazioni dell'art.13, par. 1, del Regolamento (Ce) n. 510/2006. La Corte non poteva decidere diversamente, dopo avere esplicitamente ammesso che «rientrano nella competenza del giudice nazionale» le questioni relative alla protezione delle DOP (punto 30 della sentenza). Ma è evidente che la posizione assunta dalla Corte ha l'inconveniente di obbligare le parti interessate ad agire sistematicamente in giustizia per ottenere la protezione delle DOP.

Tuttavia, se si prescinde da questo inconveniente, non c'è dubbio che le tre sentenze qui esaminate presentano aspetti positivi. Oltre al rifiuto del carattere generico del termine «Parmesan» se ne trae un'analisi appropriata del

³ Cfr. *supra*, nota 1.

⁴ Cfr. F. CAPELLI, *Quando la sentenza interpretativa della Corte di giustizia mette in difficoltà il giudice nazionale*, in *Alimenta*, n. 9, 2010, p. 192 ss.

concetto di «evocazione» di cui all'art. 13, par. 1, lett. *b.* del Regolamento (Ce) n. 510/2006 e la conferma della legittimazione attiva del Consorzio del formaggio Parmigiano Reggiano a tutela della DOP e, quindi, dei consumatori. Inoltre, viene precisata la portata del diritto al risarcimento dei danni, che sono quelli propri del Consorzio e non quelli dei singoli produttori.

Infine, il Tribunale di Colonia accenna, sia pure senza prendere posizione in proposito, all'ipotesi in cui la denominazione protetta o una sua evocazione vengano evidenziate nell'etichetta di un prodotto composto contenente tra i suoi ingredienti anche il prodotto avente diritto alla DOP.

Si tratta, a mio parere, di una questione che non può essere risolta in astratto, ma deve essere esaminata caso per caso, in funzione dell'importanza dei singoli ingredienti del prodotto e della possibilità di un controllo efficace della sua composizione, per evitare uno sfruttamento illecito della reputazione della DOP, vietato dall'art. 13, par. 1, lett. *a.* del Regolamento (Ce) n. 510/2006⁵.

Sergio Ventura*

⁵ Cfr. 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*, in questa *Rivista*, 2006, p. 115 ss., in particolare p. 127-129.

* Già Direttore alla Commissione europea.

ATTI DELLE ISTITUZIONI EUROPEE

LA PROPOSTA DI REGOLAMENTO SULLA RIFORMA DELLA DISCIPLINA COMUNITARIA IN MATERIA DI PRODOTTI AGROALIMENTARI DI QUALITÀ*

Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council on agricultural product quality schemes

EXPLANATORY MEMORANDUM

1. Context of the Proposal

The Quality Package consists of a set of proposals designed to put in place a coherent agricultural product quality policy aimed at assisting farmers to better communicate the qualities, characteristics and attributes of agricultural product to consumers. The Quality Package includes:

- a proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council on agricultural product quality policy [COM(2010)XXXX];
- a proposal to modify Regulation (EC) No 1234/2007 (the single Common Market Organisation) concerning marketing standards for agricultural products [COM(2010)XXXX];
- guidelines setting out best practice for the development and operation of certification schemes relating to agricultural products and foodstuffs [SEC(2010)XXXX], and
- guidelines on the labelling of foodstuffs using Protected Designation of Origin (PDO) and Protected Geographical Indications (PGI) as ingredients [SEC(2010)XXXX].

* Prima bozza della parte introduttiva della proposta di Regolamento in materia di disciplina comunitaria dei prodotti agroalimentari di qualità che verrà prossimamente presentato per l'approvazione.

(*Omissis*)

3. Legal elements of the proposal

3.1. Summary of the proposed action

The single Regulation for agricultural product quality schemes presents four complementary schemes (designations of origin and geographical indications; traditional specialities guaranteed; optional reserved terms; local farming and direct sales) in a single regulatory structure, overseen by a single quality policy committee. A separate Regulation covers the Marketing Standards.

3.1.1. Designations of origin and geographical indications, excluding wines, aromatised wines and spirits

The proposal maintains and reinforces the scheme for agricultural products and foodstuffs, but does not bring together the geographical indications schemes for wines, for spirits, or for aromatized wines. In the light of relatively recent reforms of the wine and spirits legislation, at this stage, the schemes should remain distinct. This issue can be reconsidered at a later date. In the meantime, the rules for the scheme for agricultural products and foodstuffs will be converged, where appropriate, to those for wines.

The main elements designed to strengthen and simplify the scheme are the following:

- recognition of the roles and responsibilities of groups¹⁴ applying for registration of names with regard to monitoring, promotion and communication;
- the reinforcement and clarification of the level of protection of registered names and the common Union symbols;
- the procedure to register names is shortened;
- the respective roles of Member States and groups applying for registration have been clarified with regard to the enforcement of protection of the registered names throughout the European Union, and
- the definitions of designations of origin and geographical indications are more closely aligned to international usage.

The proposal streamlines the current process of registration of designations of origin and geographical indications by shortening time delays. In addition, certain legal issues are clarified and terminology aligned with the recently adopted legislation on geographical indications for wine. Minimum common rules on official controls to ensure product follows the specification and to ensure correct labelling in the marketplace are also laid down. The scope of the Regulation is maintained (agricultural products for human consumption and certain other products), while dark chocolate is added.

3.1.2. Traditional specialities guaranteed

The proposal maintains the scheme for reservation of names of traditional specialities guaranteed across the European Union, but discontinues the option of

¹⁴ Any association, irrespective of its legal form or composition, of producers or processors working with the same product.

registering names without reservation. The function of giving publicity, but non protection, to traditional products is best accomplished at national (or regional) level, and European Union action cannot be justified. The renewed European Union scheme for traditional specialities guaranteed is improved and targeted in several respects: the criterion of tradition is extended to 50 years (from 25 years) to reinforce the credibility of the scheme; the scheme is restricted to prepared foods and other processed product having as essential ingredients product covered by registered geographical indications to target the scheme on recipes or foodstuffs; and definitions and procedural requirements are substantially simplified to improve understanding of the scheme.

3.1.3. *Optional reserved terms*

Concerning the optional reserved terms, which have in common with the quality schemes that they are optional and assist farmers to identify value-adding characteristics and attributes of product in the marketplace, it is proposed to bring these into the present regulation. The optional reserved terms are not amended in content, but adapted to the legislative framework of the Treaty on the Functioning of the European Union.

One new optional reserved term, for product of mountain farming, is added to enable producers in mountain areas to be able to better identify the mountain attribute of their product. Only product that is composed of raw materials from mountain areas and for which any processing has also taken place in mountain areas will qualify for the optional reserved term. The mountain attribute is clearly a value adding quality and to protect consumers and enable producers to secure the marketing advantages of their disadvantaged region, the term should be adopted.

3.1.4. *Local farming and direct sales*

Small-scale producers who sell their output mainly in local markets contribute to the quality and diversity of European Union agricultural production. Recognising that the European Union schemes have limited relevance for these producers, it is proposed that Member States should operate a direct sales marketing scheme to assist farmers selling directly to consumers. A common symbol and scheme identity («product of my farm») will be established in the Regulation, while the scheme will be managed by Member States.

3.1.5. *Marketing standards*

Following the Communication from the Commission on agricultural product quality policy and subsequent debates, it is clear that marketing standards can contribute to improving the economic conditions for the production and marketing as well as the quality of such products; and that a minimum requirement of «sound, fair and marketable» for those products not covered by specific standards can be useful.

The proposal also takes into account the necessity of the alignment to the Treaty on the Functioning of the European Union, and thus the powers to adopt and develop standards in future will be delegated to the Commission.

Under this new framework, a legal basis for compulsory labelling of place of farming will be introduced for all sectors. This allows the Commission, following appropriate impact assessments and on a case by case basis, to adopt delegated acts concerning possible mandatory labelling on place of farming at the appropriate geographical level in order to satisfy the consumer's demands for transparency and information. One of the first sectors to be examined will be the dairy sector. At the same time the Commission envisages that for the future the mandatory indication of origin, for those sectors in which it already exists, will be maintained.

3.2. *Legal basis (if necessary, justify choice of legal basis)*

Treaty on the Functioning of the European Union, Article 43(2).

3.3. *Subsidiarity and proportionality principles*

Concerning *subsidiarity*, the schemes for *designations of origin and geographical indications*, *traditional specialities guaranteed* and *optional reserved terms*, including the new term for product of mountain farming, provide for the protection or reservation of value-adding names and terms throughout the territory of the European Union. This has the effect that non-qualifying producers are constrained from using the terms. If protected by Member States individually, the terms and names would enjoy different levels of protection in each Member State, which could mislead consumers, impede intra-Union trade, and make way for unequal competition in marketing products identified by quality names and terms. The determination of such rights across the European Union can only be done effectively and efficiently at Union level.

The schemes for *designations of origin and geographical indications*, *traditional specialities guaranteed*, and *local farming and direct sales* rely on Union symbols designed to convey information about the nature of each quality scheme. In order to ensure recognition of the symbols by consumers across the European Union, and thereby facilitate understanding of the scheme and trade in quality products across borders, the symbols need to be established at Union level.

The processing and analysis of applications for *designations of origin and geographical indications and traditional specialities guaranteed* is a task that need not be performed at European Union level, except in so far as certain elements are concerned. These include assessing eligibility for the protection of names across the European Union, upholding the rights of prior users of the names (especially those outside the Member State of application), and checking applications for manifest errors. The primary detailed analysis of an application however, can be more efficiently and effectively undertaken at national level.

The operation of labelling schemes designed to identify product having certain qualities, but which do not effect the protection of reservation of names across the European Union, can be most effectively done by national authorities. For this reason the proposed revision of the *traditional speciality guaranteed* scheme discontinues the option to register names that are not protected, and the new scheme for *local farming and direct sales* is wholly operated by national authorities.

The task of controls of all schemes is, in line with Regulation (EC) No 882/2004 on official feed and food controls, to be undertaken in the first place under

the responsibility of national competent authorities. Supervision of Member State control activities needs to be undertaken at Union level in order to maintain credibility in the food law schemes across the European Union, in line with the principles laid down in that regulation.

Concerning *proportionality*, the schemes for *designations of origin and geographical indications* and for *traditional specialities guaranteed* entail adherence to a strict product specification and effective controls on production that can be burdensome for producers. However, this is necessary and proportionate to underpin the creditability of the scheme and provide the consumer with an effective guarantee of compliance. Without that guarantee, the consumer cannot be expected to pay a fair price for the quality products offered. By contrast the schemes for *optional reserve terms*, including *mountain farming*, and *local farming and direct sales* rely on producers own declarations of conformity, backed up by normal agricultural controls by Member States, based on risk assessment. As the conditions of participation in these schemes are lighter than in the case of the designations of origin and geographical indications and traditional specialities guaranteed, the lessburdensome system of participation and controls is proportionate.

The quality schemes are an essential part of the strategy of development of the common agricultural policy to enable and encourage European Union farmers to develop their expertise in marketing high quality product that has value adding characteristics and production attributes. As such it is vital that all farmers have access to the schemes. Therefore, while farmers must make a considered choice to take on the burdens and commitment to market quality product under the schemes, equally the policy benefits for the agricultural sector and for consumers can only be achieved if every farmer who wishes, has access to the schemes. For this reason, it is proportionate to the objective that the schemes must be applied by each Member State throughout their territories.

3.4. *Choice of instruments*

The proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council on agricultural product quality schemes replaces existing Council Regulations (EC) No 509/2006 and (EC) No 510/2006, and incorporates existing provisions relating to optional reserved terms currently in Council Regulation (EC) No 1234/2007 establishing a common organisation of agricultural markets and on specific provisions for certain agricultural products¹⁵ and in Directive 2001/110/EC related to honey¹⁶.

The regulation is accompanied by a parallel legislative proposal for marketing standards comprising a European Parliament and Council Regulation modifying Council Regulation (EC) No 1234/2007 aligned to the rules of the TFEU.

4. **Budgetary implication**

None of the European Union schemes have budgetary implications.

However, it has been shown necessary for the Commission to take a more ac-

¹⁵ OJ L 299, 16 November 2007, p. 45.

¹⁶ OJ L 10, 12 January 2002, p. 47.

tive role to protect the names of the quality schemes and the Union symbols, particularly in third countries. To achieve this, a budgetary power is proposed to enable the Commission to develop, register and defend such Union interests.

5. Optional elements: simplification

The proposed regulation simplifies administration of the schemes by bringing different quality schemes for agricultural products as well as the optional reserved terms, into one legislative instrument. It ensures coherence between the instruments and makes the schemes more easily understandable for stakeholders. The proposal clarifies and simplifies provisions for Member States, which are primarily responsible for the implementation and control of the schemes.

The main elements of simplification are:

- combination where possible of rules for application processes and controls, with benefits in terms of coherence of rules across schemes, ending current divergences in procedures;
- procedures are shortened and streamlined where possible;
- clarifications are introduced in particular in relation to intellectual property rights;
- simpler concepts more easily understood by consumers are introduced, notably in the traditional specialities guaranteed scheme;
- a single committee (the quality policy committee) is established for all schemes. This replaces two committees currently operating for the schemes for designations of origin and geographical indications, and for traditional specialities guaranteed.

For marketing standards, the proposed modification of Regulation (EC) No 1234/2007 will represent a simplification in terms of procedures and it will increase the transparency as far as marketing standards provisions are concerned.

(Omissis)

CONSIGLIO EUROPEO

Conclusioni della Presidenza del Consiglio europeo, 25 e 26 marzo 2010*

Il Consiglio europeo ha discusso la nuova strategia dell'Unione europea per l'occupazione e la crescita. Esso ne ha concordato gli elementi principali ed anche gli obiettivi fondamentali che ne guideranno l'attuazione e le modalità per migliorarne il monitoraggio. I capi di Stato e di governo hanno proceduto altresì ad uno scambio di pareri sulla competitività, un aspetto critico delle prospettive di crescita dell'Europa, ed hanno discusso lo stato di preparazione del prossimo vertice del G20. In merito ai cambiamenti climatici, il Consiglio europeo ha convenuto che adesso è necessario apportare nuovo dinamismo al negoziato ed ha delineato i prossimi passi.

I. Europa 2020: nuova strategia europea per la crescita e l'occupazione

1. Negli ultimi due anni abbiamo affrontato la peggiore crisi economica mondiale dagli anni '30 del secolo scorso. Tale crisi ha invertito la tendenza di molti progressi compiuti dal 2000. Adesso ci troviamo di fronte a livelli di debito eccessivi, crescita strutturale fiacca e disoccupazione elevata. La situazione economica sta migliorando ma la ripresa è ancora fragile.

2. Il ripristino della stabilità macroeconomica e il ritorno delle finanze pubbliche sulla via della sostenibilità sono i presupposti della crescita e dell'occupazione come convenuto nel dicembre 2009, l'uscita dalle misure eccezionali di sostegno adottate per combattere la crisi, una volta che la ripresa sarà del tutto consolidata, sarà importante a tale riguardo.

3. Le riforme strutturali sono essenziali per una ripresa forte e sostenibile e per preservare la sostenibilità dei nostri modelli sociali. Sono in gioco posti di lavoro e servizi sociali. Se l'Europa non agisce, perderà terreno. Spetta al Consiglio europeo tracciare la via da seguire.

4. L'UE ha bisogno di una nuova strategia, fondata su un miglior coordinamento delle politiche economiche, per creare maggiore crescita ed occupazione. In seguito alla comunicazione della Commissione intitolata «Europa 2020 - Una strategia per una crescita intelligente, sostenibile e inclusiva» e alle discussioni svoltesi in sede di Consiglio, il Consiglio europeo ha concordato i seguenti elementi di questa nuova strategia,

* Il testo integrale delle Conclusioni del Consiglio europeo, sopra riportato, è reperibile sul sito internet <http://www.european-council.europa.eu/council-meetings/conclusions.aspx?lang=it> (n.d.r.).

che saranno formalmente adottati a giugno. *(Omissis)*

II. Cambiamenti climatici: riorientare le nostre iniziative dopo Copenaghen

11. Un accordo giuridico globale e completo resta l'unico modo efficace per conseguire l'obiettivo concertato di mantenere l'aumento delle temperature su scala mondiale al di sotto dei 2° C rispetto ai livelli preindustriali. Sulla base delle conclusioni del Consiglio del 15-16 marzo 2010 e tenendo conto della comunicazione della Commissione del 9 marzo 2010, è ora necessario imprimere un nuovo impulso al processo di negoziato internazionale.

12. Muovendo dall'accordo di Copenaghen si dovrebbe seguire un approccio graduale da porre rapidamente in atto:

a. in prima battuta le prossime riunioni di Bonn dovrebbero fissare la tabella di marcia per il prosieguo dei negoziati. Occorrerebbe porre l'accento sull'integrazione degli orientamenti politici dell'accordo di Copenaghen nei vari testi negoziali;

b. la COP-16 di Cancun dovrebbe almeno fornire decisioni concrete che ancorino l'accordo di Copenaghen al processo negoziale delle Nazioni Unite e colmino le lacune rimanenti riguardo, tra l'altro, a adattamento, silvicoltura, tecnologia e controllo, rendicontazione e verifica. *(Omissis)*

*Il Consiglio europeo ha nominato Vitor Constâncio vicepresidente della BCE.
Ha inoltre approvato la strategia di sicurezza interna.*

ALLEGATO

Nuova strategia europea per l'occupazione e la crescita - Le prossime tappe

(Omissis)

Conclusioni della Presidenza del Consiglio europeo, 17 giugno 2010**

L'UE ha affrontato la crisi finanziaria mondiale guidata da una determinazione comune e ha fatto il necessario per salvaguardare la stabilità dell'Unione economica e monetaria. In particolare, in maggio è stato raggiunto un accordo su un pacchetto di sostegno alla Grecia e un meccanismo europeo di stabilizzazione finanziaria e un fondo di stabilità finanziaria, messo a punto in giugno. Abbiamo gettato le fondamenta per una governance economica molto più forte. Restiamo determinati ad adottare tutte le misure necessarie per riportare le nostre economie sui binari della crescita sostenibile e creatrice di posti di lavoro.

A tal fine, nella riunione odierna:

– adottiamo «Europa 2020», la nostra nuova strategia per l'occupazione e una crescita intelligente, sostenibile e inclusiva. Si tratta di un quadro coerente volto a permettere all'Unione di mobilitare tutti i suoi strumenti e le sue politiche e agli Stati membri di intraprendere una più incisiva azione coordinata. Essa promuoverà la realizzazione di riforme strutturali. L'accento va ora posto sull'attuazione e noi guideremo e seguiremo questo processo. Nei prossimi mesi valuteremo più approfonditamente in che modo sia possibile mobilitare specifiche politiche per sbloccare il potenziale di crescita dell'UE, a partire dalle politiche di innovazione ed energetiche;

– ribadiamo la nostra comune determinazione ad assicurare la sostenibilità dei bilanci, anche accelerando i piani di risanamento dei conti pubblici, ove giustificato;

– confermiamo l'impegno di assicurare la stabilità finanziaria ovviando alle lacune nella regolamentazione e nella vigilanza dei mercati finanziari, sia a livello dell'UE sia in sede di G20. Conveniamo di compiere rapidi passi avanti riguardo alle principali misure legislative affinché i nuovi organi di vigilanza possano essere operativi all'inizio del prossimo anno e di definire una posizione ambiziosa che l'UE difenderà in occasione del vertice di Toronto;

– siamo pienamente d'accordo sulla urgente necessità di rafforzare il coordinamento delle nostre politiche economiche. Conveniamo sui primi orientamenti riguardanti il patto di stabilità e crescita e la sorveglianza di bilancio nonché la più ampia sorveglianza macroeconomica. Attendiamo con interesse la relazione finale che la task force presenterà in ottobre.

** Il testo integrale delle Conclusioni del Consiglio europeo, sopra riportato, è reperibile sul sito internet <http://www.european-council.europa.eu/council-meetings/conclusions.aspx?lang=it> (n.d.r.).

I. Nuova strategia europea per l'occupazione e la crescita

Messa a punto e attuazione della strategia Europa 2020

1. Il Consiglio europeo ha messo a punto, in data odierna, la nuova strategia dell'Unione europea per l'occupazione e una crescita intelligente, sostenibile e inclusiva. La strategia aiuterà l'Europa a riprendersi dalla crisi e a uscirne rafforzata, a livello sia interno sia internazionale, incentivando la competitività, la produttività, il potenziale di crescita, la coesione sociale e la convergenza economica. La nuova strategia risponde alla sfida di riorientare le politiche per passare da misure di gestione della crisi all'introduzione di riforme a medio-lungo termine volte a promuovere la crescita e l'occupazione e ad assicurare la sostenibilità delle finanze pubbliche, tra l'altro attraverso la riforma dei sistemi pensionistici.

2. Gli Stati membri sono determinati ad assicurare la sostenibilità dei bilanci e a conseguire gli obiettivi di bilancio senza indugio e continueranno ad adottare ritmi diversi nel risanamento dei conti pubblici tenendo conto dei rischi di bilancio e di altro genere. Vari Stati membri hanno di recente rafforzato il risanamento dei conti pubblici, conferendogli carattere prioritario. Tutti gli Stati membri sono pronti, se necessario, a prendere misure aggiuntive per accelerare il risanamento di bilancio. La priorità dovrebbe essere data a strategie di risanamento dei conti pubblici favorevoli alla crescita e imperniate soprattutto sul contenimento della spesa. Il miglioramento del potenziale di crescita dovrebbe essere considerato fondamentale per agevolare il risanamento dei conti pubblici a lungo termine. (*Omissis*)

Rafforzare la governance economica

9. La crisi ha fatto emergere chiare lacune nella nostra *governance* economica, in particolare per quanto riguarda la sorveglianza di bilancio e la più ampia sorveglianza macroeconomica. Rafforzare il coordinamento delle politiche economiche costituisce pertanto una priorità fondamentale e urgente.

10. Il Consiglio europeo accoglie con favore la relazione sullo stato dei lavori del presidente della *task force* sulla *governance* economica e conviene su una prima serie di orientamenti. (*Omissis*)

Regolamentazione dei servizi finanziari

14. Occorre completare con urgenza le riforme necessarie per ripristinare la solidità e la stabilità del sistema finanziario europeo e garantire la resilienza e la trasparenza del settore bancario. È essenziale compiere progressi nei prossimi mesi. Il Consiglio europeo conviene che i risultati degli stress test svolti attualmente dalle autorità di vigilanza bancaria saranno resi noti al più tardi nella seconda metà di luglio. La comunicazione della Commissione del 2 giugno 2010 "Regolamentare i servizi finanziari per garantire una crescita sostenibile" contiene un elenco esaustivo di iniziative da intraprendere e completare prima della fine del 2011. L'UE deve dar prova della sua determinazione a rendere il sistema finanziario più sicuro, solido, trasparente e responsabile. (*Omissis*)

II. Vertice G20 di Toronto

17. La risposta dell'Unione alla crisi deve continuare ad essere coordinata a livello globale per assicurare la coerenza delle misure sul piano internazionale. Le iniziative attualmente adottate dall'Unione per rilanciare la competitività, risanare i conti pubblici e riformare il settore finanziario le consentiranno di prendere posizione con forza a favore di azioni analoghe a livello internazionale al prossimo vertice G20. L'UE dovrebbe guidare gli sforzi volti a stabilire un approccio globale all'introduzione di un sistema di prelievi e tasse a carico degli istituti finanziari nella prospettiva di mantenere una parità di condizioni su scala mondiale e difenderà con vigore questa posizione di fronte ai suoi partner del G20. In tale contesto si dovrebbe esplorare e sviluppare ulteriormente l'opportunità di introdurre un prelievo sulle operazioni finanziarie a livello mondiale. (*Omissis*)

III. Obiettivi di sviluppo del millennio (*Omissis*)

IV. Cambiamenti climatici (*Omissis*)

V. Altre questioni (*Omissis*)

ALLEGATO I

Nuova strategia europea per l'occupazione e la crescita obiettivi principali dell'UE

(*Omissis*)

ALLEGATO II

Dichiarazione sull'Iran

(*Omissis*)

DOCUMENTAZIONE

IL CONTROLLO GIURISDIZIONALE DELLA CORTE DI GIUSTIZIA SUGLI ATTI DELLE ISTITUZIONI NEL TRATTATO DI LISBONA

Trattato sul funzionamento dell'Unione europea (versione consolidata)

PARTE SESTA DISPOSIZIONI ISTITUZIONALI E FINANZIARIE

TITOLO I DISPOSIZIONI ISTITUZIONALI

CAPO 1 LE ISTITUZIONI

(Omissis)

SEZIONE 5 LA CORTE DI GIUSTIZIA DELL'UNIONE EUROPEA

(Omissis)

*Articolo 263 (ex articolo 230 del TCE)**

La Corte di giustizia dell'Unione europea esercita un controllo di legittimità sugli atti legislativi, sugli atti del Consiglio, della Commissione e della Banca centrale europea che non siano raccomandazioni o pareri, nonché sugli atti del Parlamento

* La versione consolidata del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea è pubblicata in *Gu-Ue* n. C 83 del 30 marzo 2010, p. 47 ss. Il testo integrale è reperibile sul sito internet <http://eur-lex.europa.eu/it/treaties/index.htm> (*n.d.r.*). In argomento v. *infra*, p. 567 ss., il commento di *GABRIELE DONÀ*.

europeo e del Consiglio europeo destinati a produrre effetti giuridici nei confronti di terzi. Esercita inoltre un controllo di legittimità sugli atti degli organi o organismi dell'Unione destinati a produrre effetti giuridici nei confronti di terzi.

A tal fine, la Corte è competente a pronunciarsi sui ricorsi per incompetenza, violazione delle forme sostanziali, violazione dei trattati o di qualsiasi regola di diritto relativa alla loro applicazione, ovvero per sviamento di potere, proposti da uno Stato membro, dal Parlamento europeo, dal Consiglio o dalla Commissione.

La Corte è competente, alle stesse condizioni, a pronunciarsi sui ricorsi che la Corte dei conti, la Banca centrale europea ed il Comitato delle regioni propongono per salvaguardare le proprie prerogative.

Qualsiasi persona fisica o giuridica può proporre, alle condizioni previste al primo e secondo comma, un ricorso contro gli atti adottati nei suoi confronti o che la riguardano direttamente e individualmente, e contro gli atti regolamentari che la riguardano direttamente e che non comportano alcuna misura d'esecuzione.

Gli atti che istituiscono gli organi e organismi dell'Unione possono prevedere condizioni e modalità specifiche relative ai ricorsi proposti da persone fisiche o giuridiche contro atti di detti organi o organismi destinati a produrre effetti giuridici nei loro confronti.

I ricorsi previsti dal presente articolo devono essere proposti nel termine di due mesi a decorrere, secondo i casi, dalla pubblicazione dell'atto, dalla sua notificazione al ricorrente ovvero, in mancanza, dal giorno in cui il ricorrente ne ha avuto conoscenza.

(Omissis)

IL RICORSO DI ANNULLAMENTO E LE NOVITÀ INTRODOTTE DAL TRATTATO DI LISBONA

Sommario: *Premessa - 1. La ratio del ricorso di annullamento e l'estensione del controllo giurisdizionale - 2. I provvedimenti impugnabili - 3. I soggetti passivi del ricorso di annullamento - 4. I soggetti attivi del ricorso di annullamento: gli Stati membri e le istituzioni, gli organi e gli organismi dell'Unione - 5. Segue: le persone fisiche e giuridiche - 6. I motivi invocabili, i termini di ricorso e gli effetti dell'annullamento (cenni) - 7. Conclusioni.*

Premessa

Prima di esaminare quello che, tra tutti i c.d. «ricorsi diretti» previsti dall'ordinamento dell'Unione europea, è il principale rimedio giurisdizionale (ovverosia, il ricorso di annullamento previsto dall'art. 263 TFUE), appare opportuno richiamare alcune nozioni sulla struttura e sulle fonti della giurisdizione dell'Unione.

Tra le istituzioni dell'Unione ai sensi dell'art. 13, par. 1, comma 2, TUE figura la Corte di giustizia dell'Unione europea¹. Tale istituzione è composta da più organi giurisdizionali, cioè «la Corte di giustizia, il Tribunale e i tribunali specializzati»². Attualmente, il solo tribunale specializzato (contemplato dall'art. 257 TFUE, per «conoscere in primo grado di talune categorie di ricorsi proposti in materie specifiche») già istituito è il Tribunale della funzione pubblica (TFP).

Le disposizioni che disciplinano l'attività giurisdizionale sono contenute nell'art. 19 TUE e negli artt. 251-281 TFUE nonché nello statuto della Corte di giustizia dell'Unione europea³, oggetto di un Protocollo separato (n. 3), come ricorda l'art. 281, comma 1, TFUE.

La Corte di giustizia, il Tribunale ed il TFP hanno inoltre un proprio re-

¹ In seguito, indicata anche semplicemente Corte.

² Art. 19, par. 1, comma 1, TUE.

³ In seguito, anche statuto.

golamento di procedura⁴ con cui vengono disciplinati nel dettaglio, *inter alia*, gli istituti processuali previsti dallo statuto. Salvo quanto diversamente disposto dallo statuto, le disposizioni dei Trattati relative alla Corte di giustizia sono applicabili al Tribunale⁵.

Quanto ai «tribunali specializzati», l'art. 257, ultimo comma, TFUE stabilisce che – salvo ove diversamente disposto dal regolamento sulla loro istituzione – «le disposizioni dei trattati relative alla Corte di giustizia dell'Unione europea e le disposizioni dello statuto della Corte di giustizia dell'Unione europea si applicano ai tribunali specializzati. Il titolo I dello statuto⁶ e l'art. 64⁷ del medesimo si applicano in ogni caso ai tribunali specializzati».

La Corte di giustizia dell'Unione europea svolge la funzione giurisdizionale – fondamentale in ogni ordinamento basato sul diritto – ed è competente, in via principale, ad assicurare «il rispetto del diritto nell'interpretazione e nell'applicazione dei trattati»⁸.

Circa gli strumenti di controllo della legalità dell'operato delle istituzioni (e degli organi e organismi) UE vanno ricordati, *i.* nell'ambito dei ricorsi diretti: l'azione di annullamento⁹ e quella per carenza¹⁰, l'eccezione di illegittimità¹¹, l'azione per responsabilità extracontrattuale¹² o in materia contrattuale sulla base di clausola compromissoria¹³, l'azione in materia di funzione pubblica¹⁴; *ii.* in via indiretta: il rinvio pregiudiziale di validità¹⁵.

Quanto ai ricorsi diretti, ricordato altresì che la Corte UE si pronuncia conformemente ai Trattati, *inter alia*, «sui ricorsi presentati da uno Stato membro, da un'istituzione o da una persona fisica o giuridica»¹⁶, in questa sede verrà esaminato il ricorso di annullamento di cui all'art. 263 TFUE, comprese le innovazioni che lo riguardano introdotte dal Trattato di Lisbona.

⁴ Come stabiliscono, rispettivamente, gli artt. 253, ultimo comma, 254, comma 5 e 257, comma 5, TFUE.

⁵ Come sancito dall'art. 254, ultimo comma, TFUE.

⁶ Che contiene lo statuto dei Giudici e degli Avvocati Generali.

⁷ In materia di regime linguistico.

⁸ Art. 19, par. 1, comma 1, TUE.

⁹ Art. 263 TFUE.

¹⁰ Art. 265 TFUE.

¹¹ Art. 277 TFUE.

¹² Art. 268 TFUE che rinvia all'art. 340, commi 2 e 3, TFUE.

¹³ Art. 272 TFUE.

¹⁴ Art. 270 TFUE.

¹⁵ Art. 267, par. 1, lett. *b.*, TFUE.

¹⁶ Art. 19, par. 3, lett. *a.*, TUE.

1. La *ratio* del ricorso di annullamento e l'estensione del controllo giurisdizionale

Nonostante la massima attenzione che le istituzioni (nonché gli organi e organismi) dell'Unione europea pongono per operare nella legalità, gli atti che esse adottano possono contenere vizi che li rendono illegittimi.

Innanzitutto, occorre ricordare che il diritto non è una scienza esatta e si presta facilmente a diverse interpretazioni secondo l'ottica nella quale ci si situa.

In secondo luogo, c'è la possibilità che le istituzioni (e gli organi e organismi), pur coscienti dei limiti giuridici posti alla loro azione, facciano prevalere la volontà «politica» sulle ragioni del diritto pur di giungere ad una decisione.

Tuttavia, in un sistema di diritto qual è l'ordinamento dell'Unione nulla può essere arbitrario. Nessun atto che crei obblighi in capo a soggetti che non siano le stesse istituzioni (o gli stessi organi o organismi) che l'hanno adottato può sfuggire al controllo giurisdizionale.

Il Giudice dell'Unione svolge un controllo di legittimità dell'atto impugnato alla stregua di un Giudice amministrativo. In particolare, il sindacato comporta «il controllo della base legale, del rispetto delle regole di procedura e della esattezza materiale dei fatti nonché della valutazione giuridica di questi»¹⁷, senza potersi estendere al merito delle scelte effettuate dall'autore dell'atto.

La c.d. «piena giurisdizione» della Corte sussiste invece in determinati casi, ad esempio laddove il diritto derivato – sulla base dell'art. 261 TFUE¹⁸ – le attribuisce una competenza anche di merito per quanto riguarda le sanzioni¹⁹.

Il controllo degli atti delle istituzioni (e degli organi e organismi) non può però essere effettuato d'ufficio dalla Corte. Essa deve essere investita da un ricorso che è detto di «annullamento» perché, appunto, tende ad ottenere l'annullamento dell'atto.

2. I provvedimenti impugnabili

L'art. 263 TFUE, in relazione agli atti per i quali è possibile chiedere alla Corte un controllo di legittimità, per molti aspetti conferma il contenuto del

¹⁷ C. IANNONE, in A. TIZZANO (a cura di), *Trattati dell'Unione europea e della Comunità europea*, Milano, Giuffrè, 2004, p. 1087.

¹⁸ Nella previgente normativa, dell'art. 229 TCE.

¹⁹ Cfr. art. 31 del regolamento n. 1/2003 del Consiglio del 16 dicembre 2002 (in *Guce* n. L 1 del 4 gennaio 2003, p. 1) – concernente l'applicazione delle regole di concorrenza di cui agli artt. 81 e 82 TCE (ora artt. 101 e 102 TFUE) – secondo cui: «La Corte di giustizia ha competenza giurisdizionale anche di merito per decidere sui ricorsi presentati avverso le decisioni con le quali la Commissione irroga un'ammenda o una penalità di mora. Essa può estinguere, ridurre o aumentare l'ammenda o la penalità di mora irrogata»; analogamente, cfr. art. 16 del regolamento n. 139/2004 del Consiglio del 20 gennaio 2004, in *Gu-Ue* n. L 24 del 29 gennaio 2004, p. 1, relativo al controllo delle concentrazioni tra imprese.

previgente art. 230 TCE, per alcuni altri lo integra per tener conto sia delle innovazioni introdotte dal Trattato di Lisbona²⁰ sia della giurisprudenza della Corte di giustizia dell'Unione europea.

In primo luogo, la norma in esame afferma che il controllo di legittimità della Corte viene esercitato sugli «atti legislativi».

Senza voler qui operare un'approfondita analisi, possiamo ricordare che il Trattato di Lisbona espressamente prevede – tra gli «atti giuridici»²¹ – gli «atti legislativi», costituiti da regolamenti, direttive e decisioni adottati conformemente a determinate procedure legislative, cioè: *i.* «la procedura legislativa ordinaria»²², consistente nell'adozione congiunta di tali atti da parte del Parlamento europeo e del Consiglio; *ii.* «una procedura legislativa speciale»²³, consistente nell'adozione di tali atti da parte del Parlamento europeo con la partecipazione del Consiglio o da parte di quest'ultimo con la partecipazione del Parlamento europeo.

Si osserva che l'art. 230 TCE menzionava, tra gli atti impugnabili, gli «atti adottati congiuntamente dal Parlamento europeo e dal Consiglio». La relativa procedura – nota come di «codecisione» e prevista dall'art. 251 TCE – prevedeva l'adozione congiunta di regolamenti, direttive e decisioni da parte del Parlamento e del Consiglio. Pertanto, sotto questo aspetto – cioè in relazione all'impugnabilità degli «atti legislativi» adottati secondo la procedura ordinaria (sia pure modificata nelle sue modalità) – l'art. 263 TFUE coincide con l'art. 230 TCE.

Invece, per gli «atti legislativi» non adottati secondo la procedura ordinaria, le differenze rispetto al regime previgente sono più marcate o non assimilabili²⁴ e quindi, da questo punto di vista, l'art. 263 TFUE è innovativo.

Quanto alle conferme rispetto al contenuto dell'art. 230 TCE, nell'art. 263 TFUE viene ribadito che la Corte esercita un controllo di legittimità:

- sugli atti del Consiglio, della Commissione e della Banca centrale europea che non siano raccomandazioni o pareri; quindi, su regolamenti, direttive e decisioni²⁵ che, non solo abbiano una rilevanza esterna all'istituzione, ma producano effetti obbligatori;

- sugli atti del Parlamento europeo destinati a produrre effetti giuridici nei confronti dei terzi.

²⁰ Dal punto di vista istituzionale e circa le modalità di svolgimento della funzione legislativa.

²¹ Artt. 288 e 289, par. 3, TFUE.

²² Richiamata dall'art. 289, par. 1, TFUE e disciplinata dall'art. 294 TFUE.

²³ Richiamata dall'art. 289, par. 2, TFUE e oggetto nell'ambito di tale Trattato di modalità differenti *ratione materiae*.

²⁴ Se non – forse – relativamente al concetto di adozione di atti da parte del Consiglio con la partecipazione del Parlamento europeo che può evocare la procedura di «cooperazione» prevista dall'art. 252 TCE.

²⁵ Che rientrano nella categoria degli «atti giuridici» vincolanti di cui all'art. 288 TFUE che riproduce, con alcune modifiche, il previgente art. 249 TCE.

Gli elementi di novità sostanziale rinvenibili nell'art. 263 TFUE sono costituiti dal fatto che il controllo di legittimità della Corte si estende ad altri atti quali:

- gli atti del Consiglio europeo destinati a produrre effetti giuridici nei confronti di terzi;
- gli atti degli organi o organismi dell'Unione destinati a produrre effetti giuridici nei confronti di terzi.

Trattasi di modifiche che sono state introdotte per tener conto sia del nuovo assetto istituzionale dell'Unione che della giurisprudenza della Corte di giustizia UE.

Quanto al Consiglio europeo – che il Trattato di Lisbona definisce per la prima volta come istituzione²⁶ – si segnala che, ai sensi dell'art. 269 TFUE, la Corte può – su domanda dello Stato membro interessato – pronunciarsi sulla legittimità (dal punto di vista del rispetto delle regole di procedura) di un atto adottato dal Consiglio europeo che abbia constatato, in base all'art. 7, par. 2, TUE una «violazione grave e persistente da parte di uno Stato membro dei valori di cui all'art. 2»²⁷.

Per gli organi ed organismi, sono opportune delle precisazioni nominalistiche. Gli «organi» sono quelli che esercitano funzioni consultive, quali il Comitato economico e sociale e il Comitato delle regioni²⁸. Gli «organismi» sono la Banca europea per gli investimenti²⁹ e le numerose agenzie, dotate di personalità giuridica, che sono state o saranno istituite, in base ad un atto di diritto derivato, per sovrintendere determinati settori quali la pesca, l'ambiente, le sostanze chimiche, i medicinali, la sicurezza aerea, la sicurezza marittima, le ferrovie, la sicurezza e la salute sul lavoro, la sicurezza alimentare, le varietà vegetali, i marchi, i disegni e modelli, ecc.³⁰.

Ciò su cui occorre invece soffermarsi in questa sede è l'individuazione sostanziale dell'atto impugnabile ai sensi dell'art. 263 TFUE. Infatti, non è escluso che il controllo di legittimità da parte della Corte si effettui anche su altri atti che – pur non rientrando nella categoria degli atti tipici delle istituzioni (o degli organi e organismi) previsti dai Trattati (regolamenti, direttive, decisioni) – siano comunque suscettibili di produrre effetti giuridici obbligatori. In altre parole, per individuare un atto impugnabile ai sensi dell'art. 263 TFUE non bisogna fermarsi al dato formale o letterale; ciò che conta non è la forma ma il contenuto sostanziale dell'atto.

²⁶ Art. 13, par. 1, comma 2, TUE.

²⁷ Tali valori sono: «rispetto della dignità umana, della libertà, della democrazia, dell'uguaglianza, dello Stato di diritto e del rispetto dei diritti umani, compresi i diritti delle persone appartenenti a minoranze».

²⁸ Art. 13, par. 4, TUE e art. 300, par. 1, TFUE.

²⁹ Art. 308 TFUE.

³⁰ Nel paragrafo successivo, dedicato alla legittimazione passiva nell'ambito del ricorso di annullamento, si tornerà sugli organi e organismi.

La giurisprudenza – già in relazione al previgente art. 173 TCE (divenuto art. 230 TCE; ora, art. 263 TFUE) – aveva evidenziato che lo scopo di tale principio è in particolare quello di «evitare che, ricorrendo alla forma del regolamento, le istituzioni comunitarie possano impedire che il singolo impugnasse una decisione che lo riguarda direttamente e individualmente e, quindi, di precisare che la scelta di una determinata forma non può modificare la natura di un atto (v. sentenza della Corte 17 giugno 1980, cause riunite n. 789/79 e n. 790/79, *Colpak e Società Emiliana Lavorazione Frutta c. Commissione*, *Raccolta*, p. 1949, punto 7, e ordinanza del Tribunale 28 ottobre 1993, causa n. T-476/93, *FRSEA e FNSEA c. Consiglio*, *Raccolta*, II, p. 1187, punto 19)»³¹.

La giurisprudenza è amplissima quanto alla casistica. A titolo di esempio, possiamo ricordare la vicenda di un ricorso di annullamento esperito da una società avverso una lettera con cui la Commissione le comunicava l'archiviazione della denuncia da essa presentata in relazione ad asseriti aiuti di Stato³², ricorso dichiarato irricevibile dal Tribunale (che non ha considerato quella lettera come una «decisione» ai sensi dell'art. 230 TCE), la cui ordinanza però è stata annullata dalla Corte di giustizia in sede di impugnazione³³.

La pronuncia resa dalla Corte di giustizia in tale vicenda è interessante perché si sofferma sui requisiti che doveva avere una determinata categoria di atti per essere impugnabile ai sensi dell'art. 230 TCE (ed ora dell'art. 263 TFUE). Inoltre, detta pronuncia va ricordata perché approfondisce la questione relativa agli atti che non sono impugnabili in quanto semplicemente preliminari o preparatori e, quindi, privi di effetti giuridici obbligatori. A tale proposito, secondo giurisprudenza costante, «quando si tratti di atti o di decisioni la cui elaborazione ha luogo in varie fasi, in particolare al termine di un procedimento interno, costituiscono atti impugnabili solamente quei provvedimenti che stabiliscono in modo definitivo la posizione della Commissione al termine del procedimento stesso, con esclusione dei provvedimenti provvisori destinati a preparare la decisione finale (cit. sentenza *IBM c. Commissione*, punto 10, e sentenza del Tribunale 7 marzo 2002, causa n. T-95/99, *Satellimages TV5 c. Commissione*, *Raccolta*, II, p. 1425, punto 32)»³⁴.

La questione relativa a tali atti è molto delicata dato che non sempre è

³¹ Ordinanza del Tribunale di primo grado del 30 settembre 1997 in causa n. T-122/96, *Federazione nazionale del commercio oleario (Federolio) c. Commissione delle Comunità europee*, in *Raccolta*, 1997, II, p. 1559, punto 50.

³² Che – come noto – in linea di principio sono vietati, salvo le deroghe previste dalla normativa.

³³ Sentenza della Corte di giustizia del 17 luglio 2008 in causa n. C-521/06 P, *Athinaiiki Techniki AE c. Commissione delle Comunità europee*, in *Raccolta*, 2008, I, p. 5829.

³⁴ Sentenza del Tribunale di primo grado del 17 aprile 2008 in causa n. T-260/04, *Centro di educazione sanitaria e tecnologie appropriate sanitarie (Cestas) c. Commissione delle Comunità europee*, in *Raccolta*, 2008, II, p. 701, punto 69. Per un recente caso, in materia di aggiudicazione di appalti, in cui tale principio è stato ribadito, cfr. sentenza del Tribunale del 10 dicembre 2009 in causa n. T-195/08, *Antwerpse Bouwwerken NV c. Commissione europea*, in *Raccolta*, 2009, II, p. 4439, punto 28.

agevole capire se ci si trova di fronte ad un atto preparatorio (quindi, non impugnabile) oppure di un atto già di per sé pregiudizievole (e quindi attaccabile ai sensi dell'art. 263 TFUE). Si ritornerà brevemente sul punto alla fine di questo paragrafo.

In un certo senso, «speculare» alla non impugnabilità dei provvedimenti preliminari o preparatori (in quanto il ricorso contro di essi sarebbe prematuro) è la non impugnabilità dei c.d. «atti confermativi» (in quanto il ricorso contro di essi sarebbe tardivo³⁵).

Gli atti confermativi non sono atti impugnabili con un ricorso di annullamento dato che si limitano a confermare il contenuto di un atto precedente già di per sé produttivo di effetti giuridici obbligatori. In particolare, secondo giurisprudenza consolidata, «il ricorso di annullamento diretto contro una decisione meramente confermativa di una precedente decisione divenuta definitiva è irricevibile. Un atto è considerato meramente confermativo di una decisione precedente qualora non contenga nessun elemento nuovo rispetto alla decisione precedente e non sia stato preceduto da un riesame della situazione del destinatario della decisione medesima (v. sentenza del Tribunale 7 febbraio 2001, causa n. T-186/98, *Inpesca c. Commissione, Raccolta*, II, p. 557, punto 44, e la giurisprudenza citata, confermata a seguito di impugnazione con ordinanza della Corte 26 marzo 2003, causa n. C-170/01 P, *Inpesca c. Commissione*, non pubblicata nella *Raccolta*)»³⁶.

La *ratio* dell'inammissibilità dell'impugnabilità degli atti confermativi riposa nel fatto che, se si permettesse al soggetto interessato di impugnare (solo) l'atto confermativo, i termini di ricorso (che sono imperativi e di ordine pubblico) verrebbero elusi.

Il ricorso va quindi esperito nei confronti di un primo atto che sia già idoneo a produrre effetti giuridici obbligatori, ovviamente nel rispetto dei termini previsti per la sua introduzione, pena l'irricevibilità per tardività. Un eventuale atto successivo è, invece, autonomamente impugnabile ai sensi dell'art. 263 TFUE se, nell'adozione di tale atto, l'istituzione (o l'organo o organismo) ha riesaminato la questione alla luce degli elementi di fatto nuovi e sostanziali sollevati dal soggetto destinatario. In questo caso, l'atto successivo non è un atto confermativo perché si basa su motivi (quanto meno in parte) diversi che l'interessato deve poter contestare attraverso la sua impugnazione.

Quanto al rifiuto di riesaminare una precedente decisione divenuta definitiva, per giurisprudenza consolidata «l'esistenza di fatti nuovi e rilevanti può

³⁵ A meno che – come si dirà in seguito – con un unico ricorso non si impugnino congiuntamente, se ciò è ancora possibile, l'atto confermativo e l'atto confermato.

³⁶ Ordinanza del Tribunale di primo grado del 12 marzo 2008 in causa n. T-443/07, *Nuova Agricast Srl c. Commissione delle Comunità europee*, non pubblicata in *Raccolta*, punto 10, confermata in sede di impugnazione dall'ordinanza della Corte di giustizia del 29 giugno 2009 in causa n. C-225/08 P, *Nuova Agricast Srl c. Commissione delle Comunità europee*, in *Raccolta*, 2009, I, p. 111*, pubblicazione sommaria, punto 38.

giustificare la presentazione di una domanda che miri al riesame di una precedente decisione divenuta definitiva. Un ricorso proposto avverso una decisione di diniego di procedere al riesame di una decisione già divenuta definitiva sarà dichiarato ricevibile ove risulti che la domanda era effettivamente fondata su fatti nuovi e rilevanti. Per contro, qualora risulti che la domanda non era basata su fatti di tal genere, il ricorso avverso la decisione di diniego di procedere al riesame richiesto sarà dichiarato irricevibile (v. sentenza *Inpesca c. Commissione*, punto 11 *supra*, punti 47 e 49 e la giurisprudenza *ivi* citata). Non costituisce un fatto nuovo rilevante ai sensi della giurisprudenza citata un fatto che non modifica in modo sostanziale la situazione del ricorrente come essa si presentava al momento dell'adozione della decisione precedente divenuta definitiva (ordinanza *Inpesca c. Commissione*, punto 11 *supra*, punto 73)»³⁷.

Come si diceva a proposito degli atti preparatori o preliminari, anche per gli atti confermativi la questione è delicata perché non sempre è agevole comprendere se essi siano tali oppure direttamente lesivi (e quindi autonomamente impugnabili ai sensi dell'art. 263 TFUE). Lo dimostra il fatto che non sono infrequenti (anzi) le pronunce della Corte – il più delle volte, a seguito della relativa eccezione sollevata dall'istituzione (organo o organismo) convenuta – che dichiarano irricevibile un ricorso perché diretto contro un atto meramente confermativo. Ciò avviene soprattutto in presenza di atti che non abbiano la denominazione o i requisiti formali degli atti tipici, ma si estrinsecano in semplici lettere.

Da questo punto di vista, sarebbe auspicabile una maggiore trasparenza da parte delle istituzioni (e degli organi e organismi), ad esempio mediante l'indicazione, in calce ai provvedimenti presi, se trattasi di provvedimento impugnabile o meno ai sensi dell'art. 263 TFUE. Anzi, sarebbe più che mai opportuna un'espressa previsione normativa che rendesse obbligatoria tale indicazione³⁸. In siffatta ipotesi, non solo si eviterebbe alla Corte di dover impegnare le proprie risorse su questioni attinenti alla ricevibilità (anziché potersi concentrare direttamente sul merito delle controversie), ma anche si salvaguarderebbe maggiormente il fondamentale diritto all'accesso alla giustizia

³⁷ Ordinanza del Tribunale di primo grado del 15 aprile 2008 in causa n. T-478/07, *Cofra Srl c. Commissione delle Comunità europee*, non pubblicata in *Raccolta*, punti 13 e 14.

³⁸ A questo proposito, si ricorda che la Corte ha stabilito che la dichiarazione di irricevibilità di un ricorso per tardività non può essere evitata invocando la mancata indicazione, in un atto, dei possibili rimedi giurisdizionali e dei termini per attivarli, e ciò proprio in ragione della mancanza di un obbligo generale d'informazione previsto in «disposizioni esplicite in diritto comunitario» (ordinanze della Corte di giustizia del 5 marzo 1999 in causa n. C-153/98 P e in causa n. C-154/98 P, *Guérin automobiles EURL c. Commissione delle Comunità europee*, in *Raccolta*, 1999, I, p. 1441 e p. 1451, punti 13-15; principio ribadito con l'ordinanza della Corte di giustizia del 27 novembre 2007 in causa n. C-163/07 P, *Diş-Mar Insaat Sanayi ve Ticaret Ltd Şirketi e Musa Akar c. Commissione delle Comunità europee*, in *Raccolta*, 2007, I, p. 10125, punto 41, e con la sentenza del Tribunale di primo grado dell'11 novembre 2008 in causa n. T-390/07 P, *Michael Alexander Speiser c. Parlamento europeo*, non pubblicata in *Raccolta*, punto 32).

da parte dei soggetti interessati.

Nell'attesa di un eventuale intervento normativo in tal senso, occorre esaminare attentamente il contenuto della comunicazione ricevuta e formarsi un proprio convincimento. E – nell'ottica di dare un contributo alla soluzione dei problemi che possono scaturire dall'applicazione pratica dell'art. 263 TFUE – si ritiene di dover suggerire, se sussistono dubbi circa la natura di un determinato provvedimento, che è preferibile esperire un ricorso «cautelativo» avverso un provvedimento che potrebbe essere considerato dalla Corte preliminare o preparatorio, piuttosto che vedersi dichiarato irricevibile un ricorso perché l'atto impugnato viene valutato dai Giudici come meramente confermativo. Certo, occorre mettere in preventivo che la dichiarazione di irricevibilità del ricorso avverso un provvedimento preliminare o preparatorio comporterà – se richiesta dalla parte (istituzione, organo o organismo) convenuta – la condanna alle spese di lite in ragione della soccombenza. Ma può rivelarsi più importante (anche dal punto di vista economico) non perdere la possibilità di veder tutelate nel merito le proprie ragioni.

Il rischio di soccombenza per questioni di ricevibilità non sussiste invece nel caso – a dire il vero, non frequente – in cui l'atto (non chiaramente) preliminare o preparatorio e l'atto successivo (non chiaramente) confermativo siano notificati al destinatario quando i termini per impugnare il primo non siano ancora scaduti. In tal caso, infatti, è possibile (e opportuno) impugnare entrambi gli atti con un unico ricorso ai sensi dell'art. 263 TFUE³⁹.

Sulla questione degli atti impugnabili ai sensi dell'art. 263 TFUE si ritornerà in seguito, al par. 5, quando si esaminerà la legittimazione attiva dei singoli.

3. I soggetti passivi del ricorso di annullamento

Come ricordato al paragrafo precedente, sono sottoposti al controllo diretto della loro legittimità da parte della Corte di giustizia UE:

- gli atti legislativi (cioè, regolamenti, direttive e decisioni) adottati congiuntamente dal Parlamento europeo e dal Consiglio in esito alla procedura legislativa ordinaria;
- gli atti legislativi (cioè, regolamenti, direttive e decisioni) adottati dal Parlamento europeo con la partecipazione del Consiglio (e viceversa) in esito ad una procedura legislativa speciale;
- gli atti (cioè, regolamenti, direttive e decisioni) del Consiglio, della Commissione e della Banca centrale europea;

³⁹ Per un caso di ricorso di annullamento «cumulativo» in vigenza dell'art. 230 TCE, cfr. sentenza del Tribunale di primo grado del 27 settembre 2006 in causa n. T-153/04, *Ferriere Nord SpA c. Commissione delle Comunità europee*, in *Raccolta*, 2006, II, p. 3889, punti 14-16.

- gli atti del Parlamento europeo destinati a produrre effetti giuridici nei confronti dei terzi;
- gli atti del Consiglio europeo destinati a produrre effetti giuridici nei confronti di terzi;
- gli atti degli organi o organismi dell'Unione destinati a produrre effetti giuridici nei confronti di terzi.

Su tali previsioni si ritiene di dover fare alcune annotazioni.

Per «effetti giuridici nei confronti di terzi» s'intendono quelle conseguenze giuridiche vincolanti idonee «a incidere sugli interessi dei ricorrenti, modificando in modo grave e manifesto la loro situazione giuridica (v. ordinanza della Corte 28 gennaio 2004, causa n. C-164/02, *Paesi Bassi c. Commissione*, *Raccolta*, I, p. 1177, punto 18 e la giurisprudenza *ivi* citata)»⁴⁰.

Quanto agli organi e organismi, la loro espressa previsione costituisce una novità dell'art. 263 TFUE rispetto all'art. 230 TCE.

A tale proposito, è interessante notare che tra la sottoscrizione del Trattato di Lisbona (che ha introdotto l'art. 263 TFUE) intervenuta il 13 dicembre 2007 e la sua entrata in vigore del 1° dicembre 2009, il Tribunale (allora, di primo grado) aveva già avuto modo di riconoscere la legittimazione passiva degli organismi.

Va ricordato che le agenzie (allora, definite comunitarie) non rientravano – se non nei casi in cui v'era un'esplicita disposizione nel rispettivo atto istitutivo – tra gli autori di provvedimenti che potevano formare oggetto di un ricorso di annullamento dinanzi alla Corte. La questione della legittimazione passiva di tali organismi è stata però affrontata dal Tribunale in una vicenda in cui una società aveva contestato, ai sensi dell'art. 230 TCE, la legittimità di alcune decisioni (per la precisione, di annullamento di un bando di gara in materia di appalti pubblici) dell'Agenzia europea per la ricostruzione (AER).

Ebbene, il Tribunale ha ritenuto che il fatto che l'AER non figurasse tra le istituzioni comunitarie elencate all'art. 230 TCE e che il regolamento istitutivo di tale agenzia non prevedesse la competenza del Giudice comunitario a decidere sui ricorsi di annullamento avverso decisioni diverse da quelle relative a domande di accesso ai documenti⁴¹ non ostava a che il Tribunale potesse controllare, sulla base dell'art. 230 TCE, la legittimità degli atti di detta agenzia. In particolare, il Tribunale ha stabilito quanto segue: «La Comunità europea è una Comunità di diritto ed il Trattato ha istituito un sistema complesso di strumenti di ricorso e di procedure inteso ad affidare alla Corte il

⁴⁰ Sentenza del Tribunale di primo grado dell'8 ottobre 2008 in causa n. T-411/06, *Sogelma - Società generale lavori manutenzioni appalti Srl c. Agenzia europea per la ricostruzione (AER)*, in *Raccolta*, 2008, II, p. 2771, punto 85 e in questa *Rivista*, 2009, p. 489 con commento di R. ROSSOLINI, *La competenza del giudice comunitario per l'annullamento degli atti delle agenzie europee*, p. 491.

⁴¹ L'atto istitutivo dell'AER, infatti, prevedeva espressamente la sola possibilità di ricorrere avverso il rifiuto in materia di accesso documentale.

controllo della legittimità degli atti delle istituzioni. Il sistema del Trattato consente di proporre un ricorso diretto contro tutte le disposizioni adottate dalle istituzioni e miranti a produrre effetti giuridici. Se ne può dedurre un principio generale in forza del quale ogni atto adottato da un organismo comunitario destinato a produrre effetti giuridici nei confronti di terzi deve essere suscettibile di controllo giurisdizionale. Non può quindi ritenersi accettabile che atti destinati a produrre effetti giuridici nei confronti di terzi adottati da agenzie istituite sulla base del diritto derivato, quali l'Agenzia europea per la ricostruzione, sfuggano al controllo giurisdizionale»⁴².

Nella vicenda «*Sogelma*» in questione il Tribunale ha fatto applicazione di un'importante sentenza della Corte di giustizia di ventidue anni prima, resa nella nota causa «*Les Verts*», in cui vennero considerati impugnabili con un ricorso di annullamento gli atti del Parlamento europeo destinati a produrre effetti giuridici nei confronti di terzi anche se l'art. 173 TCEE (divenuto in seguito art. 230 TCE), nella sua versione applicabile all'epoca dei fatti, menzionava solo gli atti del Consiglio e della Commissione⁴³. Successivamente, il Trattato di Maastricht, per tener conto di tale giurisprudenza, modificò l'art. 173 TCEE prevedendo espressamente la legittimazione passiva, alle condizioni viste, del Parlamento europeo.

Quindi, rifacendosi alla sentenza «*Les Verts*», la giurisprudenza «*Sogelma*» ha espresso «il principio generale in forza del quale ogni atto adottato da un organismo comunitario destinato a produrre effetti giuridici nei confronti di terzi deve essere suscettibile di controllo giurisdizionale», aggiungendo che – se è «pur vero che la sentenza *Les Verts* (...) si limita a far menzione delle istituzioni comunitarie e l'AER non è ricompresa tra le istituzioni elencate all'art. 7 CE»⁴⁴ – «la situazione degli organismi comunitari dotati del potere di adottare atti destinati a produrre effetti giuridici nei confronti di terzi è identica a quella che ha dato luogo alla sentenza *Les Verts*, (...): non può ritenersi accettabile, in una Comunità di diritto, che atti di tal sorta sfuggano al controllo giurisdizionale»⁴⁵.

Tale principio generale, espresso dopo l'adozione del Trattato di Lisbona, è stato formalizzato nell'art. 263, comma 1, TFUE.

Da ultimo, si ricorda la disposizione – connessa alla novità della formale previsione della legittimazione passiva degli organi e organismi ed anch'essa non prevista nell'art. 230 TCE – di cui all'art. 263, comma 5, TFUE secondo

⁴² Massima ufficiale della sentenza del Tribunale di primo grado dell'8 ottobre 2008 in causa n. T-411/06, *Sogelma*, cit. supra, nota 40.

⁴³ Sentenza della Corte di giustizia del 23 aprile 1986 in causa n. 294/83, *Parti ecologiste "Les Verts" c. Parlamento europeo*, in *Raccolta*, 1986, p. 1339.

⁴⁴ Ora, cfr. l'art. 13, par. 1, comma 2, TFUE.

⁴⁵ Sentenza del Tribunale di primo grado dell'8 ottobre 2008 in causa n. T-411/06, *Sogelma*, loc. cit., punto 37.

la quale gli atti di diritto derivato istitutivi degli organi e organismi dell'Unione «possono prevedere condizioni e modalità specifiche relative ai ricorsi proposti da persone fisiche o giuridiche contro atti di detti organi o organismi destinati a produrre effetti giuridici nei loro confronti».

4. I soggetti attivi del ricorso di annullamento: gli Stati membri e le istituzioni, gli organi e gli organismi dell'Unione

L'art. 263, commi 2 e 3, TFUE prevede che il ricorso di annullamento possa essere esperito da:

- Stati membri, Parlamento europeo, Consiglio e Commissione, senza alcuna particolare limitazione (ovviamente, però, nel rispetto delle altre condizioni stabilite dalla norma in esame) e dunque definibili soggetti «privilegiati»⁴⁶;

- Corte dei conti, Banca centrale europea e Comitato delle regioni, con la (sola) limitazione che l'azione deve essere diretta a salvaguardare le proprie prerogative (e sempre nel rispetto delle altre condizioni stabilite dall'art. 263 TFUE) e dunque definibili soggetti «semi-privilegiati».

Va sottolineato che al Consiglio europeo non viene espressamente riconosciuta la legittimazione attiva, laddove invece – come visto – sussiste la sua legittimazione passiva nell'ambito del ricorso di annullamento.

Premesso ciò, si osserva che la sola novità dell'art. 263 TFUE rispetto alla formulazione dell'art. 230, commi 2 e 3, TCE è costituita dalla previsione del Comitato delle regioni. A tale proposito, va ricordato l'art. 8, comma 2, del Protocollo (n. 2) sull'applicazione dei principi di sussidiarietà e di proporzionalità che stabilisce che il Comitato delle regioni – secondo le modalità previste dall'art. 263 TFUE – può introdurre davanti alla Corte di giustizia «(...) ricorsi per violazione, mediante un atto legislativo, del principio di sussidiarietà» quando trattasi di «atti legislativi per l'adozione dei quali il trattato sul funzionamento dell'Unione europea richiede la sua consultazione». È stato però giustamente osservato che «la legittimazione del Comitato, in virtù del richiamo contenuto [nell'art. 263 TFUE], non può ritenersi (...) limitata alle ipotesi di violazione della sussidiarietà e della proporzionalità»⁴⁷. Ed infatti il regolamento interno del Comitato delle regioni – adottato il 3 dicembre

⁴⁶ In effetti, tali soggetti possono impugnare qualsiasi atto purché destinato a produrre effetti giuridici obbligatori, senza dover dimostrare di avere nel caso specifico un interesse ad agire (cfr. sentenza del Tribunale di primo grado del 10 aprile 2008 in causa n. T-233/04, *Regno dei Paesi Bassi c. Commissione delle Comunità europee*, in *Raccolta*, 2008, II, p. 591, punto 37); ciò perché gli Stati e le istituzioni normalmente sono mossi da interessi di natura generale, considerati meritevoli di particolare tutela.

⁴⁷ O. PORCHIA, *I ricorsi davanti alla Corte di giustizia dell'Unione europea: le modifiche previste dal Trattato di Lisbona*, in P. BILANCIA - M. D'AMICO (a cura di), *La nuova Europa dopo il Trattato di Lisbona*, Milano, Giuffrè, 2009, p. 225.

2009⁴⁸ – stabilisce norme procedurali per entrambi i casi di legittimazione attiva (quello particolare relativo alla sussidiarietà e quello generale di cui all'art. 263 TFUE) e cioè circa:

- la presentazione di un ricorso dinanzi alla Corte di giustizia «per violazione del principio di sussidiarietà, contro un atto legislativo per l'adozione del quale il trattato sul funzionamento dell'Unione europea prevede la consultazione del Comitato»⁴⁹;

- la presentazione di un ricorso dinanzi alla Corte di giustizia «qualora il Comitato delle regioni non sia stato consultato nei casi previsti dal trattato sul funzionamento dell'Unione europea»⁵⁰.

Il principio di sussidiarietà, che l'Unione deve rispettare nell'esercizio delle competenze ad essa attribuite, è contemplato dall'art. 5, par. 3, comma 1, TUE che, sul punto, recita: «In virtù del principio di sussidiarietà, nei settori che non sono di sua competenza esclusiva l'Unione interviene soltanto se e in quanto gli obiettivi dell'azione prevista non possono essere conseguiti in misura sufficiente dagli Stati membri, né a livello centrale né a livello regionale e locale, ma possono, a motivo della portata o degli effetti dell'azione in questione, essere conseguiti meglio a livello di Unione»; e l'art. 5, par. 3, comma 2, TUE aggiunge che «le istituzioni dell'Unione applicano il principio di sussidiarietà conformemente al protocollo sull'applicazione dei principi di sussidiarietà e di proporzionalità. I parlamenti nazionali vigilano sul rispetto del principio di sussidiarietà secondo la procedura prevista in detto protocollo»⁵¹.

Quanto al significato del requisito della salvaguardia delle «proprie prerogative» previsto per la Corte di conti, la Banca centrale europea e il Comitato delle regioni, può essere utile richiamare la giurisprudenza elaborata quando l'art. 173 TCEE non contemplava ancora il Parlamento europeo tra le istituzioni che avevano legittimazione attiva per esperire un ricorso di annullamento. In quella vicenda, la Corte di giustizia stabilì che «il Parlamento è legittimato ad agire dinanzi alla Corte con ricorso per annullamento avverso un atto del Consiglio o della Commissione, purché il ricorso sia inteso unicamente alla tutela delle sue prerogative e si fondi soltanto su motivi dedotti dalla violazione di queste. Con questa riserva, il ricorso per annullamento proposto dal Parlamento è soggetto alle regole dei Trattati sul ricorso per an-

⁴⁸ In *Gu-Ue* n. L 6 del 9 gennaio 2010, p. 14.

⁴⁹ *Ivi*, art. 53, par. 1.

⁵⁰ *Ivi*, art. 54, par. 1.

⁵¹ In relazione al principio di sussidiarietà, autorevole dottrina ritiene che – poiché tale principio non si presta facilmente ad un'operazione di qualificazione giuridica – è verosimile che la Corte di giustizia UE riconoscerà alle istituzioni un ampio margine di manovra e sanzionerà unicamente gli errori di valutazione manifesti (D. COLOMER, *La Cour de justice de l'Union européenne après le Traité de Lisbonne*, in *Gazette du Palais*, 2008, nn. 170-171, p. 30). (Per alcune riflessioni sulle novità, introdotte dal Trattato di Lisbona, connesse con il riconoscimento del principio di sussidiarietà a favore del «livello subnazionale», cfr. O. PORCHIA, *I ricorsi davanti alla Corte di giustizia*, cit. *supra*, nota 47, p. 226-228).

nullamento delle altre istituzioni. Rientra nelle prerogative del Parlamento, nei casi previsti dai Trattati, la partecipazione al processo di elaborazione degli atti normativi, segnatamente la partecipazione alla procedura di cooperazione contemplata dal Trattato CEE»⁵². *Mutatis mutandis*, la violazione delle «prerogative» della Corte dei conti, della Banca centrale europea⁵³ e del Comitato delle regioni si potrebbe verificare qualora essi non venissero coinvolti nonostante una espressa previsione, contenuta nei Trattati, della loro partecipazione alla procedura di adozione di un atto.

Non comprensibile, invece, risulta la mancata inclusione del Comitato economico e sociale tra i soggetti aventi legittimazione attiva (ovviamente, per la salvaguardia delle proprie prerogative), dato che – come è stato giustamente osservato – esso svolge funzioni consultive «sulla base di disposizioni identiche a quelle enunciate per il Comitato delle regioni»⁵⁴.

Più in generale, in relazione alla legittimazione ad agire degli Stati membri, lo stesso art. 8, comma 1, del citato Protocollo (n. 2) sull'applicazione dei principi di sussidiarietà e di proporzionalità stabilisce che la «Corte di giustizia dell'Unione europea è competente a pronunciarsi sui ricorsi per violazione, mediante un atto legislativo, del principio di sussidiarietà proposti secondo le modalità previste all'art. 263 del trattato sul funzionamento dell'Unione europea da uno Stato membro, o trasmessi da quest'ultimo in conformità con il rispettivo ordinamento giuridico interno a nome del suo parlamento nazionale o di una camera di detto parlamento nazionale». Per quanto riguarda gli Stati membri, questa disposizione costituisce una petizione di principio perché la loro competenza ad agire avverso tale genere di violazioni è rinvenibile, sul piano generale, nell'art. 263, commi 1 e 2, TFUE. Più significativa è la seconda parte della norma laddove pare riconoscersi una formale legittimazione attiva dei Parlamenti nazionali, seppur mediata quanto alla presentazione del ricorso (che deve avvenire attraverso lo Stato)⁵⁵.

⁵² Sentenza della Corte di giustizia del 22 maggio 1990 in causa n. C-70/88, *Parlamento europeo c. Consiglio delle Comunità europee*, in *Raccolta*, 1990, I, p. 2041, punti 27 e 28.

⁵³ Quanto alla Banca centrale europea, si osserva che il punto 35, par. 1, del Protocollo (n. 4) sullo statuto del sistema europeo di banche centrali e della Banca centrale europea prevede che tale istituzione «può avviare un'azione giudiziaria nei casi ed alle condizioni stabiliti dai trattati».

⁵⁴ O. PORCHIA, *I ricorsi davanti alla Corte di giustizia*, cit. *supra*, nota 47, p. 225.

⁵⁵ Nell'evidenziare che non è chiaro se gli Stati membri siano legalmente obbligati a dare seguito ad una simile richiesta del proprio Parlamento, certa dottrina sottolinea che la norma in questione – traduzione libera dall'inglese – «aumenterà senza dubbio il ruolo dei Parlamenti nazionali nell'Unione, l'effettiva applicazione del principio di sussidiarietà e potrà di fatto rafforzare il dibattito politico a livello nazionale sulle politiche europee» (F. DE WITTE, *The European Judiciary after Lisbon*, in *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, 2008, vol. 15, n. 1, p. 48). Analogamente, v'è chi vede nel riferimento ai Parlamenti nazionali contenuto nell'art. 8 in questione «un elemento capace di incidere in qualche modo sull'equilibrio interno dello Stato, a dispetto dell'indifferenza dichiarata» (O. PORCHIA, *I ricorsi davanti alla Corte di giustizia*, cit. *supra*, nota 47, p. 228-229).

5. *Segue: le persone fisiche e giuridiche*

I singoli hanno possibilità di ricorso più limitate rispetto agli Stati membri e alle istituzioni (e, a talune condizioni, al Comitato delle regioni) e, dunque, sono definibili soggetti «non privilegiati». Ciò viene giustificato per il fatto che, mentre gli Stati membri e le istituzioni (e il Comitato delle regioni) perseguono di norma l'interesse generale, i singoli non perseguono che il loro proprio interesse. Questi ultimi non possono, di conseguenza, mettere in causa un atto di portata generale – come, per esempio, i regolamenti – per soddisfare degli interessi che, tenuto conto della portata dell'atto, sono marginali. Coerentemente con tale esigenza, l'art. 263, comma 4, TFUE prevede che il ricorso di annullamento, alle condizioni di cui ai primi due commi di tale norma, possa essere sì esperito anche da una persona fisica o giuridica, ma con alcune (rilevanti) limitazioni circa gli atti impugnabili. In particolare, tali atti sono:

- gli atti adottati nei confronti di tale persona;
- gli atti che la riguardano direttamente e individualmente;
- gli atti regolamentari che la riguardano direttamente e che non comportano alcuna misura d'esecuzione.

Prima di esaminare queste tre categorie di atti, sono opportune alcune annotazioni preliminari.

In primo luogo, va precisato che per «persona giuridica» ai sensi dell'art. 263, comma 4, TFUE si intendono anche le articolazioni territoriali interne allo Stato (quali, ad esempio, un ente regionale o locale) – purché dotate di personalità giuridica secondo il diritto nazionale – che dunque sono sottoposte alle stesse limitazioni delle persone fisiche e giuridiche quanto alle condizioni di ricevibilità di un ricorso di annullamento⁵⁶. Infatti, secondo la giurisprudenza, la nozione di Stato membro – ai sensi delle norme istituzionali e, in particolare, di quelle relative ai ricorsi giurisdizionali – comprende le sole autorità di governo degli Stati membri dell'Unione e non può estendersi agli esecutivi di regioni o di comunità autonome, indipendentemente dalla portata delle competenze attribuite a questi ultimi⁵⁷.

⁵⁶ In relazione ai previgenti art. 230, comma 4, TCE e art. 173, comma 4, TCE, ad esempio cfr.: sentenza del Tribunale di primo grado del 1° luglio 2008 in causa n. T-37/04, *Região autónoma dos Açores c. Consiglio dell'Unione europea*, in *Raccolta*, 2008, II, p. 103, punto 53; sentenza della Corte di giustizia del 2 maggio 2006 in causa n. C-417/04 P, *Regione Siciliana c. Commissione delle Comunità europee*, in *Raccolta*, 2006, I, p. 3881, punti 21 e 24; sentenza della Corte di giustizia del 22 novembre 2001 in causa n. C-452/98, *Nederlandse Antillen c. Consiglio dell'Unione europea*, in *Raccolta*, 2001, I, p. 8973, punti 50 e 51; ordinanza del Tribunale di primo grado del 23 ottobre 1998 in causa n. T-609/97, *Regione Puglia c. Commissione delle Comunità europee e Regno di Spagna*, in *Raccolta*, 1998, II, p. 4051, punti 21 e 22; ordinanza del Tribunale di primo grado del 16 giugno 1998 in causa n. T-238/97, *Comunidad Autónoma de Cantabria c. Consiglio dell'Unione europea*, in *Raccolta*, 1998, II, p. 2271, punti 48-50.

⁵⁷ 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 massimata in questa *Rivista*, 1997, p. 500.

In secondo luogo, è importante sottolineare che – al di là dell'impugnabilità degli atti da parte del singolo – ai fini della ricevibilità del ricorso è altresì necessaria la sussistenza in capo al soggetto di un interesse ad agire. In altre parole, «mentre gli Stati e le istituzioni possono impugnare qualsiasi atto, a prescindere dagli effetti che questo produce nei loro confronti, le persone fisiche e giuridiche possono ricorrere solo nel caso in cui l'annullamento sia suscettibile di avere conseguenze dirette nella loro sfera giuridica»⁵⁸.

In terzo luogo, occorre ricordare la disposizione – assente nell'art. 230 TCE – di cui all'art. 263, comma 5, TFUE secondo cui «gli atti che istituiscono gli organi e organismi dell'Unione possono prevedere condizioni e modalità specifiche relative ai ricorsi proposti da persone fisiche o giuridiche contro atti di detti organi o organismi destinati a produrre effetti giuridici nei loro confronti».

Ciò premesso, si osserva che l'art. 263, comma 4, TFUE per alcuni aspetti riprende il contenuto dell'art. 230, comma 4, TCE, per molti altri lo innova sostanzialmente sia per tener conto della giurisprudenza della Corte sia nel tentativo di garantire ai singoli un più ampio accesso alla giustizia. Ma procediamo per ordine.

La prima ipotesi è quella degli «atti» adottati nei confronti di una persona. Al riguardo, si rileva che la formulazione contenuta nell'art. 263, comma 4, TFUE è formalmente più ampia rispetto all'art. 230, comma 4, TCE ove si faceva riferimento alle «decisioni» prese nei confronti di una persona. Sostanzialmente, tuttavia, non si ravvisano differenze, atteso che ciò che conta è che un determinato provvedimento sia adottato nei confronti di una persona, al di là del nome dato ad esso. E se ciò avviene, nessuno dubita che la stessa persona possa impugnarlo⁵⁹.

La seconda ipotesi prevista dall'art. 263, comma 4, TFUE è quella degli «atti che riguardano direttamente e individualmente» una persona. Anche in questo caso non si ravvisano differenze sostanziali rispetto alla formulazione dell'art. 230, comma 4, TCE che faceva riferimento a «decisioni che, pur apparendo come un regolamento o una decisione presa nei confronti di altre persone, la riguardano direttamente ed individualmente». Dunque, per le sopra ricordate ragioni per le quali un singolo è necessariamente latore di un interesse individuale, il ricorso da parte di una persona fisica o giuridica per l'annullamento di un regolamento è ammissibile soltanto se – pur apparendo un regolamento (e quindi un atto a portata generale) – l'atto riguarda gli interessi di tale persona in maniera tale da poterla considerare destinataria dell'atto⁶⁰. Occorre peraltro rilevare che – andando al di là del mero dato let-

⁵⁸ C. IANNONE, in A. TIZZANO (a cura di), *Trattati dell'Unione europea, cit. supra*, nota 17, p. 1083.

⁵⁹ Un esempio tipico è quello delle decisioni con cui la Commissione – ora, ai sensi degli artt. 101, par. 1, e 103, par. 2, lett. a., TFUE (e della normativa derivata) – irroga ammende per violazione delle regole sulla concorrenza.

⁶⁰ Sulla necessità dell'incidenza «diretta» e «individuale» dell'atto impugnato nei confronti del

terale dell'art. 230, comma 4, TCE (che menzionava solo i regolamenti) – il Tribunale ha avuto modo di precisare che una persona fisica o giuridica può chiedere l'annullamento anche di una direttiva, se ed in quanto dimostri che le disposizioni impugnate la riguardano direttamente e individualmente⁶¹.

Moltissimi problemi ha caratterizzato l'accertamento da parte della Corte della sussistenza dei requisiti dell'incidenza «diretta» e «individuale» dell'atto impugnato nei confronti del ricorrente – persona fisica o giuridica (comprese le articolazioni territoriali interne degli Stati purché munite di personalità giuridica) – che ne contestava la legittimità.

Quanto al requisito dell'incidenza diretta, secondo la giurisprudenza costante, «la condizione di cui all'art. 230, quarto comma, CE, secondo cui una persona fisica o giuridica dev'essere direttamente interessata dalla decisione che costituisce oggetto del ricorso, richiede la compresenza di due criteri cumulativi, vale a dire che il provvedimento comunitario contestato, in primo luogo, produca direttamente effetti sulla situazione giuridica del singolo e, in secondo luogo, non lasci ai propri destinatari alcun potere discrezionale quanto alla sua applicazione, la quale ha carattere meramente automatico e deriva dalla sola normativa comunitaria, senza intervento di altre norme intermedie (v. sentenze 5 maggio 1998, causa n. C-404/96 P, *Glencore Grain c. Commissione*, *Raccolta*, I, p. 2435, punto 41; 29 giugno 2004, causa n. C-486/01 P, *Front national c. Parlamento*, *Raccolta*, I, p. 6289, punto 34; 2 maggio 2006, *Regione Siciliana c. Commissione*, *cit.*, punto 28, e 22 marzo 2007, *Regione Siciliana c. Commissione*, *cit.*, punto 31)»⁶². È stato, altresì, precisato che l'incidenza diretta sussiste anche quando l'atto comunitario⁶³ determini «il risultato da raggiungere» nei confronti del quale «le autorità nazionali non godono di alcun margine di valutazione»⁶⁴.

Quanto al requisito dell'incidenza individuale, secondo giurisprudenza costante, una persona fisica o giuridica che non sia destinataria di un atto può sostenere di essere «individualmente interessata dall'atto controverso solo se esso la colpisce in ragione di talune sue peculiari qualità o di una circostanza di fatto

ricorrente, ad esempio cfr. sentenze della Corte di giustizia del 10 aprile 2003 in causa n. C-142/00 P, *Commissione delle Comunità europee c. Nederlandse Antillen*, in *Raccolta*, 2003, I, p. 3483, punto 59 e del 22 novembre 2001 in causa n. C-452/98, *Nederlandse Antillen c. Consiglio dell'Unione europea*, in *Raccolta*, 2001, I, p. 8973, punto 51.

⁶¹ Cfr. sentenze del Tribunale di primo grado del 27 giugno 2000 in cause n. T-172/98 e da n. T-175/98 a n. T-177/98, *Salamander AG e a. c. Parlamento europeo e Consiglio dell'Unione europea*, in *Raccolta*, 2000, II, p. 2487, punti 25-31 e del 17 giugno 1998 in causa n. T-135/96, *Union européenne de l'artisanat et des petites et moyennes entreprises (UEAPME) c. Consiglio dell'Unione europea*, in *Raccolta*, 1998, II, p. 2335, punti 62-63.

⁶² Sentenza della Corte di giustizia del 10 settembre 2009 in cause n. C-445/07 P e n. C-455/07 P, *Commissione delle Comunità europee c. Ente per le Ville vesuviane e Ente per le Ville vesuviane c. Commissione delle Comunità europee*, in *Raccolta*, 2009, I, p. 7993, punto 45.

⁶³ Ora, dell'Unione.

⁶⁴ Sentenza della Corte di giustizia del 13 marzo 2008 in causa n. C-125/06 P, *Commissione delle Comunità europee c. Infront WM AG*, in *Raccolta*, 2008, I, p. 1451, punto 62.

che la distingue da chiunque altro e, quindi, la identifica in modo analogo al destinatario dell'atto (v. sentenze della Corte 15 luglio 1963, causa n. 25/62, *Plaumann c. Commissione, Raccolta*, p. 195, in particolare p. 220, e 29 aprile 2004, causa n. C-298/00 P, *Italia c. Commissione, Raccolta*, I, p. 4087, punto 36, e la giurisprudenza *ivi citata*)»⁶⁵. Peraltro, qualora l'atto «riguardi un gruppo di soggetti individuati o individuabili, nel momento in cui l'atto è stato adottato, in base a criteri tipici dei membri di tale gruppo, tali soggetti possono essere individualmente interessati da tale atto, in quanto facenti parte di un gruppo ristretto di operatori economici (v. sentenze 17 gennaio 1985, causa n. 11/82, *Piraiki-Patraiki e a. c. Commissione, Raccolta*, p. 207, punto 31, e 22 giugno 2006, cause riunite n. C-182/03 e n. C-217/03, *Belgio e Forum 187 c. Commissione, Raccolta*, I, p. 5479, punto 60) (...) ciò può accadere in particolare quando [l'atto] modifica i diritti acquistati dal singolo prima della sua adozione (v., in particolare, sentenza 1° luglio 1965, cause riunite n. 106/63 e n. 107/63, *Toeffer e Getreide-Import Gesellschaft c. Commissione, Raccolta*, p. 525, in particolare p. 533)»^{66 67}.

Il temperamento alle suddette rigidità del sistema di accesso diretto dei singoli alla Corte è stato dalla giurisprudenza individuato⁶⁸ nella possibilità per essi di mettere in discussione l'atto non impugnabile ai sensi dell'art. 230 TCE (ora, art. 263 TFUE) o in via incidentale sollevando un'eccezione di illegittimità ai sensi dell'art. 241 TCE (ora, art. 277 TFUE) oppure davanti al Giudice nazionale (adito per contestare il provvedimento nazionale – se esistente – adottato in esecuzione dell'atto comunitario⁶⁹) chiedendo a questi di

⁶⁵ Sentenza del Tribunale di primo grado del 9 settembre 2009 in cause da n. T-227/01 a n. T-229/01, n. T-265/01, n. T-266/01 e n. T-270/01, *Territorio Histórico de Alava - Diputación Foral de Alava e Comunidad autónoma del País Vasco - Gobierno Vasco e a. c. Commissione delle Comunità europee*, non ancora pubblicata in *Raccolta*, punto 111.

⁶⁶ Sentenza della Corte di giustizia del 13 marzo 2008 in causa n. C-125/06 P, *Commissione delle Comunità europee c. Infront WM AG*, *cit. supra*, nota 64, punti 71-72.

⁶⁷ La casistica relativa alla seconda categoria di atti impugnabili – ora all'esame – prevista dall'art. 263, comma 4, TFUE è molto vasta. Tra casi abbastanza recenti (ovviamente concernenti l'art. 230, comma 4, TCE) in cui le condizioni di ricevibilità sono state ritenute esistenti nei confronti di decisioni non indirizzate al soggetto ricorrente, si possono ricordare quelli relativi al ricorso di una società contro la decisione del Parlamento europeo di annullare una procedura di gara per l'aggiudicazione di un appalto (cfr. ordinanza del Tribunale di primo grado del 14 maggio 2008 in cause n. T-383/06 e n. T-71/07, *Icuna.Com SCRL c. Parlamento europeo*, in *Raccolta*, 2008, II, p. 727, punti 42-49) o al ricorso di un deputato europeo contro una decisione del Parlamento europeo che gli toglieva l'immunità (cfr. sentenza del Tribunale di primo grado del 15 ottobre 2008 in causa n. T-345/05, *Ashley Neil Mote c. Parlamento europeo*, in *Raccolta*, 2008, II, p. 2849, punti 18-36). Per un esempio di ricorso dichiarato irricevibile, per insussistenza del requisito dell'incidenza individuale, si può ricordare la vicenda dell'impugnazione da parte di una società di una decisione della Commissione, indirizzata formalmente allo Stato italiano, in materia di assegnazione delle quote di emissione dei gas a effetto serra (cfr. ordinanza del Tribunale di primo grado del 27 ottobre 2008 in causa n. T-241/07, *Buzzi Unicem SpA c. Commissione delle Comunità europee*, in *Raccolta*, 2008, II, p. 234, punti 17-23).

⁶⁸ Secondo autorevole dottrina, ciò sarebbe dovuto alla preoccupazione della Corte stessa di vedere la propria giurisprudenza contestata davanti alla Corte europea dei diritti dell'uomo (D. COLOMER, *La Cour de justice de l'Union européenne*, *cit. supra*, nota 51, p. 29).

⁶⁹ Ora, dell'Unione.

sottoporre alla Corte di giustizia – ai sensi dell’art. 234 TCE (ora, art. 267 TFUE) – un quesito pregiudiziale sulla validità dell’atto comunitario⁷⁰ su cui si basa il provvedimento nazionale contestato⁷¹. In particolare, è giurisprudenza costante che, «mediante gli artt. 230 CE e 241 CE, da un lato, e l’art. 234 CE, dall’altro, il Trattato ha istituito un sistema completo di rimedi giurisdizionali e di procedimenti inteso a garantire il controllo della legittimità degli atti delle istituzioni, affidandolo al giudice comunitario (sentenza della Corte 23 aprile 1986, causa n. 294/83, *Les Verts c. Parlamento*, *Raccolta*, p. 1339, punto 23). Nell’ambito di tale sistema, le persone fisiche o giuridiche, che non possono, a causa dei requisiti di ricevibilità di cui all’art. 230, quarto comma, CE, impugnare direttamente atti comunitari di portata generale, hanno la possibilità, a seconda dei casi, di far valere l’invalidità di tali atti, vuoi in via incidentale in forza dell’art. 241 CE, dinanzi al giudice comunitario, vuoi dinanzi ai giudici nazionali e di indurre questi ultimi, che non sono competenti ad accertare direttamente l’invalidità di tali atti (sentenza della Corte 22 ottobre 1987, causa n. 314/85, *Foto-Frost*, *Raccolta*, p. 4199, punto 20), a rivolgersi al riguardo alla Corte in via pregiudiziale ai sensi dell’art. 234 CE. Pertanto, non potendo chiedere l’annullamento della decisione impugnata, la ricorrente conserva la facoltà di impugnare i provvedimenti nazionali adottati in applicazione della decisione impugnata e, in tale contesto, di eccepire l’illegittimità di quest’ultima dinanzi ai giudici nazionali, chiamati a decidere nel rispetto dell’art. 234 CE (v., in tal senso, sentenze della Corte 27 settembre 1983, causa n. 216/82, *Universität Hamburg*, *Raccolta*, p. 2771, punto 10, e 17 novembre 1998, causa n. C-70/97 P, *Kruidvat c. Commissione*, *Raccolta*, I, p. 7183, punto 49)»⁷². Naturalmente, i due rimedi del ricorso di annullamento e del rinvio pregiudiziale di validità sono alternativi, dato che un soggetto che non ha impugnato, pur avendone titolo, un atto ai sensi dell’art. 263 TFUE non potrebbe successivamente eccepirne l’illegittimità davanti ai Giudici nazionali: in siffatta ipotesi, infatti, il rinvio pregiudiziale eventualmente disposto ai sensi dell’art. 267 TFUE sarebbe considerato irricevibile⁷³. Va, peraltro, osservato che tale irricevibilità non potrebbe invece essere dichiarata se la questione pregiudiziale di validità venisse posta d’ufficio dal Giudice nazionale e non su richiesta di un soggetto che, pur avendone titolo, non abbia proposto ricorso di annullamento entro i termini di cui all’art. 263 TFUE⁷⁴.

⁷⁰ Ora, dell’Unione.

⁷¹ Naturalmente, rimane salva la possibilità di esperire un ricorso per responsabilità extracontrattuale dell’Unione ai sensi degli artt. 268 e 340, comma 2, TFUE.

⁷² Ordinanza del Tribunale di primo grado del 27 ottobre 2008 in causa n. T-241/07, *Buzzi Unicem SpA c. Commissione*, *cit. supra*, nota 67, punti 26 e 27.

⁷³ In relazione alla previgente disciplina di cui agli artt. 173 e 177 TCEE, cfr. sentenza della Corte di giustizia del 9 marzo 1994 in causa n. C-188/92, *TWD Textilwerke Deggendorf GmbH c. Repubblica federale di Germania*, in *Raccolta*, 1994, I, p. 833, punti 17 e 18 e massimata in questa *Rivista*, 1995, p. 163.

⁷⁴ In relazione alla previgente disciplina di cui agli artt. 230 e 234 TCE, cfr. sentenza della Cor-

La soluzione elaborata negli anni dalla Corte di giustizia delle (allora) Comunità europee per cercare di ovviare in maniera soddisfacente ai limiti di tutela posti dal tenore letterale dell'art. 230, comma 4, TCE è stata però oggetto di moltissime critiche, non solo da parte della dottrina, ma anche all'interno della Corte stessa. Si fa riferimento, ad esempio, alle notissime «conclusioni» presentate il 21 marzo 2002 dall'Avvocato Generale Jacobs nella causa «*Unión de Pequeños Agricultores*» in cui, in sede di impugnazione, si discuteva della correttezza o meno dell'ordinanza del Tribunale di primo grado che aveva dichiarato irricevibile un ricorso di un'associazione di agricoltori diretto all'annullamento parziale di un regolamento nel settore dei grassi. In particolare, dopo aver esaminato le problematiche – dal punto di vista dell'effettiva tutela giurisdizionale dei singoli – derivanti dalla giurisprudenza della Corte, l'Avvocato Generale Jacobs concluse che «i singoli devono considerarsi individualmente riguardati, ai sensi dell'art. 230, quarto comma, CE, da un atto comunitario qualora, a causa della loro particolare situazione di fatto, l'atto pregiudichi, o possa pregiudicare, in modo sostanziale i loro interessi»⁷⁵. Tale impostazione venne pochi mesi dopo seguita, in un'altra vicenda («*Jégo-Quééré*»), dal Tribunale che considerò ricevibile un ricorso di una società di armamento per la pesca che aveva chiesto l'annullamento di alcuni articoli di un regolamento che istituiva misure per la ricostituzione dello stock di naselli in certe zone di mare. Tra le varie ragioni addotte, il Tribunale – rifacendosi (anche) alle suddette conclusioni dell'Avvocato Generale Jacobs – ricordò la seguente: «quanto all'azione dinanzi al giudice nazionale con rinvio pregiudiziale dinanzi alla Corte in conformità all'art. 234 CE, deve sottolinearsi che, in un caso come quello in esame, non esistono provvedimenti di esecuzione sulla base dei quali proporre un ricorso dinanzi ai giudici nazionali. Il fatto che un singolo pregiudicato da un provvedimento comunitario possa contestarne la validità dinanzi ai giudici nazionali, violando le disposizioni contenute nel provvedimento stesso ed eccependo l'illegittimità di tali disposizioni in un procedimento giurisdizionale avviato nei suoi confronti, non gli offre una tutela giurisdizionale adeguata. Infatti, non si può chiedere ai singoli di violare la legge per avere accesso alla tutela giurisdizionale (v. conclusioni dell'avvocato generale Jacobs 21 marzo 2002, nella causa n. C-50/00 P, *Unión de Pequeños agricultores c. Consiglio*, *Raccolta*, I, p. 6677, punto 43)»⁷⁶.

te 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 e a.*, in *Raccolta*, 2006, I, p. 289, punti 72-74 e massimata in questa *Rivista*, 2006, p. 68.

⁷⁵ Conclusioni dell'Avvocato Generale Jacobs del 21 marzo 2002 in causa n. C-50/00 P, *Unión de Pequeños Agricultores c. Consiglio dell'Unione europea*, in *Raccolta*, 2002, I, p. 6677, punto 103.

⁷⁶ Sentenza del Tribunale di primo grado del 3 maggio 2002 in causa n. T-177/01, *Jégo-Quééré et CIE SA c. Commissione delle Comunità europee*, in *Raccolta*, 2002, II, p. 2365, punto 45 e massimata in questa *Rivista*, 2002, p. 519.

Sennonché, la Corte di giustizia – nella vicenda «*Unión de Pequeños Agricultores*» – non condivise le conclusioni dell'Avvocato Generale Jacobs e pertanto respinse l'impugnazione affermando quanto segue: «(...) in base al sistema del controllo della legittimità istituito dal Trattato, una persona fisica o giuridica può presentare un ricorso contro un regolamento solo qualora essa sia interessata non solo direttamente, ma anche individualmente da tale atto. Se è vero che quest'ultimo requisito deve essere interpretato alla luce del principio di una tutela giurisdizionale effettiva tenendo conto delle diverse circostanze atte a individuare un ricorrente (v., ad esempio, sentenze 2 febbraio 1988, cause riunite n. 67/85, n. 68/85 e n. 70/85, *Van der Kooy c. Commissione*, *Raccolta*, p. 219, punto 14; *Extramet Industrie c. Consiglio*, citata, punto 13, e *Codorniu c. Consiglio*, citata, punto 19), tale interpretazione non può condurre ad escludere il requisito di cui trattasi, espressamente previsto dal Trattato, senza eccedere le competenze attribuite da quest'ultimo ai giudici comunitari»⁷⁷. Ed aggiunse: «[a]nche se è indubbiamente concepibile un sistema di controllo della legittimità degli atti comunitari di portata generale diverso da quello istituito dal Trattato originario e mai modificato nei suoi principi, spetta, se del caso, agli Stati membri, in conformità all'art. 48 UE, riformare il sistema attualmente in vigore»⁷⁸. Coerentemente, seguì l'annullamento della sentenza del Tribunale nel caso «*Jégo-Quéré*»⁷⁹.

Quindi, nella vicenda «*Unión de Pequeños Agricultores*», la Corte di giustizia si ritenne vincolata dal tenore letterale dell'art. 230, comma 4, TCE, «invitando» però gli Stati membri a modificare, se del caso, il sistema in vigore. Invito che è stato accolto con la previsione – aggiunta all'art. 263, comma 4, TFUE (rispetto all'art. 230, comma 4, TCE) – secondo cui sono ora impugnabili dai singoli anche gli «atti regolamentari che [li] riguardano direttamente e che non comportano alcuna misura d'esecuzione». In presenza di certe condizioni, pertanto, per esperire il ricorso di annullamento i singoli non saranno più tenuti a dimostrare che un atto avente portata generale li riguarda individualmente (requisito – come noto – più difficile da dimostrare rispetto a quello dell'incidenza diretta).

Non è tuttavia chiaro cosa si intenda per atti «regolamentari» e il TFUE non aiuta, mancando in esso la relativa definizione. È però probabile – come osservato dai primi commentatori⁸⁰ – che si tratti degli atti non adottati

⁷⁷ Sentenza della Corte di giustizia del 25 luglio 2002 in causa n. C-50/00 P, *Unión de Pequeños Agricultores c. Consiglio dell'Unione europea*, in *Raccolta*, 2002, I, p. 6677, punto 44 e massimata in questa *Rivista*, 2002, p. 520.

⁷⁸ *Ivi*, punto 45.

⁷⁹ Sentenza della Corte di giustizia del 1° aprile 2004 in causa n. C-263/02 P, *Commissione delle Comunità europee c. Jégo-Quéré et CIE SA*, in *Raccolta*, 2004, I, p. 3425 e massimata in questa *Rivista*, 2004, p. 297.

⁸⁰ Ad esempio, cfr. F. DE WITTE, *The European Judiciary*, cit. *supra*, nota 55, p. 47; O. PORCHIA, *I ricorsi davanti alla Corte di giustizia*, cit. *supra*, nota 47, p. 229. Secondo E. FONTANA, *Il ricorso di annullamento dei privati nel Trattato di Lisbona*, in *Dir. Un. Eur.*, 2010, n. 1, p. 70,

all'esito di una procedura legislativa (sia quella ordinaria disciplinata dall'art. 294 TFUE che quella speciale di cui all'art. 289, par. 2, TFUE)⁸¹. Se così è, la possibilità per il singolo di contestare un atto (che, anche se non lo riguarda individualmente, lo concerne direttamente e non richiede misure nazionali di esecuzione) dipenderà dalla scelta delle istituzioni circa lo strumento giuridico: in caso di adozione di un atto legislativo, esso non sarebbe impugnabile dal soggetto «non privilegiato» ai sensi dell'art. 263, comma 4, TFUE (a meno che – ovviamente – non riesca a dimostrare la sussistenza anche del requisito dell'incidenza individuale); se invece l'atto adottato fosse non legislativo, il ricorso d'annullamento ai sensi della norma in esame sarebbe possibile. V'è perciò il rischio che le istituzioni scelgano l'atto giuridico da utilizzare (anche) per poter impedire (o rendere più complesso) il ricorso di annullamento da parte dei singoli. Come per il passato, pertanto, la discrezionalità nella scelta dello strumento giuridico dovrà trovare un argine nella summenzionata giurisprudenza della Corte secondo cui – per valutare se un atto è impugnabile da un singolo con un ricorso di annullamento – non bisogna fermarsi alla forma dell'atto quanto al suo contenuto sostanziale⁸². È facile quindi prevedere che la Corte sarà chiamata spesso (e presto) a pronunciarsi sul punto.

Va aggiunto che qualora, invece, si tratti di un «atto regolamentare» che riguardi direttamente una persona (incidendo negativamente sulla sua sfera giuridica) ma richieda misure nazionali di esecuzione, tale persona dovrà necessariamente fare ricorso ai rimedi tradizionali, cercando di provare la sussistenza del requisito dell'incidenza individuale oppure mettendo in discussione la validità di tale atto o in via incidentale mediante un'eccezione di illegittimità ai sensi dell'art. 277 TFUE o davanti al Giudice nazionale (adito per contestare il provvedimento nazionale adottato in esecuzione dell'atto dell'Unione) chiedendo a questi di sottoporre alla Corte di giustizia un quesito pregiudiziale, ai sensi dell'art. 267 TFUE, sulla validità dell'«atto regolamentare» su cui si basa il provvedimento nazionale contestato.

Un'altra questione che si pone in ragione della novità costituita dall'im-

«la nozione di "atto regolamentare", e quindi di atto non legislativo (...) è costituita sia dagli atti delegati di cui all'art. 290 TFUE che dagli atti di esecuzione di cui all'art. 291 TFUE, gli uni e gli altri potendo assumere la veste di un regolamento o di una direttiva, gli altri anche quella di una decisione».

⁸¹ Questa tesi è sostenuta anche dal Parlamento e dal Consiglio in un procedimento – tuttora pendente davanti al Tribunale – avente ad oggetto la domanda di annullamento, da parte di numerosi soggetti privati, di un regolamento sul commercio dei prodotti derivati dalla foca (cfr. ordinanza del Presidente del Tribunale del 30 aprile 2010 in causa n. T-18/10 R, *Inuit Tapiriit Kanatami e a. c. Parlamento europeo e Consiglio dell'Unione europea*, non ancora pubblicata in *Raccolta*, punti 32 e 33).

⁸² Tale preoccupazione è rinvenibile anche in parte della dottrina: ad esempio, è stato sottolineato – traduzione libera dall'inglese – che, «nell'elaborare la distinzione tra atti regolamentari e atti legislativi, la Corte guarderà alla sostanza dell'atto piuttosto che alla forma, impedendo così la possibilità di rendere un atto immune da impugnativa classificandolo come "atto legislativo"» (F. DE WITTE, *The European Judiciary*, cit. *supra*, nota 55, p. 47).

pugnabilità, a certe condizioni, degli «atti regolamentari» è quella della sua applicazione *ratione temporis*. Infatti, v'è da chiedersi se le maggiori possibilità per i singoli di esperire un ricorso di annullamento si applichino solo alle azioni introdotte successivamente all'entrata in vigore del Trattato di Lisbona (cioè, dal 1° dicembre 2009) od anche a quelle radicate precedentemente e pendenti in vigenza delle nuove regole. Tale problematica è rilevante nella misura in cui i ricorsi introdotti prima del 1° dicembre 2009 e destinati ad essere dichiarati irricevibili (perché – ad esempio – promossi da singoli contro atti aventi portata generale in assenza dei requisiti dell'incidenza diretta od individuale) potrebbero superare il vaglio di ricevibilità grazie alla nuova previsione di cui all'art. 263 TFUE entrata in vigore successivamente. Sul piano dei principi, la questione – a dire il vero – non pare porre particolari problemi interpretativi. Infatti, secondo giurisprudenza consolidata, la ricevibilità di un ricorso (anche di annullamento) deve essere valutata con riferimento alla data della sua presentazione, di modo che – qualora in quel momento non fossero soddisfatte le condizioni per proporre il ricorso – questo sarebbe irricevibile⁸³. Pertanto, poiché è una norma che regola le condizioni dell'azione e i relativi criteri di ricevibilità, l'art. 263 TFUE dovrebbe essere destinato a trovare applicazione solo per le cause introdotte dopo la sua entrata in vigore. Quanto invece alla specifica posizione della Corte di giustizia Ue circa detta problematica, si osserva che nei primi dieci mesi di vigenza delle nuove regole introdotte dal Trattato di Lisbona l'approccio della Corte è stato «prudente»⁸⁴.

⁸³ Ad esempio, era stata dichiarata l'irricevibilità di un ricorso per assenza, in capo alla società ricorrente, di personalità giuridica al momento della sua introduzione, essendo irrilevante che detta personalità – mediante l'iscrizione nel registro delle imprese – fosse stata riconosciuta, a livello nazionale, in corso di causa (cfr. sentenza della Corte di giustizia del 27 novembre 1984 in causa n. 50/84, *Srl Bensider e a. c. Commissione delle Comunità europee*, in *Raccolta*, 1984, p. 3991, punto 8). *Mutatis mutandis* – seppur in relazione alla diversa problematica se ad un procedimento pregiudiziale radicato, ai sensi dell'art. 68 TCE, prima dell'entrata in vigore del Trattato di Lisbona possano applicarsi le regole, più permissive, introdotte da detto Trattato (circa la tipologia di Giudici legittimati a sottoporre determinate questioni pregiudiziali) – è stato di recente affermato che, «[p]oiché la ricevibilità delle domande di pronuncia pregiudiziale si valuta con riferimento alla data di presentazione delle stesse alla Corte, [le modifiche introdotte dal] Trattato di Lisbona non presenta[no] ancora alcuna rilevanza ai fini della presente causa» (conclusioni dell'Avvocato Generale Trstenjak del 12 gennaio 2010 in causa n. C-19/09, *Wood Floor Solutions Andreas Domberger GmbH c. Silva Trade SA*, non ancora pubblicate in *Raccolta*, nota 27). Si segnala tuttavia che – in relazione alla medesima problematica, esaminata nell'ambito di un distinto procedimento – è stata recentissimamente avanzata la tesi contraria, ovvero sia la possibilità che una domanda pregiudiziale diventi ricevibile *a posteriori*, cioè in corso di causa; è stato infatti sostenuto che, «[s]ebbene il Trattato di Lisbona sia entrato in vigore solo dopo il deposito della domanda di pronuncia pregiudiziale presso la Corte di giustizia, la disciplina del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea è applicabile anche *ratione temporis* alla presente domanda. Ai fini della questione della legittimazione al rinvio pregiudiziale dovrebbe essere decisivo, infatti, non il momento della ricezione della domanda, ma quello della decisione sulla medesima» (conclusioni dell'Avvocato Generale Kokott del 2 settembre 2010 in causa n. C-283/09, *Artur Weryński c. Mediatel 4B Spółka*, non ancora pubblicate in *Raccolta*, punto 22). Tale tesi – che non si condivide anche perché renderebbe aleatoria l'amministrazione della giustizia – risulta disattesa applicando, *mutatis mutandis*, i principi formulati dal Tribunale con le ordinanze del 7 settembre 2010 di cui si parlerà tra poco in narrativa.

⁸⁴ Per esempio, in un procedimento concluso nel mese di marzo 2010 e che era pendente dal 2004 – avente ad oggetto la domanda, di un'impresa, di annullamento parziale di una direttiva isti-

Ora però la questione pare essere stata risolta dal Tribunale (riunito nella Grande Sezione) con due recentissime pronunce rese a proposito di ricorsi di annullamento introdotti – nel dicembre 2008, ai sensi dell'art. 230 TCE – da alcune società avverso la classificazione di certe sostanze come pericolose contenuta in una direttiva e, successivamente, in un regolamento. A fronte dell'eccezione di irricevibilità sollevata dalla Commissione in ragione della mancanza di incidenza individuale degli atti a portata generale impugnati, le società sostenevano che i loro ricorsi erano diretti contro «atti regolamentari» e che, pertanto, erano ricevibili in virtù dell'entrata in vigore, nel frattempo intervenuta, dell'art. 263, comma 4, terza ipotesi, TFUE. Ebbene, il Tribunale – traduzione libera dal francese⁸⁵ – ha stabilito quanto segue: «(...) occorre constatare che il Trattato FUE non prevede alcuna disposizione transitoria specifica che disciplini la questione se l'articolo 263, quarto comma, TFUE sia applicabile a procedure giurisdizionali in corso alla data del 1° dicembre 2009. In relazione specificatamente alla questione dell'applicabilità nel tempo delle norme che stabiliscono le condizioni di ricevibilità di un ricorso di annullamento presentato da un singolo davanti al giudice dell'Unione, emerge da una consolidata giurisprudenza che, da una parte, conformemente al principio *tempus regit actum* (...), la questione della ricevibilità di un ricorso deve essere risolta sulla base delle norme in vigore alla data in cui esso è stato introdotto (...), e, dall'altra, le condizioni di ricevibilità del ricorso si valutano al momento dell'introduzione dello stesso, cioè del suo deposito (...). La soluzione contraria comporterebbe d'altronde un rischio di arbitrarietà nell'amministrazione della giustizia, dato che la ricevibilità del ricorso dipenderebbe allora dalla data, del resto aleatoria, della pronuncia della decisione del Tribunale conclusiva del procedimento (...). Nella fattispecie, al momento dell'introduzione del ricorso (...), le condizioni di ricevibilità di questo erano disci-

tativa di un sistema per lo scambio di quote di emissioni dei gas a effetto serra nella Comunità – il Tribunale, a seguito dell'entrata in vigore del Trattato di Lisbona, aveva invitato le parti a pronunciarsi sulle eventuali conseguenze da trarsi, nell'ambito di detto procedimento, dall'entrata in vigore dell'art. 263, comma 4, TFUE. Nelle proprie osservazioni, il Parlamento e il Consiglio avevano fatto valere che la norma in questione non era applicabile *ratione temporis* al procedimento e che la direttiva impugnata non era un «atto regolamentare» ai sensi di tale disposizione. L'impresa aveva invece dedotto che, da un lato, questa disposizione era applicabile *ratione temporis* al procedimento e che, dall'altro, la direttiva impugnata, per il suo contenuto, costituiva un «atto regolamentare» ai sensi di tale articolo, giacché le disposizioni contestate non lasciavano alcun margine di discrezionalità agli Stati membri in ordine alla loro attuazione, dispensando in tal modo la ricorrente dalla dimostrazione dell'incidenza individuale nei suoi confronti da parte della predetta direttiva. Ebbene, il Tribunale non si è pronunciato sulla questione dell'applicabilità *ratione temporis* dell'art. 263, comma 4, TFUE. Si è invece limitato a stabilire che, nella fattispecie, «gli Stati membri dispongono di un ampio margine di discrezionalità nell'attuazione della direttiva impugnata. Pertanto, contrariamente a quanto affermato dalla ricorrente, tale direttiva non può in nessun caso essere considerata un atto regolamentare che non comporti alcuna misura d'esecuzione ai sensi dell'art. 263, quarto comma, TFUE» (sentenza del Tribunale del 2 marzo 2010 in causa n. T-16/04, *Arcelor SA c. Parlamento europeo e Consiglio dell'Unione europea*, non ancora pubblicata in *Raccolta*, punto 123; *ivi*, cfr. anche punti 43, 64 e 92).

⁸⁵ Ad oggi, tali ordinanze sono disponibili solo in lingua francese e inglese.

plinate dall'articolo 230 CE. Pertanto, alla luce della giurisprudenza sopra ricordata al punto 70, la questione della ricevibilità del presente ricorso deve essere risolta sul fondamento di detto articolo (...). Questa valutazione non è inficiata dalla tesi secondo cui l'articolo 263 TFUE farebbe parte delle regole di procedura in relazione alle quali la giurisprudenza ha riconosciuto che, contrariamente alle regole sostanziali o di diritto materiale, sono in linea di principio applicabili a tutte le controversie pendenti al momento in cui esse entrano in vigore (...). In effetti, anche a voler ritenere che le questioni di competenza giurisdizionale rientrano tra le regole di procedura (...), occorre constatare che, come emerge dalla giurisprudenza sopra citata ai punti 70 e 71, per individuare le disposizioni applicabili al riguardo delle quali deve essere valutata la ricevibilità di un ricorso di annullamento proposto contro un atto dell'Unione, occorre fare applicazione del principio *tempus regit actum*. Ne consegue che l'articolo 263, quarto comma, TFUE non è applicabile al presente ricorso» (ordinanza del Tribunale del 7 settembre 2010 in causa n. T-532/08, *Norilsk Nickel Harjavalta Oy e Umicore SA/NV c. Commissione europea*, non ancora pubblicata in *Raccolta*, punti 69-74; in termini pressoché identici, ordinanza del Tribunale del 7 settembre 2010 in causa n. T-539/08, *Etimine SA e AB Etiproducs Oy c. Commissione europea*, non ancora pubblicata in *Raccolta*, punti 75-80).

6. I motivi invocabili, i termini di ricorso e gli effetti dell'annullamento (cenni)

Quanto ai vizi censurabili con il ricorso di annullamento, l'art. 263, comma 2, TFUE riproduce pedissequamente⁸⁶ l'art. 230, comma 2, TCE. Su tali vizi, pertanto, non ci si soffermerà in questa sede.

Preme invece evidenziare che tra i principi generali che la Corte è chiamata a tutelare figurano anche i diritti dell'uomo e le libertà fondamentali. Non solo quelli della Convenzione europea del 4 novembre 1950 – alla quale l'Unione europea aderisce⁸⁷ – e risultanti dalle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri e che – lo si sancisce espressamente – «fanno parte del diritto dell'Unione in quanto principi generali»⁸⁸. Ma anche quelli della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea del 7 dicembre 2000, adottata il 12 dicembre 2007 a Strasburgo, che – come precisa l'art. 6, par. 1, comma 1, TUE – «ha lo stesso valore giuridico dei trattati»⁸⁹. Qui varrà ricordare l'art.

⁸⁶ A parte il riferimento alla violazione dei «trattati» rispetto all'inciso «del presente trattato» contenuto nel previgente art. 230 TCE.

⁸⁷ Come ricorda l'art. 6, par. 2, TUE.

⁸⁸ Art. 6, par. 3, TUE.

⁸⁹ La Carta, tuttavia, non si applica al Regno Unito e alla Polonia, che beneficiano di una deroga in base al Protocollo (n. 30); è previsto, inoltre, che tale deroga sia estesa alla Repubblica ceca.

47, comma 1, della Carta secondo cui «ogni persona i cui diritti e le cui libertà garantiti dal diritto dell'Unione siano stati violati ha diritto a un ricorso effettivo dinanzi a un giudice (...)».

Quanto ai termini di ricorso, l'art. 263, comma 6, TFUE è identico alla previgente disposizione di cui all'art. 230, comma 5, TCE.

Da ultimo, si ricorda che – ai sensi dell'art. 264 TFUE (che sostanzialmente riproduce la previgente disposizione di cui all'art. 231 TCE⁹⁰) – l'eventuale annullamento dell'atto impugnato ha effetto retroattivo: di conseguenza, l'atto perde tutti i suoi effetti a partire dalla data della sua adozione e nei confronti di chiunque.

La Corte peraltro, quando annulla un atto, può precisare gli effetti che devono essere considerati definitivi. Un tale potere si basa sulla necessità di tutelare i diritti acquisiti dai terzi, in particolare dai singoli che possono aver confidato, in buona fede, nella legittimità dell'atto annullato.

A volte, il Giudice dell'Unione può disporre l'ultrattività temporanea degli effetti dell'atto annullato⁹¹.

Infine, può darsi che solo alcune disposizioni di un atto siano illegittime: in tale ipotesi, se l'atto mantiene la sua ragione d'essere ed è suscettibile di produrre effetti anche in assenza delle disposizioni viziate, la Corte di giustizia UE può decidere di annullare solamente queste ultime lasciando sopravvivere l'atto per il resto.

7. Conclusioni

Volendo esprimere un giudizio sull'art. 263 TFUE per quanto riguarda la tutela giurisdizionale dei singoli, esso può dirsi sostanzialmente positivo.

In primo luogo, va salutato con favore il fatto che, nel riformare la normativa sul ricorso di annullamento, si sia tenuto conto della giurisprudenza nel frattempo intervenuta (ad esempio, estendendo espressamente il controllo

⁹⁰ A parte la sostituzione del termine «regolamento» (presente nella previgente disciplina) con quello di «atto» in relazione alla possibilità, in caso di annullamento, di precisare gli effetti che devono essere considerati definitivi.

⁹¹ Ad esempio, in materia di misure restrittive nei confronti di determinate persone ed entità associate a Osama bin Laden, alla rete Al-Qaeda e ai Talibani, la Corte di giustizia – sebbene avesse annullato un regolamento del Consiglio nella parte in cui congelava i capitali di alcuni soggetti – ha riconosciuto che l'annullamento di questo regolamento con effetto immediato avrebbe potuto arrecare un pregiudizio grave ed irreversibile all'efficacia delle misure restrittive dal momento che, nel lasso di tempo precedente la sua eventuale sostituzione, le persone interessate avrebbero potuto assumere provvedimenti per evitare che potessero essere loro nuovamente applicate misure di congelamento di capitali, considerato che non si poteva escludere che, nel merito, potesse comunque rivelarsi giustificata l'applicazione di tali misure a detti soggetti. Alla luce di questi elementi, la Corte di giustizia ha mantenuto gli effetti del regolamento per un periodo non eccedente i tre mesi a decorrere dalla sentenza, in modo tale da consentire al Consiglio di porre rimedio alle violazioni constatate (cfr. sentenza della Corte di giustizia del 3 settembre 2008 in cause n. C-402/05 P e n. C-415/05 P, *Yassin Abdullah Kadi e a. c. Consiglio dell'Unione europea e Commissione delle Comunità europee*, in *Raccolta*, 2008, I, p. 6351).

di legittimità agli atti degli organi o degli organismi dell'Unione destinati a produrre effetti giuridici nei confronti di terzi).

In secondo luogo – e soprattutto – va salutata con favore l'innovazione normativa di cui all'art. 263, comma 4, terza ipotesi, TFUE. Certo, non si è (ancora) arrivati ad un sistema di effettiva tutela giurisdizionale come quella auspicata dall'Avvocato Generale Jacobs, ma certamente costituisce un significativo «passo in avanti» l'aver reso più agevole per i singoli l'accesso diretto alla Corte, eliminando – in relazione agli «atti regolamentari» – la necessità di dover violare un determinato precetto (assumendosi il rischio di ricevere una sanzione amministrativa o penale) per poter contestare davanti al Giudice nazionale e, per il tramite di questo, davanti alla Corte di giustizia la legittimità del precetto stesso⁹².

Gabriele Donà*

⁹² Più ottimistica l'opinione di parte della dottrina: ad esempio, è stato evidenziato che il testo dell'art. 263, comma 4, TFUE – (i. che completa il ragionamento della Corte di giustizia nel caso «Unibet», per la quale gli Stati membri sono obbligati a fare in modo che i singoli dispongano, in ogni caso, dell'accesso a rimedi giurisdizionali effettivi: cfr. sentenza della Corte di giustizia del 13 marzo 2007 in causa n. C-432/05, *Unibet (London) Ltd e a. c. Justitiekanslern*, in *Raccolta*, 2007, I, p. 2271; ii. letto assieme all'art. 19, par. 1, comma 2, TUE in base al quale «gli Stati membri stabiliscono i rimedi giurisdizionali necessari per assicurare una tutela giurisdizionale effettiva nei settori disciplinati dal diritto dell'Unione»; iii. alla luce di altre pronunce rese dalla Corte di giustizia in materia di rinvio pregiudiziale) – determina un assetto di rimedi giurisdizionali, non solo «efficace» e «maggiormente coerente», ma anche «quasi completo» (F. DE WITTE, *The European Judiciary*, cit. *supra*, nota 55, p. 51-54).

* Avvocato del Foro di Padova; Professore a contratto di Diritto processuale dell'Unione europea / Università degli Studi di Ferrara.

COMUNICAZIONI E NOTE INFORMATIVE

L'ULTIMA RIFORMA DEL DIRITTO SOCIETARIO GIAPPONESE: LA CONTROVERSA LETTURA DELLA NUOVA NORMA SULLE «PSEUDO FOREIGN CORPORATIONS»*

Sommario: *Premessa - 1. Introduzione - 2. La definizione di società straniera secondo l'attuale Codice societario giapponese - 3. Pseudo foreign corporations - a. Il contestato art. 821 - Chiarimento o trattamento più severo? - b. La registrazione delle pseudo foreign companies - c. Il dibattito prima della riforma - d. Le opzioni valutate al tempo della riforma - e. La protesta delle società straniere - f. La ratio e l'ambito della nuova norma nei lavori parlamentari - 4. Conclusioni.*

Premessa

In Giappone, come in Italia, una società è regolata dalla legge dello Stato in cui è stata costituita. Se una società è stata costituita all'estero è società straniera ed è soggetta al diritto del proprio Stato di costituzione per quanto riguarda, ad esempio, il procedimento di costituzione o il funzionamento interno. Entrambi gli Stati prescrivono solo alcuni adempimenti pubblicitari per le società straniere che operano nel rispettivo territorio, quali l'iscrizione in un registro, la nomina di un rappresentante, la pubblicità degli atti sociali. Una società potrebbe però costituirsi in un determinato Stato pur operando

* Il presente articolo è basato prevalentemente su studi di dottrina, giurisprudenza e lavori parlamentari reperibili in lingua giapponese. Pertanto molte fonti, pur essendo citate in caratteri alfabetico-latini (romaji) – con traduzione in italiano – perché fossero più comprensibili, sono reperibili solo utilizzando il sistema di scrittura Kanji, ideogrammi in giapponese. Anche le date sono state trasposte nel nostro sistema, ma le fonti – giurisprudenza e gran parte degli articoli di dottrina – sono generalmente reperibili utilizzando il sistema tradizionale (Meiji (1868-1912), Taishou (1912-1926), Showa (1926-1989), Heisei (dal 1989 ad oggi): in base a tale sistema quest'anno 2010 corrisponde all'anno 22 Heisei).

principalmente in un altro, ad esempio solo per sottrarsi alle prescrizioni più onerose cui le società nazionali in questo ultimo Stato devono conformarsi (nell'articolo che segue si considera solo la legge dello Stato di "entrata", non le norme o le possibili reazioni dello Stato di "uscita" nell'ipotesi di trasferimento reale o fittizio di sede all'estero, prescindendo in ogni caso, volutamente, dalle problematiche fiscali). Perciò negli Stati che individuano la legge applicabile alle società straniere in base al luogo di costituzione, esistono norme specifiche per scongiurare questi possibili raggiri. Così in Italia, una società costituita in Giappone, che però ha la sede dell'amministrazione o la sua attività principale in Italia, dovrebbe ricostituirsi secondo le norme prescritte per le società italiane. Allo stesso modo occorrerebbe procedere nel caso di una società a responsabilità limitata costituita in Italia, che abbia registrato in Giappone un proprio ufficio solo come sede secondaria della società a responsabilità italiana, ma che in realtà abbia stabilito la sede dell'amministrazione principale o l'oggetto principale della sua attività in Giappone. Tale società a responsabilità limitata non è una società straniera per il Giappone, è una società pseudo-straniera e dovrebbe pertanto essere soggetta, sin dalla sua costituzione, alla legge giapponese al pari delle altre società nazionali. Tuttavia in Italia, la società pseudo-straniera, la cui esistenza come ente giuridico non potrebbe essere negata, anche prima della sua ricostituzione in base alle norme societarie italiane potrà svolgere la propria attività, ferma la responsabilità personale e illimitata di coloro che hanno agito per conto della medesima. In Giappone, dal 2006, ossia dall'entrata in vigore della riforma del diritto societario, è sancito espressamente che la società pseudo-straniera non può continuare la propria attività: la società pur non conforme a legge come persona giuridica comunque esiste; ne consegue la riconducibilità ad essa degli atti giuridici posti in essere (punto abbastanza controverso in passato). Si pensi al caso dei contratti eventualmente già stipulati tra la società e i terzi nell'esercizio dell'impresa: in altre parole la società, poiché esiste, può essere parte contraente in questi contratti da considerare, quindi, validamente conclusi. Sussiste comunque la responsabilità personale e solidale con la società di coloro che hanno agito in suo nome, per cui a loro carico è prevista anche una sanzione pecuniaria di importo equivalente alle tasse di registrazione e di licenza che si sarebbero dovute pagare per la costituzione della società in Giappone.

1. Introduzione

La nuova formulazione della norma sulle «pseudo *foreign corporations*» contenuta nell'ultima riforma del diritto societario giapponese¹, ha suscitato il

¹ Le riforme del diritto societario sono state tante dal dopoguerra ad oggi, negli ultimi tempi

disappunto² degli operatori stranieri che chiedono sia modificata. Questa disposizione inserita in una riforma che ha, tra i principali obiettivi, quello di superare i dubbi interpretativi relativi a talune norme del diritto societario prima vigente, anche al fine di attrarre gli investimenti esteri, sembrerebbe sortire l'effetto contrario³. Eppure, la nuova norma non è altro che un chiarimento della formulazione precedente⁴ secondo autorevoli studiosi nazionali, tra i quali non manca chi addirittura fa notare che sarebbe ancora più favorevole: mentre la vecchia norma, infatti, negava alle pseudo *foreign corporations* personalità giuridica con conseguenze comprensibili per il patrimonio dei promotori e la tutela dei terzi contraenti, il nuovo enunciato si limita ad introdurre espressamente il divieto di continuare l'attività⁵. La sostanza non

più di una all'anno. Per un elenco delle recenti riforme del diritto societario, TOMOTAKA FUJITA, *Modernising Japanese Corporate Law: ongoing corporate law reform in Japan*, in *Singapore Academy of Law Journal*, 2004, p. 322-323. L'ultima riforma, più omnicomprensiva rispetto alle precedenti, entrata in vigore dal maggio 2006, ha portato alla sostituzione dell'originario Commercial Code (*Shouhou*) con un separato e nuovo Corporate Code (*Kaishahou*) – nel previgente Commercial Code sono rimaste solo norme residuali in materia di commercio, navigazione mercantile e assicurazione.

Nel presente articolo Corporate Code (o Codice societario) viene usato in contrapposizione a Commercial Code per indicare quel complesso di norme in materia societaria contenute nella legge di riforma (che compare in vari contributi redatti in lingua inglese anche come Companies Act, Corporation Law o New Corporate Law e simili).

² Per quanto concerne l'Unione europea, EU-JAPAN Regulatory reform Dialogue, EU Proposals for Regulatory Reform in Japan, 2 ottobre 2008, Final consolidated version, p. 12, consultabile sul sito internet <http://www.mofa.go.jp/region/europe/eu/overview/dereg0810.pdf>. In generale, su EU-JAPAN Regulatory Reform Dialogue, 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*, in questa *Rivista*, 2006, p. 153 ss., in particolare sul problema delle pseudo *foreign corporation*, p. 157.

A livello terminologico in sede UE si usa il termine *quasi-foreign companies*, mentre gli autori giapponesi anche nei testi in inglese usano più frequentemente il termine «pseudo *foreign corporations*».

³ Ad esempio, con l'ultima riforma anche se non è stata accolta la proposta degli operatori esteri di ammettere il diretto scambio internazionale di azioni, è stato invece ammesso questo scambio nella forma di fusioni triangolari (*cash-out mergers*). Sull'argomento, più diffusamente TOMOTAKA FUJITA, *International Corporate Law in Japan*, in THE INTERNATIONAL LAW ASSOCIATION OF JAPAN, *The Japanese Annual of International Law*, n. 48, 2005, p. 58-59. Chiarezza invece è stata fatta per quanto riguarda il requisito del domicilio del rappresentante di società straniera che svolga attività continuative in Giappone (continuazione delle attività si ha quando una società straniera ha patrimonio e svolge attività commerciali e amministrative in Giappone, così HIROFUMIHOCA KAWAMURA, *Kihonhou Commentaru gaikokukaisha -Kaishahou 3*, in *Bessatsu hougaku Seminar*, 2001, p. 479; prima della riforma del 2002 si riteneva sufficiente che solo un rappresentante avesse domicilio in Giappone, ma dopo tale riforma il tenore letterale dell'articolo induceva a ritenere che tutti i rappresentanti dovessero avere domicilio in Giappone (sul problema interpretativo, *Minji-kyokuchou tsutatsu (circolare direzione Affari Civili)* (2002.12.27, *Minshou*, p. 3239); l'ultima riforma conferma che, almeno per le società per azioni, è sufficiente che un rappresentante abbia domicilio in Giappone (precedente art. 483, comma 3, Commercial Code; attuale art. 817, comma 1, Corporate Code).

⁴ Pochi sono i contributi in materia di diritto internazionale societario in Giappone. Sulle ragioni si veda TOMOTAKA FUJITA, *International Corporate Law in Japan*, cit. supra, nota 3, p. 44. Particolarmente interessante è il contributo in materia di KAZUNORI ISHIGURO, *Kokusaishihounokiki*, in *The Japanese Private International Law revisited after ten years - A crisis*, Tokyo, Shinzansha, 2004, p. 205 ss.

⁵ TOMOTAKA FUJITA, *International Corporate Law in Japan*, loc. cit., p. 63; YOKOMIZO DAI,

cambiarebbe. Accolto da sempre in Giappone il principio del «place of incorporation»⁶ la nuova versione della norma, di fatto come del resto la precedente, ne costituirebbe solo una mitigazione introducendo parzialmente il «criterio della sede effettiva»⁷: sostanzialmente con la nuova formulazione il legislatore si sarebbe proposto solo di rendere più chiaro l'enunciato per debellare i dubbi interpretativi sollevati dalla norma prima vigente.

2. La definizione di società straniera secondo l'attuale Codice societario giapponese

Nel silenzio delle norme di diritto internazionale privato in materia⁸, l'ultima riforma del diritto societario giapponese introduce per la prima volta una definizione normativa di società straniera⁹. «"Società straniera" è qualsiasi persona giuridica costituita in base a una legge di uno stato straniero o qualsiasi altra organizzazione straniera che sia dello stesso genere di una società o simile a una società¹⁰». Quindi si chiarisce che può essere società straniera una persona giuridica costituitasi in base al diritto straniero od altro ente che sia corrispondente a una società o ad un'organizzazione simile ad una società¹¹.

Prima della riforma, in assenza di una specifica definizione, la dottrina non era univoca nel definire società straniere enti costituiti in base al diritto straniero¹². Di conseguenza, non erano chiari i criteri in base ai quali agli enti

International Company Law in Japan, in *Japanese and European Private International Law in Comparative Perspective*, 2008, Tübingen, Mohr Siebeck, p. 182.

⁶ YOKOMIZO DAI, *International Company Law in Japan*, loc. cit., p. 181.

⁷ TOSHIUKI KONO, *Kaisha no juuzokuhou ketteikijun-honkyochishugi • setsuritsu junnyohou-shugi* (I criteri regolatori della legge applicabile alle società-principio della sede effettiva, principio dell'incorporazione), in *Jurist*, n. 1175, 2000.

⁸ Tra gli altri: in particolare sulla mancanza di norme di diritto internazionale privato in Giappone in materia societaria anche nell'ultimo testo di legge di diritto internazionale privato – *Horei* – originariamente risalente a una legge del 1898, da ultimo riformato nel 2006, YOKOMIZO DAI, *International Company Law in Japan*, cit. supra, nota 5, p. 175 ss.

⁹ Art. 2, comma 2, *Corporate Code*.

¹⁰ Traduzione dal giapponese dell'art. 2, (ii.), a cura dell'Autore. Esistono versioni in inglese delle leggi in giapponese e in particolare del *Corporate Code* attualmente vigente: tra quelle in commercio "*The Commercial Code & the Corporation Law*", Eibun Horei-Sha, Tokyo, 2009; si segnala inoltre che il Ministero della giustizia giapponese ha predisposto il sito internet <http://www.japaneselawtranslation.go.jp/> nel quale sono consultabili molti testi di legge tradotti in inglese.

¹¹ TETSUHAKA AIZAWA, *Gaikoku Kaisha • Zassoku (Le società straniere - Regole fondamentali)*, in *Ritsuantantoshu ni yoru shin • kaishyahou no kaisetsu*, Bessatsu shyojihoumu, n. 295, 2006, p. 208.

¹² Daishinin (Corte Suprema), 16 dicembre 1932, Minroku 24-2326. Già questo si desume dalla formulazione contenuta nell'art. 482 del *Commercial Code* previgente. Per vedere la dottrina precedente alla riforma cfr. HIROYUKI KAMISAKU, *Kaishahou sousoku • gijigaikokukaisha (Regole generali di diritto societario – Le pseudo foreign corporations)*, in *Jurist*, n. 1295, 2005, p. 142.

stranieri si applicava la disciplina dettata per le società straniere¹³.

Comunque, al tema delle società straniere, analogamente a quanto avveniva prima della riforma, è dedicato uno specifico gruppo di norme a tutela delle persone interessate¹⁴. Ora nell'ambito del rinnovato Codice societario viene definito chiaramente quali norme si applicano anche alle società di diritto straniero¹⁵.

3. Pseudo foreign corporations

a. Il contestato art. 821 - Chiarimento o trattamento più severo?

L'art. 821 intitolato espressamente *Pseudo-Foreign Company* recita testualmente: «(1) A foreign Company that has its head office in Japan or whose main purpose is to conduct business in Japan may not carry out transactions continuously in Japan. (2) A person who has carried out transactions in violation of the provisions of the preceding paragraph shall be liable, jointly and severally with the Foreign Company, to perform obligations that have arisen from such transactions to the counterparty»¹⁶. L'articolo sostituisce il previgente art. 482 del *Commercial Code*, che recava il titolo *Corporations Subject to the Same Provisions as Domestic Corporations* e che statuiva: «A company which establishes its principal office in Japan, or the chief object of which is to carry on business in Japan shall, even though incorporated in a foreign country, comply with the same provisions as a company incorporated in Japan»¹⁷.

Innanzitutto, si può osservare che la nuova disposizione¹⁸ usa chiaramente

¹³ Si riporta qui di seguito il testo dell'art. 482, nella versione pubblicata da Eibun Horei-Sha, *The Commercial Code & the Audit Special Exceptions Law of Japan 1995*, il cui titolo era «*Compliance with the same provisions as Japanese Companies*», «A company which establishes its principal office in Japan or the chief object of which is to carry on business in Japan shall, even though incorporated in a foreign country comply with the same provisions as a company incorporated in Japan».

¹⁴ Articoli da 817 a 823 del vigente Codice societario che hanno sostituito gli articoli da 479 a 485 del precedente Codice commerciale.

¹⁵ Per esempio, artt. 2, comma 33; 5; 6, comma 1; 8; 9; 10; 135, n. 2, comma 1 del vigente *Corporate Code*. La riforma risolve molti problemi interpretativi ma non tutti a dire il vero: si veda TOMOTAKA FUJITA, *International Corporate Law in Japan Recent Developments*, in *The Japanese Annual of International Law*, cit. *supra*, nota 3, p. 49; ID., *Kaisha no juzokuhou no tekiyouhani*, in *Jurist*, n. 1175, 2000, p. 9; ID., *Kokusai Kaishahou no shomondai (Vari problemi relativi alle società straniere)*, in *Shoujhoumu*, n. 1673, 2003, p. 17 e n. 1674, 2003, p. 21.

¹⁶ Si riporta la traduzione dell'articolo in inglese contenuta nel sito internet ufficiale del Ministero della giustizia, <http://www.japaneselawtranslation.go.jp/>, cfr. *supra*, nota 10.

¹⁷ Si riporta nel testo la traduzione contenuta nel Codice commerciale previgente tradotto a cura di Eibun Horei-Sha, cfr. *supra*, nota 10.

¹⁸ L'art. 821 del nuovo diritto societario sostituisce l'art. 482 del precedente Codice commerciale; secondo YOSHINAU HAYAKAWA, *Gijigaikokukaisha (Pseudo foreign corporations)*, in *Jurist* n. 1267, 2005, il precedente art. 482 (e originariamente nel Codice commerciale emanato nel 1890,

te come proprio titolo il termine giapponese «*giji gaikoku kaisha*» equivalente in inglese a «pseudo *foreign corporations*».

Confrontando vecchio e nuovo disposto la definizione di pseudo *foreign corporation* non cambia nella sostanza. «Pseudo *foreign corporations*» sono le società straniere che hanno la sede principale o esercitano come principale loro obiettivo l'attività in Giappone¹⁹. Come si evince sopra dal testo delle due disposizioni, mentre la norma previgente definiva il trattamento per la società costituita all'estero nel caso ricorressero gli ultimi due requisiti che la qualificassero pseudo *foreign corporation*, implicitamente vietandone l'attività, l'art. 821 della nuova legge definisce espressamente quale società straniera debba definirsi pseudo *foreign corporation* e ne vieta espressamente l'attività.

Generalmente per le società straniere che svolgono su base continuativa attività in Giappone si applicano gli artt. 817 e seguenti del vigente Codice societario²⁰. Prima di tutto le società straniere, scelto il rappresentante, devono procedere all'iscrizione in un apposito registro come società straniere. Ma se hanno sede principale (*honten*) in Giappone oppure come obiettivo principale quello di esercitare attività in Giappone scatta il divieto di cui all'art. 821 del Codice societario in quanto pseudo *foreign corporation*. In base alle norme attuali come a quelle precedenti alle società di diritto straniero che hanno la loro sede principale o come loro principale oggetto quello di svolgere attività in Giappone, si prescrive debbano essere applicate le stesse norme previste per le società costituite in base al diritto giapponese.

Le nuove norme sanzionano solo chiaramente il divieto già previsto per le pseudo *foreign corporations* sotto il regime previgente, ossia le pseudo *foreign corporations* non possono continuare ad operare come società di diritto straniero. Le persone che continueranno ad operare in violazione di questo divieto²¹ rispondono, solidalmente con la società²², di questi atti nei confronti della controparte e inoltre sono tenute a pagare una sanzione pecuniaria²³.

In poche parole la nuova formulazione, come la vecchia, ha come *ratio*

art. 258, cfr. JOSEPH ERNEST DE BECKER (by), *Commentary on the Commercial Code of Japan*, in *The Japan Gazette Press*, Yokohama, 1913), era ispirato dall'articolo del Codice del Commercio italiano del 1865 (Art. 230, comma 4). In realtà di questo articolo è stata trascritta solo una parte.

¹⁹ Per sede principale si intende non quella che compare nello statuto ma quella effettiva, e ancora non l'ufficio accessorio alle attività commerciali ma quanto il luogo dove si esercitano le funzioni di comando, così HIDEHIRU UTSUMI - KYOSHI ENDO, *Gijigaikokukaisha ni kan suru kitei no kaisei ni tsuite* (La riforma delle regole sulle pseudo *foreign corporations*), in *KokusaiZeimu*, vol. 25, n. 9, 2005, p. 26.

²⁰ Gli articoli hanno sostituito gli artt. 481 e seguenti del previgente Codice commerciale.

²¹ Anche sulla base del previgente regime chi compiva gli atti in nome della pseudo *foreign corporation* assumeva in proprio la responsabilità (Tribunale di Tokyo, 1927.9.17).

²² Lo stesso trattamento è riservato alle società prima della registrazione (*Corporate Code*, art. 818).

²³ *Corporate Code*, art. 979, comma 2.

quella di disciplinare i fenomeni delle società che si costituiscono all'estero, ma che di fatto, stabilendo la loro sede in Giappone, intendano compiere la loro attività principale. In base al principio dell'incorporazione generalmente accolto in Giappone, vi sarebbe la possibilità che una società costituitasi secondo un diritto meno severo potesse stabilire, eludendo l'applicazione delle norme locali, di fatto sede principale ed esercitare le attività principalmente in Giappone. Quindi, l'art. 821 nella nuova formulazione, come l'art. 482 nella vecchia formulazione, intende perseguire quegli atti elusivi al fine che anche le società straniere nei casi indicati siano soggette allo stesso trattamento previsto per le società giapponesi.

Come si evince dalle spiegazioni rese nel corso dei lavori parlamentari, sia il nuovo art. 821 che l'art. 482 prima vigente, vanno interpretati come un temperamento del principio dell'incorporazione. Al fine di ovviare ad atti elusivi, si introduce il principio della sede effettiva²⁴.

b. La registrazione delle pseudo foreign companies

In base alle disposizioni precedenti, una pseudo *foreign corporation* non poteva avere personalità giuridica se non con la procedura di nuova istituzione secondo la legge giapponese. Tuttavia, secondo il nuovo diritto societario la società straniera sia pure successivamente riconosciuta «pseudo *foreign company*», essendole comunque riconosciuta la personalità giuridica, può comunque effettuare la registrazione (art. 933 Codice societario). Quindi, in base al nuovo diritto societario²⁵ non è necessario esaminare se tale *foreign company* sia pseudo *foreign corporation* o meno al momento dell'accoglimento della richiesta di registrazione della *foreign company*²⁶.

c. Il dibattito prima della riforma

Prima della riforma sulla disposizione relativa alle «pseudo *foreign corporations*» vi erano diverse interpretazioni. Ad esempio, vi era dissenso in dottrina su quali fossero le «*stesse disposizioni*», di cui all'espressione letterale contenuta nell'articolo previgente e riferite a quelle applicabili alle società giapponesi cui anche le pseudo *foreign corporations* si sarebbero dovute assoggettare.

²⁴ Nell'ambito del dibattito parlamentare si legge proprio il termine «*Anbenzai*» (Norma di sicurezza), in *Houmiiinkai ghiroku daijurokugo (Seduta Parlamentare 162 - Commissione Affari Giustizia 16)*, 10.5.2005, p. 15.

²⁵ Minjikyokuchou tsutatsu (Circolare Direzione Affari Civili), (31.3.2006 Minshou p. 782), p. 127.

²⁶ Prima della riforma, le pseudo *foreign corporations* non potendo essere registrate non avrebbero potuto acquistare personalità giuridica.

Secondo giurisprudenza e una corrente dottrinale nel significato di «stesse disposizioni» dovevano essere comprese anche quelle relative alla costituzione della società. In difetto²⁷, non si sarebbe potuta costituire la sede amministrativa della società²⁸. Eppure vi era anche una parte della dottrina che escludeva che, nelle stesse disposizioni, si dovessero comprendere le norme relative alla costituzione della società²⁹. In base a tale dottrina, accertato che una società si fosse costituita sostanzialmente nel rispetto delle disposizioni di un paese straniero, era sufficiente l'applicazione delle restanti norme di diritto societario.

Inoltre nel regime previgente, una parte della dottrina, sia pure minoritaria, negava la personalità giuridica alle pseudo *foreign corporations*. Anche la giurisprudenza non era incline ad affermare la personalità giuridica delle pseudo *foreign corporations*. Si stabiliva in ogni caso la responsabilità personale del rappresentante per gli atti compiuti dalla pseudo *foreign corporation*³⁰. Era altresì responsabile personalmente, ai sensi della pertinente disposizione normativa, colui che avesse compiuto atti in nome della società, senza averne la rappresentanza. Era interpretazione abbastanza unanime che «L'oggetto principale (...)», espressione che rimane anche nella nuova formulazione, si riferisse a una comparazione in generale delle attività delle persone o del patrimonio in collegamento con la rilevanza sociale dell'attività della società³¹. La circostanza che, nel regime previgente, la società *pseudo*-straniera non avesse personalità giuridica poneva problemi ai fini della protezione dei terzi e dei creditori. Per questo alcuni, in dottrina, sostenevano che queste società essendosi comunque costituite secondo il diritto di un altro Paese dovessero avere comunque personalità giuridica.

Si può, pertanto, sostenere che con la riforma viene chiarito il significato di «*stesse disposizioni*» cui assoggettare le società straniere aventi i caratteri che le qualificerebbero pseudo *foreign corporations*: pare chiaro siano comprese anche quelle relative alla costituzione.

In conclusione, anche sotto il regime previgente, le pseudo *foreign corporations* erano vietate, tuttavia la nuova disposizione non nega loro la personalità giuridica. Su questo punto si può dire, coerentemente con quanto autorevoli studiosi giapponesi sostengono, che la norma vigente è meno severa.

²⁷ Imperial Court (Corte Suprema prima della seconda guerra mondiale), 16.12.1918, Minroku, Vol. 24-2326 – È uno tra i casi giurisprudenziali più antichi riguardanti una società costituita nello Stato del Delaware.

²⁸ Tribunale di Tokyo, 29.6.1954, Hanrei n. 40 p. 73.

²⁹ KENJIROU ETOU, *Kabushikikaisha • YugenKaishahou (Società per azioni-Società a responsabilità limitata)*, (Yuikaku, 2005, p. 805).

³⁰ Tribunale di Tokyo, 17 settembre 1927.

³¹ HIDEHIRU UTSUMI - KYOSHI ENDOU, *Gijigaikokukaisha ni kansuru kisei no kaisei ni tsuite*, cit. *supra*, nota 19, p. 26.

d. Le opzioni valutate al tempo della riforma

Nel corso dei lavori parlamentari sono state considerate due alternative per superare i problemi interpretativi scaturenti dalla vecchia formulazione, come sopra considerati³².

La prima soluzione era quella di rendere più chiara la disposizione precedente e stabilire espressamente che le pseudo *foreign corporations* si sarebbero dovute ricostituire nel rispetto delle norme giapponesi. Ma in base a questa soluzione si sarebbe negata alla pseudo *foreign corporation* la personalità giuridica. E allora ci si chiedeva perchè negare personalità giuridica alle *foreign corporations* posto che sono validamente costituite all'estero secondo il diritto di uno Stato straniero.

L'altra opzione era quella di trattare la pseudo *foreign corporation* come un'altra società di diritto straniero. Pertanto cancellare le disposizioni relative alle pseudo *foreign corporations*. Nei dibattiti parlamentari questa soluzione aveva molti sostenitori. La norma per decenni, almeno in tempi recenti, non ha dato adito a contenziosi; si è quindi dubitato della sua operatività nella pratica. D'altra parte, se fosse stata scelta questa opzione, considerando la teoria dell'incorporazione vigente in Giappone, si sosteneva che si sarebbero verificati più facilmente abusi³³.

Per sostenere questa soluzione, tuttavia, nell'ambito dei dibattiti parlamentari non è mancato chi ha citato la giurisprudenza dell'Unione europea³⁴. In virtù di tale giurisprudenza, ma soprattutto del principio del diritto di stabilimento, si è osservato che le norme relative alle pseudo *foreign corporations* vigenti nei vari Stati membri potrebbero essere destinate a scomparire³⁵. Tuttavia si osservava che, in ogni caso, il principio del diritto di stabilimento dovrebbe cedere dinnanzi al rispetto di norme imperative o all'esigenza di contrastare fenomeni di abuso o di elusione di norme di diritto.

Alla fine è prevalsa una soluzione intermedia tra le due opzioni come so-

³² Kaisha hoseni no gendaika ni kansuru youkou, (Punti importanti in tema di modernizzazione delle norme societarie), (9.2.2005 houseishingikai kettei) (Risoluzione Commissione Ufficio Legislativo). Si veda anche YOSHIHISA HAYAKAWA, *Japanese Regulations against Foreign Corporations and Global Competition in Corporate Law*, reperibile sul sito internet <http://www.to-meika.jur.kyushu-u.ac.jp/corporate/legislation/ForeignCorporations.pdf>.

³³ TOMOTAKA FUJITA, *Tokusyuu Interview - Shinkaishahou no seitei wo megutte*, (Intervista sulla promulgazione del nuovo diritto societario), in *Daiichi—Tokyo Bengoshikai Kaihou*, No. 390, (2005, settembre), p. 24.

³⁴ Houmuisinkai ghiroku tai n. 16, (Sessione Parlamentare 162 - Commissione Affari Giustizia), 10.5.2005.

³⁵ Viene citato l'art. 48 del Trattato CE con riferimento al caso *Centros* (sentenza della Corte di giustizia del 9 marzo 1999 in causa n. C-212/97, *Centros Ltd c. Erhvervs-og Selskabsstyrelsen*, in *ECR*, 1999, p. I-1459 e massimata in questa *Rivista*, 1999, p. 488). Sulla prevalenza del principio del diritto di stabilimento sulle norme nazionali di diritto internazionale privato, RALF MICHAELS, *Globalizing Savigny? The State in Savigny's Private International Law and the Challenge of Europeanization and Globalization*, reperibile sul sito internet http://lsr.nellco.org/duke_fs/15.

pra delineate. Da una parte si vieta la continuazione dell'attività alle pseudo *foreign corporations*, dall'altra si riconosce alle medesime personalità giuridica. Al legislatore giapponese questa è parsa la soluzione più logica. Per la protezione di chi entra in contatto con la società non si disconosce ad essa la personalità giuridica. Si stabilisce in questo modo la responsabilità solidale per chi compie atti in nome della società. Così si continuano a vietare fenomeni elusivi rispetto al diritto giapponese.

e. *La protesta delle società straniere*

In particolare il divieto introdotto dall'art. 821 nella nuova formulazione ha suscitato una grande protesta da parte degli operatori stranieri. Anche prima della sua approvazione, sia da parte dell'Unione europea sia da parte degli Stati Uniti, la nuova formulazione è stata contestata. Il problema è che molte società straniere operanti in Giappone furono, dal primo momento, preoccupate di dover sostenere i costi di una ricostituzione societaria in Giappone. Si fece osservare durante i lavori parlamentari che circa trenta finanziarie sarebbero, in teoria, potute incappare nel divieto della legge se preso alla lettera³⁶. Poiché l'attività di queste società copriva il 32% del mercato, il problema era costituito dall'impatto della mancata ristrutturazione di queste società. In verità, il legislatore ammise di non conoscere a quel tempo i dati di queste società finanziarie: tra le quaranta esistenti si è appurato che almeno trenta di esse svolgevano principalmente affari in Giappone³⁷. Ancora vi era il problema delle *Special Purpose Companies* (SPC) costituite all'estero per varie ragioni, non escluse motivazioni di convenienza fiscale, e aventi una filiale in Giappone³⁸. Per modificare l'art. 821 nella formulazione attuale si è quindi scatenata ancor prima della sua approvazione un'attività di pressione da parte degli operatori e delle loro organizzazioni rappresentative, in verità non ancora sopita.

f. *La ratio e l'ambito della nuova norma nei lavori parlamentari*

Il Governo ha precisato che la nuova normativa non ha alcun effetto più restrittivo della precedente; società che non erano pseudo *foreign corporations* per la previgente normativa non lo sono tuttora. Inoltre per le società che non si sono costituite per eludere le norme vigenti, la nuova normativa

³⁶ Houmiiinkai ghiroku tai 22 (Sessione parlamentare 162 - Commissione Affari Giustizia 22), 9.6.2005, reperibile anche sul sito internet <http://kokkai.ndl.go.jp/cgi-bin>.

³⁷ Houmiiinkai ghiroku tai 20 [1] (Sessione parlamentare 162 - Commissione Affari Giustizia 20), 19.5.2005, reperibile anche sul sito internet <http://kokkai.ndl.go.jp/cgi-bin>.

³⁸ TETSU AIZAWA, *Ichimon Ittou* · Tokyo, *Shinkaiishahou*, (Nuovo diritto societario - Risposta a domanda), Shoujihoumu, 2005, p. 241.

non ha alcun impatto³⁹.

Si è precisato solo che il nuovo articolo rende più chiara la formulazione precedente. Inoltre è norma introdotta solo per sicurezza, per evitare fenomeni elusivi nella costituzione di società. Quindi l'attuale art. 821 del Codice societario non costituisce affatto un inasprimento del previgente sistema.

Circa l'ambito della riforma, il Ministero di grazia e giustizia precisa che la definizione delle pseudo *foreign corporations* contenuta nel nuovo articolo è la medesima della precedente⁴⁰. Il presupposto è avere l'oggetto principale delle proprie attività in Giappone, ha specificato l'ufficio interno del Ministero di grazia e giustizia. Occorre valutare caso per caso se una società debba essere considerata pseudo *foreign corporation*: 1. al momento della costituzione l'oggetto principale delle attività va considerato in base al mercato e non al numero dei clienti, alla comparazione tra attività svolte in Giappone e quelle svolte in altri Paesi; 2. se una società non ha come oggetto principale lo svolgimento di attività in Giappone, non può comunque essere considerata pseudo *foreign corporation*. Purtroppo, i casi sono citati a titolo esemplificativo e la lista non sembra essere esaustiva. Si sostiene che la nuova formulazione normativa ha solo reso chiaro che in Giappone le pseudo *foreign corporations* non possono operare. Vi sono tuttavia delle attività che possono essere svolte, ad esempio ricerche di mercato od assunzione di informazioni⁴¹.

Al nuovo art. 821, al momento dell'approvazione, è stato così allegato da parte del Parlamento un «Chiarimento» che così recita⁴²:

«15. Considerando l'importanza economica degli investimenti stranieri sino ad oggi ed in futuro, ai fini della certezza e chiarezza del diritto si rendono necessari alcuni chiarimenti circa il significato dell'art. 821.

L'articolo ha l'obiettivo di ribadire il divieto di atti elusivi nei confronti della legge giapponese da parte delle società straniere e non ha nessuna influenza sulle società attualmente operanti o sui futuri investimenti in Giappone da parte delle società straniere.

Non ha lo scopo di richiedere alle società straniere di assumere una particolare forma giuridica.

16. Qualora l'art. 821 nella nuova formulazione avesse influenza sulle

³⁹ TETSU AIZAWA, *Ichimon Ittou*, loc. cit., p. 242. L'autore qui sopra citato, membro dello staff del Ministro di giustizia, rende nota nell'opera citata la sua opinione personale secondo la quale la norma non dovrebbe destare preoccupazione perché il suo ambito di applicazione dovrebbe essere interpretato in modo molto restrittivo. E cita alcuni casi di esclusione di applicazione della norma, tra i quali quello della società che vende in Giappone tutti i beni se questi sono per la maggior parte forniti da altre società straniere; se i consigli di amministrazione si tengono all'estero, ad esempio; per una lista di tutti gli altri casi di esclusione con l'avvertenza che si tratta di un'opinione personale del medesimo autore, sia pure autorevole.

⁴⁰ Cfr. art. 821 Codice societario e art. 482 del precedente Codice commerciale.

⁴¹ Minjikyokuchou tsutatsu (Circolare Direzione Affari Civili) (31.3.2006, Minsho p. 782), p. 127.

⁴² Traduzione, non ufficiale, del *Futai Ketsugi* (Risoluzione allegata) a cura dell'Autore.

società attualmente esistenti in Giappone si deve considerare se opportuna sarebbe una revisione».

Tuttavia gli operatori – non essendo questa dichiarazione parte integrante della normativa – si preoccupano di come un giudice possa applicare la nuova disposizione al momento pratico.

4. Conclusioni

In conclusione, molte società straniere si sentono in Giappone tuttora minacciate dall'art. 821 del nuovo Codice societario. Eppure, dopo aver valutato giurisprudenza, dottrina e chiarimenti parlamentari, il sistema non è cambiato rispetto al passato. In effetti, considerati *ratio* ed ambito della nuova norma, il sistema non è più severo del precedente.

Certo è stato introdotto espressamente un divieto quando ricorrono i requisiti stessi previsti dalla norma previgente. Eppure la norma precedente in questo caso negava la stessa esistenza della società. Si osserva che ancora oggi non si specifica, come prima, che cosa si intende per «*oggetto principale*» che qualificherebbe come pseudo *foreign corporation* una società straniera, né tanto meno cosa si intende per «transazioni su base continuativa», vietate alla pseudo *foreign corporation*. Quindi è lecito chiedersi se forse non sarebbe stato meglio chiarire semplicemente le incerte definizioni della norma prima vigente, lasciandone intatta la formulazione. E, al contempo, magari per tutelare coloro che entravano in contatto con la società straniera inserire un requisito di capitale minimo.

D'altra parte aver attribuito chiaramente, una volta per tutte, la personalità giuridica anche alle pseudo *foreign corporations* è buona cosa per i terzi.

Concludendo, se è vero che la riforma ha chiarito alcuni punti controversi della precedente formulazione, è altrettanto vero che ha creato nuovi problemi interpretativi. Ma l'impressione che l'art. 821 disattenda uno degli intenti principali sottesi alla riscrittura del diritto societario giapponese, dovuta all'ultima riforma, e che è quello di invitare gli investitori esteri esistenti a trattenersi in Giappone e i nuovi ad insediarsi, è, per quanto detto sopra, soltanto apparente.

Cristina Iori**

** University of Tokyo - Graduate Schools for Law and Politics - Doctorate Program.

RECENSIONI

Massimo Panebianco (a cura di), *Il G8 2009 - Sistema Multiregionale di Stati*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2010, II Ed., pp. XXXVIII-456, € 30,00

Quest'opera, pervenuta in breve tempo alla seconda edizione, si inserisce nella linea delle pubblicazioni collegate ad un grande evento internazionale ovvero si qualifica come un *instant-book*. Risulta invero collegata al XXXV Summit G7/G8 de L'Aquila, in occasione della quinta Presidenza italiana, dopo quelle di Genova del 2001, Napoli del 1994 ed a quelle ancora precedenti di Venezia del 1980-1987. La singolarità della suddetta opera è di avere largamente anticipato il vertice de L'Aquila del luglio 2009, prefigurandone alcune linee di tendenza poi confermate dagli eventi. Rispetto alla versione originaria il volume appare ovviamente emendato delle inevitabili pecche tipografiche e corredato da un'ulteriore serie di documenti ufficiali chiamati a rinforzare il *dossier* iniziale. Compare, infatti, insieme ad una prefazione ufficiale del Presidente del Senato – On. R. Schifani – illustrativa dei risultati raggiunti nel luglio 2009, una simultanea *editio* nella doppia versione anglo-cinese (pp. XVII-XXXVI) unita allo *statement* finale di riepilogo della Presidenza italiana (pp. I-XXVII). Si tratta di una collettanea particolarmente significativa, divenuta punto di riferimento essenziale nel *pre-summit* e *dopo-summit* e destinata a restare nel dibattito giuridico successivo con particolare riferimento al ruolo svolto dagli Stati membri dell'Unione europea e dalle sue Istituzioni nel contesto dell'azione esterna sullo scenario internazionale.

Nella sua prima parte (pp. 1-132), l'opera collettanea prende posizione in ordine alle correnti interpretazioni circa il ruolo della globalizzazione giuridica, escludendo che possa trattarsi di un cosmopolitismo di nuovo conio incidente sulla costituzione della comunità internazionale e, nello stesso tempo, non condividendo la tesi di chi identifica tale esperienza in un nuovo segmen-

to giuridico di una comunità internazionale frammentata in una pluralità di regimi giuridici particolari ed antagonistici. Si ritiene viceversa che il fenomeno giuridico esaminato con tutte le sue specificità ed anomalie si inserisca perfettamente nel quadro di un diritto internazionale insieme accentrato e decentrato, dove il blocco di *governance* continua ad essere saldamente ancorato alla sua variabile composizione dal G8 al G20, e che esso faccia da forza di attrazione per tutte le forme di *conference* globale variamente rappresentate da istituzioni economiche e finanziarie presenti sullo scenario mondiale. La forza dell'opera consiste appunto nell'aver individuato una sorta di bipolarismo nelle sue forme di rappresentatività ristretta ed in quelle allargate totalmente appartenenti al sistema economico finanziario dell'ONU e dell'Organizzazione Mondiale del Commercio. Con linguaggio immaginifico si avanza addirittura qualche innovazione terminologica e qualche denominazione inusitata. Così si dica per l'espressione «un altro G8», tendente a riassumere il suo *multiformat* attuale, così come si spiega l'altra espressione «G8 versus G20» complementare della prima. Ciò per non parlare di alcune proiezioni futuristiche con le quali si allude ad un emergente sistema costituzionale di Camera Alta – Camera Bassa come espressive delle attuali tendenze del sistema organizzativo globalizzato. Nella sua parte seconda (pp. 137-299), lo studio affronta il problema cruciale della rappresentatività degli attuali Stati facenti parte del gruppo, intesa come titolo di legittimazione alla rappresentazione di interi *sub*-sistemi continentali all'interno del gruppo di *governance* centrale. La struttura tripartita consente di esaminare primariamente nei partenariati esterni contemplati dall'art. 10 del Trattato di Lisbona uno dei titoli di pre-legittimazione in virtù dei quali i c.d. *off*-States hanno avuto accesso al *club* degli Stati fondatori. Tanto si dica per la Cina e l'India nel continente asiatico, per il Brasile e il Messico in quello americano e per la Repubblica Sudafricana e la Repubblica Araba d'Egitto per il continente di riferimento. Grazie alla visione complessiva dei risultati del sistema rappresentativo, è possibile agli Autori del volume avanzare una qualificazione unitaria dell'intero gruppo come sistema multi-regionale di Stati. In questa sede non è possibile che un puro e semplice rinvio alla grande ricchezza di informazioni e di analisi ivi presenti. Basti il puro e semplice richiamo al gran numero di citazioni bibliografiche caratterizzanti le note a pie' di pagina, che assurgono a vere e proprie bibliografie specializzate di settore; tanto vale ugualmente per il ricchissimo indice analitico, vero e proprio "dizionario" per chi si avvicina al complicato linguaggio giuridico della globalizzazione.

La parte finale (pp. 303-431) collauda la tesi centrale circa la natura del diritto regolatore del G8 come *soft-law* persuasivo e "monitorio". Gli Autori non si preoccupano di ribadire il carattere formalmente non obbligatorio e facilmente controllabile grazie all'assenza dei requisiti della cogenza e della effettività *erga omnes*. Essi esaminano invece la prassi dell'ultimo biennio

concernente le misure anticrisi di carattere economico finanziario nonché il sofferto tentativo di elaborare *rule* e *standard* generalmente accettati dalla comunità degli operatori finanziari pubblici e privati. Un'attenzione particolare è dedicata alla legislazione italiana coeva ai dibattiti parlamentari per l'autorizzazione alla ratifica del Trattato di Lisbona nonché all'inclusione della Carta dei Diritti Fondamentali UE come *extra-treaty* formalmente obbligatorio e infine alle dettagliate e concrete misure previste dalla Legge finanziaria per l'anno 2010. Come evidente, i vari Autori di tale opera collettanea non sono scivolati nella corrente ricerca "liturgica" di filamenti giuridici più o meno sottili grazie ai quali vari opinionisti ricercano le tracce del c.d. diritto globale. Si tratta viceversa di un'opera chiaramente non priva di ambizioni sistematiche e, come tale, destinata a rientrare nel diritto internazionale attuale e nei suoi settori ufficiali del diritto dell'integrazione globale e regionale.

Miriam Immediato*

Fabio Cassola (a cura di), *L'ingiustizia amministrativa. Il caso dell'autostrada Valdastico*, Firenze, Polistampa, 2008, pp. 200, € 14,00

L'opera qui recensita prende spunto da alcune vicende processuali italiane relative all'esecuzione di grandi opere pubbliche in Italia – e principalmente il caso dell'ampliamento dell'autostrada A31 Valdastico – per esaminare le lacune del processo amministrativo italiano e prospettare possibili interventi di riforma.

Si tratta di una raccolta di contributi di giuristi e non, che affrontano il tema del giusto processo e della terzietà del giudice. Il dibattito ha occupato a lungo la scena politica, ma pressoché con esclusivo riferimento al processo penale. L'opera, invece, esamina esclusivamente il sistema della giustizia amministrativa ed evidenzia alcuni aspetti che mal si conciliano con i principi introdotti dalla riforma dell'art. 111 della Costituzione.

Gli approfondimenti offerti dai vari Autori impongono alcune riflessioni sulla circostanza che un quarto dei consiglieri di Stato è di nomina politica da parte del Governo e che i dipendenti pubblici, anche rinviati a giudizio per reati e/o responsabili di gravi irregolarità, possono essere nominati consiglieri di Stato, divenendo così consulenti del Governo e magistrati giudicanti, in via definitiva, sulle illegittimità degli atti della stessa Pubblica Amministrazione.

Il problema di riuscire a garantire una magistratura indipendente dal potere politico è altresì aggravato dalla prassi diffusa del conferimento di alti incarichi extragiudiziari (spesso molto importanti e ben remunerati) ai magistrati amministrativi anche da parte del Governo e di altre pubbliche amministra-

* Dottoranda di ricerca in Diritto Internazionale / Università degli Studi di Salerno.

zioni, laddove poi, quei medesimi magistrati, debbono giudicare della legittimità degli atti di quelle stesse amministrazioni.

Tra i fattori suscettibili di incidere sull'indipendenza ed imparzialità della giustizia amministrativa, almeno in astratto, vi è anche la procedura di amministrazione delle carriere: l'organo di autogoverno dei magistrati amministrativi non è il Consiglio Superiore della Magistratura, ma il Consiglio di Presidenza della Giustizia Amministrativa, che è nominato dal Consiglio dei Ministri. Lo stesso Presidente del Consiglio di Stato è nominato su proposta del Presidente del Consiglio dei Ministri, il quale esercita anche un'attività di alta sorveglianza sui magistrati amministrativi. In Trentino, la situazione si presenta ancora più critica in quanto, senza alcuna giustificazione o supporto di rango costituzionale, due giudici del Tribunale amministrativo locale sono di nomina politica da parte della Provincia Autonoma anche al di fuori del concorso. Inoltre, uno dei due giudici non togati deve necessariamente far parte di ogni collegio giudicante e ciò nonostante la maggior parte dei giudizi riguarda la legittimità di atti amministrativi della stessa Provincia Autonoma che ha eletto i due giudici in Consiglio Provinciale.

Tra i vizi strutturali del sistema, secondo gli Autori dei contributi e il Curatore dell'opera, non è secondaria la mancanza di un terzo grado di giudizio dopo il TAR e il Consiglio di Stato, previsto invece per la maggior parte delle controversie civili e penali.

La pienezza della tutela fornita dal giudice amministrativo e, con essa, la pienezza della sua dignità di Giudice terzo non può prescindere da interventi normativi ordinari e costituzionali diretti a eliminare le anomalie e gli anacronismi ampiamente illustrati nel volume.

L'importanza di dette tematiche viene evidenziata anche alla luce del fatto che, nell'esercizio della giurisdizione amministrativa, vengono assunte decisioni che incidono su beni di rango costituzionale, quali la salute, l'ambiente ed il paesaggio e che, dunque, possono influire in modo rilevante sulla vita di tutti i cittadini, anche estranei alla controversia.

Infine, l'opera si segnala all'attenzione del lettore perché esamina e fa chiarezza su temi poco affrontati dai giuristi nell'ambito della giustizia amministrativa. È inoltre ricca di riferimenti normativi e giurisprudenziali che consentono un agevole approfondimento degli argomenti discussi, anche grazie all'appendice dedicata in particolare alla questione dell'autostrada Valdastico, con sentenze e articoli di stampa locale.

Data la rilevanza anche internazionale che le vicende trattate nell'opera hanno, l'intervento dei singoli Autori è preceduto da un breve *abstract* in lingua inglese.

Eleonora Barichello**

** Avvocato del Foro di Venezia.

Carl-Otto Lenz (Herausgeber) - **Klaus-Dieter Borchardt** (Herausgeber), *EU-Verträge. Kommentar nach dem Vertrag von Lissabon*, 5 Auflage 2010, mit CD-Rom, Köln-Wien, Bundesanzeiger Verlag - Linde Verlag, 2010, pp. XXVIII-2938, € 228,60

Questa fortunata opera di commento ai Trattati dell'Unione europea, aggiornati fino al recente Trattato di Lisbona del 13 dicembre 2007 - 1 dicembre 2009, rappresenta il frutto di una coedizione e di una codirezione tedesco-austriaca, grazie all'iniziativa dei due promotori Lenz e Borchardt, di chiara estrazione accademica nei Paesi di origine ed insigniti rispettivamente delle funzioni di Avvocato Generale presso la Corte di giustizia fino all'ottobre 1997 il primo, e di Direttore alla Direzione generale agricoltura presso la Commissione europea, il secondo. La distribuzione della materia prevede il commento al testo aggiornato e consolidato dei vigenti Trattati pregressi, oggi denominati Trattato sull'Unione europea (art. 1-55, pp. 1-286) e Trattato sul Funzionamento dell'Unione europea (Vertrag über die Arbeitsweise der Eu, artt. 1-358, pp. 290-2895). L'usuale corredo di indici, compreso quello degli oltre trenta Autori (pp. 2897-2908), unitamente al CD rom, che fornisce un utile assemblaggio della documentazione rilevante, completa il pregio dell'opera. Altri documenti allegati compaiono nella parte finale del volume cartaceo (pp. 2897-2938). Insieme essi offrono al lettore non solo i testi pattizi fondamentali, ma anche i principali atti normativi delle istituzioni. Viceversa, nella parte iniziale a numero romano compare un'utile bibliografia tripartita di manuali accademici, di raccolte di testi normativi rilevanti e di casi di giurisprudenza, evitando tanto i rischi di un commentario puramente accademico, quanto di un repertorio legislativo-giurisprudenziale a carattere eccessivamente dettagliato e casistico.

Ciò premesso, l'opera commentaristica qui recensita, aggiornata alla data del 31 dicembre 2009, conferma i pregi che l'hanno fatta già apprezzare come utile – se non indispensabile – strumento di indagine per i lettori e gli specialisti della materia. In virtù del suo carattere longevo, o almeno collaudato dalle edizioni precedenti, il Lenz-Borchardt-Kommentar riesce ad offrire un panorama esaustivo e completo sotto ogni punto di vista. In modo particolare fa stato, *ratione temporis*, della triplice stratificazione ormai ultra cinquantennale con cui si presenta la normativa unionistico-comunitaria dinanzi al lettore di oggi: fa stato tanto dei primi decenni di formazione dei due tronconi del diritto comunitario iniziale e di quello unionistico, quanto del successivo triennio riformistico 2004-2007 di transizione dal vecchio al nuovo regime, nonché, soprattutto, delle modifiche ed integrazioni apportate dal recente Trattato di Lisbona. La lettura e la comprensione dell'opera sono facilitate da due utilissimi accorgimenti tecnici rispettivamente consistenti in un sommario di presentazione di ciascun articolo bene evidenziato dal riquadro grafico, non-

ché dai paragrafi progressivamente numerati in cui si articola ciascun commento articolo per articolo. Utili introduzioni di titolo o di capitolo presenti nei Trattati consentono altresì una valutazione per gruppi o blocchi in cui si suddivide l'articolato complessivo.

Come è facile desumere dalle predette informazioni, la minor parte dell'opera è dedicata al primo Trattato di Lisbona e in essa una parte ancora più ristretta è dedicata al regime della PESC-PESD (artt. 21-45). Tanto deriva dalla singolare vicenda del primo Trattato di Lisbona particolarmente ampio ed impegnativo proprio in tale settore. Si sono trovati così in qualche difficoltà i commentatori anche in ragione del carattere non *justiciable* del regime giuridico sia della politica estera e di sicurezza che della politica di sicurezza e di difesa per le quali, notoriamente, restano incompetenti gli organi giurisdizionali europei. Viceversa, la gran parte del commentario al primo Trattato resta ampiamente dedicata ai settori storici del diritto unionistico comunitario come ordinamento giuridico complessivo di valori e di fini di competenza e di organi. Il secondo Trattato sul Funzionamento dell'Unione è oggetto di considerazioni e valutazioni sempre ponderate ed accorte secondo la tradizione propria del diritto europeo almeno originariamente legato ad una sua trama di "dettaglio" normativo e di casistica giurisprudenziale. In conclusione trattasi di un'opera di cui è confermato l'altissimo valore teorico pratico, sulla scia di opere del genere promosse, da oltre mezzo secolo, da personalità del mondo germanico, particolarmente impegnate in funzioni giudiziarie amministrative del *milieu* comunitario e dimostrate sempre capaci di svolgere un ruolo di primo piano nel mondo dei commentari giuridici a vecchi e nuovi Trattati di Unione.

Massimo Panebianco***

*** Ordinario di Diritto Internazionale / Università degli Studi di Salerno.

Hanno collaborato a questo numero:

ENRICA ADOBATI, *Avvocato in Novara; Cultore di Diritto dell'Unione europea e Diritti dell'uomo / Università Cattolica del Sacro Cuore di Milano*

ELEONORA BARICHELLO - *Avvocato del Foro di Venezia*

FAUSTO CAPELLI, *Direttore della Rivista*

GABRIELE DONÀ - *Avvocato del Foro di Padova; Professore a contratto di diritto processuale dell'Unione europea / Università degli Studi di Ferrara*

MIRIAM IMMEDIATO - *Dottoranda di ricerca in Diritto Internazionale / Università degli Studi di Salerno*

CRISTINA IORI - *University of Tokyo - Graduate Schools for Law and Politics - Doctorate Program*

MASSIMO PANEBIANCO - *Ordinario di Diritto Internazionale / Università degli Studi di Salerno*

ROSANNA MEOLI - *Docente a contratto di Diritto dell'Unione europea / Università della Calabria*

SERGIO VENTURA - *Già direttore alla Commissione europea*

ANGELO VIGLIANISI FERRARO - *Ricercatore di Diritto Privato / Università "Mediterranea" di Reggio Calabria*

ARTICOLI

L'ARTICOLO XX GATT E IL RAPPORTO TRA COMMERCIO E AMBIENTE NELL'INTERPRETAZIONE DELL'ORGANO D'APPELLO DELL'OMC

Sommario: *Introduzione - 1. I fatti dei reports dell'Organo d'appello sull'art. XX GATT - 2. La modalità di applicazione in due fasi («two-tiered analysis») dell'art. XX GATT - 3. La nozione di «risorse naturali esauribili» di cui alla lett. g. dell'art. XX GATT - 4. La nozione di «relating to» di cui alla lett. g. dell'art. XX GATT - 5. Il concetto di «necessary» di cui alla lett. b. dell'art. XX GATT - 6. L'analisi del contributo alla realizzazione dell'obiettivo di ridurre i rischi alla salute e alla vita di persone, animali e piante nel caso Brazil – Retreaded Tyres - 7. Le misure alternative ragionevolmente disponibili nel caso Brazil – Retreaded Tyres - 8. La clausola introduttiva dell'art. XX GATT - 9. Il principio di cooperazione e il dovere di negoziare in buona fede nell'interpretazione dello chapeau dell'art. XX GATT - 10. L'applicazione dello chapeau dell'art. XX alla «MERCOSUR exemption» e il rapporto tra Tribunali internazionali - 11. Conclusioni.*

Introduzione

Il tema del rapporto tra commercio e ambiente viene spesso presentato come una relazione turbolenta e innervata di tensione. Tuttavia, la lettura degli Accordi di Marrakech, in particolare del Preambolo dell'Accordo istitutivo dell'OMC e delle diverse clausole sulle eccezioni generali che ne caratterizzano gli allegati¹, mostra come il codice genetico del sistema multilaterale

¹ Oltre all'art. XX GATT (in GATT, *General Agreement on Tariffs and Trade – Text of the General Agreement*, Geneva, July 1986), si vedano, *inter alia*, l'art. XIV dell'Accordo generale sui servizi (*General Agreement on Trade in Services*, GATS), e l'art. 27 dell'Accordo sugli aspetti attinenti al commercio dei diritti di proprietà intellettuale (*Agreement on Trade-Related Aspects of*

degli scambi sia stato preordinato a consentire un armonioso ravvicinamento di quelle che, a volte, vengono sommariamente presentate dagli organi di informazione come due finalità divergenti. Infatti, proprio il Preambolo che fa da cornice alle fonti ginevrine esordisce richiamando l'esigenza dei Membri OMC di impostare le loro relazioni economiche «in accordance with the objective of sustainable development», ricercando l'uso ottimale delle risorse e la protezione e preservazione dell'ambiente². Del resto, la liberalizzazione degli scambi, che deve essere compiuta con l'obiettivo di innalzare lo *standard* di vita³, non può essere disgiunta, poiché volta a migliorare le condizioni dei popoli, dal riconoscimento della volontà di porla in essere in modo tale da promuovere diffusamente un ambiente vivibile e salubre, e uno sviluppo economico che sia durevole anche con riferimento a dette qualità.

Tuttavia, le norme esistenti necessitano senz'altro di un'ulteriore produzione pattizia che intervenga su modalità e percorsi precisando prevalenze e subordinazioni, al fine di realizzare speditamente le ambiziose finalità contenute nel Preambolo e il bilanciamento di valori ed interessi che caratterizza le disposizioni sulle eccezioni alle regole di liberalizzazione. A questa esigenza della Comunità internazionale, però, il pilastro politico del sistema ginevrino non è, al momento, ancora riuscito a dare una risposta concreta; né si è potuti pervenire ad iniziative di carattere comunque universale e di ampio respiro in

Intellectual Property Rights, TRIPS), tutti in WTO, *The Results of the Uruguay Round of Multilateral Trade Negotiations – Agreements and Legal Texts*, Cambridge, Cambridge University Press, 2007. Per quanto riguarda la ricca letteratura sul rapporto tra commercio e ambiente nel sistema di liberalizzazione degli scambi cfr., *inter alia*, J. FERNÁNDEZ PONS, *Ambiente e liberalizzazione degli scambi*, in L. S. ROSSI (a cura di), *Commercio internazionale sostenibile? Wto e Unione europea*, Bologna, Il Mulino, 2003, p. 165 ss.; F. FRANCONI, *WTO Law in Context: the Integration of International Human Rights and Environmental Law in the Dispute Settlement Process*, in G. SACERDOTI – A. YANOVICH – J. BOHANES (EDS.), *The WTO at Ten – The Contribution of the Dispute Settlement System*, Cambridge, CUP, 2006, p. 143 ss.; F. MUNARI, *Il rapporto tra liberalizzazione del commercio internazionale e tutela dell'ambiente con particolare riguardo agli aspetti relativi alla proprietà intellettuale e agli investimenti*, in SIDI, *Diritto e Organizzazione del commercio internazionale dopo la creazione dell'Organizzazione mondiale del commercio*, Napoli, Editoriale Scientifica, 1998, p. 181 ss.; A. ODDENINO, *Soluzione delle controversie nell'OMC e valori non commerciali*, in A. COMBA (a cura di), *Neoliberalismo internazionale e Global Economic Governance*, Torino, Giappichelli, 2008, p. 153 ss.; G. SACERDOTI, *La disciplina del commercio internazionale e la protezione dell'ambiente*, in P. FOIS (a cura di), *Il principio dello sviluppo sostenibile nel diritto internazionale ed europeo dell'ambiente*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2007, p. 63 ss.; E. VRANES, *Trade and the Environment – Fundamental Issues in International Law, WTO Law, and Legal Theory*, Oxford, OUP, 2009.

² «The Parties to this Agreement, recognizing that their relations in the field of trade and economic endeavour should be conducted with a view to raising standards of living, ensuring full employment and a large and steadily growing volume of real income and effective demand, and expanding the production of and trade in goods and services, while allowing for the optimal use of the world's resources in accordance with the objective of sustainable development, seeking both to protect and preserve the environment and to enhance the means for doing so in a manner consistent with their respective needs and concerns at different levels of economic development». Preambolo dell'Accordo istitutivo dell'OMC in WTO, *The Results of the Uruguay Round of Multilateral Trade Negotiations – Agreements and Legal Texts*, *loc. cit.*; su tale Preambolo v. *infra* i par. 4 e 9.

³ Si veda ancora il Preambolo dell'Accordo istitutivo dell'OMC, *loc. cit.*

altri fori internazionali. I negoziati di Doha, avviati nel 2001⁴, e che sono anche dedicati al rapporto tra commercio e ambiente⁵ – in particolare, a produrre norme chiarificatrici sulla relazione tra Accordi OMC e Accordi multilaterali sull'ambiente (*Multilateral Environmental Agreements*, MEAs), e a promuovere una maggior liberalizzazione della circolazione internazionale di beni e servizi ambientali⁶ – si protraggono sterilmente da anni, convergendo unicamente sulla necessità di posticiparne la conclusione⁷; e, nonostante il grande allarme lanciato sul cambiamento climatico, il surriscaldamento del pianeta e il deterioramento dell'ambiente⁸, la Comunità internazionale non è ancora stata capace di convergere su un testo universale vincolante di impegni e rimedi comuni, volti a contrastare tali derive del globo, come testimoniato dall'esito, ancora una volta interlocutorio e generico, dei lavori della Conferenza di Copenhagen⁹.

⁴ WT/MIN(01)/DEC/1, *Ministerial Declaration Adopted on 14 November 2001*, 20 November 2001.

⁵ Cfr. i par. 31-33 della Dichiarazione ministeriale di Doha, *loc. cit.*

⁶ «With a view to enhancing the mutual supportiveness of trade and environment, we agree to negotiations, without prejudging their outcome, on (...) the relationship between existing WTO rules and specific trade obligations set out in multilateral environmental agreements (MEAs) (...) the reduction or, as appropriate, elimination of tariff and non-tariff barriers to environmental goods and services». Dichiarazione ministeriale di Doha, *loc. cit.*, par. 31.

⁷ V. *inter alia* E. BARONCINI, *La tutela ambientale nel sistema OMC di liberalizzazione degli scambi e la posizione cinese nei negoziati di Doha*, in *Riv. giur. amb.*, 2010, p. 923 ss.; A. GIGANTE, *Il rapporto commercio-ambiente nel Doha Round dell'OMC e nella controversie sugli OGM*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2007, p. 123 ss.; F. ISMAIL, *An assessment of the WTO Doha Round July-December 2008 collapse*, in *World Trade Review*, 2009, p. 579 ss.; S. PENG, *Trade in Telecommunications Services: Doha and Beyond*, *JWT*, 2007, p. 293 ss.

⁸ V. D. FREESTONE – C. STRECK (eds.), *Legal Aspects of Carbon Trading: Kyoto, Copenhagen, and Beyond*, Oxford, Oxford University Press, 2009; A. GORE, *La scelta – Come possiamo risolvere la crisi climatica*, Milano, Rizzoli, 2009.

⁹ Il c.d. «Accordo di Copenhagen» (*Copenhagen Accord*), raggiunto il 18 dicembre 2009, a tempo quasi scaduto, al termine della 15ma sessione della Conferenza delle Parti (*Conference of the Parties*, COP) della Convenzione ONU sul cambiamento climatico, riconosce la necessità dei governi di doversi impegnare, nella riduzione dell'emissione di CO₂, in modo da garantire che l'innalzamento della temperatura della terra non superi i due gradi Celsius. A tale fine, l'intesa, sostanzialmente promossa e definita da Stati Uniti, Cina, India, Brasile e Sudafrica, prevede l'impegno dei Paesi industrializzati e dei Paesi in via di sviluppo (PVS) a comunicare al Segretariato della UNFCCC (*United Nations Framework Convention on Climate Change*) le misure che intendono intraprendere per ridurre i gas serra, con l'indicazione degli obiettivi da raggiungere anno per anno, sino al 2020; inoltre, l'Accordo di Copenhagen prevede finanziamenti a favore dei PVS per sviluppare tecnologie verdi e per adottare adeguate azioni di mitigazione volte a fronteggiare le probabili difficili situazioni causate da fenomeni collegati al cambiamento climatico. I negoziatori e i primi commentatori hanno definito il *Copenhagen Accord* come un «political agreement» privo di forza giuridica; tuttavia, è lo stesso testo dell'intesa ad indicare che l'Accordo è «operational immediately». Il testo redatto a Copenhagen ha deluso non poco i piccoli Stati sottosviluppati, maggiormente a rischio per gli eventi meteorologici causati dai mutamenti climatici, i quali hanno, infatti, impedito che la COP raggiungesse il *consensus* necessario ad adottare l'Accordo, con il risultato che la *Conference of the Parties* ne ha semplicemente preso nota: il laconico documento finale della COP recita, pertanto, che «[t]he Conference of the Parties takes note of the Copenhagen Accord of 18 December 2009» (cfr. FCCC/CP/2009/L.7, *Draft Decision -/CP.15, Proposal by the President – Copenhagen Accord*, 18 December 2009). Vi sarà una ulteriore COP, nel dicembre 2010, in Messico con l'obiettivo di arrivare ad un testo articolato e completo, che contenga impegni concreti e non più su base volontaria, e che venga sottoscritto in forma solenne, dunque indubbiamente considerato come un accordo internazionale vincolante.

Naturalmente, l'immobilità del pilastro politico non ha affatto congelato la formazione di controversie sulle misure ambientali aventi effetti commerciali. I contenziosi che si sono sviluppati nel sistema OMC, però, hanno avuto una trattazione ben diversa da quella, improduttiva, dei negoziati multilaterali. Infatti, il procedimento di risoluzione delle controversie di Marrakech, reggendosi sull'approvazione quasi automatica dei *reports* dei panels e dell'Organo d'appello tramite il meccanismo del *consensus* negativo¹⁰, è stato capace di produrre decisioni di primo piano a proposito del rapporto tra commercio e ambiente facendo leva, in particolare, sull'applicazione dell'art. XX GATT, la clausola sulle eccezioni generali dell'Accordo generale sulle tariffe doganali e sul commercio (*General Agreement on Tariffs and Trade*, GATT).

La giurisprudenza elaborata dall'Organo d'appello su tale disposizione apporta un notevole contributo per comprendere le caratteristiche dello spazio politico nell'ambito del quale gli Stati possono adottare misure ambientali efficaci e insuscettibili di essere contestate alla luce del diritto multilaterale degli scambi¹¹.

Obiettivo del presente lavoro è, pertanto, compiere una disamina del *case-law* del Tribunale permanente dell'OMC sull'art. XX GATT, per mostrare come il sistema multilaterale sia capace di contemperare la liberalizzazione degli scambi con il rispetto delle finalità ambientali.

Per farlo, si procederà nell'analisi della clausola sulle eccezioni generali seguendo la sequenza indicata dallo stesso Organo d'appello. Pertanto, dopo una presentazione generale della disposizione in oggetto, l'attenzione si sposterà sull'interpretazione delle due eccezioni contemplate nell'art. XX GATT suscettibili di essere applicate ai provvedimenti ambientali, vale a dire la lett. g., relativa alla preservazione delle risorse naturali esauribili, e la lett. b., dedicata alle misure necessarie a proteggere la salute e la vita di persone, piante ed animali. Quindi, verrà dato spazio ai requisiti contenuti nella clausola introduttiva dell'art. XX GATT, che contempla richieste molto severe per giustificare le misure di ostacolo agli scambi già riconducibili alla tutela dei valori contemplati nella disposizione ginevrina richiamata.

Sono quattro le controversie sulle quali si è pronunciato l'Organo d'appello applicando l'art. XX GATT a normative ambientali: il contenzioso sulla *Benzina riformulata*¹², sui *Gamberetti*¹³, sull'*Amianto*¹⁴ e sui *Pneumatici rico-*

¹⁰ Cfr. *inter alia* G. ADINOLFI, *La soluzione delle controversie nell'OMC e il contenzioso eurostatunitense*, in G. VENTURINI (a cura di), *L'Organizzazione mondiale del commercio*, Milano, Giuffrè, 2004, p. 191 ss.; P. PICONE - A. LIGUSTRO, *Diritto dell'Organizzazione mondiale del commercio*, Padova, Cedam, 2002, p. 575 ss.; M. VELLANO, *L'Organo d'appello dell'OMC*, Napoli, Jovene, 2001.

¹¹ Sul tema cfr. D. LUFF, *Le droit de l'Organisation mondiale du commerce*, Bruxelles, Bruylant, 2004, p. 1049 ss.; M. PROST, *D'abord les moyens, les besoins viendront après. Commerce et environnement dans la «jurisprudence» du GATT et de l'OMC*, Bruxelles, Bruylant, 2005.

¹² WT/DS2, *United States – Standards for Reformulated and Conventional Gasoline*.

*struiti*¹⁵. Prima di proseguire oltre nell'indagine, dunque, pare senz'altro opportuno dedicare un breve spazio ai fatti delle dispute richiamate.

1. I fatti dei reports dell'Organo d'appello sull'art. XX GATT

a. La disputa avviata da Venezuela e Brasile contro gli Stati Uniti (*United States – Standards for Reformulated and Conventional Gasoline*) riguardava la *Gasoline Rule* elaborata dall'Agenzia statunitense per la protezione dell'ambiente per attuare il *Clean Air Act* del Congresso USA. I due Paesi latino-americani sostenevano che fosse discriminatoria l'imposizione ai raffinatori stranieri di una «statutory baseline», dunque di una linea di base disposta dalle autorità governative sulle massime emissioni tossiche possibili per il carburante importato, a fronte, per i produttori nazionali, della possibilità di avvalersi di una «individual baseline», grazie alla quale essi potevano definire autonomamente la composizione del combustibile per veicoli venduto sul mercato USA nel 1990, e continuare a distribuire carburante basato su quei parametri. Sia il Panel che l'Organo d'appello accolsero le argomentazioni di Venezuela e Brasile sulla violazione dell'art. III GATT. Gli Stati Uniti, però, sostenevano che la *Gasoline Rule* poteva essere mantenuta poiché riconducibile all'art. XX, lett. g., GATT.

b. Nel caso *United States – Import Prohibition of Certain Shrimp and Shrimp Products*, quattro Paesi asiatici avevano attaccato la *Section 609* della *Public Law 101-162* e la successiva normativa di attuazione, poiché, sulla base di tale disciplina, gli Stati Uniti vietavano l'importazione di gamberetti pescati senza i c.d. «turtle excluder devices» (TEDs), i meccanismi di esclusione delle tartarughe che permettevano di limitare gravi ferite nonché la morte accidentale delle tartarughe marine, tutte in via di estinzione, che nuotano nelle stesse acque in cui vengono catturati i crostacei. Parti attrici e parte convenuta concordavano sul fatto che la *Section 609*, unitamente alle *Guidelines* applicative, violasse l'art. XI GATT. Ma gli Stati Uniti sostenevano anche che la loro disciplina interna poteva essere giustificata sulla base dell'art. XX, lett. g. GATT, poiché aveva la finalità di preservare una specie animale suscettibile di estinguersi.

c. La controversia sull'amianto vedeva il Canada attaccare l'Unione europea per il bando francese sull'amianto e i prodotti contenenti amianto (*European Communities – Measures Affecting Asbestos and Asbestos Con-*

¹³ WT/DS58, *United States – Import Prohibition of Certain Shrimp and Shrimp Products*.

¹⁴ WT/DS135, *European Communities – Measures Affecting Asbestos and Asbestos Containing Products*.

¹⁵ WT/DS332, *Brazil – Measures Affecting Imports of Retreaded Tyres*.

taining Products). Si trattava di una misura drastica, ma anche l'unica ad essere ritenuta capace di combattere il rischio alla salute dell'uomo che comporta quel minerale cancerogeno. L'Organo d'appello ha ritenuto che non vi fosse alcuna violazione dell'Accordo GATT poiché le sostanze utilizzate per sostituire l'amianto, che potevano essere prodotte e commercializzate in Francia, non erano suscettibili di essere considerate prodotti simili al minerale in oggetto, in quanto non cancerogene rispetto all'amianto. Dunque, non vi era alcuna discriminazione tra il divieto imposto con riferimento a quest'ultimo prodotto e la circolazione consentita alle sostanze sostitutive dell'amianto. Tuttavia, l'Organo d'appello ha compiuto importanti considerazioni a proposito della portata della lett. *b.* dell'art. XX GATT, e per questo la disputa in oggetto fa parte del *case-law* su commercio e ambiente.

d. Nel caso *Brazil – Retreaded Tyres*, l'Unione europea aveva attaccato una serie di misure adottate dalle autorità brasiliane con le quali veniva vietata l'importazione di pneumatici ricostruiti¹⁶ nel paese latino-americano¹⁷ ed erano imposte cospicue sanzioni pecuniarie a chi violava detto divieto, nonché a coloro che, comunque, ponevano sul mercato, trasportavano, immagazzinavano o detenevano in custodia detti pneumatici¹⁸. La chiusura del mercato brasiliano ai pneumatici europei così realizzata, oltre ad essere considerata una violazione del divieto di restrizioni alle importazioni ed esportazioni sulla base dell'art. XI GATT, veniva anche ritenuta incompatibile con la clausola della nazione più favorita di cui all'art. I GATT, poiché, a seguito di una pronuncia di un tribunale arbitrale del *Mercado Común del Sur* (MERCOSUR)¹⁹, il Governo brasiliano aveva introdotto una eccezione al bando, consentendo l'importazione di una particolare tipologia di pneumatici ricostruiti originari dei Paesi che hanno sottoscritto il Trattato di Asunción del 1991²⁰. Dal canto

¹⁶ Si tratta di gomme che vengono riadattate utilizzando gomme già usate, in modo tale da fare arrivare a dieci anni la durata complessiva di uno pneumatico dal momento della sua prima utilizzazione, ossia cinque anni come gomma nuova, cui ne vanno aggiunti cinque una volta che la gomma usata è stata ritrattata.

¹⁷ Il divieto in questione era posto da un atto predisposto dal Segretariato per il commercio estero del Ministero brasiliano per lo sviluppo (*Portaria no. 14 of 17 November 2004 of the Secretariat of Foreign Trade of the Brazilian Ministry of Development, Industry and International Commerce (SECEX) that prohibits the issuance of import licenses for retreaded tyres*) il quale proibiva il rilascio di licenze per importazione di pneumatici ricostruiti, unitamente a diversi provvedimenti amministrativi che, pur riguardando le gomme usate, venivano impropriamente estesi dalle autorità brasiliane anche ai pneumatici ricostruiti: v. WT/DS332/4, *Brazil – Measures Affecting Imports of Retreaded Tyres*, Request for the Establishment of a Panel by the European Communities, 18 November 2005.

¹⁸ Si trattava di una multa di 400 Real brasiliani (pari a circa € 120) per ogni pneumatico importato, commercializzato, immagazzinato: v. *Presidential Decree No. 3919 of 14 September 2001*, in WT/DS332/4, *loc. cit.*

¹⁹ Il tribunale arbitrale fu istituito su richiesta dell'Uruguay, che riteneva il bando brasiliano in contrasto con le regole del MERCOSUR, e si pronunciò il 9 gennaio 2002 a favore della richiesta di abolizione del divieto di importazione per i paesi del Trattato di Asunción: cfr. WT/DS332/R, *Brazil – Measures Affecting Imports of Retreaded Tyres*, Report of the Panel, 12 June 2007, par. 2.13.

²⁰ Treaty Establishing a Common Market between the Argentine Republic, the Federal Republic

suo, il Brasile sosteneva la necessità di mantenere una tale legislazione, poiché il divieto di importazione di tale tipo di prodotti riciclati diminuiva la quantità dei pneumatici non più riutilizzabili, un tipo di rifiuti che, nell'accumularsi e nello smaltimento, pone seri rischi per l'ambiente e la salute dell'uomo.

2. La modalità di applicazione in due fasi («two-tiered analysis») dell'art. XX GATT

La disposizione sulle eccezioni generali dell'Accordo GATT ha l'obiettivo di determinare le modalità di coesistenza di diversi valori, politiche ed interessi: da un lato, vi sono quelli non commerciali che vengono, di volta in volta, sostenuti dai singoli Membri OMC; dall'altro, vi è la finalità della liberalizzazione degli scambi che è oggetto delle regole e dei principi definiti congiuntamente e sottoscritti dalla *membership* del sistema multilaterale. L'art. XX GATT si articola, pertanto, in una clausola introduttiva, detta *chapeau*, ed in una serie di paragrafi, indicati dalla lett. *a.* alla lett. *j.*, che elencano i valori, le politiche e gli interessi in ragione dei quali è consentito ad un Membro OMC di mantenere una misura ad essi connessa in grado più o meno elevato, pur risultando, detta misura, un ostacolo alla liberalizzazione degli scambi internazionali. I vari paragrafi dell'art. XX permettono di giustificare normative interne su *a.* la protezione della moralità pubblica, *b.* la protezione della salute e della vita delle persone, degli animali e delle piante, *c.* l'importazione ed esportazione dell'oro e dell'argento, *d.* l'assicurazione dell'applicazione di leggi e regolamenti non incompatibili con l'Accordo GATT, *e.* i prodotti fabbricati in prigione, *f.* la protezione di tesori nazionali aventi un valore artistico, storico o archeologico, *g.* la conservazione delle risorse naturali esauribili, *h.* l'applicazione degli accordi sui prodotti di base, *i.* le restrizioni all'esportazione di materie prime prodotte all'interno di un paese e necessarie all'industria nazionale di trasformazione, *e*, infine, *j.* l'acquisto o

lic of Brazil, the Republic of Paraguay and the Eastern Republic of Uruguay, done at the city of Asunción, on 26 March 1991, in UNTS, vol. 2140, I-37341, p. 319. Per una ricostruzione dei fatti della controversia tra Brasile e Comunità europea si rinvia alla relazione predisposta dalla Commissione europea nell'ambito della procedura avviata dal BIPAVER in base al Regolamento TBR: European Commission, Report to the Trade Barriers Regulation Committee, Examination Procedure Concerning an Obstacle to Trade, Within the Meaning of Council Regulation (EC) No 3286/94, Consisting of Trade Practices Maintained by Brazil Affecting Trade in Retreaded Tyres, Complaint Submitted by the Bureau International Permanent des Association de Vendeurs et Rechercheurs de Pneumatiques (BIPAVER), Brussels, September 13, 2004, nonché alla presentazione della disputa dinanzi al Tribunale arbitrale del MERCOSUR, in N. LAVRANOS – N. VIELLIARD, *The Brazilian Tyres Case: Competing Trade and Non-Trade Interests and Competing Jurisdictions between MERCOSUR and WTO*, in *European Energy Environmental Law Review*, 2008, p. 306 ss. alle pp. 308-310. Sull'Accordo di integrazione economica regionale del MERCOSUR cfr., *inter alia*, J. P. SCHMIDT, *MERCOSUR*, in *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, 2009.

la ripartizione di prodotti per i quali vi sia penuria generale o locale. Detti paragrafi della clausola sulle eccezioni generali indicano inoltre la relazione che le misure da giustificare devono avere con gli interessi, le politiche e i valori in essi contemplati, dovendo tali misure risultare «necessarie», «essenziali», «imposte» o «relative» a quegli interessi, politiche e valori. Invece, lo *chapeau* dell'art. XX riguarda l'*applicazione* della disciplina nazionale, e stabilisce che le misure riconducibili ai vari paragrafi della clausola sulle eccezioni generali non possono essere applicate «in maniera da costituire un mezzo di discriminazione arbitraria o ingiustificata tra i paesi dove esistono le stesse condizioni, oppure una (...) restrizione [dissimulata] del commercio internazionale»²¹.

L'Organo d'appello ha stabilito ed ha costantemente richiamato l'importanza di condurre una analisi in due fasi («*two-tiered analysis*») delle misure da giustificare in base all'art. XX GATT. In primo luogo, occorre dimostrare che la disciplina interna è riconducibile ad una delle eccezioni previste nei paragrafi della disposizione in oggetto, una disamina che, laddove si concluda positivamente porta ad una giustificazione solo provvisoria della norma nazionale («*provisional justification*»). Quindi, si deve procedere ad un'ulteriore analisi di detta norma alla luce dello *chapeau* dell'art. XX, per verificare che la discriminazione cui dà origine tra paesi ove sussistono le medesime condizioni non sia arbitraria o ingiustificata, e non rappresenti, comunque, una restrizione dissimulata del commercio internazionale²².

²¹ Per la versione italiana dell'art. XX GATT e di tutto l'Accordo generale cfr. G. VENTURINI, *L'Organizzazione mondiale del commercio*, Milano, Giuffrè, 2004, p. 264 ss. Per una trattazione generale di tale disposizione si rinvia a S. CHARNOVITZ, *Exploring the Environmental Exceptions in GATT Article XX*, in *JWT*, 1991, p. 37 ss.; V. GUEVREMONT, *L'exception environnementale: l'exemple du système commercial multilatéral*, in H. RUIZ FABRI - L. GRADONI (sous la direction de), *La circulation des concept juridique: le droit international de l'environnement entre mondialisation et fragmentation*, Paris, Société de législation comparée, 2009, p. 137 ss.; A. F. LOWENFELD, *International Economic Law*, Oxford, OUP, 2008, p. 388 ss.; D. LUFF, *Le droit de l'Organisation mondiale du commerce*, cit. supra, nota 11, p. 146 ss.; L. MIGLIORINO, *Le eccezioni "ambientali" ai principi del GATT nella prassi dei panels*, in *Dir. comm. int.*, p. 673 ss.; P. PICONE - A. LIGUSTRO, *Diritto dell'Organizzazione mondiale del commercio*, cit. supra, nota 10, p. 321 ss.; A. H. QURESHI - A. R. ZIEGLER, *International Economic Law*, London, Thomson - Swett & Maxwell, 2007, p. 327 ss.; P. T. STOLL - Franck SCHORKOPF, *WTO - World Economic Order, World Trade Law*, Leiden / Boston, Martinus Nijhoff Publishers, 2006, p. 62 ss.; M. J. TREBILCOCK - R. HOWSE, *The Regulation of International Trade*, Abingdon, Routledge, 2005, p. 514 ss.; P. VAN DEN BOSSCHE, *The Law and Policy of the World Trade Organization - Text, Cases and Materials*, Cambridge, CUP, 2008, p. 614 ss.

²² «The analysis is, in other words, two-tiered: first, provisional justification by reason of characterization of the measure under XX(g); second, further appraisal of the same measure under the introductory clauses of Article XX» (WT/DS2/AB/R, *United States – Standards for Reformulated and Conventional Gasoline*, Report of the Appellate Body, 29 April 1996, p. 22); «[f]or a measure, otherwise inconsistent with GATT 1994, to be justified provisionally under paragraph (d) of Article XX, two elements must be shown. First, the measure must be one designed to "secure compliance" with laws or regulations that are not themselves inconsistent with some provision of the GATT 1994. Second, the measure must be "necessary" to secure such compliance (WT/DS169/AB/R, *Korea – Measures Affecting Imports of Fresh, Chilled and Frozen Beef*, Report of the Appellate Body, 11 December 2000, par. 157). V. anche WT/DS58/AB/R, *United States – Import Prohibition of Certain Shrimp and Shrimp Products*, Report of the Appellate Body, 12 October 1998, par. 111-122 e 157.

Come sottolineato dal Collegio di secondo grado, «[t]he sequence of steps (...) in the analysis of a claim of justification under Article XX reflects, not inadvertence or random choice, but rather the fundamental structure and logic of Article XX»²³. La molteplicità dei requisiti richiesti e la loro suddivisione in due fasi, infatti, risponde al preciso intento di consentire ai Membri OMC di perseguire determinate politiche sociali ed ambientali, evitando, però, che il diritto ad avvalersi della clausola sulle eccezioni generali sia suscettibile di essere facilmente abusato. È proprio avendo in mente questo specifico proposito che i negoziatori del GATT 1947 decisero di aggiungere alle condizioni presenti nelle diverse eccezioni elencate nella disposizione che sarebbe poi divenuta l'art. XX una severa clausola introduttiva: l'obiettivo espressamente statuito dalle varie delegazioni impegnate nei lavori preparatori del 1946 per redigere la Carta istitutiva dell'Organizzazione internazionale del commercio era quello di evitare un uso distorto, avente fini prettamente protezionistici²⁴, delle eccezioni generali, e, per concretizzare tale scopo, i negoziatori raccolsero sostanzialmente la proposta formulata dal Regno Unito²⁵.

Riguardo, poi, l'onere di provare la rispondenza della misura da giustificare ai molteplici requisiti individuati nell'art. XX, l'Organo d'appello ha stabilito, con la sola esclusione della dimostrazione della possibilità di una ragionevole misura alternativa²⁶, che esso incombe alla parte convenuta, dunque al Membro OMC che intende avvalersi della clausola sulle eccezioni generali per far salva una propria disciplina che ostacola gli scambi. Infatti, poi-

²³ WT/DS58/AB/R, *cit. supra*, nota 22, par. 119.

²⁴ Ad esempio, Paesi Bassi, Belgio e Lussemburgo invocavano l'apposizione di ulteriori condizioni per il ricorso alle eccezioni generali sottolineando che «[i]ndirect protection is an undesirable and dangerous phenomenon. (...) Many times, the stipulations to "protect animal or plant life or health" are misused for indirect protection. It is recommended to insert a clause which prohibits expressly to direct such measures that they constitute an indirect protection or, in general, to use these measures to attain results, which are irreconcilable [*sic*] with the aim of chapters IV, V and VI» (E/PC/T/C.II/32, 30 October 1946, p. 11). Si trattava di una preoccupazione condivisa anche dai Paesi in via di sviluppo. Il Sudafrica, ad esempio, considerava che le eccezioni «were rational but were open to widespread abuse and technical advantage might be taken of these exceptions so as to result in a form of protection», ritenendo conseguentemente necessario prevenire un tale rischio incorporando nel testo finale un'apposita disposizione: il rappresentante del Sudafrica asseriva così che «provision to prevent abuse of these exceptions ought to be included in Article 32» (E/PC/T/C.II/50, 13 November 1946, p. 6). Su tale aspetto della clausola introduttiva dell'art. XX GATT cfr. WT/DS2/AB/R, *cit. supra*, nota 22, a p. 22 («[i]t is (...) important to underscore that the purpose and object of the introductory clause of Article XX is generally the prevention of "abuse of the exceptions of [what was later to become] Article [XX]"»), e, in dottrina, A. DAVIES, *Interpreting the Chapeau of GATT Article XX in Light of the "New" Approach in Brazil Tyres*, in *JWT*, 2009, p. 507 ss.

²⁵ La proposta di clausola introduttiva della Gran Bretagna così recitava: «[t]he undertaking in Chapter IV of this Charter relating to import and export restrictions shall not be construed to prevent the adoption or enforcement by any member of measures for the following purposes, provided that they are not applied in such a manner as to constitute a means of arbitrary discrimination between countries where the same conditions prevail, or a disguised restriction on international trade» (E/PC/T/C.II/50, 13 November 1946, p. 7; E/PC/T/C.II/54/Rev.1, 28 November 1946, p. 36).

²⁶ Sull'onere della prova riguardo la possibilità di ricorrere ad una «reasonably available alternative measure», avente meno effetti restrittivi sul commercio rispetto alla disciplina interna che si vorrebbe giustificare v. *infra* il par. 5.

ché si tratta di un mezzo di difesa affermativo, «[i]t is only reasonable that the burden of establishing such a defence should rest on the party asserting it»²⁷.

3. La nozione di «risorse naturali esauribili» di cui alla lett. g. dell'art. XX GATT

Di notevole interesse sono la portata attribuita dall'Organo d'appello alla nozione di «risorse naturali esauribili» di cui all'art. XX GATT e, soprattutto, la motivazione giuridica sulla quale il Tribunale permanente ha scelto di basare l'ampio ambito di applicazione assegnato all'eccezione in oggetto. Infatti, l'Organo d'appello ha implicitamente avallato l'inclusione nella lett. g. della «clean air», dunque dell'aria pulita, operata dal Panel nel suo *report* sulla legislazione statunitense relativa alla benzina riformulata²⁸, ricordando che la «clean air» è una «natural resource that could be depleted»²⁹, e che, pertanto, una politica volta a ridurre «the depletion of clean water»³⁰ va considerata come «a policy to conserve an exhaustible natural resource»³¹, dunque riconducibile all'eccezione di cui alla lett. g. dell'art. XX GATT. Ma è, in particolare, nel caso *Gamberetti* che il Collegio di secondo grado si è prodotto in una sofisticata attività ermeneutica sulla nozione di «risorse naturali esauribili»,

²⁷ WT/DS33/AB/R, *United States - Measures Affecting Imports of Woven Wool Shirts and Blouses from India*, Report of the Appellate Body, 25 April 1997, p. 16. Sul punto v. anche WT/DS2/AB/R, *cit. supra*, nota 22, p. 22 («[t]he burden of demonstrating that a measure provisionally justified as being within one of the exceptions set out in the individual paragraphs of Article XX does not, in its application, constitute abuse of such exception under the chapeau, rests on the party invoking the exception»), e WT/DS169/AB/R, *cit. supra*, nota 22, par. 157 («[a] Member who invokes Article XX(d) as a justification has the burden of demonstrating that [the] requirements are met»).

²⁸ Il Panel aveva accolto le argomentazioni statunitensi, le quali, tra l'altro, sottolineavano che la preservazione della purezza dell'aria permette di tutelare al tempo stesso altre risorse naturali quali laghi, corsi d'acqua, parchi, colture e foreste: «[t]he Panel noted the US argument that clean air was an exhaustible resource within the meaning of Article XX(g), since it could be exhausted by pollutants such as those emitted through the consumption of gasoline. Lakes, streams, parks, crops and forests were also natural resources that could be exhausted by air pollution. Measures to control air pollution were therefore measures to conserve exhaustible natural resources» (WT/DS2/R, *United States - Standards for Reformulated and Conventional Gasoline*, Report of the Panel, 29 January 1996, par. 6.36). Il Panel, pertanto, concludeva che l'aria pulita era da considerarsi una risorsa, poiché ha un valore, e che si trattava di una risorsa naturale che può, comunque, essere esauribile nonostante sia, tecnicamente, una risorsa da considerarsi rinnovabile: «[i]n the view of the Panel, clean air was a resource (it had value) and it was natural. It could be depleted. The fact that the depleted resource was defined with respect to its qualities was not, for the Panel, decisive. Likewise, the fact that a resource was renewable could not be an objection. A past panel had accepted that renewable stocks of salmon could constitute an exhaustible natural resource [*Canada - Measures Affecting Exports of Unprocessed Herring and Salmon*, BISD 35S/98, para 4.4 (adopted on 22 March 1988)]. [...] Accordingly, the Panel found that a policy to reduce the depletion of clean air was a policy to conserve a natural resource within the meaning of Article XX(g)» (WT/DS2/R, *United States - Standards for Reformulated and Conventional Gasoline*, *loc. cit.*, par. 6.37).

²⁹ WT/DS2/AB/R, *loc. cit.*, p. 14.

³⁰ *Ibidem*.

³¹ *Ibidem*.

stabilendo che detta nozione riguarda non solo le risorse naturali non viventi, ma anche quelle viventi minacciate di estinzione.

I Paesi asiatici che avevano attaccato la normativa statunitense – India, Malesia, Pakistan e Thailandia – sostenevano che gli USA non potevano avvalersi dell'eccezione di cui alla lett. g. dell'art. XX GATT poiché le tartarughe marine non dovevano essere qualificate come «risorse naturali esauribili». A loro avviso, infatti, l'aggettivo «esauribili» in riferimento alle risorse naturali implica che queste ultime possano essere unicamente le risorse «non viventi», ritenendo suscettibile di essere definito esauribile solo ciò che è una risorsa «finita», dunque che si consuma e non si rinnova, come i minerali. Le risorse naturali «viventi», invece, poiché sono comunque in grado di riprodursi, non potrebbero mai rientrare nella categoria delle «risorse naturali esauribili»³².

Tale lettura restrittiva è stata decisamente respinta dall'Organo d'appello, che ha interpretato la lett. g. dell'art. XX GATT applicando i canoni ermeneutici codificati dall'art. 31, par. 1, della Convenzione di Vienna sul diritto dei trattati, in base al quale «un trattato deve essere interpretato in buona fede seguendo il senso ordinario da attribuire ai termini del trattato nel loro contesto e alla luce del suo oggetto e del suo scopo»³³. Partendo dal dato testuale, l'ente giudicante ha, così, osservato come non risulti, dalla lettera della disposizione da interpretare, alcuna limitazione della sua portata alle risorse naturali «non viventi». Riguardo, poi, l'argomentazione delle parti attrici in base alla quale le risorse viventi per definizione non possono essere esauribili poiché capaci di riprodursi, e, dunque, rinnovabili, l'Organo d'appello ha osservato che le moderne scienze biologiche insegnano che le specie viventi sono, invece, esauribili, correndo il rischio di estinguersi, in certe circostanze, anche a causa delle attività dell'uomo. Pertanto, le risorse viventi possono essere «finite» tanto quanto il petrolio, i minerali di ferro, e le altre risorse non viventi. Ne consegue che il senso ordinario da attribuire all'espressione «risorse naturali», in base alla terminologia comunemente utilizzata, deve includere anche le risorse biologiche rinnovabili³⁴. Passando, poi, alla lettura del dato normativo discusso alla luce del «contesto» in cui esso si trova – contesto che, sempre in base all'art. 31 della Convenzione di Vienna, comprende anche il Preambolo dell'accordo da interpretare – l'Organo d'appello sottolinea con enfasi la portata del Preambolo dell'Accordo istitutivo dell'OMC, che dimostra come i firmatari dei risultati dell'Uruguay Round fossero pienamente consapevoli dell'importanza e della legittimità della tutela dell'ambiente quale obiettivo

³² WT/DS58/AB/R, *cit. supra*, nota 22, par. 127.

³³ Convenzione di Vienna sul diritto dei trattati, Vienna, 23 maggio 1969, entrata in vigore il 27 gennaio 1980, in *UNTS*, vol. 1155, p. 331, ratificata dalla Repubblica italiana con Legge n. 112 del 12 febbraio 1974, in *Guri* n. 111 del 30 aprile 1974, *suppl. ord.*

³⁴ WT/DS58/AB/R, *loc. cit.*, par. 128.

della politica nazionale ed internazionale³⁵. Infatti, il Preambolo dell'Accordo OMC – che ispira e guida non solo il GATT, ma tutti gli Accordi OMC – riconosce espressamente «l'obiettivo dello sviluppo sostenibile», e afferma che le relazioni economiche dei Membri OMC devono aver luogo consentendo l'impiego ottimale delle risorse naturali, cercando di proteggere e preservare l'ambiente e di potenziare gli strumenti per realizzare tali finalità³⁶. Di conseguenza, la lettura della nozione di «risorse naturali» nel contesto del preambolo dell'Accordo OMC non può certo affidarsi ad un'interpretazione restrittiva che non trova riscontro nel linguaggio ora correntemente utilizzato nella Comunità internazionale. E le convenzioni e dichiarazioni moderne fanno ricorso all'espressione «risorse naturali» per indicare al tempo stesso le risorse viventi e quelle non viventi³⁷. Prova ne sia, continua l'Organo d'appello, quanto statuito dalla Convenzione ONU sul diritto del mare³⁸, che, all'art. 56, relativo a diritti, giurisdizione ed obblighi dello Stato costiero nella zona economica esclusiva, indica le «risorse naturali, biologiche o non biologiche» («natural resources, whether living or non-living»), nozioni riprese agli artt. 61 e 62, dedicati alla conservazione e allo sfruttamento delle risorse biologiche; oppure quanto disposto dalla Convenzione sulla diversità biologica, la quale utilizza anch'essa il concetto di «risorse biologiche»³⁹; e, ancora, quanto indicato nell'Agenda 21, che parla di risorse naturali addentrandosi in dichiarazioni dettagliate a proposito delle «marine living resources»⁴⁰. Poiché, riprendendo la tecnica ermeneutica utilizzata dalla Corte internazionale di giustizia⁴¹, i concetti incorporati in un trattato non possono essere intesi in modo statico,

³⁵ «The words of Article XX(g), "exhaustible natural resources", were actually crafted more than 50 years ago. They must be read by a treaty interpreter in the light of contemporary concerns of the community of nations about the protection and conservation of the environment. While Article XX was not modified in the Uruguay Round, the preamble attached to the *WTO Agreement* shows that the signatories to that Agreement were, in 1994, fully aware of the importance and legitimacy of environmental protection as a goal of national and international policy». WT/DS58/AB/R, *cit. supra*, nota 22, par. 129.

³⁶ «The Parties to this Agreement, *Recognizing* that their relations in the field of trade and economic endeavour should be conducted with a view to raising standards of living, ensuring full employment and a large and steadily growing volume of real income and effective demand, and expanding the production of and trade in goods and services, while allowing for the optimal use of the world's resources in accordance with the objective of sustainable development, seeking both to protect and preserve the environment and to enhance the means for doing so in a manner consistent with their respective needs and concerns at different levels of economic development (...)» (Preambolo dell'Accordo istitutivo dell'OMC).

³⁷ V. WT/DS58/AB/R, *loc cit.*, par. 130.

³⁸ *United Nations Convention on the Law of the Sea (UNCLOS)*, Montego Bay, 10 December 1982, in *ILM*, 1982, p. 1261.

³⁹ *Convention on Biological Diversity*, Nairobi, 22 maggio 1992, in *UNTS*, vol. 1993, p. 142.

⁴⁰ Se ne veda il testo nel sito dell'*United Nations Environment Programme (UNEP)*, in <http://www.unep.org/Documents.Multilingual/Default.asp?documentID=52>.

⁴¹ Cfr. *Legal Consequences for States of the Continued Presence of South Africa in Namibia (South West Africa) notwithstanding Security Council Resolutions 976 (1970)*, Advisory Opinion, *ICJ Reports*, 1971, p. 16, par. 53.

ma sono «by definition evolutionary»⁴², l'interprete di un accordo deve leggerli alla luce delle preoccupazioni contemporanee espresse dalla Comunità delle nazioni a proposito della protezione e conservazione dell'ambiente⁴³; e ancora, sostengono i giudici dell'Aja, «an international instrument has to be interpreted and applied within the framework of the entire legal system prevailing at the time of the interpretation»⁴⁴. Pertanto, riscontrate le preoccupazioni e il quadro normativo della Comunità internazionale, l'Organo d'appello conclude nel senso che la nozione di risorse naturali di cui alla lett. g. dell'art. XX GATT debba essere riferita sia alle risorse viventi che a quelle non viventi.

Superata la questione interpretativa sulla portata della nozione di «risorse naturali», l'Organo d'appello doveva stabilire se le cinque specie di tartarughe marine protette dal bando statunitense sull'importazione di gamberetti potessero essere considerate «esauribili» poiché a rischio di estinzione. Per farlo, il Tribunale permanente ricorre ancora una volta ad un altro strumento pattizio, la Convenzione sul commercio internazionale delle specie di fauna e flora minacciate di estinzione, il cui Allegato I, che elenca le specie a rischio, include tutte le tartarughe marine contemplate dalla normativa statunitense contestata, attestando con indubbia autorevolezza scientifica lo stato di pericolo in cui quelle risorse naturali viventi si trovano⁴⁵.

4. La nozione di «*relating to*» di cui alla lett. g. dell'art. XX GATT

Per individuare la portata da attribuire all'espressione di apertura di tale eccezione generale, volta a definire il grado di collegamento che vi deve essere tra la misura da giustificare e il perseguimento, da parte di quest'ultima, della politica nazionale contemplata dalla lett. g. dell'art. XX, l'Organo d'appello è partito dall'osservazione che l'uso di diversi termini rispetto alle diverse categorie di valori ed interessi contemplati dalla clausola sulle eccezioni generali non consente, in base all'art. 31 della Convenzione di Vienna sul diritto dei trattati⁴⁶, di riconoscere indistintamente lo stesso tipo o grado di connessione o relazione tra la misura da giustificare e l'interesse o la politica sta-

⁴² WT/DS58/AB/R, *cit. supra*, nota 22, par. 130.

⁴³ WT/DS58/AB/R, *loc. cit.*, par. 129.

⁴⁴ *Legal Consequences for States of the Continued Presence of South Africa in Namibia (South West Africa)*, *cit. supra*, nota 41, par. 53.

⁴⁵ *Convention on International Trade in Endangered Species of Wild Flora and Fauna (CITES)*, Washington, 3 March 1973, in *UNTS*, vol. 993, p. 243.

⁴⁶ Il quale, lo ricordiamo, è considerato espressione di una delle regole consuetudinarie del diritto internazionale sull'interpretazione degli accordi, e stabilisce che «Un trattato deve essere interpretato in buona fede seguendo il senso ordinario da attribuire ai termini del trattato nel loro contesto e alla luce del suo oggetto e del suo scopo».

tale che si intende realizzare e promuovere. Pertanto, l'espressione di «relating to» deve essere interpretata in modo tale da poter includere una più ampia gamma di discipline rispetto a quanto si potrebbe consentire con riferimento a misure che devono essere «necessarie» o «essenziali».

Così, è sufficiente che si dimostri l'esistenza di una «substantial relationship» con la finalità proclamata, in cui la misura da giustificare non possa essere considerata «as merely or inadvertently aimed at the conservation»⁴⁷ di una risorsa naturale esauribile. Una volta provato che vi sia «a close and genuine relationship of ends and means»⁴⁸ tra la misura da giustificare e la tutela delle risorse naturali esauribili, occorre anche mostrare che detta misura sia «made effective», ossia «applicata», «in conjunction with» dunque «unitamente», a restrizioni della produzione o del consumo nazionali, restrizioni nazionali che, assolutamente, non sono da intendersi come bisognose di essere identiche agli ostacoli posti ai prodotti stranieri oggetto della misura contestata⁴⁹.

Applicando i criteri appena evidenziati, l'Organo d'appello ha considerato come misure «relative alla conservazione delle risorse naturali esauribili (...) applicate unitamente a restrizioni della produzione o del consumo nazionali» le regole sui livelli di base della benzina della *Gasoline Rule*⁵⁰, la disciplina adottata dell'*Environmental Protection Agency* degli Stati Uniti per attuare il *Clean Air Act*⁵¹ e stabilizzare e prevenire l'ulteriore deterioramento del livello di inquinamento dell'aria⁵², come anche la Sezione 609 della *Public Law 101-162*⁵³, con la quale il Congresso statunitense ha imposto un bando all'importazione di gamberetti catturati con tecniche di pesca suscettibili di costituire un pregiudizio per le tartarughe marine⁵⁴.

5. Il concetto di «necessary» di cui alla lett. b. dell'art. XX GATT

Affinché una misura possa essere provvisoriamente giustificata in base alla lett. b. dell'art. XX, essa deve essere rivolta a proteggere la salute e la vita di persone, piante ed animali, e deve risultare necessaria a raggiungere tale obiettivo. Il *case-law* del sistema OMC ha costantemente affermato che una misura, per essere considerata come destinata a tutelare salute e vita, deve es-

⁴⁷ WT/DS2/AB/R, *cit. supra*, nota 22, p. 19.

⁴⁸ WT/DS58/AB/R, *cit. supra*, nota 22, par. 136.

⁴⁹ «There is, of course, no textual basis for requiring identical treatment of domestic and imported products». WT/DS2/AB/R, *loc. cit.*, p. 21.

⁵⁰ 40 CFR 80, 59-Fed. Reg. 7716 (16 February 1994).

⁵¹ 42 U.S.C. §7545(k).

⁵² WT/DS2/AB/R, *loc. cit.*, pp. 19-20.

⁵³ 16 United States Code (U.S.C.) §1537.

⁵⁴ WT/DS58/AB/R, *loc. cit.*, par. 138-142, 144, 187.

sere fondata sull'esistenza di un rischio⁵⁵ per persone, animali o piante, precisando che la valutazione dell'esistenza e dell'estensione di tale rischio va compiuta sulla base di tutti i mezzi di prova scientifici presentati dalle parti e dagli esperti appositamente interpellati dagli enti giudicanti, potendo, tale valutazione, apprezzare il rischio tanto in termini quantitativi che qualitativi⁵⁶. Tuttavia, non rientra nei compiti di panels e Organo d'appello dirimere dibattiti scientifici sull'esistenza inconfutabile di un rischio, con la conseguenza che i gruppi speciali ed il Tribunale permanente possono fondare le proprie conclusioni anche su fonti scientifiche rappresentative, al momento del giudizio, di un'opinione scientifica divergente rispetto a quella maggioritaria, ma pur sempre qualificata e rispettata⁵⁷. Detti enti, pertanto, devono operare un giudizio pragmatico della situazione scientifica e delle misure disponibili «as would the decision-makers responsible for the adoption of a health policy»⁵⁸.

Così, sono state qualificate come misure riconducibili all'eccezione generale di cui alla lett. *b.* dell'art. XX *i.* la *Gasoline Rule*, adottata dagli Stati Uniti per ridurre l'inquinamento dell'aria dovuto al consumo di benzina in quanto le emissioni dei veicoli sono in larga parte responsabili della presenza di elementi tossici nell'atmosfera, costituendo un rischio per la salute di persone, piante ed animali⁵⁹; *ii.* il Decreto francese del 1996 relativo al bando dell'amianto nel territorio del Paese transalpino⁶⁰, poiché espressione di una politica volta a proteggere la salute e la vita delle persone dal rischio rappre-

⁵⁵ WT/DS2/R, *cit. supra*, nota 28, par. 6.21; WT/DS135/R, *European Communities – Measures Affecting Asbestos and Asbestos Containing Products*, Report of the Panel, 18 September 2000, par. 8.170, 8.179-8.194; WT/DS332/AB/R, *Brazil – Measures Affecting Imports of Retreaded Tyres*, Report of the Appellate Body, 3 December 2007, par. 119.

⁵⁶ «[T]here is no requirement under Article XX(b) of the GATT 1994 to quantify, as such, the risk to human life or health (...) A risk may be evaluated either in quantitative or qualitative terms». WT/DS135/AB/R, *European Communities – Measures Affecting Asbestos and Asbestos Containing Products*, Report of the Appellate Body, 12 March 2001, par. 167.

⁵⁷ «In justifying a measure under Article XX(b) of the GATT 1994, a Member may also rely, in good faith, on scientific sources which, at that time, may represent a divergent, but qualified and respected, opinion. A Member is not obliged, in setting health policy, automatically to follow what, at a given time, may constitute a majority scientific opinion. Therefore, a panel need not, necessarily, reach a decision under Article XX(b) of the GATT 1994 on the basis of the "preponderant" weight of the evidence». WT/DS135/AB/R, *loc. cit.*, par. 178.

⁵⁸ WT/DS135/R, *loc. cit.*, par. 8.183, confermato in WT/DS135/AB/R, *loc. cit.*, par. 178-181.

⁵⁹ «The Panel noted the United States argument that air pollution, in particular ground-level ozone and toxic substances, presented health risks to humans, animals and plants. The United States argued that, since about one-half of such pollution was caused by vehicle emissions, and the Gasoline Rule reduced these, the Gasoline Rule was within the range of policy goals described in Article XX(b). Venezuela and Brazil did not disagree with this view. The Panel agreed with the parties that a policy to reduce air pollution resulting from the consumption of gasoline was a policy within the range of those concerning the protection of human, animal and plant life or health mentioned in Article XX(b)» (WT/DS2/R, *United States – Standards for Reformulated and Conventional Gasoline*, *cit. supra*, nota 28, par. 6.21).

⁶⁰ *Décret du Premier Ministre du gouvernement de la République française n° 96-1133 du 24 décembre 1996, relatif à l'interdiction de l'amiante, pris en application du code du travail et du code de la consommation*, in *Journal Officiel de la République française*, 26 décembre 1996.

sentato da una sostanza ufficialmente considerata cancerogena dall'Agenzia internazionale per la ricerca sul cancro sin dal 1977⁶¹; e, infine, *iii*. il bando brasiliano sui pneumatici ricostruiti, dato che esso è specificamente progettato per evitare la generazione di un ulteriore rischio alla salute e alla vita di persone, animali e piante, riducendone l'esposizione alle sostanze tossiche e alle malattie collegate all'accumularsi dei rifiuti di gomme⁶², una finalità che «constitutes an essential part of the protection of the environment»⁶³, la cui importanza è condivisa dai Panels come dall'Organo d'appello dell'OMC⁶⁴.

Ma, per completare la giustificazione provvisoria di una misura nazionale, occorre poi dimostrare che detta misura è «necessaria a» realizzare il livello di tutela di salute e vita soggettivamente prescelto dal Membro OMC.

Mutuandola dalle conclusioni sviluppate a proposito dell'art. XX, lett. *d*. GATT, come anche a proposito dell'art. XIV, lett. *a*. GATS, l'Organo d'appello ha scolpito una portata dinamica per la nozione di «necessario» di cui alla lett. *b*. della medesima disposizione, capace della flessibilità richiesta dalla funzione dell'eccezione in oggetto, vale a dire quella di coniugare la libertà del commercio internazionale con la tutela della salute e della vita di persone, piante ed animali⁶⁵. La raffinata giurisprudenza così costruita ha reso il concetto di «necessario a» un «fluid legal standard»⁶⁶, in quanto è stato dotato

⁶¹ L'*International Agency for Research on Cancer* (IARC) è un ente che fa capo all'Organizzazione mondiale della sanità (OMS). Cfr. WT/DS135/R, *European Communities – Measures Affecting Asbestos, and Asbestos-Containing Products*, Report of the Panel, 18 September 2000, par. 8.186, e 8.188. L'Organo d'appello (cfr. WT/DS135/AB/R, *European Communities – Measures Affecting Asbestos, and Asbestos-Containing Products*, Report of the Appellate Body, 12 March 2001, par. 163) ha confermato le conclusioni raggiunte dal Panel sulla riconducibilità del Decreto francese nelle finalità di cui alla lett. *b*. dell'art. XX GATT.

⁶² «We note that a number of policies aimed at reducing risks to human health or life have been found, in previous panel and Appellate Body reports, to fall within the range of policies designed to protect human, animal or plant life or health. We note in particular the finding of the Panel in *EC – Asbestos*, that "in principle, a policy that seeks to reduce exposure to a risk should fall within the range of policies designed to protect human life or health, insofar as a risk exists". Measures specifically designed to avoid the generation of further risk, thereby contributing to the reduction of exposure to the risk, fall, in our view, within that category (...) In our view, Brazil's declared policy of reducing exposure to the risks to human, animal or plant life or health arising from the accumulation of waste tyres falls within the range of policies covered by Article XX(b) (...) In the Panel's view, what is relevant at this stage of the analysis is the existence of a risk and whether the policy objective to reduce such a risk, as declared by the Member taking the measure, falls within the scope of policies to protect human, animal or plant life or health (...) Therefore, the Panel finds that Brazil's policy of reducing exposure to the risks to human, animal or plant life or health arising from the accumulation of waste tyres falls within the range of policies covered by Article XX(b)» (WT/DS332/R, *cit. supra*, nota 19, par. 7.98, 7.100, 7.101, 7.102).

⁶³ WT/DS332/R, *cit. supra*, nota 19, par. 7.112.

⁶⁴ «The Panel noted that the objective of the Import Ban also relates to the protection of the environment, a value that it considered -correctly, in our view- important» (WT/DS332/AB/R, *cit. supra*, nota 55, par. 179).

⁶⁵ Sul principio di necessità codificato all'art. XX GATT e interpretato nell'ambito del sistema di risoluzione delle controversie dell'OMC cfr., *inter alia*, E. RUOZZI, *I principi di necessità e di proporzionalità all'interno dell'art. XX GATT*, in *Il diritto dell'economia*, 2007, p. 139 ss.

⁶⁶ Così si esprime I. VAN DAMME, *Appellate Body Report, Brazil – Measures Affecting Imports of Retreaded Tyres*, Adopted on 17 December 2007, in *ICLQ*, 2008, p. 710 ss., a p. 713.

dell'opportuna duttilità a consentire, caso per caso, la definizione di una linea di equilibrio ottimale tra libero scambio e preservazione di salute e ambiente.

Per il Tribunale permanente, pertanto, la portata dell'aggettivo «necessario» di cui all'art. XX GATT non va limitata unicamente a ciò che è «indispensabile», «di assoluta necessità», o «inevitabile»⁶⁷. Al contrario, il termine «necessario» deve intendersi come riferito ad una gamma di necessità di ordine diverso. Ad una estremità di tale spazio semantico si trova «necessario» nel senso di «indispensabile»; all'altra estremità vi è «necessario» da considerarsi nel senso di «favorire», «dare un contributo a» («making a contribution to») ⁶⁸. Ciò in quanto, sostiene l'Organo d'appello, l'interprete di un trattato chiamato a valutare se una misura di un Membro OMC è «necessaria» ai sensi dell'art. XX deve poter tener conto, «in appropriate cases», dell'importanza relativa degli interessi e dei valori comuni perseguiti dalla disciplina nazionale che si vuole giustificare⁶⁹.

Più in particolare, laddove la misura da giustificare non risulti «indispensabile», per verificare se sia, comunque, da considerare «necessaria», si dovrà intraprendere, caso per caso, un processo valutativo nel quale vanno soppesati e bilanciati una serie di fattori⁷⁰: in primo luogo l'importanza degli interessi o valori protetti dalla misura da giustificare; quindi il contributo di detta misura alla realizzazione dell'obiettivo ad essa affidato; e, infine, l'impatto sugli scambi prodotto dalla disciplina oggetto di analisi⁷¹.

⁶⁷ «We believe that, as used in the context of Article XX(d), the reach of the word "necessary" is not limited to that which is "indispensable" or "of absolute necessity" or "inevitable"». WT/DS169/AB/R, *cit. supra*, nota 22, par. 161.

⁶⁸ «As used in Article XX(d), the term "necessary" refers, in our view, to a range of degrees of necessity. At one end of this continuum lies "necessary" understood as 'indispensable'; at the other end, is "necessary" taken to mean as "making a contribution to"», *ibid.*

⁶⁹ «It seems to us that a treaty interpreter assessing a measure claimed to be necessary to secure compliance of a WTO-consistent law or regulation may, in appropriate cases, take into account the relative importance of the common interests or values that the law or regulation to be enforced is intended to protect». WT/DS169/AB/R, *cit. supra*, nota 22, par. 162.

⁷⁰ «In sum, determination of whether a measure, which is not "indispensable", may nevertheless be 'necessary' within the contemplation of Article XX(d), involves in every case a process of weighing and balancing a series of factors which prominently *include* the contribution made by the compliance measure to the enforcement of the law or regulation at issue, the importance of the common interests or values protected by that law or regulation, and the accompanying impact of the law or regulation on imports or exports». WT/DS169/AB/R, *cit. supra*, nota 22, par. 164, il corsivo è nostro, e lo si utilizza per sottolineare come la scelta del verbo «include» renda la lista di fattori di seguito indicati dall'Organo d'appello una lista aperta e non tassativa.

⁷¹ «The process begins with an assessment of the "relative importance" of the interests or values furthered by the challenged measure (...) Having ascertained the importance of the particular interests at stake, a panel should then turn to the other factors that are to be "weighed and balanced". The Appellate Body has pointed to two factors that, in most cases, will be relevant to a panel's determination of the "necessity" of a measure, although not necessarily exhaustive of factors that might be considered (...) One factor is the contribution of the measure to the realization of the ends pursued by it; the other factor is the restrictive impact of the measure on international commerce» (WT/DS285/AB/R, *United States – Measures affecting the cross-border supply of gambling and betting services*, Report of the Appellate Body, 7 April 2005, par. 306); «in order to determine whether a measure is "necessary" within the meaning of Article XX(b) of the GATT

Così, nella controversia sull'*Amianto*, l'Organo d'appello ha sancito che l'obiettivo perseguito dal bando francese, dunque la preservazione della vita e della salute delle persone attraverso l'eliminazione, o, comunque, la riduzione, dei rischi dovuti all'amianto, è un valore «both vital and important in the highest degree»⁷². Nel caso *Brazil – Retreaded Tyres*, poi, riprendendo quanto già affermato dal Panel, e qualificando «valore» la tutela dell'ambiente⁷³, il Tribunale permanente ne ha riconosciuto la fondamentale importanza: «few interests are more "vital" and "important" than protecting human beings from health risks, and that *protecting the environment is no less important*»⁷⁴. Quindi, è stato precisato che più importanti o vitali sono tali valori e interessi comuni, più semplice sarà accettare come necessaria una misura concepita per preservarli e promuoverli⁷⁵, applicando concretamente, e con esito positivo, tale parametro al bando brasiliano sulle gomme ricostruite⁷⁶. Il compito dell'interprete risulta facilitato anche laddove la disciplina interna da giustificare apporti un notevole contributo alla realizzazione della finalità ad essa assegnata dal legislatore nazionale: «[t]he greater the contribution, the more easily a measure might be considered to be "necessary"»⁷⁷. Infine, per valutare l'esistenza della necessità, bisogna prendere in considerazione l'impatto restrittivo («trade restrictiveness») che la misura ambientale ha sul commercio internazionale: sotto tale profilo, il Tribunale permanente naturalmente sottolinea come una misura avente ripercussioni contenute sugli scambi sia suscettibile di essere più agevolmente qualificata come necessaria in base all'art. XX rispetto ad una normativa produttiva di effetti notevolmente pregiudizievoli alla libertà del commercio⁷⁸.

1994, a panel must consider the relevant factors, particularly the importance of the interests or values at stake, the extent of the contribution to the achievement of the measure's objective, and its trade restrictiveness» (WT/DS332/AB/R, *cit. supra*, nota 55, par. 178).

⁷² WT/DS135/AB/R, *European Communities – Measures Affecting Asbestos, and Asbestos-Containing Products*, Report of the Appellate Body, 12 March 2001, par. 172.

⁷³ «[T]he objective of protecting human life and health against such diseases "is both vital and important in the highest degree" (...) The Panel noted that the objective of the Import Ban also relates to the protection of the environment, a value that it considered – correctly, in our view – important». WT/DS332/AB/R, *loc. cit.*, par. 179 (corsivo aggiunto).

⁷⁴ WT/DS332/AB/R, *loc. cit.*, par. 144, che riprende WT/DS332/R, *cit. supra*, nota 19, par. 7.108 (corsivo aggiunto).

⁷⁵ «The more vital or important those common interests or values are, the easier it would be to accept as "necessary" a measure designed as an enforcement instrument». WT/DS169/AB/R, *cit. supra*, nota 22, par. 162.

⁷⁶ «[T]he Panel analyzed the trade restrictiveness of the Import Ban and its contribution to the achievement of its objective [protecting human life and health and the environment]. It appears from the Panel's reasoning that it considered that, in the light of the importance of the interests protected by the objective of the Import Ban, the contribution of the Import Ban to the achievement of its objective outweighs its trade restrictiveness. This finding of the Panel does not appear erroneous to us». WT/DS332/AB/R, *loc. cit.*, par. 179.

⁷⁷ WT/DS169/AB/R, *loc. cit.*, par. 163.

⁷⁸ «A measure with a relatively slight impact upon imported products might more easily be considered as "necessary" than a measure with intense or broader restrictive effects».

Valutando gli effetti prodotti dalla misura da giustificare viene in rilievo un ulteriore aspetto per la verifica della sua «necessarietà», ossia l'esistenza di misure alternative, capaci di realizzare il medesimo livello di tutela soggettivamente prescelto dal Membro OMC, ma che risultino meno impattanti sugli scambi⁷⁹. Occorrerà effettuare un paragone tra la misura contestata e le possibili misure alternative: e, ancora una volta, in tale fase, l'Organo d'appello torna a dare risalto alla considerazione che, nel giudizio, deve rivestire l'importanza dell'interesse o valore da perseguire: «the results of such comparison should be considered in the light of the importance of the interests at issue»⁸⁰.

È stato recentemente chiarito dal Tribunale permanente dell'OMC che l'onere di provare la possibilità di sostituire la misura che si vorrebbe giustificare con provvedimenti alternativi aventi effetti meno restrittivi sul commercio spetta alla parte attrice, e non alla parte convenuta, sulla quale, però, come già ricordato⁸¹, incombe l'onere della prova per tutti gli altri requisiti richiesti dall'art. XX GATT, in quanto soggetto invocante un'eccezione⁸².

Pertanto, il Membro OMC che ha adottato la misura ambientale non è tenuto ad identificare ogni singola misura alternativa che abbia effetti commerciali meno restrittivi per poi dimostrare che nessuna di tali misure è in grado di realizzare l'obiettivo e il livello di tutela prescelto dalla normativa oggetto di indagine: «[t]he WTO agreements do not contemplate such an impracticable and, indeed, often impossible burden»⁸³. Se l'ente giudicante ritiene che la parte convenuta abbia provato, *prima facie*, che la misura attaccata è necessaria, nel senso di risultare significativamente più vicina all'essere indispensabile per raggiungere la finalità ambientale, anziché rappresentare un semplice contributo alla sua realizzazione, detto ente potrà concludere che la disciplina interna sottoposta al suo vaglio può essere giustificata sulla base della lett. *b.* dell'art. XX⁸⁴.

Spetterà, allora, alla parte attrice identificare possibili alternative alla misura ambientale contestata che il Membro OMC convenuto avrebbe potuto in

WT/DS169/AB/R, *cit. supra*, nota 22, par. 163.

⁷⁹ «The (...) question (...) is whether there is an alternative measure that would achieve the same end and that is less restrictive of trade than a prohibition». WT/DS135/AB/R, *cit. supra*, nota 72, par. 172.

⁸⁰ WT/DS285/AB/R, *United States – Measures affecting the cross-border supply of gambling and betting services*, *cit. supra*, nota 71, par. 307; WT/DS332/AB/R, *cit. supra*, nota 55, par. 178.

⁸¹ *V. supra*, par. 2.

⁸² Su tale aspetto cfr. A. ALVAREZ-JIMENEZ, *The WTO Appellate Body's Decision Making Process: A Perfect Model for International Adjudication?*, *JIEL*, 2009, p. 289 ss., a p. 328.

⁸³ WT/DS285/AB/R, *loc. cit.*, par. 309.

⁸⁴ «If the panel concludes that the respondent has made a *prima facie* case that the challenged measure is "necessary" – that is, 'significantly closer to the pole of "indispensable" than to the opposite pole of simply "making a contribution to" – then a panel should find that challenged measure "necessary" within the terms of Article XIV(a) of the GATS». WT/DS285/AB/R, *cit. supra*, nota 71, par. 310.

suo luogo adottare⁸⁵. L'Organo d'appello ha, a tale proposito, precisato che una misura, per potere essere qualificata come alternativa, deve non solo essere meno restrittiva del commercio rispetto a quella adottata dalla parte convenuta, ma deve anche garantire il diritto di quest'ultima a raggiungere il livello di protezione prescelto con riferimento all'interesse o al valore perseguito⁸⁶. Inoltre, per essere considerata una proposta valida, la misura alternativa deve essere «reasonably available»⁸⁷, dunque nella ragionevole disponibilità della parte convenuta. Ciò significa che l'alternativa suggerita non deve essere di natura meramente teorica, ossia non rientrando nelle capacità di realizzazione del Membro OMC, imponendo a quest'ultimo un carico indebito, come un costo proibitivo o difficoltà tecniche sostanziali⁸⁸.

6. L'analisi del contributo alla realizzazione dell'obiettivo di ridurre i rischi alla salute e alla vita di persone, animali e piante nel caso *Brazil – Retreaded Tyres*

Il caso sul bando brasiliano dei pneumatici ricostruiti ha permesso all'Organo d'appello di apportare ulteriori articolazioni ad alcuni elementi da esso enunciati per stabilire se una data misura interna possa essere qualificata come necessaria per realizzare le finalità di cui alla lett. *b.* dell'art. XX GATT. In particolare, il Tribunale è intervenuto sul requisito del «contributo» che la misura da giustificare apporta alla finalità che detta misura proclama. Come si è già ricordato, nel caso *Brazil – Retreaded Tyres*, la finalità riconosciuta al bando brasiliano di importazione di gomme ritrattate era quella di ridurre, nella maggior misura possibile, l'esposizione ai rischi per la salute e la vita di uomini, animali e piante che derivano dalle sostanze tossiche e delle malattie trasmesse dagli insetti che proliferano nei rifiuti dei pneumatici non adeguatamente smaltiti, agendo sulla limitazione dell'accumulo dei rifiuti di gomme non più utilizzabili⁸⁹. A fronte della contestazione, da parte dell'Unione euro-

⁸⁵ «It rests upon the complaining Member to identify possible alternatives to the measure at issue that the responding Member could have taken». WT/DS332/AB/R, *cit. supra*, nota 55, par. 156.

⁸⁶ «We recall that, in order to qualify as an alternative, a measure proposed by the complaining Member must be not only less trade restrictive than the measure at issue, but should also "preserve for the responding Member its right to achieve its desired level of protection with respect to the objective pursued"». WT/DS332/AB/R, *loc. cit.*, par. 156.

⁸⁷ WT/DS285/AB/R, *loc. cit.*, par. 309; WT/DS332/AB/R, *cit.*, par. 156.

⁸⁸ «An alternative measure may be found not to be "reasonably available" (...) where it is merely theoretical in nature, for instance, where the responding Member is not capable of taking it, or where the measure imposes an undue burden on that Member, such as prohibitive costs or substantial technical difficulties». WT/DS285/AB/R, *loc. cit.*, par. 308; WT/DS332/AB/R, *cit. supra*, nota 55, par. 156.

⁸⁹ L'Organo d'appello, riprendendo le parole del Panel, conviene con quest'ultimo che «[the] Brazil's policy objective and chosen level of protection» sono quelli di ridurre «the exposure to the

pea, dell'assenza di considerazioni sul reale ed effettivo contributo che il bando brasiliano avrebbe apportato per ridurre il numero di pneumatici da smaltire in Brasile – il Panel, infatti, aveva compiuto considerazioni unicamente sul contributo potenziale che la misura contestata avrebbe potuto dare alla riduzione dell'accumulo di pneumatici⁹⁰ – l'Organo d'appello ha osservato, riprendendo la propria giurisprudenza del caso *Gasoline*⁹¹, che il contributo di un provvedimento alla finalità ambientale da esso proclamata può anche non essere «immediately observable», e suscettibile di essere valutato «only (...) with the benefit of time»⁹². Per sottolineare l'appropriatezza delle sue considerazioni sulla legittimità di considerare valido, ai fini della determinazione della necessità di una misura, anche il contributo solo «potenziale», dunque proiettato nel futuro, del bando brasiliano, il Tribunale d'appello ha scelto un esempio estremamente eloquente di misure ambientali, quello delle discipline adottate per attenuare il riscaldamento globale e il cambiamento climatico, nonché le azioni preventive per ridurre l'incidenza di malattie, le quali sono suscettibili di produrre risultati tangibili solo trascorso un certo periodo di tempo⁹³.

È più che evidente che riconoscendo espressamente la possibilità di considerare necessaria una misura che possa apportare anche solo un contributo potenziale all'obiettivo da essa proclamato, l'Organo d'appello ha notevolmente ampliato la gamma delle misure giustificabili in base alla lett. *b.* dell'art. XX, nonché, al tempo stesso, il suo potere discrezionale nel valutare dette misure alla luce della clausola sulle eccezioni generali. Inoltre, l'accenno alle misure per contrastare il riscaldamento globale e il cambiamento climatico – quali provvedimenti suscettibili, per un certo lasso di tempo, di non produrre contributi «concreti», ma, per l'appunto, solo «potenziali» – suona quasi come un desiderio di rassicurare tutti quegli attori che, nella Comunità internazionale, cercano di promuovere strumenti giuridici volti ad affrontare quelle grandi sfide ambientali, nel senso di suggerire loro che, laddove impattino sulla liberalizzazione degli scambi, detti strumenti, se adeguatamente congegnati, possono superare il vaglio delle regole OMC.

risks to human, animal or plant life or health arising from the accumulation of waste tyres (...) to the maximum extent possible» (WT/DS332/AB/R, *cit. supra*, nota 55, par. 144).

⁹⁰ WT/DS332/AB/R, *loc. cit.*, par. 137.

⁹¹ «[I]n the field of conservation of exhaustible natural resources, a substantial period of time, perhaps years, may have to elapse before the effects attributable to implementation of a given measure may be observable». WT/DS2/AB/R, *cit. supra*, nota 22, p. 21.

⁹² WT/DS332/AB/R, *loc. cit.*, par. 151.

⁹³ «[T]he results obtained from certain actions – for instance, measures adopted in order to attenuate global warming and climate change, or certain preventive actions to reduce the incidence of diseases that may manifest themselves only after a certain period of time – can only be evaluated with the benefit of time», *ibid.*

Sempre nelle considerazioni sul contributo di una misura ambientale alla finalità da essa proclamata, l'Organo d'appello osserva anche che per i provvedimenti con effetti commerciali così severi come i divieti di importazione risulterebbe davvero difficile considerarli necessari se non si dimostrasse che essi sono adatti ad apportare un contributo «materiale» («material contribution», nelle versioni francese e spagnola «contribution importante», e «contribución importante») alla realizzazione del suo obiettivo⁹⁴.

L'introduzione di un requisito che potrebbe apparire severo e volto a contenere gli spazi di discrezionalità – delle autorità nazionali, come anche degli enti giudicanti dell'OMC – nella valutazione della necessità delle misure ambientali è, però, subito riequilibrata dalle considerazioni immediatamente successive dell'Organo d'appello, svolte proprio per stabilire se il divieto brasiliano sia una misura adatta a produrre un contributo «materiale», dunque che non sia marginale o insignificante, con riferimento alla preservazione dell'ambiente⁹⁵. Il Tribunale permanente, infatti, sottolinea che il divieto brasiliano di importazione di pneumatici ricostruiti deve essere apprezzato nel più ampio contesto della strategia complessiva concepita ed attuata dal Brasile per affrontare lo smaltimento delle gomme usate, che include un bando sulle gomme usate, obblighi per i rivenditori brasiliani di pneumatici nuovi di garantire lo smaltimento sicuro di un certo numero di pneumatici vecchi; e incentivi per gli imprenditori locali che lavorano pneumatici ricostruiti utilizzando gomme usate brasiliane. Se valutato nell'ambito della strategia complessiva del Brasile per combattere l'accumulo di gomme usate, il divieto di importazione di pneumatici ricostruiti appare, allora, come «one of the key elements (...) designed by Brazil to deal with waste tyres»⁹⁶; e, per tale sua caratteristica, conclude l'Organo d'appello, contribuisce al raggiungimento della sua finalità ambientale.

7. Le misure alternative ragionevolmente disponibili nel caso *Brazil – Retreaded Tyres*

Nuove precisazioni sono state apportate, sempre nel caso dei *Pneumatici ricostruiti*, a proposito della nozione di «misure alternative ragionevolmente disponibili» («reasonably available alternative measures») aventi minori effetti restrittivi sul commercio. Come già riportato, nel precedente *case-law* l'Organo

⁹⁴ WT/DS332/AB/R, *cit. supra*, nota 55, par. 151.

⁹⁵ «[W]hen a measure produces restrictive effects on international trade as severe as those resulting from an import ban, it appears to us that it would be difficult for a panel to find that measure necessary unless it is satisfied that the measure is apt to make a material contribution to the achievement of its objective. Thus, we disagree with Brazil's suggestion that, because it aims to reduce risk exposure to the maximum extent possible, an import ban that brings a marginal or insignificant contribution can nevertheless be considered necessary». WT/DS332/AB/R, *loc. cit.*, par. 332.

⁹⁶ WT/DS332/AB/R, *loc. cit.*, par. 154.

d'appello aveva affermato che, laddove la parte attrice riesca a dimostrare che esiste una misura alternativa, meno impattante sugli scambi ma in grado di realizzare il medesimo livello di tutela della misura ambientale contestata, e che sia ragionevolmente disponibile, il provvedimento interno attaccato non può considerarsi necessario, dunque non è suscettibile di essere giustificato in base all'art. XX GATT. Nella controversia *Brazil – Retreaded Tyres*, l'Unione europea aveva proposto, quali discipline alternative, alcune misure correttive («remedial measures») anziché di natura preventiva, come, invece, è il bando brasiliano di importazione⁹⁷. Confermando il giudizio del Panel sul punto, l'Organo d'appello ha osservato che le misure proposte dalla parte attrice non risultavano alternative, ma complementari, rispetto al bando brasiliano⁹⁸. Infatti, da un lato, le misure proposte erano già previste nella strategia complessiva messa in campo dal Brasile per arginare i danni all'ambiente causati da massicci accumuli e roghi non autorizzati dei pneumatici non più utilizzabili (i dispositivi di raccolta e smaltimento collegati all'attività dei rivenditori di gomme nuove, gli incentivi per gli imprenditori locali a riutilizzare pneumatici brasiliani); dall'altro, i procedimenti suggeriti – che includevano l'interramento di rifiuti, lo stoccaggio, l'incenerimento delle gomme in fornaci di cemento, nonché il riciclo del materiale utilizzandolo, ad esempio, per il manto stradale – non garantivano il raggiungimento dello stesso risultato del bando quanto alla riduzione del rischio per salute ed ambiente, e, inoltre, non risultavano adeguatamente disponibili per il Brasile a causa dell'alta tecnologia e dei notevoli costi richiesti dal loro approntamento e funzionamento⁹⁹.

Le considerazioni svolte dall'Organo d'appello creano, ancora una volta, spazio alla discrezionalità dei Membri OMC nell'adozione di misure ambientali. In particolare, si deve anche rilevare l'attenzione mostrata dall'ente giudicante allo *status* di Paese in via di sviluppo del Brasile, che ha condotto il Tribunale permanente ad escludere come alternative disponibili le misure di trattamento dei rifiuti e di riciclo dei pneumatici proposte dall'Unione europea in quanto non si presentavano alla portata della parte convenuta, per via del *know-how*, molto avanzato, e dei costi proibitivi richiesti¹⁰⁰.

⁹⁷ WT/DS332/AB/R, *cit. supra*, nota 55, par. 157 ss.

⁹⁸ WT/DS332/AB/R, *loc. cit.*, par. 170-175.

⁹⁹ *Ibidem*.

¹⁰⁰ Per tali considerazioni cfr. I. VAN DAMME, *Eight Annual WTO Conference*, in *JIEL*, 2009, p. 175 ss., alle pp. 180-182. V. anche *The WTO Appellate Body's Activities in 2007*, in *JIEL*, 2007, p. 193 ss., alle pp. 207-209.

8. La clausola introduttiva dell'art. XX GATT

Superato il primo vaglio della riconducibilità della misura contestata ad una delle eccezioni elencate nelle varie lettere dell'art. XX, la disciplina interna si considera «provvisoriamente giustificata». Come già indicato, il passaggio successivo con il quale ci si deve confrontare è quello della verifica del rispetto, da parte della misura nazionale attaccata, della clausola introduttiva dell'art. XX GATT, clausola introduttiva che viene anche indicata con il termine «chapeau». Lo *chapeau* riflette il principio generale di buona fede nell'applicazione del diritto internazionale, ed è volto ad assicurare che i Membri OMC ricorrano alla clausola sulle eccezioni generali «in good faith to protect interests considered legitimate under Article XX, not as a means to circumvent [their] obligations towards other WTO Members»¹⁰¹. La clausola introduttiva, infatti, richiede che le misure contestate non siano applicate in modo da costituire un mezzo di discriminazione arbitraria o ingiustificata tra Paesi ove sussistono le medesime condizioni, o una restrizione dissimulata del commercio internazionale. Essa è, dunque, volta a bilanciare il diritto di un Membro OMC ad invocare le eccezioni di cui all'art. XX per la tutela dei valori ed interessi in esso contemplati, e il diritto degli altri Membri del sistema multilaterale al rispetto degli obblighi di liberalizzazione degli scambi.

È chiaro che l'abuso dell'art. XX GATT va ad erodere i diritti di chi ha negoziato per ottenere l'apertura dei mercati terzi, e, al tempo stesso, una sua applicazione eccessivamente restrittiva renderebbe puramente illusorio il diritto ad avvalersi delle eccezioni in esso previste. Pertanto, il compito di interpretare ed applicare lo *chapeau* consiste essenzialmente nella delicata operazione di localizzare e fissare «a line of equilibrium between the right of a Member to invoke an exception under Article XX and the rights of the other Members under varying substantive provisions (...) of the GATT»¹⁰², in modo tale da evitare che il diritto ad avvalersi delle eccezioni e quello alla liberalizzazione degli scambi si annullino a vicenda, andando a compromettere il bilanciamento di diritti ed obblighi definito dai Membri OMC nella redazione degli impegni multilaterali. E, respingendo ancora una volta una lettura statica delle regole OMC, l'Organo d'appello precisa che la localizzazione della linea di equilibrio espressa dallo *chapeau* «is not fixed and unchanging», poiché «the line moves as the kind and the shape of the measures at stake vary and as the facts making up specific cases differ»¹⁰³.

¹⁰¹ V. WT/DS2/AB/R, *cit. supra*, nota 22, p. 22; WT/DS58/AB/R, *cit. supra*, nota 22, par. 158; WT/DS285/AB/R, *cit. supra*, nota 71, par. 339; WT/DS332/AB/R, *cit. supra*, nota 55, par. 215 e 224.

¹⁰² WT/DS58/AB/R, *loc. cit.*, par. 159.

¹⁰³ WT/DS58/AB/R, *loc. cit.*, par. 159.

Per applicare correttamente la clausola introduttiva dell'art. XX GATT, dunque per individuare e fissare efficacemente la linea di equilibrio tra diritti ed interessi contrapposti, che è la funzione assegnata dall'Accordo GATT alla disposizione in oggetto, l'Organo d'appello sottolinea con determinazione il contesto in cui detta disposizione si trova, richiamando ancora una volta il Preambolo dell'Accordo OMC – dunque l'obiettivo dello sviluppo sostenibile e l'impegno all'uso ottimale delle risorse mondiali e alla protezione e preservazione dell'ambiente – nonché gli ulteriori sviluppi, successivi al negoziato di tale Preambolo, che si sono avuti nel sistema di Marrakech con riferimento al rapporto tra commercio e ambiente¹⁰⁴. Il Tribunale permanente ricorda, così, la decisione con la quale, a Marrakech, i ministri riuniti per firmare l'Atto finale dell'Uruguay Round hanno istituito il Comitato permanente su Commercio e ambiente (*Committee on Trade and Environment*, CTE)¹⁰⁵. In tale decisione si afferma che non vi dovrebbe essere alcuna contraddizione politica tra il sostegno ad un sistema multilaterale del commercio che sia equo, aperto e non discriminatorio, e le azioni per la protezione dell'ambiente e la promozione dello sviluppo sostenibile¹⁰⁶, e si richiamano importanti documenti internazionali, quali la Dichiarazione di Rio su ambiente e sviluppo¹⁰⁷ e l'Agenda 21¹⁰⁸, nei quali abbondano i riferimenti che abbinano lo sviluppo economico alla tutela ambientale e alla sostenibilità¹⁰⁹.

È evidente che l'enfasi posta sul Preambolo OMC e sugli altri atti del sistema multilaterale che rimarcano l'importanza del principio dello sviluppo sostenibile nella determinazione delle relazioni economiche ha l'obiettivo di indicare che l'art. XX GATT non può assolutamente essere sottoposto ad una lettura restrittiva, a discapito di chi invoca una delle eccezioni in esso contenute. Al contrario, la sua applicazione deve essere sempre orientata all'accoglimento di soluzioni di sostenibilità nel temperare la liberalizzazione degli scambi con interessi e valori non commerciali. E tali valori non commerciali, in particolare, non sono da confinarsi esclusivamente a quelli ambientali, ma includono anche la promozione e la tutela del diritto della persona ad un adeguato livello di vita, secondo la ormai molto diffusa accezione «tridi-

¹⁰⁴ WT/DS58/AB/R, *cit. supra*, nota 22, par. 152-154.

¹⁰⁵ 1994 Marrakesh Ministerial Decision on Trade and Environment, in http://www.wto.org/english/docs_e/legal_e/56-dtENV.pdf.

¹⁰⁶ «(...) Considering that there should not be, nor need be, any policy contradiction between upholding and safeguarding an open, non-discriminatory and equitable multilateral trading system on the one hand, and acting for the protection of the environment, and the promotion of sustainable development on the other (...)». Preambolo della Decisione adottata a Marrakech su commercio e ambiente.

¹⁰⁷ *Rio Declaration on Environment and Development*, 3-14 June 1992, reperibile sul sito internet dell'UNEP, in <http://www.unep.org>.

¹⁰⁸ *Ibidem*.

¹⁰⁹ V. WT/DS58/AB/R, *loc. cit.*, par. 154.

mensionale» del principio dello sviluppo sostenibile, riconosciuta dallo stesso Organo d'appello quando definisce la sostenibilità come l'integrazione dello sviluppo economico e sociale con la protezione dell'ambiente¹¹⁰.

9. Il principio di cooperazione e il dovere di negoziare in buona fede nell'interpretazione dello *chapeau* dell'art. XX GATT

L'Organo d'appello, nell'esaminare la possibilità di giustificare misure ambientali alla luce dello *chapeau* dell'art. XX, ha posto un notevole accento sulle lacune, relative alla cooperazione e all'obbligo di cercare una via negoziale, mostrate dalle parti convenute nella condotta assunta con le parti attrici. Così, nel caso *Gasoline*, fu considerata «ingiustificata» la discriminazione imposta ai raffinatori stranieri di benzina poiché gli Stati Uniti non avevano tenuto in alcuna considerazione i costi che gli operatori economici venezuelani e brasiliani avrebbero dovuto affrontare per rispettare la esigente «statutory baseline» imposta dall'Agenzia statunitense per l'ambiente. In particolare, il Paese nordamericano non aveva mai tentato di sopperire – attraverso appositi accordi di cooperazione amministrativa tra le autorità USA e quelle di Brasile e Venezuela – alle difficoltà di reperire e verificare, presso i Paesi terzi e gli imprenditori ivi residenti, i dati necessari a consentire l'utilizzo della «individual baseline» anche ai raffinatori stranieri¹¹¹. Gli Stati Uniti, osservava

¹¹⁰ «[The concept of sustainable development] has been generally accepted as integrating economic and social development and environmental protection» (WT/DS58/AB/R, *cit. supra*, nota 22, alla nota 107). Per un'altra efficace definizione della tridimensionalità dello sviluppo sostenibile si veda la felice formula di cui al par. 6 della Dichiarazione di Copenhagen sullo sviluppo sociale, adottata dal Summit mondiale per lo sviluppo sociale (*Copenhagen Declaration on Social Development*, Copenhagen, 6-12 March 1995): «[w]e are deeply convinced that economic development, social development and environmental protection are interdependent and mutually reinforcing components of sustainable development, which is the framework for our efforts to achieve a higher quality of life for all people», in <http://actrav.itcilo.org/actrav-english/telearn/global/ilo/law/wssd.htm>; e, da ultimo, si consideri quanto affermato dalla *International Law Association* (ILA) nella Dichiarazione di New Dehli sui principi relativi allo sviluppo sostenibile, ove detta associazione esprime «the view that the objective of sustainable development involves a comprehensive and integrated approach to economic, social and political processes, which aims at the sustainable use of natural resources of the Earth and the protection of the environment on which nature and human life as well as social and economic development depend and which seeks to realize the right of all human beings to an adequate living standard on the basis of their active, free and meaningful participation in development and in the fair distribution of benefits resulting therefrom, with due regard to the needs and interests of future generations» (*ILA New Dehli Declaration of Principles of International Law Relating to Sustainable Development*, 2 April 2001, in *International Environmental Agreements: Politics, Law and Economics*, 2002, pp. 211-216, a p. 212). Sul principio dello sviluppo sostenibile cfr. in dottrina, *inter alia*, N. SCHRIJVER, *The Evolution of Sustainable Development in International Law: Inception, Meaning and Status*, RCADI, 2007, vol. 329, p. 219 ss.

¹¹¹ «We have (...) located two omissions on the part of the United States: to explore adequately means, including in particular cooperation with the governments of Venezuela and Brazil, of mitigating the administrative problems relied on as justification by the United States for rejecting individual baselines for foreign refiners; and to count the costs for foreign refiners that would result from the imposition of statutory baselines». WT/DS2/AB/R, *cit. supra*, nota 22, p. 29.

l'Organo d'appello, erano ovviamente a conoscenza delle tecniche di cooperazione per la verifica e il controllo di dati e *standard* dei prodotti tra Paese importatore e Paese esportatore, anche perché vi fanno tradizionalmente ricorso, tra l'altro, nei settori delle legislazioni sull'*antidumping*, sulla concorrenza e la tassazione¹¹². Tuttavia, con riferimento ai problemi di raccolta dei dati sulla benzina e sui raffinatori delle due parti attrici latino-americane, quanto dichiarato nell'ambito del contenzioso multilaterale dagli Stati Uniti faceva sorgere «a strong implication (...) that the United States had not pursued the possibility of entering into cooperative arrangements with the governments of Venezuela and Brazil or, if it had, not to the point where it encountered governments that were unwilling to cooperate»¹¹³. Pertanto, concludeva il Tribunale permanente, la discriminazione che ne risultava, lungi dall'essere involontaria, certo non poteva essere qualificata come inevitabile¹¹⁴.

L'importanza della cooperazione internazionale per contemperare le necessità ambientali con la liberalizzazione degli scambi è stata nuovamente discussa nel caso *Gamberetti*. In tale disputa, l'Organo d'appello ha considerato ingiustificatamente discriminatoria la disciplina statunitense sul divieto di importazione di gamberetti pescati senza adeguate tecniche di preservazione per le tartarughe marine poiché, nei confronti dei quattro Paesi attori, gli Stati Uniti non si erano previamente impegnati «in serious, across-the-board negotiations with the objective of concluding bilateral or multilateral agreements for the protection and conservation of sea turtles, before enforcing the import prohibition against the shrimp exports of [India, Malaysia, Pakistan and Thailand]»¹¹⁵. Infatti, mentre con i Paesi dell'America centrale e meridionale, anch'essi aventi una significativa attività di pesca di gamberetti, gli Stati Uniti avevano concluso, nel 1996, la Convenzione interamericana sulla protezione e la conservazione delle tartarughe marine¹¹⁶, nessun tentativo di avviare alcun negoziato era stato fatto nei confronti dei quattro Paesi asiatici. Questi ultimi, pertanto, si trovavano a dover applicare gli stessi rigidi *standard* dei pescherecci statunitensi, senza, peraltro, che fosse predisposta alcuna occasione per interagire con le autorità amministrative USA sulla possibilità di utilizzare metodi alternativi rispetto all'applicazione dei TEDs – «turtle ex-

¹¹² WT/DS2/AB/R, *cit. supra*, nota 22, pp. 27-28.

¹¹³ *Ivi*, p. 28.

¹¹⁴ «The resulting discrimination must have been foreseen, and was not merely inadvertent or unavoidable». WT/DS2/AB/R, *loc. cit.*, p. 29.

¹¹⁵ WT/DS58/AB/R, *cit. supra*, nota 22, par. 166.

¹¹⁶ *Inter-American Convention for the Protection and Conservation of Sea Turtles (IAC)*, Caracas, 1 December 1996, testo reperibile sul sito internet della Convenzione all'indirizzo <http://www.iacseaturtle.org/>.

cluder devices», i meccanismi di esclusione delle tartarughe – al fine di preservare quegli animali marini nelle operazioni di pesca dei gamberetti¹¹⁷.

Nel dichiarare la normativa statunitense incompatibile con i requisiti dello *chapeau* dell'art. XX GATT, l'Organo d'appello ha sottolineato con enfasi l'importanza di un'azione concertata bilaterale o multilaterale nella preservazione delle risorse naturali esauribili, in particolare quando si tratti di specie altamente migratorie come, per l'appunto, le tartarughe marine. A riprova del convergente riconoscimento, nella Comunità internazionale, della rilevanza della cooperazione per affrontare adeguatamente i temi ambientali, il Tribunale permanente compie una disamina degli atti più significativi che richiamano il principio di cooperazione. Così, vengono ricordate la Dichiarazione di Rio e l'Agenda 21, laddove affermano che «[e]nvironmental measures addressing transboundary or global environmental problems should, as far as possible, be based on international consensus»¹¹⁸; la Convenzione sulla diversità biologica, nella parte in cui codifica il dovere degli Stati contraenti di cooperare con riferimento alle aree al di fuori della giurisdizione nazionale e nelle materia di mutuo interesse per la conservazione della biodiversità e l'utilizzo sostenibile delle risorse biologiche¹¹⁹; la Convenzione sulla conservazione delle specie migratorie degli animali selvatici¹²⁰, che, parimenti, sottolinea la necessità dell'azione concertata per tutelare dette specie. Per concludere le sue argomentazioni giuridiche sul punto, l'Organo d'appello molto opportunamente fa leva sul Rapporto posto in essere dagli stessi Membri OMC in seno al Comitato sul commercio e l'ambiente in occasione della Conferenza ministeriale di Singapore¹²¹, poiché detto Rapporto, in perfetta sintonia con quanto espresso nei principali strumenti internazionali, considera le «multilateral solutions based on international cooperation and consensus as the best and most effective way for governments to tackle environmental problems of a transboundary or global nature», e accomuna gli Accordi OMC e gli accordi ambientali multilaterali nel perseguimento di obiettivi condivisi, auspicando lo sviluppo di un rapporto di reciproco supporto, nell'ambito del quale «due respect must be afforded to both»¹²².

¹¹⁷ WT/DS58/AB/R, *cit. supra*, nota 22, par. 177-184.

¹¹⁸ Principio 12 della Dichiarazione di Rio, *cit. supra*, nota 107, e par. 2.22, lett. j. dell'Agenda 21, *cit. supra*, nota 40.

¹¹⁹ «[E]ach contracting party shall, as far as possible and as appropriate, cooperate with other contracting parties directly or, where appropriate, through competent international organizations, in respect of areas beyond national jurisdiction and on other matters of mutual interest, for the conservation and sustainable use of biological diversity». Art. 5 della Convenzione sulla diversità biologica, *cit. supra*, nota 39.

¹²⁰ *Convention on the Conservation of Migratory Species of Wild Animals*, Bonn, 23 June 1979, in *ILM*, 1980, p. 15.

¹²¹ V. WT/DS58/AB/R, *cit. supra*, nota 22, par. 168.

¹²² WT/CTE/1, *Report of the Committee on Trade and Environment*, 12 November 1996, par. 171.

Il dovere di negoziare in buona fede prima di adottare una misura unilaterale precisato dall'Organo d'appello, però, non può trasformarsi nell'obbligo di concludere un accordo. Questo aspetto è stato ben puntualizzato nel contenzioso innescato dalla Malesia contro gli Stati Uniti nella fase esecutiva del caso *Gamberetti*. Gli USA, infatti, avevano modificato la normativa di attuazione della *Section 609* in modo tale da rispettare le carenze denunciate dall'Organo d'appello¹²³: tra l'altro, avevano avviato – e finanziato – ben progettate iniziative di concertazione con tutti i Paesi asiatici nell'intento di pervenire ad un accordo internazionale per la preservazione delle tartarughe marine nell'Oceano indiano e nell'Asia sud-orientale. Mentre tutte le altre parti originarie della disputa avevano stipulato un *Memorandum* d'intesa con gli Stati Uniti, impegnandosi a tutelare le tartarughe durante le operazioni di cattura dei gamberetti dei loro pescherecci¹²⁴, la Malesia si arroccava su posizioni intransigenti. Così, quel Paese asiatico attaccava il rinnovato bando statunitense, che le autorità USA avevano dovuto applicare contro la Malesia nell'impossibilità di concordare con quest'ultima modalità di preservazione della biodiversità, lamentando, tra l'altro, che gli Stati Uniti erano venuti meno al loro dovere di perseguire la cooperazione internazionale per la preservazione di una risorsa naturale.

Infatti, l'obbligo di condurre previi negoziati in buona fede era considerato dalla Malesia come inclusivo del dovere di concludere un accordo internazionale. Tale impostazione è stata nettamente censurata dall'Organo d'appello nel *report* emanato nell'ambito dei *compliance proceedings* di cui all'art. 21, par. 5, del DSU¹²⁵. Il Collegio di secondo grado ha concluso che, per evitare di qualificare l'applicazione del nuovo bando statunitense come una discriminazione arbitraria e ingiustificata, dunque incompatibile con lo *chapeau* dell'art. XX GATT, occorre che il Membro OMC costretto ad avvalersi della misura unilaterale dimostri di aver compiuto «serious, good faith efforts (...) to negotiate an international agreement»¹²⁶ sul punto. Richiedere anche che venga concluso un accordo significherebbe porre in capo ad ogni Stato coin-

¹²³ *Revised Guidelines for the Implementation of Section 609 of Public Law 101-162 Relating to the Protection of Sea Turtles in Shrimp Trawl Fishing Operations*, in United States Department of State, *Federal Register*, Vol. 64, No. 130, 8 July 1999, Public Notice 3086, pp. 36946-36952.

¹²⁴ *Memorandum of Understanding on the Conservation and Management of Marine Turtles and their Habitats of the Indian Ocean and South-East Asia*, Kuantan, 14 July 2000, testo reperibile nel sito internet ufficiale dell'*Indian Ocean – South-East Asia Turtle Memorandum of Understanding*, in <http://www.ioseaturtles.org/index.php>.

¹²⁵ Ai sensi del quale «[w]here there is disagreement as to the existence or consistency with a covered agreement of measures taken to comply with the recommendations and rulings such dispute shall be decided through recourse to these dispute settlement procedures, including wherever possible resort to the original panel».

¹²⁶ WT/DS58/AB/RW, *United States – Import Prohibition of Certain Shrimp and Shrimp Products, Recourse to Article 21.5 of the DSU by Malaysia*, Report of the Appellate Body, 22 October 2001, par. 134.

volto nei negoziati un potere di veto sulla possibilità per il Membro OMC di rispettare i suoi obblighi di Marrakech¹²⁷: «such a requirement would not be reasonable»¹²⁸, conclude l'Organo d'appello, osservando anche che gli stessi strumenti internazionali sulla concertazione per le questioni ambientali di carattere transnazionale e globale ammettono comunque che l'obiettivo del *consensus* multilaterale, pur preferito, non può che essere perseguito «as far as possible»¹²⁹.

Così, nel *follow-up* del caso *Gamberetti*, si ha la prima giustificazione di una misura ambientale sulla base dell'art. XX GATT nella storia del sistema multilaterale degli scambi, una giustificazione, peraltro, che non manca di valorizzare ulteriormente il principio della cooperazione internazionale. Infatti, l'Organo d'appello ha poggiato la giustificazione del bando statunitense su due elementi. Da un lato, il Tribunale permanente ha osservato che il divieto di importazione degli Stati Uniti, perfezionato dopo il *report* del 1998, non presentava più gli aspetti di rigidità, discriminazione e assenza di contraddittorio che ne avevano decretato la non rispondenza ai requisiti richiesti dallo *chapeau* della clausola sulle eccezioni generali. Ora il bando statunitense è rimodulato secondo una tecnica di flessibilità, richiedendo al Paese terzo di raggiungere la medesima efficacia delle politiche e misure osservate dai pescherecci USA per tutelare le tartarughe, e non più l'adozione integrale degli *standard* tecnici nordamericani, permettendo agli Stati asiatici di definire le tecniche di pesca più congeniali alle situazioni locali¹³⁰. Dall'altro lato, l'Organo d'appello ha sottolineato il fondamentale requisito che l'applicazione della rinnovata misura unilaterale americana è accompagnata da «serious, good faith efforts to reach a multilateral agreement»¹³¹. Pertanto, conclude il Tribunale permanente, il bando statunitense sull'importazione dei gamberetti

¹²⁷ WT/DS58/AB/RW, *cit. supra*, nota 126, par. 123.

¹²⁸ *Ibidem*.

¹²⁹ Principio 12 della Dichiarazione di Rio, *cit. supra*, nota 107. V. anche WT/DS58/AB/RW, *cit. supra*, nota 126, par. 124: «[a]s we stated in *United States – Shrimp*, "the protection and conservation of highly migratory species of sea turtles (...) demands concerted and cooperative efforts on the part of the many countries whose waters are traversed in the course of recurrent sea turtle migrations" (...) Further, the "need for, and the appropriateness of, such efforts have been recognized in the WTO itself as well as in a significant number of other international instruments and declarations" (...) For example, Principle 12 of the Rio Declaration on Environment and Development states, in part, that "[e]nvironmental measures addressing transboundary or global environmental problems should, as far as possible, be based on international consensus" (...) Clearly, and "as far as possible", a multilateral approach is strongly preferred. Yet it is one thing to *prefer* a multilateral approach in the application of a measure that is provisionally justified under one of the subparagraphs of Article XX of the GATT 1994; it is another to require the *conclusion* of a multilateral agreement as a condition of avoiding "arbitrary or unjustifiable discrimination" under the *chapeau* of Article XX. We see, in this case, no such requirement».

¹³⁰ Cfr. L. DE LA FAYETTE, *United States – Import Prohibition of Certain Shrimp and Shrimp Products – Recourse to Article 21.5 of the DSU by Malaysia*, WT/DS58/AB/RW, *World Trade Organization Appellate Body*, October 22, 2001, in *AJIL*, 2002, p. 685 ss.

¹³¹ WT/DS58/AB/RW, *loc. cit.*, par. 152.

va considerato giustificato solo «*as long as [inter alia] the ongoing serious, good faith efforts to reach a multilateral agreement, remain satisfied*»¹³².

In conclusione, l'obbligo di negoziare e ricercare in buona fede una soluzione concertata è sempre presente: ma l'azione a tutela della biodiversità di un Membro OMC non può essere impedita da uno Stato ingiustificatamente indisponibile a cooperare per preservare quella che viene qualificata come una risorsa naturale esauribile.

10. L'applicazione dello *chapeau* dell'art. XX alla «MERCOSUR exemption» e il rapporto tra Tribunali internazionali

Nell'interpretazione dello *chapeau* dell'art. XX GATT, l'Organo d'appello ha anche toccato la questione dei rapporti tra decisioni dei tribunali internazionali. Infatti, come si è visto, il divieto brasiliano di importazione di pneumatici ricostruiti prevedeva un'eccezione a favore delle gomme originarie dei Paesi del MERCOSUR, eccezione che lo Stato latino-americano aveva posto in essere a seguito del lodo adottato dal Collegio arbitrale istituito nell'ambito dell'Accordo di integrazione regionale del Mercato comune del Sud. Il Panel, dopo aver anch'esso provvisoriamente giustificato la disciplina brasiliana, considerandola necessaria alla tutela della salute e della vita di persone, piante ed animali¹³³, aveva poi concluso che la «MERCOSUR exemption» non implicava un'applicazione discriminatoria del bando brasiliano suscettibile di essere considerata arbitraria o ingiustificata¹³⁴, né una restrizione dissimulata per il commercio internazionale¹³⁵. Il Panel riteneva che l'esenzione per le gomme originarie del MERCOSUR non era «motivated by capricious or unpredictable reasons»¹³⁶ in ragione del fatto che «it was adopted further to a ruling within the framework of MERCOSUR, which has binding legal effects for Brazil, as a party to MERCOSUR»¹³⁷, e sosteneva che la sua appli-

¹³² *Ibidem*, (corsivo aggiunto).

¹³³ WT/DS332/R, *Brazil – Measures Affecting Imports of Retreaded Tyres*, *cit. supra*, nota 19, par. 7.42 - 7.216.

¹³⁴ «The Panel finds (...) that, as of the time of the Panel's ruling, the operation of the MERCOSUR exemption has not resulted in the measure being applied in a manner that would constitute arbitrary or unjustifiable discrimination» (WT/DS332/R, *cit. supra*, nota 19, par. 7.289).

¹³⁵ «[T]he Panel finds that (...) the MERCOSUR exemption, although it also has the potential to (...) undermine the achievement of the stated objective of the measure, has not been shown to date to result in the measure at issue being applied in a manner that would constitute such a disguised restriction on international trade» (WT/DS332/R, *cit. supra*, nota 19, par. 7.355).

¹³⁶ WT/DS332/R, *loc. cit.*, par. 7.272.

¹³⁷ *Ibidem*. Si veda anche quanto ribadito dal Panel in due successivi paragrafi del suo *report*: «[the implementation of the MERCOSUR exemption] does not appear to us to be a capricious or unpredictable action, in light of Brazil's obligation to comply with the MERCOSUR ruling. In light of the above, the discrimination resulting from the MERCOSUR exemption cannot, in our view, be said to be "capricious" or "random". To that extent, the measure at issue is not being applied in a

cazione non risultava essere arbitraria o ingiustificata vista l'esigua entità delle importazioni di pneumatici ricostruiti che la «MERCOSUR exemption», ad avviso del Panel, comportava¹³⁸. Sempre in ragione dell'asserita assenza di significatività del volume degli scambi di gomme ricostruite provenienti da Argentina, Uruguay e Paraguay¹³⁹, il Panel ribadì che l'operatività dell'esenzione non veniva a costituire neppure una restrizione dissimulata nel commercio internazionale¹⁴⁰, poiché la quantità di *remoulded tyres* introdotte nel mercato brasiliano grazie al lodo MERCOSUR era, al momento del *report* del Panel e secondo l'opinione di quest'ultimo, di dimensioni contenute e tali da non inficiare («to significantly undermine») il livello di protezione della salute e della vita dell'uomo che si intendeva perseguire attraverso il bando di importazione contestato, vale a dire «to reduce unnecessary generation of tyre waste to the maximum extent possible»¹⁴¹.

L'Organo d'appello ha respinto le conclusioni del Panel sul punto, ed ha stabilito che l'esenzione per le gomme del MERCOSUR dà luogo ad un'applicazione del divieto di importazione brasiliano arbitrariamente e ingiustificatamente discriminatoria, e che concreta l'ipotesi di una restrizione dissimulata degli scambi internazionali. L'interpretazione data in sede di impugna-

manner that would constitute *arbitrary* discrimination» (WT/DS332/R, *cit. supra*, nota 19, par. 7.280, 7.281).

¹³⁸ «If [imports of MERCOSUR retreaded tyres] were to take place in such amounts that the achievement of the objective of the measure at issue would be significantly undermined, the application of the import ban in conjunction with the MERCOSUR exemption would constitute a means of unjustifiable discrimination. The more imports enter Brazilian territory through the exemption, the more Brazil's declared policy objective of reducing the unnecessary accumulation of waste tyres to the greatest extent possible will be undermined, thereby affecting the justification for the maintenance of the import ban *vis-à-vis* non-MERCOSUR WTO Members. This is a matter of preserving the 'line of equilibrium' between Brazil's right to invoke Article XX and the rights of other WTO Members under the Agreement. As of the time of the Panel's examination, however, volumes of imports of retreaded tyres under the exemption appear not to have been significant. The European Communities has indicated that such imports had increased tenfold since 2002, from 200 to 2,000 tons per year by 2004 (...) That figure remains much lower than the 14,000 tons per year imported from the European Communities alone prior to the imposition of the import ban (...) Even if all the retreaded tyres imported from MERCOSUR countries were made from used tyres of EC origin, the import ban would still have resulted in eighty six percent of the previous imports from the European Communities not taking place, for the year 2004. Thus, the measure's ability to fulfil its objective does not appear to have been *significantly undermined* by the occurrence of imports from other sources, even in the presence of an exemption for MERCOSUR imports» (WT/DS332/R, *cit. supra*, nota 19, par. 7.287 e 7.289; corsivo aggiunto).

¹³⁹ «If [imports of MERCOSUR retreaded tyres] were to occur in significant amounts, they would have the potential to undermine the achievement of the stated objective of the prohibition on the importation of retreaded tyres, while protecting the retreading industry in the beneficiary countries. If this were the case, the measure would be being applied in a manner that constitutes a disguised restriction on international trade. To date, it appears, however, that the volume of imports of remoulded tyres that has actually taken place under the MERCOSUR exemption has not been significant» (WT/DS332/R, *cit. supra*, nota 19, par. 7.353 e 7.354).

¹⁴⁰ «[W]e find that the MERCOSUR exemption, to the extent that it results only in volumes of imports that do not significantly undermine the ability of the general import ban on retreaded tyres to fulfil its intended objective, does not result in the measure being applied in a manner that constitutes a disguised restriction on international trade» (WT/DS332/R, *cit. supra*, nota 19, par. 7.354).

¹⁴¹ WT/DS332/R, *cit. supra*, nota 19, par. 7.279.

zione sia di alcuni requisiti della clausola introduttiva dell'art. XX che del rapporto intercorrente tra decisioni di tribunali internazionali migliora ancora una volta, con importanti precisazioni, la definizione della portata da attribuire alla disposizione GATT sulle eccezioni generali, e prospetta razionali soluzioni per far convivere diversi sistemi pattizi.

Il Tribunale permanente dell'OMC esordisce richiamando la funzione della clausola introduttiva – prevenire gli abusi dei paragrafi dell'art. XX GATT – e precisa che si verifica un tale abuso, dunque una discriminazione arbitraria e ingiustificata, quando la misura provvisoriamente giustificata in base ad una delle lettere dell'art. XX è applicata in maniera discriminatoria tra Paesi dove vi prevalgono le stesse condizioni, nonché quando le ragioni date a motivazione della discriminazione non hanno alcuna connessione razionale con gli obiettivi che ricadono in una delle lettere dell'art. XX, o addirittura li contraddicono¹⁴². Quindi, l'Organo d'appello concorda con il Panel sul fatto che la decisione del Brasile di conformarsi al lodo arbitrale del MERCOSUR non può essere qualificata come «capricciosa» o puramente «casuale»: «acts implementing a decision of a judicial or quasi-judicial body – such as the MERCOSUR arbitral tribunal – can hardly be characterized as a decision that is "capricious" or "random"»¹⁴³. Tuttavia, osserva l'Organo d'appello, anche una decisione o un comportamento razionale possono sfociare in una discriminazione arbitraria e ingiustificata laddove il fondamento di tale decisione o comportamento non abbia alcuna relazione («no relationship») con l'obiettivo della misura provvisoriamente giustificata in base ad uno dei paragrafi dell'art. XX GATT, o addirittura si riveli contrario a detto obiettivo¹⁴⁴. E l'esenzione dei pneumatici ricostruiti del MERCOSUR non ha alcuna relazione con l'obiettivo perseguito dal bando brasiliano di tutelare la salute e la vita delle persone, in quanto, come riconosciuto senza contestazioni sia dinanzi al Panel che all'Organo d'appello, la «MERCOSUR exemption» non era stata adottata per tutelare l'ambiente, bensì per conformarsi a quanto deciso dall'arbitrato del MERCOSUR, che ha imposto al Brasile di aprire il proprio mercato a tutti i pneumatici originari dei Paesi dell'Accordo

¹⁴² «[W]e are mindful of the function of the chapeau of Article XX, which is to prevent abuse of the exceptions specified in the paragraphs of that provision. In our view, there is such an abuse, and, therefore, there is arbitrary or unjustifiable discrimination when a measure provisionally justified under a paragraph of Article XX is applied in a discriminatory manner "between countries where the same conditions prevail", and when the reasons given for this discrimination bear no rational connection to the objective falling within the purview of a paragraph of Article XX, or would go against that objective» (WT/DS332/AB/R, *cit. supra*, nota 55, par. 227, corsivo aggiunto).

¹⁴³ WT/DS332/AB/R, *cit. supra*, nota 55, par. 232.

¹⁴⁴ «[D]iscrimination can result from a rational decision or behaviour, and still be "arbitrary or unjustifiable", because it is explained by a rationale that bears no relationship to the objective of a measure provisionally justified under one of the paragraphs of Article XX, or goes against that objective» (WT/DS332/AB/R, *loc. cit.*, par. 232).

di integrazione regionale latino-americano¹⁴⁵. Dunque, poiché «the ruling issued by the MERCOSUR arbitral tribunal is not an acceptable rationale for the discrimination, because it bears *no relationship* to the legitimate objective pursued by the Import Ban that falls within the purview of Article XX(b), and even goes against this objective»¹⁴⁶, l'esenzione basata su detta decisione arbitrale crea una discriminazione che risulta arbitraria e che non può essere giustificata¹⁴⁷.

L'Organo d'appello, però, ha cura di indicare in quale modo possano essere evitati in futuro contrasti tra decisioni di tribunali internazionali, richiamando sostanzialmente l'applicazione del principio di buona fede, dunque di ragionevolezza, nell'esercizio di ogni diritto pattizio ogni qualvolta quest'ultimo vada a toccare la portata di obblighi scaturenti da altri trattati. Pertanto, pur ribadendo quanto già affermato dal Panel a proposito dell'inopportunità di valutare la strategia processuale del Brasile dinanzi al collegio arbitrale del MERCOSUR («it is not appropriate for us to second-guess Brazil's decision not to invoke Article 50(d), which serves a function similar to that of Article XX(b) of the GATT»¹⁴⁸), il Tribunale permanente si sofferma comunque sulla condotta del Brasile nell'arbitrato in questione. Così, l'Organo d'appello, raccogliendo i suggerimenti dell'Unione europea, osserva che il Paese latino-americano avrebbe potuto invocare, dinanzi all'organo giudicante del Mercato comune del Sud, l'art. 50, lett. *d.* del Trattato di Montevideo, ossia la clausola sulle eccezioni generali di tenore analogo all'art. XX GATT¹⁴⁹. Infatti, in base a detta disposizione, uno Stato del *Mercado Común del Sur* può mantenere una restrizione agli scambi laddove questa sia «destinadas a la (...) protección de la vida y salud de las personas, los animales y los vegetales». La presenza di tale disposizione e il fatto che il Brasile avrebbe potuto avvalersene per difendersi dinanzi al Tribunale arbitrale del MERCOSUR dimostrano, secondo l'Organo d'appello, che «the discrimination associated with the MERCOSUR exemption does not necessarily result from a conflict between provisions under MERCOSUR and the GATT»¹⁵⁰.

¹⁴⁵ «[T]he discrimination between MERCOSUR countries and other WTO Members in the application of the Import Ban was introduced as a consequence of a ruling by a MERCOSUR tribunal. The tribunal found against Brazil because the restriction on imports of remoulded tyres was inconsistent with the prohibition of new trade restrictions under MERCOSUR law» (WT/DS332/AB/R, *cit. supra*, nota 55, par. 228).

¹⁴⁶ *Ivi*, par. 228, (corsivo aggiunto).

¹⁴⁷ *Ivi*, par. 233.

¹⁴⁸ *Ivi*, par. 234.

¹⁴⁹ *Tratado de Montevideo Constitutivo de la Asociación Latinoamericana de Integración (ALADI), formalizado en Montevideo en agosto de 1980 (1980 Treaty of Montevideo, Instrument Establishing the Latin American Integration Association (ALADI), Montevideo, August 1980)*, ILM, 1981, p. 672 ss.

¹⁵⁰ WT/DS332/AB/R, *loc. cit.*, par. 234.

Con tale osservazione, a nostro avviso, il Tribunale permanente dell'OMC ha inteso sottolineare la possibilità di interpretare ed applicare armoniosamente il Trattato di Montevideo e l'Accordo GATT, vista la presenza nei richiamati strumenti pattizi di due clausole sulle eccezioni generali – l'art. 50 da un lato, l'art. XX dall'altro – che hanno una funzione analoga. Pertanto, così come è possibile, nel sistema OMC, giustificare il bando brasiliano sui pneumatici ristrutturati in base all'art. XX, lett. *b.*, GATT, un simile risultato dovrebbe essere perseguito nell'ambito del MERCOSUR, per poter mantenere il contestato divieto di importazione sulla base dell'art. 50, lett. *d.* del Trattato di Montevideo: operando in tal modo si evitano situazioni di conflittualità – dovute, per l'appunto, a «incoherent legal defenses» – tra sistemi pattizi i cui articolati presentano sufficienti aspetti di affinità¹⁵¹.

Last but not least, l'Organo d'appello respinge nettamente le conclusioni del Panel sulla possibilità di giustificare l'esenzione MERCOSUR fondandosi esclusivamente su valutazioni quantitative degli effetti sugli scambi dovuti alla natura discriminatoria di detta esenzione¹⁵². Infatti, una giustificazione della discriminazione o della restrizione dissimulata sugli scambi radicata unicamente su considerazioni statistiche dei flussi commerciali non presenta quel requisito di collegamento con l'obiettivo di tutela della salute e della vita espresso dal divieto di importazioni di pneumatici ricostruiti. Inoltre, tale requisito «de minimis», come ben osservato anche da alcuni Membri OMC intervenuti quali parti terze nella controversia, si presenta estremamente aleatorio e discrezionale: il Panel, infatti, non ha indicato sulla base di quali criteri occorre valutare gli effetti della discriminazione sui volumi di scambi per ritenersi significativi o meno rispetto al raggiungimento dell'obiettivo della tutela della salute e della vita dell'uomo perseguito dal divieto di importazione brasiliano¹⁵³; la giustificazione di una discriminazione potrebbe, poi, variare

¹⁵¹ Sul punto v. anche E.-U. PETERSMANN, *Judging Judges: from «Principal-Agent Theory» to «Constitutional Justice» in Multilevel «Judicial Governance» of Economic Cooperation Among Citizens*, *JIEL*, 2008, p. 827 ss., a p. 869.

¹⁵² «[W]e reverse the Panel's finding (...) that, under the chapeau of Article XX of the GATT 1994, discrimination would be unjustifiable only if imports of retreaded tyres entering into Brazil "were to take place in such amounts that the achievement of the objective of the measure at issue would be significantly undermined". We therefore reverse the Panel's findings (...) that the MERCOSUR exemption has not resulted in unjustifiable discrimination» (WT/DS332/AB/R, *cit. supra*, nota 55, par. 233); «the Panel conditioned a finding of a disguised restriction on international trade on the existence of significant imports of retreaded tyres that would undermine the achievement of the objective of the Import Ban. We explained above why we believe that the Panel erred in finding that the MERCOSUR exemption would result in arbitrary or unjustifiable discrimination only if the imports of retreaded tyres from MERCOSUR countries were to take place in such amounts that the achievement of the objective of the Import Ban would be significantly undermined (...) As the Panel's conclusion that the MERCOSUR exemption has not resulted in a disguised restriction on international trade was based on an interpretation that we have reversed, this finding cannot stand» (WT/DS332/AB/R, *cit. supra*, nota 55, par. 239).

¹⁵³ «The Separate Customs Territory of Taiwan, Penghu, Kinmen, and Matsu further suggests that the Panel's findings in this dispute might cause confusion for WTO Members when assessing whether a specific measure is WTO-consistent, create a tendency for WTO Members to initiate a

di anno in anno; e tra le parti terze non è mancato chi ha contestato il giudizio di irrilevanza degli effetti sugli scambi dell'esonazione del MERCOSUR¹⁵⁴.

11. Conclusioni

Al termine della presente indagine, è possibile rilevare alcuni atteggiamenti di fondo costantemente sviluppati nella giurisprudenza dell'Organo d'appello a proposito del rapporto tra commercio e ambiente. In primo luogo, il Tribunale permanente, ogniqualvolta è chiamato a pronunciarsi a proposito di una misura che ostacola gli scambi per perseguire finalità ambientali, avverte l'esigenza di sottolineare come il sistema multilaterale degli scambi riconosca il diritto di ogni Membro *i.* di sviluppare politiche per la salubrità dell'aria, la tutela della biodiversità o della salute e della vita di persone, piante ed animali, e *ii.* di stabilire soggettivamente il livello di tutela di tali valori¹⁵⁵. È, dunque, solo per definire il mezzo attraverso il quale perseguire la

multiplicity of WTO disputes, and undermine the security and predictability needed to conduct future trade. These problems stem from the Panel's failure to provide clear criteria for determining what volume of imports or increase in import volumes would be considered "significant". Moreover, since import volumes are generally determined by supply and demand, the Panel's significance test, if adopted, would make it difficult for WTO Members, who do not have the power to control trade flows into their domestic markets, to adopt WTO-consistent measures or to eliminate WTO-inconsistent measures» (WT/DS332/AB/R, *cit. supra*, nota 55, par. 111).

¹⁵⁴ «Australia (...) maintains that the import into Brazil of 2,000 tons of retreaded tyres per year would not appear to be insignificant or without practical impact. If the Appellate Body upholds the Panel's approach, the European Communities potentially would be forced to commence a new dispute under the DSU, either under Article 21.5 or under a newly constituted panel, in the event that imports of retreaded tyres from MERCOSUR countries increase to a level that would undermine the achievement of the objective of the Import Ban. Such re-litigation of essentially the same dispute would not ensure the prompt settlement of the dispute, as provided for in Article 3.3 of the DSU» (WT/DS332/AB/R, *loc. cit.*, par. 93).

¹⁵⁵ «WTO Members have a large measure of autonomy to determine their own policies on the environment (including its relationship with trade), their environmental objectives and the environmental legislation they enact and implement. So far as concerns the WTO, that autonomy is circumscribed only by the need to respect the requirements of the *General Agreement* and the other covered agreements» (WT/DS2/AB/R, *cit. supra*, nota 22, p. 31); «[i]n reaching these conclusions, we wish to underscore what we have *not* decided in this appeal. We have *not* decided that the protection and preservation of the environment is of no significance to the Members of the WTO. Clearly, it is. We have *not* decided that the sovereign nations that are Members of the WTO cannot adopt effective measures to protect endangered species, such as sea turtles. Clearly, they can and should. And we have *not* decided that sovereign states should not act together bilaterally, plurilaterally or multilaterally, either within the WTO or in other international fora, to protect endangered species or to otherwise protect the environment. Clearly, they should and do (...) As we emphasized in *United States – Gasoline*, WTO Members are free to adopt their own policies aimed at protecting the environment as long as, in so doing, they fulfill their obligations and respect the rights of other Members under the *WTO Agreement*» (WT/DS58/AB/R, *cit. supra*, nota 22, par. 185-186); «we note that it is undisputed that WTO Members have the right to determine the level of protection of health that they consider appropriate in a given situation» (WT/DS135/AB/R, *cit.*, par. 168); «[w]e note at the outset that the participants do not dispute that it is within the authority of a WTO Member to set the public health or environmental objectives it seeks to achieve (...) as well as the level of protection that it wants to obtain, through the measure or the policy it chooses to adopt» (WT/DS332/AB/R, *cit. supra*, nota 55, par. 140); «the fundamental principle is the right that WTO

realizzazione del livello di tutela soggettivamente prescelto che occorre rispettare le regole di liberalizzazione del sistema di Marrakech, le quali di volta in volta richiedono che la disciplina nazionale risulti necessaria, basata su principi scientifici, o, comunque, non arbitrariamente o ingiustificatamente discriminatoria, né applicata in modo tale da costituire una restrizione dissimulata del commercio internazionale¹⁵⁶.

Quindi, l'Organo d'appello, con l'attenzione mostrata ai costi che le misure ambientali sono suscettibili di comportare, indica che il sistema ginevrino consente un approccio diversificato, capace di essere meno esigente con riferimento alle misure ambientali adottate dai Paesi in via di sviluppo, i quali, naturalmente, non hanno le stesse risorse, di *know-how* e finanziarie, degli Stati industrializzati. Il *report* adottato nel caso *Brazil – Retreaded Tyres*, in cui, per la prima volta nel sistema OMC, è stato attaccato un provvedimento ambientale posto in essere da un Paese in via di sviluppo, dimostra, perciò, una particolare deferenza dell'Organo d'appello nel giustificare la misura nazionale, poiché si è tenuto conto delle limitate capacità economiche e tecnologiche dello Stato brasiliano¹⁵⁷.

Vi è, poi, in ossequio ai canoni ermeneutici relativi ai trattati espressi dal diritto internazionale consuetudinario¹⁵⁸, il grande risalto dato al Preambolo dell'Accordo istitutivo dell'OMC – e al principio dello sviluppo sostenibile in esso richiamato¹⁵⁹ – nell'interpretazione delle norme del sistema di Marrakech, interpretazione che, lo si sottolinea, è compiuta applicando anche l'approccio evolutivo della Corte internazionale di giustizia nella lettura delle fonti pattizie, per cui la portata delle pertinenti disposizioni multilaterali non può essere statica, ma deve essere definita «in the light of contemporary concerns of the community of nations about the protection and conservation of the environ-

Members have to determine the level of protection that they consider appropriate in a given context» (WT/DS332/AB/R, *loc. cit.*, par. 210).

¹⁵⁶ Oltre a richiamare, ovviamente, l'art. XX GATT, ricordiamo qui altre disposizioni degli Accordi OMC: «Members shall ensure that in respect of technical regulations, products imported from the territory of any Member shall be accorded treatment no less favourable than that accorded to like products of national origin and to like products originating in any other country» (art. 2, par. 1, dell'Accordo sugli ostacoli tecnici agli scambi – Accordo TBT); «any sanitary or phytosanitary measure (...) is based on scientific principles and is not maintained without sufficient scientific evidence, except as provided for in paragraph 7 of Article 5» (art. 2, par. 2, dell'Accordo sull'applicazione delle misure sanitarie e fitosanitarie – Accordo SPS); «Members shall ensure that their sanitary and phytosanitary measures do not arbitrarily or unjustifiably discriminate between Members where identical or similar conditions prevail, including between their own territory and that of other Members. Sanitary and phytosanitary measures shall not be applied in a manner which would constitute a disguised restriction on international trade» (art. 2, par. 3, dell'Accordo SPS).

¹⁵⁷ V. *supra*, par. 7.

¹⁵⁸ Cfr. l'art. 3, par. 2, DSU: «The Members recognize that [the DSU] serves to preserve the rights and obligations of Members under the covered agreements, and to clarify the existing provisions of those agreements in accordance with customary rules of interpretation of public international law».

¹⁵⁹ Sulla natura tridimensionale riconosciuta dall'Organo d'appello al principio dello sviluppo sostenibile v. *supra*, par. 8.

ment»¹⁶⁰. Il diritto OMC, pertanto, non può essere letto «in clinical isolation», dunque prescindendo o segregando le fonti di Marrakech dal complesso del diritto internazionale pubblico¹⁶¹. Occorrerà, invece, che, in particolare laddove le regole degli scambi internazionali contengano nozioni contemplate anche in altri strumenti pattizi, il significato di dette nozioni venga definito prendendo in considerazione gli ulteriori *treaty-systems* che utilizzino quei medesimi concetti, riservando, quindi, a trattati e accordi che abbiano nozioni analoghe a quelle previste da alcune disposizioni OMC il ruolo di strumento ermeneutico del diritto ginevrino per la determinazione dell'«ordinary meaning» da attribuirsi ai termini delle disposizioni multilaterali, secondo quanto richiesto dall'art. 31, par. 1, della Convenzione di Vienna sul diritto dei trattati¹⁶². Pertanto, l'Organo d'appello si è molto adoperato, interpretando l'art. XX GATT, per promuovere coerenza tra le disposizioni multilaterali sugli scambi e le altre fonti del diritto internazionale¹⁶³. Esso ha, così, dato vita ad una produzione giurisprudenziale che costituisce un importante esempio di apertura e coordinamento con i valori espressi dalla Comunità internazionale nell'interpretazione di una fonte pattizia. Tale apertura e tale coordinamento riflettono le conclusioni del Gruppo di studio della Commissione di diritto internazionale sul tema della «Fragmentation

¹⁶⁰ WT/DS58/AB/R, *cit. supra*, nota 22, par. 129. V. *supra*, par. 3. Oltre al parere della Corte internazionale di giustizia sulla *Namibia*, già citato nel suddetto par. 3 (*Legal Consequences for States of the Continued Presence of South Africa in Namibia (South West Africa, cit. supra*, nota 41), si vedano anche i seguenti passaggi della sentenza dei giudici dell'Aja nel caso *Gabčíkovo-Nagymaros*, passaggi anch'essi rilevanti per la tecnica dell'interpretazione evolutiva degli accordi internazionali: «[b]y inserting these evolving provisions in the Treaty, the parties recognized the potential necessity to adapt the Project. Consequently, the Treaty is not static, and is open to adapt to emerging norms of international law. By means of Articles 15 and 19, new environmental norms can be incorporated in the Joint Contractual Plan»; e ancora «the Court wishes to point out that newly developed norms of environmental law are relevant for the implementation of the Treaty and that the parties could, by agreement, incorporate them (...) [in] (...) the Treaty. These articles do not contain specific obligations of performance but require the parties, in carrying out their obligations to ensure that the quality of water in the Danube is not impaired and that nature is protected, to take new environmental norms into consideration when agreeing upon the means to be specified in the Joint Contractual Plan» (*Gabčíkovo-Nagymaros Project (Hungary v. Slovakia)*, Judgment, *ICJ Reports*, 1997, p. 7, par. 112, ed anche i par. 132-147).

¹⁶¹ «Article 31 [of the 1969 Vienna Convention on the Law of Treaties] has attained the status of a rule of customary or general international law (...) As such, it forms part of the "customary rules of interpretation of public international law" which the Appellate Body has been directed, by Article 3(2) of the DSU, to apply in seeking to clarify the provisions of the [GATT] and the other "covered agreements" of the *Marrakesh Agreement Establishing the World Trade Organization* (...) That direction reflects a measure of recognition that the [GATT] is not to be read in clinical isolation from public international law». WT/DS2/AB/R, *cit. supra*, nota 22, p. 17. Sul rapporto tra il sistema OMC e il diritto internazionale cfr. P. PICONE – A. LIGUSTRO, *Diritto dell'Organizzazione mondiale del commercio, cit. supra*, nota 10, p. 623 ss.; I. VAN DAMME, *Treaty Interpretation by the WTO Appellate Body*, Oxford, OUP, 2009, e la bibliografia ivi citata.

¹⁶² Questo aspetto è stato preso in considerazione dalla dottrina che ha affrontato il tema del rapporto tra la Convenzione UNESCO sulla protezione e la promozione della diversità delle espressioni culturali e il diritto OMC: cfr., *inter alia*, G. RUBAGOTTI, *La Convenzione UNESCO sulla protezione e la promozione della diversità delle espressioni culturali: quale coordinamento con le norme OMC?*, in *Dir. comm. int.*, 2007, p. 681 ss., alle pp. 702 ss.

¹⁶³ Si veda anche, *supra*, par. 11, quanto indicato dall'Organo d'appello per evitare decisioni confliggenti nel sistema OMC e nel sistema MERCOSUR nella controversia sui *Pneumatici ricostruiti*.

of International Law», laddove si sottolinea che i trattati non possono essere considerati isolatamente, come se fossero in un *vacuum* giuridico, ma devono essere collocati nell'insieme del sistema giuridico internazionale e armonizzati ad esso¹⁶⁴. È alla luce delle fonti espresse da quest'ultimo al momento dell'interpretazione che ogni singola disposizione pattizia dovrebbe essere letta, con l'obiettivo di renderla coerente con le altre norme internazionali che vengono in rilievo sullo stesso tema, garantendo l'unitarietà del sistema giuridico internazionale¹⁶⁵.

In conclusione, si può senz'altro affermare che il pilastro giurisdizionale ha apportato un contributo di spessore ad una delle questioni più spinose dell'attualità internazionale, quella del rapporto tra commercio e ambiente, indicando tutte le potenzialità del diritto OMC per ben contemperare i *non-trade values* con la liberalizzazione degli scambi, e per integrare detti valori nel sistema multilaterale degli scambi.

Ora, però, occorre davvero che anche il pilastro politico fornisca il suo apporto: ci si riferisce al Round di Doha, aperto nel 2001 e che ancora attende una conclusione. Tra i compiti assegnati ai negoziatori, lo si ricordava all'inizio del presente lavoro, vi è anche quello di definire i rapporti tra gli Accordi OMC e i MEAs, e le regole per rafforzare la liberalizzazione dei servizi e dei beni ambientali. I Membri OMC, nella Dichiarazione con la quale è stato avviato il ciclo negoziale attualmente in corso, hanno solennemente ribadito il loro impegno a favore dello sviluppo sostenibile, e la comune convinzione che gli obiettivi volti ad instaurare e mantenere un sistema multilaterale aperto e non discriminatorio, e ad operare a favore della tutela dell'ambiente e della promozione dello sviluppo sostenibile, «can and must be mutually supportive»¹⁶⁶. È, perciò, indubbiamente auspicabile che gli Stati OMC riescano

¹⁶⁴ «International law is a legal system. Its rules and principles (i.e. its norms) act in relation to and should be interpreted against the background of other rules and principles. As a legal system, international law is not a random collection of such norms». UN Doc. A/CN.4/L.702, *Fragmentation of International Law: Difficulties Arising from the Diversification and Expansion of International Law (Conclusions)*, Report of the Study Group of the International Law Commission, 18 July 2006, par. 1.

¹⁶⁵ V. I. VAN DAMME, *Treaty Interpretation by the WTO Appellate Body*, cit. supra, nota 161, p. 355 ss. Cfr., inoltre, quanto affermato dal Gruppo di lavoro sulla frammentazione nella sua relazione a proposito del richiamo agli organi OMC a interpretare il diritto ginevrino in modo compatibile con le fonti internazionali sui diritti fondamentali: «when elucidating the content of the relevant rights and obligations, WTO bodies must situate those rights and obligations within the overall context of general international law (including the relevant environmental and human rights treaties)». Infatti, se è vero che «[t]he jurisdiction of most international tribunals is limited to particular types of disputes or disputes arising under particular treaties (...) [a] limited jurisdiction does not, however, imply a limitation of the scope of the law applicable in the interpretation and application of those treaties», con la conseguenza che «WTO covered treaties are creations of and constantly interact with other norms of international law». A/CN.4/L.682, *Fragmentation of International Law: Difficulties Arising from the Diversification and Expansion of International Law*, Report of the Study Group of the International Law Commission, Finalized by Martti Koskenniemi, 13 April 2006, par. 170 e 45.

¹⁶⁶ Dichiarazione ministeriale di Doha, cit. supra, nota 4, par. 6.

finalmente a dar concretamente seguito, in tempi ragionevoli, a quanto solennemente proclamato in Qatar, convergendo su un nuovo testo pattizio che concluda positivamente il *dossier* su commercio e ambiente dei negoziati multilaterali di Doha.

Elisa Baroncini*

* Professore aggregato di Diritto internazionale e Diritto del commercio internazionale / Università degli Studi di Bologna.

GIURISPRUDENZA COMUNITARIA

I. SENTENZE E COMMENTI

LIMITI ALL'EFFICACIA SOSTANZIALE DEL GIUDICATO CIVILE NEL TEMPO PER CONTRASTO CON IL DIRITTO UE

Corte di giustizia

Sentenza del 3 settembre 2009 in causa n. C-2/08*

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

Art. 234 CE - Questione pregiudiziale - IVA - Giudicato tributario - Art. 2909 c.c. italiano - Efficacia esterna del giudicato nazionale - Interpretazione.

Il diritto comunitario osta all'applicazione, in circostanze come quelle della causa principale, di una disposizione del diritto nazionale, come l'art. 2909 del codice civile, in una causa vertente sull'imposta sul valore aggiunto concernente un'annualità fiscale per la quale non si è ancora avuta una decisione giurisdizionale definitiva, in quanto essa impedirebbe al giudice nazionale investito di tale causa di prendere in considerazione le norme comunitarie in materia di pratiche abusive legate a detta imposta.

* In *Raccolta*, 2009, I, p. 7501 ss. Il testo integrale della sentenza, sopra riportata, è reperibile sul sito internet www.curia.europa.eu (n.d.r.). In argomento v. *infra*, p. 661 ss., il commento di *MARIA TERESA STILE*.

(*Omissis*) **In diritto**

1. La domanda di pronuncia pregiudiziale verte sull'applicazione del principio dell'autorità di cosa giudicata in un contenzioso in materia di imposta sul valore aggiunto (in prosieguo: l'«IVA»).

2. Questa domanda è stata presentata nell'ambito di una controversia tra la Fallimento Olimpclub Srl (in prosieguo: l'«Olimpclub») e l'Amministrazione dell'Economia e delle Finanze (in prosieguo: l'«amministrazione fiscale») vertente su quattro avvisi di rettifica in materia di IVA inviati all'Olimpclub per le annualità fiscali 1988-1991.

Normativa nazionale

3. L'art. 2909 del codice civile italiano, intitolato «Cosa giudicata», dispone quanto segue:

«L'accertamento contenuto nella sentenza passata in giudicato fa stato ad ogni effetto tra le parti, i loro eredi o aventi causa».

4. Tale articolo è stato interpretato dalla Corte suprema di cassazione nella sua sentenza n. 13916/06 nei termini seguenti:

«(...) Qualora due giudizi tra le stesse parti abbiano riferimento al medesimo rapporto giuridico, ed uno di essi sia stato definito con sentenza passata in giudicato, l'accertamento così compiuto in ordine alla situazione giuridica ovvero alla soluzione di questioni di fatto e di diritto relative ad un punto fondamentale comune ad entrambe le cause, formando la premessa logica indispensabile della statuizione contenuta nel dispositivo della sentenza, preclude il riesame dello stesso punto di diritto accertato e risolto, anche se il successivo giudizio abbia finalità diverse da quelle che hanno costituito lo scopo ed il "*petitum*" del primo».

(*Omissis*)

Causa principale e questione pregiudiziale (*Omissis*)

Sulla questione pregiudiziale

19. Il giudice del rinvio chiede, in sostanza, se il diritto comunitario osti all'applicazione, in circostanze come quelle della causa principale, di una disposizione di diritto nazionale, come l'art. 2909 del codice civile, in una controversia vertente sull'IVA afferente ad un'annualità fiscale per la quale non si è ancora avuta una sentenza definitiva, nel caso in cui la disposizione di cui trattasi impedisca a tale giudice di prendere in considerazione le norme di diritto comunitario in materia di pratiche abusive legate a detta imposta.

(*Omissis*)

21. L'Olimpclub ha fatto valere il principio dell'autorità di cosa giudicata, come interpretato nell'ordinamento giuridico italiano e descritto al punto 13 della presente sentenza, per sostenere che l'accertamento del carattere reale, lecito e non fraudolento del comodato, contenuto nelle sentenze anteriori relative a periodi d'imposta diversi, ha carattere vincolante e definitivo.

22. A tal riguardo, occorre rammentare l'importanza che il principio dell'autori-

tà di cosa giudicata riveste sia nell'ordinamento giuridico comunitario sia negli ordinamenti giuridici nazionali. Infatti, al fine di garantire sia la stabilità del diritto e dei rapporti giuridici, sia una buona amministrazione della giustizia, è importante che le decisioni giurisdizionali divenute definitive dopo l'esaurimento delle vie di ricorso disponibili o dopo la scadenza dei termini previsti per questi ricorsi non possano più essere rimesse in discussione (sentenza 30 settembre 2003, causa n. C-224/01, *Köbler*, *Raccolta*, I, p. 10239, punto 38, e 16 marzo 2006, causa n. C-234/04, *Kapferer*, *Raccolta*, I, p. 2585, punto 20).

23. Ne consegue 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 quando ciò permetterebbe di porre rimedio ad una violazione del diritto comunitario da parte di tale decisione (v. sentenza *Kapferer*, *cit.*, punto 21).

24. In assenza di una normativa comunitaria in materia, le modalità di attuazione del principio dell'autorità di cosa giudicata rientrano nell'ordinamento giuridico interno degli Stati membri in virtù del principio dell'autonomia procedurale di questi ultimi. Esse non devono tuttavia essere meno favorevoli di quelle che riguardano situazioni analoghe di natura interna (principio di equivalenza) né essere strutturate in modo da rendere in pratica impossibile o eccessivamente difficile l'esercizio dei diritti conferiti dall'ordinamento giuridico comunitario (principio di effettività) (v., in tal senso, sentenza *Kapferer*, *cit.*, punto 22).

25. La citata sentenza *Lucchini* non è atta a rimettere in discussione l'analisi sopra svolta. Infatti, tale sentenza riguardava una situazione del tutto particolare in cui erano in questione principi che disciplinano la ripartizione delle competenze tra gli Stati membri e la Comunità in materia di aiuti di Stato, posto che la Commissione delle Comunità europee dispone di una competenza esclusiva per esaminare la compatibilità di una misura nazionale di aiuti di Stato con il mercato comune (v., in tal senso, sentenza *Lucchini*, *cit.*, punti 52 e 62). La presente causa non solleva siffatte questioni di ripartizione delle competenze.

26. Nella fattispecie si pone, più in particolare, la questione se l'interpretazione del principio dell'autorità di cosa giudicata cui fa riferimento il giudice del rinvio, secondo cui, nelle controversie in materia fiscale, la cosa giudicata in una determinata causa, in quanto verte su un punto fondamentale comune ad altre cause, ha, su tale punto, una portata vincolante, anche se gli accertamenti operati in tale occasione si riferiscono ad un periodo d'imposta diverso, sia compatibile con il principio di effettività.

27. A tal riguardo, occorre ricordare che la Corte ha già affermato che ciascun caso in cui si pone la questione se una norma processuale nazionale renda impossibile o eccessivamente difficile l'applicazione del diritto comunitario dev'essere esaminato tenendo conto del ruolo di detta norma nell'insieme del procedimento, dello svolgimento e delle peculiarità dello stesso, dinanzi ai vari organi giurisdizionali nazionali. Sotto tale profilo si devono considerare, se necessario, i principi che sono alla base del sistema giurisdizionale nazionale, quali la tutela dei diritti della difesa, il principio della certezza del diritto e il regolare svolgimento del procedimento (sentenza 14 dicembre 1995, causa n. C-312/93, *Peterbroeck*, *Raccolta*, I, p. 4599, punto 14).

28. Occorre dunque esaminare più in particolare se l'interpretazione sopramenzionata dell'art. 2909 del codice civile possa essere giustificata alla luce della

salvaguardia del principio della certezza del diritto, tenuto conto delle conseguenze che ne derivano per l'applicazione del diritto comunitario.

29. A tal riguardo occorre constatare, come fa peraltro lo stesso giudice del rinvio, che detta interpretazione non solo impedisce di rimettere in questione una decisione giurisdizionale che abbia acquistato efficacia di giudicato, anche se tale decisione comporti una violazione del diritto comunitario, ma impedisce del pari di rimettere in questione, in occasione di un controllo giurisdizionale relativo ad un'altra decisione dell'autorità fiscale competente concernente il medesimo contribuente o soggetto passivo, ma un esercizio fiscale diverso, qualsiasi accertamento vertente su un punto fondamentale comune contenuto in una decisione giurisdizionale che abbia acquistato efficacia di giudicato.

30. Una siffatta applicazione del principio dell'autorità di cosa giudicata avrebbe dunque la conseguenza che, laddove la decisione giurisdizionale divenuta definitiva sia fondata su un'interpretazione delle norme comunitarie relative a pratiche abusive in materia di IVA in contrasto con il diritto comunitario, la non corretta applicazione di tali regole si riprodurrebbe per ciascun nuovo esercizio fiscale, senza che sia possibile correggere tale erronea interpretazione.

31. Ciò premesso, va concluso che ostacoli di tale portata all'applicazione effettiva delle norme comunitarie in materia di IVA non possono essere ragionevolmente giustificati dal principio della certezza del diritto e devono essere dunque considerati in contrasto con il principio di effettività.

32. Di conseguenza, occorre risolvere la questione proposta nel senso che il diritto comunitario osta all'applicazione, in circostanze come quelle della causa principale, di una disposizione del diritto nazionale, come l'art. 2909 del codice civile, in una causa vertente sull'IVA concernente un'annualità fiscale per la quale non si è ancora avuta una decisione giurisdizionale definitiva, in quanto essa impedirebbe al giudice nazionale investito di tale causa di prendere in considerazione le norme comunitarie in materia di pratiche abusive legate a detta imposta.

(Omissis)

LA PRONUNCIA DELLA CORTE DI GIUSTIZIA COME EVENTO SOPRAVVENUTO DI INTERRUZIONE DELL'EFFICACIA DEL GIUDICATO NEL TEMPO

Sommario: *Premessa - 1. Cenni sul valore della res iudicata nel diritto UE e nel diritto interno - 2. Gli effetti "esterni" del giudicato: il caso Olimpiclub - 3. Il giudicato nella prospettiva della ragionevole durata del processo - 4. L'incidenza degli eventi sopravvenuti sulla protrazione degli effetti del giudicato - 5. Considerazioni conclusive.*

Premessa

La sentenza *Olimpiclub* offre lo spunto per qualche riflessione sulla delicata posizione in cui viene talvolta a trovarsi il giudice nazionale di fronte ad una duplice esigenza, che muove in direzione diversa.

Da un lato vi è il sistema CEDU che, rivolto essenzialmente a tutelare i diritti fondamentali, tende ad imprimere allo Stato interessato ritmi rapidi o, quanto meno "giusti" per la soluzione di questioni oggetto di contestazione sul piano processuale. Dall'altro, vi è l'ordinamento UE che, pur attento ai suddetti diritti, rimane tuttora ancorato al rispetto delle regole del libero mercato.

In questo quadro torna alla ribalta il problema del giudicato, della sua intangibilità e dell'atteggiamento che il giudice interno deve assumere di fronte ad esigenze, che pur spingendo in senso opposto, meritano comunque di essere rispettate.

1. Cenni sul valore della *res iudicata* nel diritto UE e nel diritto interno

Di norma una sentenza passata in giudicato non è più contestabile. È questa l'opinione espressa dalla stessa Corte di giustizia UE, che ha, in più occasioni, affermato la fondamentale rilevanza del principio della intangibilità del giudicato¹. Ed anche quando è stata messa in discussione l'assolutezza del

¹ V., in proposito, sentenze della Corte di giustizia del 30 settembre 2003 in causa n. C-224/01, *Köbler*, in *Raccolta*, 2003, I, p. 10239, punto 38, annotata in questa *Rivista*, 2004, p. 55; del 16 marzo 2006 in causa n. C-234/04, *Kapferer*, in *Raccolta*, 2006, I, p. 2585, punto 20, annotata in

principio, la peculiarità della vicenda processuale ha costituito convincente base giustificativa.

È il caso della sentenza *Lucchini*², ove, infatti, la Corte di giustizia, pur esprimendo la necessità della disapplicazione del disposto di cui all'art. 2909 c.c. italiano così come interpretato dal giudice nazionale, si preoccupa di attenuare la portata della deroga, se non addirittura di negarla, facendo, in buona parte, leva sulla peculiarità della fattispecie realizzatasi in un settore, come quello degli aiuti di Stato, rispetto al quale la valutazione della compatibilità con il mercato comune di misure di aiuto o di un regime di aiuti è di competenza esclusiva della Commissione europea.

Presenta, invece, sicuri elementi di novità la questione che viene a prospettarsi nella fattispecie oggetto della causa *Olimpiclub*³, ove, piuttosto che entrare in gioco il principio di intangibilità del giudicato, entra in discussione la stessa interpretazione della *res iudicata*, operata dalla Corte di giustizia in relazione al caso concreto, in maniera – come si tenterà di dimostrare – solo apparentemente difforme da quella ritenuta corretta dal Giudice nazionale.

Va in proposito rammentato che, secondo la nostra giurisprudenza, il giudicato copre il dedotto ed il deducibile, e cioè non solo le ragioni giuridiche fatte valere in giudizio, ma anche tutte le altre – proponibili sia in via di azione che in via di eccezione – le quali, sebbene non dedotte specificamente,

questa *Rivista*, 2006, p. 82. Sul riconoscimento della *res iudicata* quale baluardo della certezza del diritto e della stabilità dei rapporti giuridici sia a livello interno che comunitario, v. sentenza della Corte di giustizia del 1° giugno 1999 in causa n. C-126/97, *Eco Swiss*, in *Raccolta*, 1999, I, p. 3055, punti 46-47.

² Cfr. sentenza della Corte di giustizia dell'8 luglio 2007 in causa n. C-119/05, *Ministero dell'Industria, del Commercio e dell'Artigianato c. Lucchini S.p.A.*, in *Raccolta*, 2007, I, p. 6199 ss. e in questa *Rivista*, 2007, p. 729, per un suo commento sia consentito il rinvio a M. T. STILE, *La sentenza Lucchini sui limiti del giudicato: un traguardo inaspettato?*, *ivi*, p. 733 ss.; E. SCODITTI, *Giudicato nazionale e diritto comunitario*, in *Foro it.*, 2007, c. 533 ss.; G. GATTINARA, *Obbligo di recupero degli aiuti illegali e incompatibili e res iudicata nazionale: il caso Lucchini*, in *Studi integr. eur.*, 2008, p. 639; v., inoltre, B. CORTESE, *L'incidenza del diritto comunitario sulle sentenze nazionali definitive: esclusività del sistema giurisdizionale comunitario e nuovi limiti al principio di autonomia procedurale degli Stati membri - Il caso Lucchini*, in F. SPITALERI (a cura di), *L'incidenza del diritto comunitario e della CEDU sugli atti nazionali definitivi*, Quaderni della Rivista *Il Diritto dell'Unione europea*, Milano, Giuffrè, 2009, spec. p. 44 ss.

³ Sentenza della Corte di giustizia del 3 settembre 2009 in causa n. C-2/08, *Fallimento Olimpiclub*, in *Raccolta*, 2009, I, p. 7501 e in *Riv. it. dir. pubbl. comun.*, 2010, p. 287, con commento di G. LO SCHIAVO, *La Corte di giustizia ridimensiona progressivamente il principio nazionale di cosa giudicata*, p. 287 ss.; sulla problematica offerta dalla sentenza ed esaminata sotto vari profili, v. C. CONSOLO, *Il percorso della Corte di Giustizia, la sentenza Olimpiclub e gli eventuali limiti di diritto europeo all'efficacia esterna ultrannuale del giudicato tributario (davvero ridimensionato in funzione antielusiva IVA del divieto comunitario di abusi della libertà negoziale?)*, in *Riv. dir. trib.*, 2010, p. 1143 ss.; C. F. GERMELMANN, *Die Rechtskraft zwischen europäischer Mindesteffektivität und italienischem Verfassungsrecht: zugleich Anmerkung zum Urteil des EuGH vom 3. September 2009, Rs. C-2/08 (Amministrazione dell'Economia e delle Finanze, Agenzia delle Entrate gegen Fallimento Olimpiclub Srl)*, in *Europarecht*, 2010, n. 4, Juli/Aug., p. 538 ss.; A. GAVA, *Corte europea di Giustizia 3 settembre 2009, causa C-2/08, Amministrazione dell'economia e delle finanze e Agenzia delle Entrate c. Fallimento Olimpiclub srl: contrasto tra giudicato nazionale e giudicato comunitario - Rapporti tra ordinamento nazionale ed ordinamento comunitario*, in *Europa e diritto privato*, 2010, n. 1, p. 293 ss.

si caratterizzano per la loro comune inerenza ai fatti costitutivi delle pretese anteriormente svolte, con conseguente preclusione a proporre in un successivo giudizio una domanda fondata su ragioni giuridiche che, seppure non prospettate né espressamente enunciate in quello precedente, costituiscano tuttavia una premessa ed un precedente logico della relativa pronuncia, tali da non comportare la prospettazione di un autonomo *thema decidendum*⁴; in senso analogo si mostra la dottrina⁵, che puntualizza come il giudicato, coprendo il dedotto ed il deducibile, impedisca che «un giudice in un futuro processo possa comunque disconoscere o diminuire il bene riconosciuto nel precedente giudizio»⁶.

Quando, dunque, una sentenza diventa definitiva, non è più possibile avanzare contestazioni su questioni che potevano essere sollevate, ma che non lo sono state, in quanto il deducibile è coperto dalla forza del giudicato; tuttavia, può accadere che sia necessaria la valutazione degli eventuali fatti sopravvenuti al giudicato ed, allora, si pone il problema della incidenza di detti fatti sulla stabilità del giudicato medesimo.

2. Gli effetti "esterni" del giudicato: il caso *Olimpiclub*

Il problema appena enunciato interessa la sentenza *Olimpiclub* anche se, nello specifico, la questione giuridica affrontata riguarda la forza del giudicato «esterno» suscettibile di una sua possibile applicazione dilatata nel tempo e, quindi, riferito a situazioni giuridiche non attinenti alla stretta portata temporale del provvedimento definitivo.

L'oggetto della controversia nella causa sottoposta al giudice nazionale concerne il rapporto impositivo IVA, caratterizzato da una dimensione temporale avente carattere durevole e non istantaneo⁷.

⁴ In termini, Cass. 4 novembre 2005, n. 21352, in www.ItalGiureWeb.it; v. tra le tante, Cass. 3 dicembre 2008, n. 28719, in *Riv. it. dir. lav.*, 2009, II, p. 711, con nota di L. RATTI; Cass. 16 giugno 2008, n. 16206, in *Riv. it. dir. lav.*, 2009, II, 321, con nota di G. M. MONDA; Cass. 14 gennaio 2000, n. 375, in *Giur. it.*, 2001, p. 489.

⁵ Sulla cosa giudicata esiste una imponente letteratura, che naturalmente non è il caso di richiamare. Si ricordano, *ex plurimis*, G. CHIOVENDA, *Principi di diritto processuale civile*, ristampa inalterata con prefazione di V. Andrioli, Napoli, Jovene, 1965, p. 906 ss.; G. PUGLIESE, *Giudicato civile* (dir. vig.), in *Enc. dir.*, vol. XVIII, Milano, Giuffrè, 1969, p. 785 ss.; S. MENCHINI, *Il giudicato civile*, Torino, Utet, 2002; A. ATTARDI, *La cosa giudicata*, in *Jus*, 1961, p. 1 ss.; E. T. LIEBMAN, *Unità del giudicato*, in *Riv. dir. proc. civ.*, 1986, p. 233 ss.

⁶ Così G. CHIOVENDA, *Principi di diritto processuale civile*, *loc. cit.*, p. 916.

⁷ Questi i fatti all'origine della controversia: la società *Olimpiclub* s.r.l., proprietaria di un complesso di attrezzature sportive, ubicato su terreno demaniale dello Stato italiano, stipulava un contratto di comodato con la Polisportiva *Olimpiclub*, associazione senza scopo di lucro, che consentiva a quest'ultima l'utilizzo delle attrezzature del complesso medesimo. A titolo di corrispettivo l'Associazione, i cui soci erano detentori delle quote sociali della concedente, si obbligava al pagamento del canone demaniale, ad un rimborso spese annuo e al trasferimento all'*Olimpiclub* delle entrate lorde dell'Associazione stessa, consistenti nelle quote associative. In seguito ad una verifica fiscale venivano accertate irregolarità in materia di IVA protrattesi per più annualità. Av-

Questa connotazione del rapporto ha indotto la Corte di cassazione, preoccupata di legittimare un possibile contrasto tra la decisione da prendere e la giurisprudenza UE in materia di IVA, a sottoporre alla Corte di giustizia una questione pregiudiziale formulata nei seguenti termini: «Se il diritto comunitario osti all'applicazione di una disposizione del diritto nazionale, come quella di cui all'art. 2909 [del codice civile], tesa a sancire il principio dell'autorità di cosa giudicata, quando tale applicazione venga a consacrare un risultato contrastante con il diritto comunitario, frustrandone l'applicazione, anche in settori diversi da quello degli aiuti di Stato (...) e, segnatamente, in materia di IVA e di abuso di diritto posto in essere per conseguire indebiti risparmi d'imposta»⁸. Nel porre il quesito, la Corte remittente precisa che, secondo il diritto vivente italiano, «nelle controversie tributarie, il giudicato esterno, qualora l'accertamento consacrato concerna un punto fondamentale comune ad altre cause, esplica, rispetto a questo, efficacia vincolante anche se formatosi in relazione ad un diverso periodo d'imposta».

Al quesito la Corte di giustizia ha dato riscontro con la richiamata pronuncia in causa n. C-2/08, statuendo che il diritto comunitario osta all'applicazione, in circostanze come quelle della causa principale, di una disposizione del diritto nazionale, come l'art. 2909 c.c., in una causa vertente sull'imposta sul valore aggiunto concernente un'annualità fiscale per la quale non si è ancora avuta una decisione giurisdizionale definitiva, in quanto essa impedirebbe al giudice nazionale investito di tale causa di prendere in considerazione le norme comunitarie in materia di pratiche abusive legate a detta imposta.

Più in dettaglio, la pronuncia tiene, in primo luogo, a ribadire la fondamentale rilevanza che il principio dell'autorità di cosa giudicata riveste sia nell'ordinamento giuridico comunitario sia negli ordinamenti giuridici nazionali, in quanto volto ad assicurare sia la stabilità del diritto e dei rapporti giuridici, sia una buona amministrazione della giustizia⁹. Puntualizza, poi, come

verso i relativi avvisi di rettifica l'Olimpiclub proponeva ricorso dinanzi alla Commissione Tributaria provinciale di primo grado di Roma, che accoglieva il ricorso in assenza di ogni dimostrazione, gravante sull'Amministrazione fiscale, dell'intento fraudolento. Tale decisione riceveva conferma dalla Commissione regionale Lazio. Nel successivo giudizio dinanzi alla Corte di cassazione su impugnativa dell'Amministrazione, il curatore del fallimento della Olimpiclub opponeva l'esistenza di due sentenze, passate in giudicato, che, con riferimento ad altre annualità, ma pur sempre nell'ambito dello stesso controllo fiscale, erano state favorevoli alla Società; ne doveva, quindi, discendere la irricevibilità del ricorso perché avente ad oggetto le medesime questioni ormai risolte in via definitiva ai sensi dell'art. 2909 c.c. La Corte di legittimità, tuttavia, ritenuto che, in tal modo, si sarebbe preclusa la possibilità di esaminare la controversia in violazione della giurisprudenza UE in tema di abuso formatasi proprio in materia di IVA, sospendeva il giudizio, sottoponendo alla Corte di giustizia, la questione pregiudiziale, che veniva, di conseguenza, a prospettarsi.

⁸ Nel testo dell'ordinanza di rinvio, la Suprema Corte ritiene opportuno richiamare specificamente la sentenza *Halifax* (sentenza della Corte di giustizia del 21 febbraio 2006 in causa n. C-255/02, in *Raccolta*, 2006, I, p. 6199), ove si ricorda come il contribuente abbia diritto a ridurre il proprio carico fiscale a condizione di non realizzare fattispecie di abuso individuali, tra l'altro quando, sulla base di elementi oggettivi, nonostante la correttezza formale del suo *agere*, egli persegua lo scopo esclusivo di ottenere un vantaggio fiscale.

⁹ V. sentenza *Olimpiclub*, *cit. supra*, nota 3, punto 22.

il diritto comunitario non imponga ad un giudice nazionale di disapplicare le norme processuali interne che attribuiscono autorità di cosa giudicata ad una decisione, anche quando ciò permetterebbe di porre rimedio ad una violazione del diritto comunitario da parte di tale decisione¹⁰; ciò perché le modalità di attuazione del principio dell'autorità di cosa giudicata rientrano nell'ordinamento giuridico interno degli Stati membri, in virtù del principio dell'autonomia procedurale di questi ultimi. Esse non devono, tuttavia, essere meno favorevoli di quelle che riguardano situazioni analoghe di natura interna (principio di equivalenza), né essere strutturate in modo da rendere in pratica impossibile o eccessivamente difficile l'esercizio dei diritti conferiti dall'ordinamento giuridico comunitario (principio di effettività)¹¹.

La Corte afferma che l'ampia interpretazione dell'art. 2909 c.c., presupposta dal provvedimento di rinvio, urta contro il principio di effettività, senza poter essere ragionevolmente giustificata dal principio della certezza del diritto. Infatti, una siffatta applicazione del principio dell'autorità di cosa giudicata avrebbe la conseguenza – non accettabile – che, laddove la decisione giurisdizionale divenuta definitiva sia fondata su un'interpretazione delle norme comunitarie relative a pratiche abusive in materia di IVA in contrasto con il diritto comunitario, tale scorretta applicazione si riprodurrebbe per ciascun nuovo esercizio fiscale, senza possibilità di correzione¹².

3. Il giudicato nella prospettiva della ragionevole durata del processo

L'impressione che, almeno ad un primo esame, si ricava dalla sentenza *Olimpiclub* è che essa, piuttosto che seguire l'itinerario di ravvisare in queste pronunce una supremazia del diritto UE rispetto a quello nazionale, tende ad

¹⁰ V. sentenza *Olimpiclub*, cit. supra, nota 3, punto 23.

¹¹ V. sentenza *Olimpiclub*, loc. cit., punto 24. Più in generale, la giurisprudenza ha sviluppato il principio dell'effettività della tutela giurisdizionale soprattutto in vista dell'esigenza di uniformità di tutela nell'Unione. La conseguenza è stata una progressiva comunitarizzazione del livello di adeguatezza della tutela giurisdizionale. Ciò trova del resto significativa conferma nel Trattato di Lisbona (art. 19, n. 1, 2° comma, TUE) che tende a rimarcare l'obbligo che incombe sugli Stati membri di stabilire i rimedi giurisdizionali necessari per assicurare una tutela giurisdizionale effettiva nei settori disciplinati dal diritto dell'Unione. V., in proposito, sentenza della Corte di giustizia del 16 dicembre 1976 in causa n. 45/76, *Comet*, in *Raccolta*, 1976, p. 2043 e in questa *Rivista*, 1977, p. 123 con commento di G. P. CIMOLINO, *Decadenza al rimborso delle tasse di effetto equivalente*, 1977, p. 126 ss.; punti 12-16; sentenze della Corte di giustizia del 9 novembre 1983 in causa n. 199/82, *San Giorgio*, in *Raccolta*, 1983, p. 3595, punto 14 e in questa *Rivista*, 1983, p. 483 con nota di F. CAPELLI, *Ripetizione d'indebito e diritto comunitario*, p. 483 e commento di S. ZARRILLI, *La ripetizione dell'indebito nel diritto comunitario*, p. 505 ss.; del 14 dicembre 1995 in causa n. C-312/93, *Peterbroeck*, in *Raccolta*, 1995, I, p. 4599, punto 12; del 1° giugno 1999 in causa n. C-126/97, *Eco Swiss*, in *Raccolta*, 1999, I, p. 3055, punti 31-41; del 20 settembre 2001 in causa n. C-453/99, *Courage & Crehan*, *Raccolta*, 2001, I, p. 6297, punto 29 e annotata in questa *Rivista*, 2001, p. 698; dell'11 settembre 2003 in causa n. C-13/01, *Safalero*, in *Raccolta*, 2003, I, p. 8679, punti 49-50 (in materia di legittimazione ad agire); del 15 aprile 2008 in causa n. C-268/06, *Impact*, in *Raccolta*, 2008, I, p. 2483, punto 55.

¹² V. sentenza *Olimpiclub*, cit., punto 30.

accreditare una linea di sostanziale valorizzazione di un concetto di giudicato, in specie tributario, che la Corte di giustizia fa confluire – nonostante l'espresso diniego in proposito – nella propria sfera di competenza¹³, benché negli ultimi tempi sia stato disatteso dai nostri giudici di vertice¹⁴.

Le ragioni di questo piuttosto recente mutamento di rotta della nostra giurisprudenza di legittimità trovano le loro premesse nelle censure della Corte europea allo Stato italiano, concernenti l'inadeguatezza del nostro processo a rendere giustizia¹⁵; censure che hanno avuto notevole incidenza nel momento in cui i valori che esse riflettono, e riconducibili nell'ambito dell'art. 6 CEDU¹⁶, sono entrati a far parte della nostra Costituzione.

L'art. 111, comma 1, Cost., come novellato¹⁷, afferma, in maniera particolarmente significativa, che «la giurisdizione si attua mediante il giusto processo regolato dalla legge». E la parte finale del secondo comma, stabilisce che «la legge ne assicura la ragionevole durata».

Tale principio, nella sua ampia portata, svolge l'ulteriore funzione di garantire l'«unicità» e l'«unità» del processo sia impedendo che distinte fasi processuali possano essere valutate ed esaminate da giudici diversi, sia evitando ingiustificati frazionamenti di conformi interessi in una pluralità di processi¹⁸.

¹³ Si tratta di ambiguità, cui va talvolta incontro il giudice UE, allorché, dopo avere fornito la propria interpretazione sul tema oggetto del rinvio pregiudiziale, procede ad alcuni "distinguo" per evitare possibili contraddizioni, ma che rendono problematica, per il giudice nazionale, l'applicazione del *dictum* alla fattispecie concreta. Su tali connotazioni delle pronunce della Corte UE, v. F. CAPELLI, *Sanzioni penali applicate in base al diritto nazionale per violazioni non previste dal diritto comunitario: le conseguenze di una sentenza della Corte di giustizia incompleta e contraddittoria*, in *Alimenta*, n. 9, 2010.

¹⁴ V. Cass. Sez. Un. 16 giugno 2006, n. 13916, in *Foro it.*, n. 2/2007, I, c. 493 ss.

¹⁵ In argomento, v. C. CONSOLO, *La improcrastinabile radicale riforma della Legge-Pinto, la nuova mediazione ex d.lgs. n. 28 del 2010 e l'esigenza del dialogo con il Consiglio d'Europa sul rapporto fra Repubblica italiana e art. 6 Cedu*, in *Corr. giur.*, n. 4/2010, p. 426 ss.; del resto, come era stato già rimarcato da F. M. PALOMBINO, in *Gli effetti della sentenza internazionale nei giudizi interni*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2008, p. 141, la pur apprezzabile evoluzione della giurisprudenza italiana, in materia di durata ragionevole del processo, non appariva sufficiente a risolvere il «conflitto strutturale» con Strasburgo.

¹⁶ L'art. 6 della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, rubricato «Diritto ad un processo equo», stabilisce, al suo primo comma, che ogni persona ha diritto a che la sua causa sia esaminata equamente, pubblicamente e in un tempo ragionevole, da parte di un tribunale indipendente ed imparziale; principio, questo, che deve ritenersi violato, secondo la Corte europea dei Diritti dell'Uomo (v., tra le tante, sentenza del 30 ottobre 2003, sul caso *Belvedere Alberghiera c. Italia*, in www.echr.coe.int), ogni qual volta l'organo investito della decisione provveda ad una distanza di tempo tale dall'incardinazione del giudizio da far venir meno «l'interesse al ricorso» da parte dell'istante.

¹⁷ Ci si riferisce alla modifica dell'art. 111 della Cost., avvenuta con legge costituzionale 23 novembre 1999, n. 2, in *Guri* n. 300 del 23 dicembre 1999. In argomento, v. A. PROTO PISANI, *Il nuovo art. 111 Cost. e il giusto processo civile*, in *Foro it.*, 2000, V, c. 241 ss.; S. CHIARLONI, *Il nuovo art. 111 Cost. e il giusto processo civile*, in *Riv. dir. proc.*, 2000, p. 1010 ss.; M. G. CIVININI - C. M. VERARDI (a cura di), *Il nuovo articolo 111 della Costituzione e il giusto processo civile*, Atti del Convegno dell'Elba, 9-10 giugno 2000, Milano, Franco Angeli, 2001.

¹⁸ In materia, tra gli altri, cfr. I. IAI, *La durata ragionevole del procedimento nella giurisprudenza della Corte europea sino al 31 ottobre 1998*, in *Riv. dir. proc.*, 1999, 549 ss.; G. OLIVIERI, *La ragionevole durata del processo di cognizione (qualche considerazione sull'art. 111, co. 2, Cost.)*, in *Foro it.*, 2000, V, c. 251.

Si comprende allora come, oltre alla necessità di interventi legislativi volti a predisporre meccanismi processuali idonei a garantire la celerità del processo, occorra anche che l'interpretazione giurisprudenziale tenga conto di detta esigenza¹⁹.

Proprio seguendo il suddetto imperativo, la sentenza delle Sezioni Unite n. 13916/2006 affronta e risolve due rilevanti questioni in tema di giudicato, civile e tributario. Per un verso, superando residue incertezze giurisprudenziali, sancisce la rilevanza di ufficio del giudicato sostanziale c.d. «esterno», anche nel processo di legittimità; per altro verso, riafferma, con significative precisazioni, il principio della c.d. ultrattività del giudicato tributario «sostanziale», espresso nella massima secondo cui, «qualora due giudizi tra le stesse parti abbiano riferimento al medesimo rapporto giuridico, ed uno di essi sia stato definito con sentenza passata in giudicato, l'accertamento così compiuto in ordine alla situazione giuridica ovvero alla soluzione di questioni di fatto e di diritto relative ad un punto fondamentale comune ad entrambe la cause, formando la premessa logica indispensabile della statuizione contenuta nel dispositivo della sentenza, preclude il riesame dello stesso punto di diritto accertato e risolto, anche se il successivo giudizio abbia finalità diverse da quelle che hanno costituito lo scopo ed il *petitum* del primo. Tale efficacia, riguardante anche i rapporti di durata, non trova ostacolo, in materia tributaria, nel principio dell'autonomia dei periodi d'imposta».

In tal modo il giudice di legittimità intende rimarcare come l'accertamento giudiziale su un elemento fondamentale di un rapporto valga anche in successivi giudizi, concernenti rapporti differenti sul piano temporale, ma coincidenti sul piano contenutistico e soggettivo con quello accertato.

Stante l'unicità ed il protrarsi nel tempo dell'interesse protetto, l'accertamento, con una prima sentenza, dell'esistenza dell'obbligo oggetto del giudizio, non può – a situazione normativa e fattuale immutata – essere negato, diminuito o aumentato da successive sentenze, sol perché identici rapporti sorgono in periodi diversi²⁰.

¹⁹ La sentenza ha immediatamente destato l'attenzione della dottrina, v. *ex plurimis*, E. MANZON, *I limiti oggettivi del giudicato tributario nell'ottica del "giusto processo": lo swing-over della Cassazione*, in *Corr. giur.*, n. 12/2006, p. 1701 ss.; F. TESAURO, *Giudicato tributario, questioni pregiudiziali e imposte periodiche*, in *Boll. Trib.*, 2006, n. 14, p. 1173 ss.; C. GLENDI, *Giuste aperture al "ne bis in idem" in Cassazione ma discutibili estensioni del "giudicato tributario" extra moenia*, in *GT-Rivista di giurisprudenza tributaria*, 2006, p. 557 ss.

²⁰ Cfr. R. CAPONI, Nota a Cass. Sez. Un. n. 13916/2006, in *Foro it.*, 2006, I, c. 494; per una più ampia trattazione sul punto v., ancora, ID., *In tema di limiti temporali del giudicato civile sulle situazioni soggettive che proteggono un interesse durevole nel tempo*, in *Foro it.*, 1998, I, c. 1193; per la contrapposta impostazione, in tema di giudicato tributario (dalla quale la Suprema Corte prende le distanze con la pronuncia in epigrafe), v. C. CONSOLO - N. D'ASCOLA, *Giudicato tributario*, in *Enc. dir.*, Agg. V, Milano, Giuffrè, 2001, p. 478.

4. L'incidenza degli eventi sopravvenuti sulla protrazione degli effetti del giudicato

Si pone ora il problema di verificare se l'intervento della Corte di giustizia costituisca o non un attentato al principio della intangibilità del giudicato, secondo l'interpretazione offerta dal giudice nazionale, rispetto ai rapporti che si reiterano nel tempo, tenendo conto del principio affermato dalla stessa Corte, secondo cui la diversità dei sistemi nazionali, dovuta a mancanza di una disciplina UE, comporta che spetti ai singoli sistemi garantire la tutela dei diritti attribuiti dal diritto comunitario²¹, nei limiti del principio di equivalenza e di effettività²². Spetta, pertanto, in linea di principio, al giudice nazionale verificare se equivalenza ed effettività ricorrano nel caso concreto, salva la possibilità per il giudice dell'Unione di fornire le indicazioni che ritenga utili²³.

Rimanendo in questa prospettiva, l'avvio per la soluzione del problema deve muovere dalla considerazione che le situazioni soggettive di carattere durevole tendono, per loro natura, a proseguire anche dopo la formazione di un giudicato, purché non intervenga un fatto estintivo o modificativo della fattispecie principale. Sicché – secondo l'interpretazione offerta dal giudice nazionale – l'esistenza di un giudicato precedente formatosi sul medesimo rapporto giuridico concernente una prestazione impositiva anteriore, vincola il giudice nel decidere sullo stesso rapporto, ma relativamente ad un periodo successivo di imposta, sempre se non intervengano eventi rilevanti riguardanti detto periodo.

La questione allora si sposta sull'incidenza che il rinvio pregiudiziale assume nell'ambito decisionale del giudice remittente²⁴ e, più direttamente, sul

²¹ Sul principio dell'autonomia processuale degli Stati membri ed i suoi limiti, sentenze della Corte di giustizia del 16 dicembre 1976 in causa n. 33/76, *Rewe*, in *Raccolta*, 1976, p. 1989; del 16 dicembre 1976 in causa n. 45/76, *Comet*, *cit. supra*, nota 11; del 19 giugno 2003 in causa n. C-34/02, *Pasquini*, in *Raccolta*, 2003, I, p. 6515, punto 56 ss. e annotata in questa *Rivista*, 2003, p. 561; v. E. CANNIZZARO, *Sui rapporti fra sistemi processuali nazionali e diritto dell'Unione europea*, in *Dir. Un. Eur.*, 2008, p. 447 ss.; M. LOMBARDO, *Il principio di leale cooperazione e l'armonizzazione indiretta delle regole procedurali nazionali alla luce della recente giurisprudenza della Corte di giustizia*, in questa *Rivista*, 2008, p. 490 ss.

²² Sui principi di effettività ed equivalenza v. M. F. ORZAN, *Oops -- the ECJ did it again!: The relationship between the principle of effectiveness of EU law and the principle of legal certainty in the ECJ case-by-case approach ("Amministrazione dell'Economia e delle Finanze, Agenzia delle Entrate v Fallimento Olimpclub Srl", ECJ (Second Chamber), judgment of 3 September 2009, C-2/08)*, in *European Law Reporter*, 2010, n. 2, p. 63 ss.; S. AMADEO, *L'effettività del diritto comunitario sostanziale nel processo interno: verso un approccio di sistema?*, in F. SPITALERI (a cura di), *L'incidenza del diritto comunitario e della CEDU sugli atti nazionali definitivi*, *cit. supra*, nota 2, p. 123 ss.; A. ADINOLFI, *La tutela giurisdizionale nazionale delle situazioni soggettive individuali conferite dal diritto comunitario*, in *Dir. Un. Eur.*, 2001, p. 41; v., inoltre, sentenza della Corte di giustizia del 19 settembre 2006 in cause riunite n. C-392/04 e n. C-422/04, *i-21 Germany e Arcor*, in *Raccolta*, 2006, I, p. 2425, su cui M. TABOROWSKI, *Case Law, CMLR*, 2007, p. 1463 ss.

²³ Sentenza della Corte di giustizia del 1° dicembre 1998 in causa n. C-326/96, *Levez*, in *Raccolta*, 1998, I, p. 7835, punto 39 ss., annotata in questa *Rivista*, 1999, p. 71; in dottrina cfr. G. TESAURO, *Diritto dell'Unione Europea*, Cedam, 2010, p. 353 s.

²⁴ V. L. DANIELE, *Il contributo dei giudici italiani allo sviluppo del diritto comunitario ovvero*

rilievo che la sentenza della Corte, che fa seguito a tale rinvio, vincola il giudice *a quo*, che, dunque, è tenuto a dare esecuzione al dettato del giudice UE. Ma è proprio tale efficacia vincolante che esclude una uniformità di situazioni concernenti i diversi periodi di imposta ed esclude, quindi, che il giudicato formatosi sul primo rapporto produca i suoi effetti su quello successivo, non ancora deciso.

Tale conclusione si pone in linea con quanto sostenuto dall'Avvocato Generale, laddove ha escluso che la decisione della Corte possa investire le sentenze definitive pronunciate su annualità fiscali precedenti²⁵.

Il punto essenziale, evidenziato soprattutto nelle conclusioni dell'Avvocato Generale, si sostanzia, infatti, nell'assunto che le sentenze passate in giudicato non vengono rimesse in discussione «in quanto tali», ma ne viene soltanto limitata l'efficacia con riguardo al periodo d'imposta cui si riferiscono.

Orbene, già da quanto esposto è possibile argomentare che, nel momento in cui, la Corte di giustizia, sul presupposto di un possibile contrasto di precedenti giudicati con il diritto dell'UE, afferma in termini perentori la sussistenza di principi (effettività) che devono applicarsi al caso concreto, inserisce nel contesto valutativo del giudice del rinvio un elemento *superveniens* che modifica la situazione presente nel pregresso giudicato²⁶ e che giustifica, quindi, una valutazione autonoma della fattispecie, indipendente cioè dalla precedente definitiva pronuncia. Né si può affermare che detto principio di effettività era preesistente e, quindi, rientrante nel contesto valutativo dei primi giudici, poiché altro è il principio generale e astratto di cui il giudice dovrebbe tener conto, altro è l'imperativo imposto dalla Corte UE, di cui il giudice non può non tenere conto. Sicché, nella dinamica processuale viene ad inserirsi un elemento nuovo sopravvenuto, che mutando la situazione giuridica in cui si è realizzato il «giudicato», consente, in base ai principi generali, di decidere autonomamente senza vincoli pregressi.

In altri termini, in seguito ad un rinvio pregiudiziale, il responso che viene dato dalla Corte di giustizia viene a costituire un elemento nuovo rispetto al precedente giudicato, che non più giustifica l'ultrattività dello stesso, consentito solo rispetto a situazioni rimaste invariate.

cinquant'anni di rinvio pregiudiziale, in questa *Rivista*, 2008, p. 469 ss.; v., inoltre, sul rinvio pregiudiziale, M. CONDINANZI - R. MASTROIANNI, *Il contenzioso dell'Unione europea*, Torino, Giappichelli, 2009, p. 186 ss.; e, ancora, R. MASTROIANNI, *Pregiudiziale comunitaria*, in *Digesto delle discipline pubblicistiche*, Agg., Torino, Utet, 2010, p. 400 ss.

²⁵ Cfr. par. 4 conclusioni dell'Avvocato Generale Ján Mazák del 24 marzo 2009 alla causa C-2/08, *Olimpiclub*, cit. *supra*, nota 3.

²⁶ Cfr. R. CAPONI, *Corti europee e giudicati nazionali*, in *Relazione al XXVII Congresso nazionale dell'Associazione italiana fra gli studiosi del processo civile*, "Corti europee e giudici nazionali", Verona, 25-26 settembre 2009, p. 40 s.

5. Considerazioni conclusive

Il risultato delle brevi osservazioni appena svolte conferma la validità del tradizionale concetto di giudicato come manifestazione definitiva della volontà concreta della legge statale. Il sovrapporsi a quello nazionale di un sistema normativo sovranazionale, affidato al controllo giurisdizionale, impone di inserire il giudicato in una dimensione, nella quale non è ravvisabile alcun cedimento del principio di sua intangibilità, trovando la limitazione della sua proiezione temporale nei rapporti di durata in eventi sopravvenuti che sottraggono il secondo giudice nazionale dall'obbligo di rispettare quanto deciso dal primo. E non vi è dubbio che evento sopravvenuto può essere costituito da un nuovo fatto o atto giuridicamente rilevante, da una nuova legge o anche – come nella specie – da una pronuncia della Corte di Lussemburgo, il cui *dictum* si concretizza in una regola di condotta indirizzata al giudice che ha effettuato il rinvio.

Ciò dimostra ancora una volta come, sia pure con sottili distinguo, il Giudice UE abbia cercato – a parere di chi scrive, riuscendoci – di conciliare il principio di immutabilità della *res iudicata* con l'interesse sovranazionale a reprimere pratiche abusive in materia di IVA; così come si premurò di fare nel caso *Lucchini*, in materia di aiuti di Stato, allorché, di fronte ad una inammissibile invasione di competenze, sancì l'inoperatività di una sentenza dello Stato italiano, le cui trasgressioni erano tali da mettere in discussione la stessa giuridica configurabilità della pronuncia.

Maria Teresa Stile*

* Dottore di ricerca in diritto della Concorrenza e del Mercato nell'UE / Università degli Studi di Napoli - Federico II; già assegnista di ricerca presso la medesima Università.

**NATURA DELLA COMPETENZA ESTERNA DELLA COMUNITÀ
EUROPEA A NEGOZIARE E CONCLUDERE ACCORDI
COMMERCIALI NEI SETTORI DEI SERVIZI
PRIMA DEL TRATTATO DI LISBONA**

Corte di giustizia

Parere n. 1/08 del 30 novembre 2009 (Grande Sezione)*

Art. 300, n. 6, CE - Domanda di parere - Accordo generale sugli scambi di servizi (GATS) - Adesione di nuovi Stati membri - Accordi in tema di modifiche degli impegni specifici della Comunità e dei suoi Stati membri - Fondamento giuridico e natura della competenza della Comunità europea.

La conclusione degli accordi con i membri danneggiati dell'Organizzazione mondiale del commercio ai sensi dell'articolo XXI dell'Accordo generale sugli scambi di servizi (GATS), quali illustrati nella presente domanda di parere, rientra nell'ambito della competenza ripartita della Comunità europea e degli Stati membri.

L'atto comunitario che conclude i detti accordi dev'essere fondato sia sull'art. 133, nn. 1, 5, e 6, secondo comma, CE, che sugli artt. 71 CE e 80, n. 2, CE, in combinato disposto con l'art. 300, nn. 2 e 3, primo comma, CE.

(Omissis) **In diritto**

Esposizione del contesto della domanda di parere

Il GATS (Omissis)

Obiettivo e genesi degli accordi di cui è prevista la conclusione (Omissis)

La forma e il contenuto degli accordi de quibus (Omissis)

* In *Raccolta*, 2009, I, p. 11129 ss. Il testo integrale del parere, sopra riportato, è reperibile sul sito internet www.curia.europa.eu (n.d.r.). In argomento v. *infra*, p. 675 ss., il commento di LORENZA MOLA.

La domanda di parere (Omissis)**Le osservazioni scritte degli Stati membri e delle istituzioni**

Sull'articolazione delle due questioni poste nella domanda di parere e sull'ordine del loro esame (Omissis)

Sul primo quesito (Omissis)

Sul secondo quesito (Omissis)

Sull'art. 133, n. 6, secondo comma, CE (Omissis)

Sugli artt. 71 CE e 80, n. 2, CE (Omissis)

Presa di posizione della Corte

Sull'obiettivo degli accordi de quibus (Omissis)

Sull'oggetto dei quesiti rivolti alla Corte e sul loro ordine d'esame

106. La domanda di parere presentata dalla Commissione da un lato mira a chiarire se la Comunità sia competente a concludere gli accordi de quibus da sola e, dall'altro, verte sulla scelta del fondamento normativo appropriato dell'atto mediante il quale la Comunità concluderà questi ultimi. A quest'ultimo proposito il parere ha, più in particolare, lo scopo di determinare se occorre fondare il consenso della Comunità a essere vincolata soltanto sull'art. 133, n. 1-5, CE, in combinato disposto con l'art. 300, n. 2, CE, come ritiene la Commissione, oppure se, a tal fine, debbano essere considerati anche l'art. 133, n. 6, CE e gli artt. 71 CE e 80, n. 2, CE, in combinato disposto con l'art. 300, n. 3, CE, come sostiene il Consiglio. (Omissis)

110. Peraltro, occorre ricordare che la scelta del fondamento giuridico adeguato riveste un'importanza di natura costituzionale. Infatti, dato che dispone soltanto di competenze di attribuzione, la Comunità deve ricondurre l'accordo che intende concludere ad una disposizione del Trattato che l'abiliti ad approvare un simile atto. Il ricorso ad un fondamento giuridico errato può quindi invalidare l'atto di stipulazione stesso e, conseguentemente, inficiare il consenso della Comunità ad essere vincolata dall'accordo da essa sottoscritto. Ciò si verifica, in particolare, quando il Trattato non attribuisce alla Comunità una competenza sufficiente per ratificare l'accordo nel suo complesso, il che equivale ad esaminare la ripartizione delle competenze tra la Comunità e gli Stati membri a stipulare l'accordo progettato con paesi terzi, oppure, ancora, quando il fondamento giuridico adeguato del suddetto atto di stipulazione prevede una procedura legislativa diversa da quella che è stata effettivamente seguita dalle istituzioni comunitarie (parere 6 dicembre 2001, n. 2/00, *Raccolta*, I, p. 9713, punto 5).

(Omissis)

Sulla competenza della Comunità a concludere gli accordi de quibus e sui fondamenti normativi riguardanti tale conclusione (Omissis)

115. In tale contesto, occorre sottolineare innanzitutto che l'elenco degli impegni della Comunità e dei suoi Stati membri non può essere oggetto di modifiche in seguito

all'intervento unilaterale degli Stati membri, che agiscano individualmente oppure collettivamente. In tal caso, la partecipazione della Comunità è indispensabile.

116. Per contro, queste stesse circostanze non implicano necessariamente che ciò avvenga anche riguardo alla partecipazione degli Stati membri agli accordi *de quibus*. Difatti, l'eventuale necessità di una partecipazione di tali Stati dipende, nel caso di specie, in particolare dalla questione se, grazie alle modifiche apportate dal Trattato di Nizza all'art. 133 CE, la competenza esterna della Comunità non abbia subito un'evoluzione tale da giustificare che la Comunità concluda da sola i suddetti accordi, questione che sarà esaminata nel presente parere.

Sul ricorso all'art. 133, nn. 1 e 5, CE, relativo alla politica commerciale comune

117. La competenza della Comunità a partecipare alla conclusione degli accordi *de quibus* in forza dell'art. 133, nn. 1 e 5, CE è indubbia.

118. Da un lato, è pacifico che i suddetti accordi contengono disposizioni riguardanti tra l'altro servizi forniti in modalità 1. Orbene, come la Corte ha giudicato al punto 44 del citato parere n. 1/94, una siffatta modalità che copre la fornitura transfrontaliera di servizi rientra nella nozione di politica commerciale comune ai sensi dell'art. 133, n. 1, CE. Quest'ultima disposizione, che, secondo costante giurisprudenza, investe la Comunità di una competenza esclusiva, non ha subito modifiche.

119. Dall'altro lato, dall'art. 133, n. 5, primo comma – disposizione introdotta dal Trattato di Nizza – deriva che la Comunità si trova ormai investita anche della competenza a concludere, a titolo della suddetta politica commerciale comune, accordi internazionali relativi agli scambi di servizi effettuati nelle modalità 2-4. Tali modalità di prestazione di servizi che il GATS denomina, rispettivamente, «consumo all'estero», «presenza commerciale» e «presenza di persone fisiche», e che in passato ricadevano all'esterno del settore della politica commerciale comune (v. parere n. 1/94, *cit.*, punto 47), vi rientrano ormai alle condizioni previste all'art. 133, nn. 5 e 6, CE. (*Omissis*)

121. In primo luogo, si può rilevare che, considerato tanto il suo carattere generale, quanto il fatto che è stato stipulato su scala mondiale, il GATS riveste, in particolare riguardo alla nozione di «scambio di servizi», terminologia utilizzata sia dal medesimo che dall'art. 133, n. 5, primo comma, CE, un'importanza particolare nell'ambito dell'azione internazionale relativa agli scambi di servizi.

(*Omissis*)

Sul ricorso all'art. 133, n. 6, secondo comma, CE e sulla partecipazione degli Stati membri alla conclusione degli accordi *de quibus* (*Omissis*)

135. Il suddetto art. 133, n. 6, secondo comma, CE riflette la volontà di impedire che gli scambi di tali servizi possano essere disciplinati per il tramite di accordi internazionali che siano conclusi dalla Comunità da sola in forza della sua competenza esterna in materia commerciale. Senza escludere in alcun modo la competenza della Comunità al riguardo, l'art. 133, n. 6, secondo comma, CE esige, per contro, che tale competenza, nella fattispecie ripartita tra la Comunità e i suoi Stati membri, venga esercitata in modo congiunto da questi ultimi e dalla Comunità.

136. Si può osservare che, avendo così previsto un'azione comune della Comunità e dei suoi Stati membri in forza della competenza ripartita da essi detenuta, l'art. 133,

n. 6, secondo comma, CE è tale da consentire, al contempo, di perseguire l'interesse della Comunità all'adozione di una politica commerciale esterna globale, coerente ed efficiente, e di prendere in considerazione gli interessi particolari che gli Stati membri potrebbero intendere sostenere nei delicati settori individuati dalla stessa disposizione. L'esigenza dell'unità di rappresentanza internazionale della Comunità impone inoltre una stretta cooperazione fra gli Stati membri e le istituzioni comunitarie nel processo di negoziazione e in quello di conclusione di tali accordi (v. in tal senso, segnatamente, parere n. 2/00, *cit.*, punto 18 e la giurisprudenza ivi citata). (*Omissis*)

150. In tale contesto, occorre constatare che dall'art. 133, n. 6, secondo comma, CE risulta che la Comunità e gli Stati membri dispongono nella specie di una competenza ripartita ai fini di concludere congiuntamente gli accordi *de quibus*. Questa constatazione è sufficiente a risolvere il primo quesito sollevato nella domanda di parere con cui è stata adita la Corte.

(*Omissis*)

Sul ricorso agli artt. 71 CE e 80, n. 2, CE, relativi alla politica comune dei trasporti
(*Omissis*)

156. Ai fini di chiarire la portata dell'art. 133, n. 6, terzo comma, CE, occorre in primo luogo ricordare che l'art. 133, n. 5, primo comma, CE, il quale, come si è già rilevato, investe la Comunità di una competenza esterna a titolo della politica commerciale comune in materia di scambi di servizi forniti in modalità 2-4, specifica espressamente che detta competenza «[fa] salvo il par. 6».

157. In secondo luogo, si deve rilevare l'eccezionalità del fatto che una disposizione del Trattato attributiva di una competenza esterna della Comunità in un settore particolare dirima, come fa l'art. 133 CE al suo n. 6, terzo comma, un potenziale conflitto su fondamenti normativi comunitari attraverso la specifica indicazione che un'altra disposizione del Trattato deve esserle preferita riguardo alla conclusione di taluni tipi di accordi internazionali astrattamente idonei a rientrare nell'uno o nell'altro fondamento normativo.

158. In terzo luogo, è indubbio che l'espressione «accordi internazionali nel settore dei trasporti» includa, tra l'altro, il settore degli scambi commerciali relativi ai servizi di trasporto. Infatti, non avrebbe senso precisare, nel mezzo di una disposizione inerente alla politica commerciale comune, che taluni accordi nel settore dei trasporti i quali non riguardano gli scambi di servizi di trasporto rientrano nella politica dei trasporti e non nella suddetta politica commerciale. (*Omissis*)

164. Invece, risulta da quanto precede che l'art. 133, n. 6, terzo comma, CE mira, per quanto riguarda gli scambi internazionali dei servizi di trasporto, a mantenere un parallelismo di principio tra la competenza interna che si esercita attraverso l'adozione unilaterale di norme comunitarie e la competenza esterna che opera tramite la conclusione di accordi internazionali, l'una e l'altra competenza restando, come in precedenza, basate sul titolo del Trattato specificamente inerente alla politica comune dei trasporti. (*Omissis*)

**IL PARERE N. 1/08 DELLA CORTE DI GIUSTIZIA
SULLE MODIFICHE AGLI IMPEGNI SPECIFICI ALLEGATI
AL GATS: *STATUS QUO ANTE* TRATTATO DI LISBONA
E PROSPETTIVE IN MERITO ALLA CONCLUSIONE
DI ACCORDI COMMERCIALI SUI SERVIZI**

Sommario: **1.** *Le questioni oggetto della pronuncia della Corte* - **2.** *La natura pattizia delle modifiche agli impegni specifici dei Membri dell'OMC, allegati al GATS* - **3.** *La nozione di «scambi di servizi» secondo le modalità di fornitura contemplate dal GATS* - **4.** *La negoziazione e la conclusione di accordi internazionali con una parte duplice, Unione europea e Stati membri* - **5.** *Conclusioni.*

1. Le questioni oggetto della pronuncia della Corte

La Corte di giustizia, con il parere reso in Grande sezione il 30 novembre 2009, si è pronunciata sulla questione della competenza esterna dell'allora Comunità europea in relazione al commercio dei servizi. L'intervento giurisprudenziale è avvenuto su richiesta della Commissione europea ai sensi dell'art. 300, par. 6, CE, (divenuto art. 211, par. 11, TFUE), in merito al corretto fondamento giuridico e alla natura della competenza in base a cui la Comunità dovesse concludere certi accordi con alcuni Membri dell'Organizzazione Mondiale del Commercio (OMC), aventi ad oggetto la modifica di impegni specifici della Comunità e dei suoi Stati membri ai sensi dell'Accordo generale sugli scambi di servizi (GATS)¹.

¹ Parere n. 1/08 della Corte in Grande sezione del 30 novembre 2009, in *Raccolta*, 2009, I, p. 11129. Parallelamente alla procedura consultiva in commento, attivata ex art. 300, par. 6, CE (divenuto art. 218, par. 11, TFUE), i giudici di Lussemburgo sono stati chiamati a pronunciarsi su un ricorso in annullamento presentato dalla Commissione avverso la decisione adottata congiuntamente dal Consiglio e dagli Stati membri, che stabilisce la posizione della Comunità e degli Stati membri in seno al Consiglio generale dell'OMC in relazione all'adesione della Repubblica socialista del Vietnam all'OMC, sollevando questioni sul fondamento normativo e sulla natura della competenza pressoché simili a quelle sottoposte alla Corte nel parere in commento, v. il ricorso nella causa n. C-13/07, in *Gu-Ue* n. C 56 del 10 marzo 2007, p. 22, in relazione alla quale alla data del parere in commento erano state presentate solo le conclusioni dell'Avvocato Generale Kokott del 26 marzo 2009.

Questo parere si pone come l'aggiornamento al Trattato di Nizza, per la parte relativa al commercio di servizi, della nota giurisprudenza risalente al parere n. 1/94 sulla competenza della Comunità europea a concludere gli accordi dell'OMC, tra cui il GATS². Com'è noto, in tale occasione la Corte aveva negato: *a.* che la nozione di politica commerciale comune ai sensi del Trattato CE includesse la materia degli scambi di servizi in modalità di fornitura diverse dalla prestazione transfrontaliera³; *b.* che al di fuori di questa ipotesi sussistesse in capo alla Comunità competenza sugli scambi di servizi a titolo della politica commerciale comune⁴; *c.* che la conclusione di un accordo rivolto a tutti i settori di servizi e a tutte le modalità di fornitura, quale il GATS, ricadesse nella competenza esclusiva della Comunità⁵. Successivamente, però, la portata di quella giurisprudenza si era dovuta confrontare con l'evoluzione del quadro normativo a livello di diritto primario, attraverso le successive revisioni dell'art. 133 CE da Amsterdam a Nizza. La più recente pronuncia della Corte fornisce, così, diversi elementi di risposta alle contrastanti posizioni con cui gli attori istituzionali ed un'ampia dottrina avevano accompagnato l'estensione della competenza della Comunità in tema di politica commerciale comune agli scambi di servizi⁶. *In primis* la Commissione

² Parere della Corte n. 1/94 del 15 novembre 1994, in *Raccolta*, 1994, I, p. 526 e in questa *Rivista*, 1996, p. 53 con commenti di G. TOGNAZZI, *Il parere n. 1/94: nuovi sviluppi in tema di relazioni esterne della Comunità europea*, p. 75 ss. e di M. VERECKEN, *La competenza della Comunità a concludere accordi internazionali in materia di servizi*, p. 87 ss.

³ *Ivi*, punti 44 e 48. L'art. 113 CE allora in vigore contemplava infatti solo i campi d'azione "tradizionali" della politica commerciale comune, cioè l'adozione di principi uniformi con riguardo, in particolare, alle modificazioni tariffarie, alla conclusione di accordi tariffari e commerciali, alle misure di liberalizzazione, alla politica di esportazione e alle misure di difesa commerciale (art. 113, par. 1, CE). Dalla distinzione, tra le «azioni» della Comunità elencate nell'art. 3 CE, della «politica commerciale comune» (lett. *a.*) rispetto a «misure relative all'entrata e alla circolazione delle persone» (lett. *d.*) la Corte aveva escluso che le modalità di fornitura di servizi che implicano lo spostamento di persone fisiche potessero rientrare nella politica commerciale comune, in quanto il Trattato prevedeva una distinta «disciplina riservata ai cittadini di paesi terzi all'atto dell'attraversamento delle frontiere esterne degli Stati membri» (*ivi*, punto 46). Com'è noto, invece, ai sensi dell'art. I GATS, lo scambio di servizi è definito sulla base di quattro modalità di fornitura, a seconda che lo spostamento transfrontaliero riguardi il servizio stesso (modalità 1 o «*cross-border*»), il destinatario (modalità 2 o «*consumption abroad*»), oppure il prestatore tramite una presenza stabile nello Stato di fornitura (modalità 3, o «*commercial presence*»), che comporta, in pratica, la realizzazione di una forma di un investimento diretto estero) ovvero tramite uno spostamento temporaneo (modalità 4, o «*temporary movement of natural persons*»).

⁴ Parere n. 1/94, *loc. cit.*, punti 90-95. La Corte non ravvisava la competenza esterna né per esplicita attribuzione nel Trattato né in virtù di una relativa competenza esercitata sul piano interno, dal momento che questa non era espressa dal diritto primario sul diritto di stabilimento e sulla libera prestazione di servizi, ed era assai limitata nel diritto secondario dell'epoca.

⁵ *Ivi*, punti 81-98.

⁶ V. sul punto E. NEFRAMI, *Quelques réflexions sur la réforme de la politique commerciale par le Traité d'Amsterdam: le maintien du Statu Quo et l'unité de la représentation internationale de la Communauté*, in *Cah. dr. eur.*, 1998, p. 137 ss.; M. CREMONA, *A Policy of Bits and Pieces? The Common Commercial Policy after Nice*, in *The Cambridge Yearbook of European Legal studies*, 2002, p. 61 ss.; D. DIVERIO, *Competenze comunitarie e accordi di servizi*, in *Dir. comm. int.*, 2002, p. 255 ss., e la dottrina *ivi* citata alle note 7 e 43; R. LEAL-ARCAS, *Exclusive or shared competence in the common commercial policy: From Amsterdam to Nice*, in *Legal Issues of Economic Integra-*

europea in opposizione agli Stati membri aveva invocato l'applicazione di nuove competenze e di nuove procedure in materia di commercio di servizi, in una pluralità di concomitanti occasioni e sedi: le discussioni in seno al gruppo di lavoro sugli aspetti degli investimenti relativi al commercio⁷; i negoziati sugli scambi di servizi nell'ambito del Doha Round⁸; in vista degli ultimi due allargamenti dell'Unione nel 2004 e nel 2007, la rinegoziazione degli impegni specifici della Comunità europea e dei suoi Stati membri allegati al GATS, oggetto appunto del parere in commento. Come si vedrà, le rivendicazioni della Commissione, riflesse nelle posizioni sostenute davanti alla Corte e in larga parte confutate, alla luce della pronuncia in commento risultano eccessive.

La norma di riferimento è l'art. 133 CE così come emendato dal Trattato di Nizza, che, com'è noto, rispetto alle versioni precedenti estende la competenza della Comunità nel campo della politica commerciale comune «alla negoziazione e alla conclusione di accordi nei settori degli scambi di servizi» (art. 133, par. 5, CE), introducendo peraltro alcune disposizioni particolari sulla deliberazione all'unanimità in seno al Consiglio (*ivi*) e in certi ambiti (art. 133, par. 6, CE). Il parere in commento chiarisce definitivamente che la nozione di politica commerciale comune e l'azione esterna della Comunità esercitata a tale titolo riguardano gli scambi di servizi in tutte le modalità di fornitura, ad eccezione dei servizi nel settore dei trasporti dove permane la competenza basata sul titolo del Trattato CE ad essi specificamente dedicato; la competenza esterna relativa al commercio dei servizi è generalmente esclusiva tranne che per gli scambi di servizi culturali ed audiovisivi, didattici, sociali e sanitari, nei quali è ripartita con gli Stati membri (i «settori sensibili»). Di conseguenza, un accordo va concluso in forma mista dalla Comunità e dagli

tion, 2003, p. 3 ss.; P. KOUTRAKOS, "I need to hear you say it": *Revisiting the Scope of the EC Common Commercial Policy*, in *Yearbook of European law*, 2003, p. 407 ss.

⁷ Istituito dalla Dichiarazione adottata dalla Conferenza ministeriale dell'OMC riunitasi a Singapore nel 1996 (WT/MIN(96)DEC, par. 20), il gruppo di lavoro era incaricato di discutere su uno dei quattro c.d. "Singapore Issues", studiando in particolare le relazioni tra il commercio e gli investimenti. Ai lavori iniziali (poi sospesi a seguito della Conferenza ministeriale dell'OMC a Cancun nel 2003 e della decisione di stralciare le discussioni sugli investimenti dai negoziati del Doha Round - WT/L/579, punto g), la Commissione europea partecipò attivamente presentando numerosi contributi nella forma di "*concept papers*" che guidavano il confronto tra i Membri del Gruppo di lavoro con alcune proposte sui principali temi che la Comunità avrebbe considerato opportuno inserire in un accordo multilaterale.

⁸ L'avvio del *round* negoziale "GATS 2000" (previsto dallo stesso art. XIX GATS), poi confluito nel più ampio mandato negoziale del Doha Round, è pressoché concomitante con l'entrata in vigore del Trattato di Nizza, che, come sosterrà la Corte nel parere in commento, amplia sostanzialmente la competenza della Comunità a concludere accordi in materia di scambi di servizi. Si noti, in proposito, il minor numero di concessioni specifiche ad ogni Stato membro rispetto agli impegni comuni, nella seconda offerta negoziale presentata dalla Comunità: cfr. Council for Trade in Services, *Communication from the European Communities and its Member States - Conditional Initial Offer*, TN/S/O/EEC, 10 June 2003 e Council for Trade in Services - Special Session, *Communication from the European Communities and its Member States - Conditional Revised Offer*, TN/S/O/EEC/Rev.1, 29 June 2005.

Stati membri in tre ipotesi: *a.* se concerne il settore dei trasporti; *b.* se copre anche gli scambi di servizi in uno o più dei settori sensibili; *c.* se comporta un'armonizzazione dei diritti nazionali in un settore in cui il Trattato la escluda.

L'auspicato e atteso chiarimento interviene però il giorno immediatamente precedente all'entrata in vigore del Trattato di Lisbona, il quale porta ulteriori, significative modifiche all'articolo sulla politica commerciale comune, divenuto art. 207 TFUE. Come la Corte suggerisce, la nozione di politica commerciale comune contenuta nelle disposizioni del Trattato e così come interpretata dalla Corte è valida fintantoché e nella misura in cui tali disposizioni non siano oggetto di modifiche da parte di successivi emendamenti del Trattato⁹. La pronuncia in commento si presenta, pertanto, potenzialmente obsoleta, nel caso in cui le clausole attualmente in vigore si discostino da quelle oggetto di interpretazione da parte della Corte. Tuttavia, l'importanza del parere risiede nel fatto che fornisca comunque rilevanti elementi d'analisi e parametri interpretativi delle nuove disposizioni. Nel corso dell'analisi che segue, verranno esaminate man mano le rilevanti modifiche apportate dal Trattato di Lisbona rispetto alla versione del Trattato oggetto del parere, alla luce dei principali apporti della pronuncia della Corte. Questo esercizio condurrà a valutare come siano stati compiuti progressi radicali: oggi l'Unione europea gode della competenza esclusiva ad agire internazionalmente sugli scambi di servizi in tutte le modalità di fornitura e in tutti i settori, sempre ad eccezione dei trasporti ma inclusi i servizi culturali ed audiovisivi, sociali, educativi e sanitari; solo nel caso in cui la negoziazione e la conclusione di accordi internazionali sugli aspetti commerciali di questi settori sensibili rischi di arrecare un pregiudizio qualificato alla diversità culturale e linguistica o alle competenze degli Stati membri, allora il Consiglio delibererà all'unanimità in deroga alla regola della maggioranza qualificata. In assenza, invece, di apporti giurisprudenziali in merito, risulta alquanto più problematica la ricostruzione della nuova competenza, sempre a titolo della politica commerciale comune ex art. 207 TFUE, riguardo agli «investimenti diretti esteri». Peraltro, come si tenterà parimenti di illustrare con alcune osservazioni conclusive, la considerazione delle disposizioni sull'azione esterna dell'Unione sparse nell'intera architettura del Trattato di Lisbona tende a sfumare i netti contorni del quadro della competenza dell'Unione a concludere accordi in materia di scambi di servizi tracciati dal nuovo testo sulla politica commerciale comune.

I fatti all'origine della richiesta di parere scaturiscono dall'ammissione all'Unione europea nel 2004 e nel 2007 di nuovi Stati, già membri dell'OMC. L'allargamento ha dunque comportato l'esigenza di revocare o modificare alcune concessioni di liberalizzazione offerte da tali Stati agli altri Membri del-

⁹ Parere n. 1/08, *cit. supra*, nota 1, in particolare punti 110-116, sui quali v. *infra*, par. 2.

l'OMC, per rendere i loro impegni specifici conformi all'*acquis communautaire* e agli impegni sottoscritti dalla Comunità e dai suoi Stati membri sulle condizioni di accesso al mercato e di trattamento nazionale dei prestatori di servizi di altri Membri dell'OMC¹⁰. Tale possibilità è esplicitamente prevista all'art. V, par. 5, GATS in materia di integrazione economica, «in occasione (...) dell'ampliamento (...) di un accordo [che liberalizzi gli scambi di servizi tra le parti contraenti]». In base alla procedura di modifica degli impegni specifici prevista dall'art. XXI GATS, vari Membri dell'OMC, ritenendo i propri vantaggi pregiudicati, hanno chiesto alla Comunità e ai suoi Stati Membri di negoziare adeguamenti compensativi. Al termine del processo negoziale sono stati firmati accordi di forma e contenuto quasi identici con ciascuno di tali *partner*. Da un lato, gli impegni di liberalizzazione verso i Paesi terzi, che erano stati sottoscritti dagli Stati divenuti membri dell'Unione europea, sono stati ridotti, evidentemente perché risultavano superiori al grado di apertura dei mercati di servizi nel territorio dell'Unione europea o incompatibili con la regolamentazione dell'Unione. Tali riduzioni concernono sia impegni orizzontali sulle condizioni di fornitura di un servizio nel Paese di destinazione, tramite lo stabilimento di una presenza commerciale o lo spostamento temporaneo della persona che eroga il servizio («modalità 3» e «4» GATS), sia impegni settoriali relativi, tra altri, a servizi di locazione di aeromobili, di trasporto aereo e spaziale, e a servizi didattici, erogati in modalità transfrontaliera («modalità 1» GATS) oppure con lo spostamento del beneficiario («modalità 2» GATS) o ancora tramite una presenza commerciale del prestatore nel Paese di destinazione. Dal lato delle compensazioni, gli accordi in questione contengono sia il rilassamento di alcune limitazioni ad impegni orizzontali e settoriali precedentemente iscritte, sia l'iscrizione di taluni nuovi impegni settoriali nella lista di impegni specifici della Comunità e degli Stati membri¹¹.

Al termine dei negoziati, la Commissione contesta la scelta del Consiglio di concludere tali accordi in forma mista, insieme agli Stati membri, e sottopone alla Corte due questioni riguardanti l'una il carattere ripartito oppure esclusivo della competenza della Comunità, l'altra il fondamento normativo appropriato ai fini della conclusione di accordi sugli scambi di servizi come quelli in questione¹². Questa istituzione, in parte sostenuta dal Parlamento europeo, ritiene infatti che per gli accordi in questione sussista una competenza della Comunità a titolo della politica commerciale comune sulla base dell'art. 133, par. 1-5, CE, che tale competenza sia esclusiva e che debba essere eser-

¹⁰ Cfr. artt. XVI (Accesso al mercato), XVII (Trattamento nazionale) e XIX-XXI (Negoziazione di impegni specifici, Liste e Modifiche) GATS. Sul GATS, v. per tutti P. PICONE - A. LIGUSTRO, *Diritto dell'Organizzazione Mondiale del Commercio*, Padova, Cedam, 2002, p. 361 ss.

¹¹ V. Parere n. 1/08, *cit. supra*, nota 1, punti 15-40, in particolare i punti 34-38 per la descrizione delle modifiche o revoche, e il punto 39 per un sunto delle compensazioni.

¹² *Ivi*, punti 19-28.

citata seguendo le procedure deliberative ordinarie nel campo della politica commerciale comune, ossia con deliberazione del Consiglio a maggioranza qualificata. Gli accordi negoziati per modificare gli impegni specifici allegati al GATS non rientrerebbero in alcuna delle due ipotesi in cui l'art. 133 CE prevede che il Consiglio deliberi eccezionalmente all'unanimità: quando un accordo sugli scambi di servizi contenga disposizioni per le quali è richiesta l'unanimità per l'adozione di norme interne o qualora riguardi un settore in cui norme interne non siano ancora state adottate (art. 133, par. 5, secondo comma, CE), ovvero quando un accordo di natura orizzontale riguardi anche le situazioni appena indicate o uno dei «settori sensibili» di cui al par. 6 del medesimo art. 133 CE. Nel caso della conclusione degli accordi in questione non sarebbe invece rilevante la disposizione che, riprendendo ed ampliando i termini di una «clausola culturale», prevede la competenza ripartita tra la Comunità e gli Stati membri rispetto ad accordi nei settori «sensibili» degli scambi di servizi culturali e audiovisivi, di servizi didattici, di servizi sociali e relativi alla salute umana (art. 133, par. 6, secondo comma, CE).

Al contrario, Consiglio e Stati membri ritengono che la base giuridica della decisione di concludere gli accordi negoziati con alcuni Membri dell'OMC nell'ambito del GATS debba essere opportunamente estesa anche alla disposizione che nell'ambito della politica commerciale comune prevede la competenza ripartita tra la Comunità e gli Stati membri, poiché alcune modifiche, revoche e compensazioni concernerebbero i «settori sensibili» indicati. Inoltre, sempre in ragione dei settori interessati da alcuni impegni contenuti negli accordi in questione, occorrerebbe che la decisione con cui vengono conclusi tali accordi sia fondata anche sugli artt. 71 e 80, par. 2, CE in materia di trasporti, in cui sussiste una competenza esterna specifica. Infatti il settore dei trasporti è tradizionalmente sottratto alla politica commerciale comune in virtù del titolo del Trattato sulla politica comune dei trasporti (il Titolo V del Trattato CE), come asserito dalla Corte in una giurisprudenza costante¹³. A riguardo, l'art. 133, par. 6, terzo comma, CE enuncia che la negoziazione e la conclusione di accordi nel settore dei trasporti restano soggette alle disposizioni del relativo titolo e alla procedura ordinaria di conclusione degli accordi internazionali prevista all'art. 300 CE. Di riflesso, il Consiglio e gli Stati membri intervenuti sostengono che la procedura di conclusione di questi accordi modificativi degli impegni specifici allegati al GATS sia da individuarsi correttamente nella procedura ordinaria per la conclusione di accordi internazionali da parte della Comunità (art. 300, par. 3, CE).

¹³ Parere n. 1/94, *cit. supra*, nota 2, punti 48-53, e Parere n. 2/92 del 24 marzo 1995, in *Raccolta*, 1995, I, p. 521, punto 27.

2. La natura pattizia delle modifiche agli impegni specifici dei Membri dell'OMC, allegati al GATS

In via preliminare, prima di trattare il nucleo delle questioni ad essa sottoposte, la Corte si occupa di stabilire i contorni della propria competenza consultiva ex art. 300, par. 6, CE nei confronti degli accordi internazionali previsti. In primo luogo, la Corte affronta la questione se i testi con cui vengono modificati gli impegni specifici della Comunità e dei suoi Stati membri siano «accordi» internazionali, rientrando in tal modo nell'ambito della sua giurisdizione consultiva ai sensi della disposizione in parola. Dal canto suo, infatti, la Commissione asserisce che almeno la parte relativa alle modifiche ed alle revoche degli impegni specifici allegati al GATS dei nuovi Stati membri non costituisce oggetto di accordo tra le parti. I giudici di Lussemburgo sostengono al contrario che l'iniziale fissazione per via unilaterale di modifiche e revoche di un allegato ad un accordo non privi della natura pattizia gli esiti dei conseguenti negoziati sulle compensazioni: queste ultime sono occasionate proprio da tali modifiche, di cui costituiscono la contropartita, ed insieme le une e le altre contribuiscono al ripristino di un equilibrio concordato nel corso di negoziati; inoltre, tutti gli elementi degli accordi da cui scaturisce la richiesta di parere sono vincolanti per le parti, e per tutti gli altri Membri dell'OMC¹⁴. In proposito ci si limita a notare che la giurisprudenza della Corte sulla natura pattizia delle modifiche agli impegni specifici sottoscritti da un Membro dell'OMC nei confronti degli altri Membri è ovviamente vincolante all'interno dell'ordinamento giuridico dell'Unione europea per le Istituzioni e per gli Stati membri; per altro verso, essa potrebbe venire in rilievo, in altri ordinamenti giuridici come quelli di Stati terzi e dell'OMC, quale prassi interpretativa ausiliaria¹⁵.

In secondo luogo, richiamando la propria giurisprudenza sulla valenza dell'art. 300, par. 6, CE¹⁶, la Corte ribadisce che la compatibilità di un accordo internazionale con il Trattato CE va verificata sotto due punti di vista: nei confronti del contenuto dell'accordo rispetto alle competenze sostanziali attribuite alla Comunità dal Trattato, come pure rispetto all'osservanza di disposi-

¹⁴ Parere n. 1/08, *cit. supra*, nota 1, punti 96-105.

¹⁵ Intesa sulla risoluzione delle controversie, Allegato 2 dell'Accordo istitutivo dell'Organizzazione Mondiale del Commercio; v. la nota disposizione secondo cui il sistema di risoluzione delle controversie serve a chiarire le disposizioni degli accordi contemplati «in accordance with customary rules of interpretation of public international law» (art. 3, par. 2, Intesa), a partire dalla quale gli organi giudicanti dell'OMC hanno fatto ricorso a tutte le fonti di diritto internazionale elencate dallo Statuto della Corte Internazionale di Giustizia, art. 38, par. 1, in cui tra il diritto internazionale applicabile sono annoverate le «judicial decisions» quali «subsidiary means for the determination of rules of law». V. D. PALMETER - P. C. MAVROÏDIS, *The WTO Legal System: Sources of Law*, in *Am. Jnl. of Int. Law*, 1998, p. 398 ss.

¹⁶ Parere n. 1/08, *loc. cit.*, punto 107; v. in tal senso, Parere della Corte n. 1/75 dell'11 novembre 1975, in *Raccolta*, 1975, p. 1360, richiamato dalla Corte.

zioni che riguardano la competenza, la procedura, l'organizzazione istituzionale della Comunità. Pertanto, com'è il caso nel parere in commento, la Corte può essere interpellata in via consultiva ex art. 300, par. 6, CE su questioni che presentano profili precipuamente istituzionali, quali la ripartizione della competenza a stipulare tra le Istituzioni della Comunità e gli Stati membri¹⁷.

Infine, sin dalle osservazioni sull'ordine con cui occorra eventualmente affrontare le due questioni sollevate dalla Commissione si delinea l'elemento su cui la Corte fonderà la sua pronuncia. Secondo i giudici di Lussemburgo, i nodi sottoposti al parere della Corte, riguardanti il carattere esclusivo o ripartito della competenza e il fondamento giuridico dell'atto di stipulazione di un accordo, sono in realtà intrinsecamente connessi, e la loro risoluzione dipende dalla competenza attribuita alla Comunità¹⁸. Infatti, poiché la Comunità dispone solo di competenze di attribuzione, l'esatta individuazione del fondamento giuridico cui far ricorso per adottare l'atto di stipulazione di un accordo è cruciale ai fini della validità del consenso a vincolarsi espresso dalla Comunità; orbene, la Corte ricorda che il consenso può risultare inficiato in una duplice ipotesi: allorquando non sussista una competenza attribuita sufficiente a stipulare, com'è il caso degli accordi misti da cui risulta necessario l'esame della ripartizione delle competenze, e qualora l'atto venga adottato in violazione della procedura legislativa all'uopo prevista¹⁹. Invero, le questioni sottoposte alla Corte sono tali da poter essere esaminate congiuntamente²⁰. L'analisi della Corte si articolerà dunque attorno alla determinazione dell'estensione e del tipo della competenza attribuita alla Comunità in materia di politica commerciale comune. Ciò consentirà di valutare se questa competenza abbia subito un'evoluzione ad opera delle modifiche all'art. 133 CE apportate dal Trattato di Nizza, tale da giustificare la conclusione degli accordi di modifica, revoca o compensazione degli impegni specifici ai sensi del GATS da parte della sola Comunità²¹. Dal complesso di queste osservazioni, il principio di attribuzione delle competenze emerge quale cardine dell'analisi della Corte.

Sul punto si può, peraltro, osservare come la Corte dia l'impressione di discostarsi dall'applicazione del principio di attribuzione delle competenze, e ricorra invece a considerazioni di altra natura per stabilire chi, tra la Comunità e gli Stati membri, abbia titolo a concludere accordi come quelli in que-

¹⁷ Parere n. 1/08, *cit. supra*, nota 1, punti 108-109. La Corte fa riferimento, negli stessi termini, al Parere della Corte n. 1/78 del 4 ottobre 1979, in *Raccolta*, 1979, p. 2871, punto 30 e in questa *Rivista*, 1980, p. 363, vertente sull'Accordo internazionale sulla gomma naturale, e al Parere n. 1/03 della Corte (seduta plenaria) del 7 febbraio 2006, in *Raccolta*, 2006, I, p. 1145, punto 112.

¹⁸ Parere n. 1/08, *loc. cit.*, punti 110 e 112.

¹⁹ *Ivi*, punto 110.

²⁰ *Ivi*, punti 111 e 113.

²¹ *Ivi*, punto 116.

sione. Queste non fanno neppure riferimento ai principi che regolano, sul piano del diritto internazionale, la modifica dei trattati da parte dei contraenti originari²². Piuttosto, è in ragione del «contesto» e delle «circostanze» particolari del caso che la Corte fa salvo, innanzitutto e comunque, l'intervento della Comunità nella modifica degli impegni specifici della Comunità e dei suoi Stati membri. Tali impegni, annoverati in un *unico* elenco allegato al GATS, nel loro insieme contribuiscono, «analogamente agli elenchi degli altri membri dell'OMC, (...) a stabilire un equilibrio multilaterale tra gli impegni dei vari membri dell'OMC»²³. Evidentemente i giudici ritengono che l'equilibrio risulterebbe compromesso se l'elenco di impegni specifici della Comunità e dei suoi Stati membri fosse oggetto di modifiche apportate unila-

²² È invece in quest'ottica che si svolgono ad esempio le argomentazioni del Governo italiano, intervenuto a sostegno del Consiglio, secondo cui i principi generali del diritto internazionale e la certezza del diritto impongono che gli accordi modificativi di un accordo misto siano conclusi come accordi misti (Parere n. 1/08, *cit. supra*, nota 1, punto 56). Provando a sviluppare *a contrario* l'analisi sul piano del diritto internazionale, pur non potendo svolgere in questa sede considerazioni più ampie, si può osservare innanzitutto che, al momento della conclusione degli accordi in questione, la Comunità è vincolata alle norme consuetudinarie del diritto internazionale dei trattati, applicabili anche ai trattati conclusi tra organizzazioni internazionali e Stati, com'è il caso del GATS. In effetti, anche in riferimento alla Convenzione di Vienna del 1969 sul diritto dei trattati *tra Stati*, la Corte nella sentenza del 16 giugno 1998 in causa n. C-162/96, *Racke*, in *Raccolta*, 1998, I, p. 3655, punto 24, e massimata in questa *Rivista*, 1998, p. 630, sostiene che, «sebbene non vincolanti per la Comunità e per tutti gli Stati membri di questa, varie disposizioni della Convenzione di Vienna rispecchiano le norme del diritto internazionale» generale. Con riferimento alla Convenzione di Vienna del 1986 sul diritto dei trattati fra Stati ed organizzazioni internazionali e fra organizzazioni internazionali (Nazioni Unite, *Annuaire*, 1982, II (parte 2), v. T. TREVES, *Diritto Internazionale. Problemi fondamentali*, Milano, Giuffrè, 2005, p. 440 ss.), occorre premettere che la Comunità (ora, l'Unione) non vi è parte e che peraltro la Convenzione non è ancora entrata in vigore; posto dunque che le norme ivi contenute corrispondano al diritto consuetudinario, viene in rilievo l'accento posto sulle norme a stipulare proprie dell'organizzazione. Da un lato, tra le clausole relative agli emendamenti ed alle modifiche dei trattati tra tutti o alcuni dei contraenti originari, è specificato che il consenso di un'organizzazione ad un accordo di modifica è retto dalle regole dell'organizzazione (art. 39, par. 2, Convenzione del 1986). Dall'altro lato, tra le cause di nullità di un trattato è tipicamente indicata la *manifesta* violazione di una regola dell'organizzazione di *fondamentale* importanza sulla competenza a concludere trattati (art. 46, par. 2, Convenzione del 1986, v. *mutatis mutandis* art. 46, par. 2, Convenzione del 1986). Per «regole dell'organizzazione» si intendono «gli atti costitutivi dell'organizzazione, le decisioni e risoluzioni adottate conformemente ai predetti atti e la pratica ben stabilita dell'organizzazione» (art. 1, lett. j.). Se queste norme corrispondessero al diritto generale (conformità presumibile, secondo il Treves, per quelle disposizioni in tutto simili alle corrispondenti clausole della Convenzione di Vienna del 1969 cui è riconosciuto valore consuetudinario), alla luce delle osservazioni della Corte nel parere in commento e in altre pronunce (che, dato il loro carattere vincolante sulle istituzioni e sugli Stati membri, sono da considerarsi «regole dell'organizzazione» della Comunità) si potrebbe ipotizzare che la nullità di un accordo stipulato solo dalla Comunità non possa essere necessariamente dedotta dal fatto che si tratti della modifica di un accordo precedente concluso in forma mista, dalla Comunità e dagli Stati membri. Sarebbero infatti le «regole dell'organizzazione», in particolare quelle riconducibili al principio fondamentale sull'attribuzione delle competenze in relazione all'azione esterna, a disciplinare la capacità della Comunità di concludere l'accordo, a determinare la validità del consenso e a far risultare nullo l'accordo stipulato in loro manifesta violazione, nel diritto internazionale. Secondo questa linea argomentativa, in virtù della natura attribuita delle competenze della Comunità, la violazione di norme interne sulla competenza a stipulare dovrebbe dunque essere valutata in riferimento alle norme vigenti al momento della conclusione di un accordo, anche modificativo di un accordo concluso precedentemente e anche se questo era stato adottato sulla base di un fondamento giuridico differente, ma che in seguito abbia subito evoluzioni.

²³ Parere n. 1/08, *loc. cit.*, punto 114.

teralmente dagli Stati membri che agiscano individualmente o collettivamente²⁴. Anche se la Corte non apporta argomenti giuridici o politici a questa osservazione, tuttavia si scorge sullo sfondo la considerazione che la competenza attribuita alla Comunità (o, ad oggi, all'Unione) in materia commerciale venga mantenuta o ampliata. A questo punto, in effetti, ma solo dopo aver scartato l'intervento unilaterale degli Stati membri sulla base delle considerazioni relative al contesto ed alle circostanze dell'accordo, la Corte tiene conto del principio di attribuzione delle competenze: riflettendo sull'eventualità che nella modifica degli impegni specifici allegati al GATS si renda necessaria anche la partecipazione degli Stati membri, la Corte sostiene che tale eventualità dipende dall'evoluzione della competenza esterna della Comunità attraverso le modifiche dell'art. 133 CE²⁵.

In termini generali, dunque, si potrebbe riprendere il ragionamento preliminare della Corte sulla partecipazione congiunta della Comunità e degli Stati membri alla modifica di un accordo, alla luce del principio di attribuzione delle competenze, ricavando le seguenti implicazioni all'interno dell'ordinamento giuridico dell'Unione: se un accordo è stato concluso come accordo misto, una sua modifica dovrà essere conclusa ancora dall'Unione e dagli Stati membri, in assenza di cambiamenti alla competenza esterna dell'Unione; di converso, la conclusione di un accordo in forma mista non comporta l'obbligo, all'interno dell'ordinamento giuridico dell'Unione, di concludere congiuntamente anche le successive modifiche se nel frattempo la competenza si è evoluta in senso esclusivo. D'altronde, termini analoghi erano già stati utilizzati dalla Corte in una risalente giurisprudenza, emanata nell'ambito della CEEA, ai sensi della quale «non è necessario rendere nota e *immutabile*, nei confronti delle altre Parti contraenti della convenzione, la ripartizione dei poteri in materia fra la Comunità e gli Stati membri, tanto più che *tale ripartizione può subire modifiche con l'andar del tempo*»²⁶. Seguendo queste pre-

²⁴ Parere n. 1/08, *cit. supra*, nota 1, punto 115. Sebbene la Corte non faccia cenno all'argomento, le considerazioni sulla necessità di preservare gli equilibri negoziali in un ambito multilaterale evocano un *leitmotiv* della giurisprudenza della Corte sulla non efficacia del diritto dell'OMC nell'ordinamento giuridico comunitario, quale parametro di legittimità del diritto comunitario derivato. Come osservato da ultimo nella sentenza del 9 settembre 2008 in cause riunite n. C-120/06 P e n. C-121/06 P, *Fabbrica italiana accumulatori motocarri Montecchio SpA (FIAMM) e Fabbrica italiana accumulatori motocarri Montecchio Technologies LLC, e Giorgio Fedon & Figli SpA e Fedon America, Inc. (C-121/06 P) c. Consiglio dell'Unione europea e Commissione delle Comunità europee*, in *Raccolta*, 2008, I, p. 6513 e in questa *Rivista*, 2009, p. 61 con commento di G. GATTINARA, *La sentenza FIAMM della Corte di giustizia: dalla tutela giurisdizionale alla immunità dalla giurisdizione?*, in questa *Rivista*, 2009, p. 65 ss., in particolare p. 72, e la dottrina *ivi* citata. Sulla sentenza v. anche S. POLI, *I limiti di "enforcement" delle decisioni dell'Organo di Risoluzione delle Controversie dell'OMC nell'ordinamento comunitario alla luce della sentenza FIAMM e Fedon*, in *Dir. comm. int.*, 2009, p. 377 ss.; C. DI TURI, *Responsabilità extracontrattuale della Comunità europea e norme OMC: i casi FIAMM e Fedon dinanzi la Corte di Lussemburgo*, in *Studi integr. eur.*, 2009, p. 759 ss.

²⁵ Parere n. 1/08, *loc. cit.*, punto 116.

²⁶ Deliberazione della Corte del 14 novembre 1978, *Progetto di convenzione dell'Agenzia internazionale per l'energia atomica sulla protezione delle materie, degli impianti e dei trasporti*

messe, è possibile dedurre, a soluzione di una questione ampiamente dibattuta dalle istituzioni, dagli Stati membri e dalla dottrina, che a partire dal Trattato di Maastricht fino all'entrata in vigore del Trattato di Nizza la negoziazione e la conclusione di una modifica al GATS o all'elenco di accordi specifici della Comunità e degli Stati membri dovesse essere svolta congiuntamente dalla Comunità e dagli Stati membri, non essendo intervenuti mutamenti nelle disposizioni del Trattato istitutivo relative alla competenza della Comunità nelle materie oggetto del GATS²⁷.

Se si leggono le novità introdotte dal Trattato di Lisbona alla luce dei passi del parere in commento testé menzionati, si nota come la centralità accordata dalla Corte al principio di attribuzione delle competenze, in linea con il parere n. 1/94 ma con ben altri risultati in materia di politica commerciale comune sulla base del Trattato di Nizza, è esaltata dall'inserimento nel diritto primario dell'elenco sulle competenze dell'Unione. La politica commerciale comune figura ora tra le competenze dell'Unione europea di natura esclusiva (art. 3, par. 1, TFUE); di conseguenza, occorre ritenere esclusa la partecipazione degli Stati membri dalla negoziazione e dalla conclusione di accordi internazionali in questo settore.

nucleari, Deliberazione n. 1/78, in *Raccolta*, 1978, p. 2151, punto 35 (corsivo aggiunto). Non è possibile tralasciare di ricordare, sebbene in estrema sintesi, in proposito che la giurisprudenza della Corte in materia di competenze esterne della Comunità ha evidenziato diverse vie tramite cui la Comunità acquisisce proprie competenze esterne: ciò può avvenire, com'è noto, per attribuzione tramite (modifica del) Trattato istitutivo, o in seguito all'avvenuto esercizio di una competenza interna (sentenza della Corte del 31 marzo 1971 in causa n. 22/70, *Commissione delle Comunità europee c. Consiglio delle Comunità europee, Accordo europeo trasporti su strada (AETS)*, in *Raccolta*, 1971, p. 263), o perché l'esercizio di una competenza esterna è necessaria al raggiungimento di un obiettivo del Trattato (cfr. l'evoluzione della giurisprudenza dalla sentenza della Corte del 14 luglio 1976 in cause riunite n. 3, n. 4 e n. 6/76, in *Raccolta*, 1976, p. 1279, al Parere n. 1/76 del 26 aprile 1977, in *Raccolta*, 1977, p. 741, e al Parere n. 2/91 del 19 marzo 1993, in *Raccolta*, 1993, I, p. 1061, fino alle precisazioni limitative poste nel Parere n. 1/94, *cit. supra*, nota 2, e nel Parere n. 2/94 del 28 marzo 1996, in *Raccolta*, 1996, I, p. 1759) o ancora perché atti interni dell'Unione hanno disciplinato il trattamento da riservare a cittadini di Paesi terzi o conferito alle istituzioni competenza a negoziare con Stati terzi (sentenza della Corte del 5 novembre 2002 in causa n. C-467/98, *Commissione c. Danimarca*, in *Raccolta*, 2002 I, p. 9519 e in questa *Rivista*, 2004, p. 23 con commento di A. LEGA, *La competenza esterna della Comunità in materia di trasporto aereo*, p. 35, e successive sentenze note come «*Open sky*»).

²⁷ Il Trattato di Amsterdam prevedeva la facoltà del Consiglio, «deliberando all'unanimità su proposta della Commissione e previa consultazione del Parlamento europeo, [di] estendere l'applicazione dei paragrafi da 1 a 4 a negoziati e accordi internazionali su servizi e proprietà intellettuale nella misura in cui essi non rientrano in detti paragrafi» (art. 133, par. 5, CE, versione consolidata in *Guce* n. C 340 del 10 novembre 1997). Tale competenza non è mai stata esercitata fino alla modifica pattizia della stessa disposizione intervenuta con il Trattato di Nizza.

3. La nozione di «scambi di servizi» secondo le modalità di fornitura contemplate dal GATS

Un contributo fondamentale del parere in commento riguarda l'asserzione della Corte secondo cui la nozione di «politica commerciale comune» con riferimento allo scambio di servizi, nella versione dell'art. 133 CE introdotta dal Trattato di Nizza, comprende i servizi scambiati secondo tutte le modalità di fornitura²⁸; si tratta di un ampliamento radicale dei contorni della nozione "tradizionale" di politica commerciale comune²⁹. Riassumendo le conclusioni cui giunge la Corte, il relativo fondamento della competenza della Comunità a concludere accordi commerciali nei settori di servizi è costituito dall'art. 133, par. 1, CE per la parte relativa agli scambi di servizi in modalità 1, mentre dall'art. 133, par. 5, per gli scambi effettuati in modalità 2-4; invece, la competenza esterna sugli scambi di servizi nei settori dei trasporti, in qualsiasi modalità di fornitura, continua a essere attribuita alla Comunità a titolo della politica comune sui trasporti, restando così esclusa dall'ambito di applicazione della politica commerciale comune.

Innanzitutto, sostiene la Corte, poiché le prime disposizioni dell'art. 133 non hanno subito modifiche ad opera del Trattato, senz'altro permane la competenza della Comunità in materia di politica commerciale comune per quanto concerne la modalità di fornitura transfrontaliera, poiché questa fa parte dell'*acquis communautaire* risalente al parere n. 1/94³⁰. Per stabilire la portata delle clausole aggiuntive introdotte nell'art. 133 CE dal Trattato di Nizza, la Corte tiene conto della lettera delle nuove disposizioni. Innanzitutto, con l'inserimento dei termini «scambi di servizi» viene ad istituirsi un'identità terminologica tra il Trattato CE e il GATS. Secondo la Corte questo accordo riveste particolare rilevanza nell'azione internazionale relativa agli scambi di servizi, in virtù sia del suo «carattere generale» (l'ambito d'applicazione si estende a tutti i settori e a tutte le modalità di fornitura dei servizi, ex art. I GATS), sia del fatto che «è stato stipulato su scala mondiale» (tutti i Membri dell'OMC, centocinquanta al momento dell'emanazione della pronuncia, sono vincolati al GATS per via dell'appartenenza stessa all'organizzazione)³¹. In seconda battuta, poiché la nuova disposizione fa salvi i paragrafi precedenti, la Corte deduce che gli scambi di servizi interessati siano da individuarsi in

²⁸ Parere n. 1/08, *cit. supra*, nota 1, punti 117-124.

²⁹ Sulle posizioni delle Istituzioni sul contenuto e sull'ambito di applicazione della «politica commerciale comune» e sul dibattito in dottrina, v. A. LANG, *Art. 133*, in F. POCAR, *Commentario breve ai Trattati della Comunità e dell'Unione europea*, Padova, Cedam, 2001, pp. 566-567, e la dottrina citata in D. DIVERIO, *Competenze comunitarie e accordi di servizi*, *cit. supra*, nota 6.

³⁰ Parere n. 1/08, *loc. cit.*, punti 118 e 122.

³¹ *Ivi*, punto 121.

quelli che precedentemente esulavano dalla nozione di politica commerciale comune, limitati dalla giurisprudenza espressa nel parere n. 1/94 al solo commercio transfrontaliero: sulla base delle modalità di fornitura con cui viene definita l'espressione «scambi di servizi», il riferimento è dunque agli scambi di servizi nelle modalità 2-4³².

Nella pronuncia in esame, pertanto, è possibile scorgere la cauta apertura di uno spiraglio da parte della Corte nel considerare la rilevanza del GATS in occasione dell'interpretazione di una disposizione del Trattato CE che contenga termini identici. Da un lato, è interessante vedere come l'ordine degli argomenti addotti dalla Corte ponga particolare enfasi sull'autorevolezza assunta dalla disciplina multilaterale del commercio internazionale³³. Peraltro, occorre senz'altro ritenere che l'interpretazione dell'art. 133, par. 5, CE da parte della Corte si avvalga del testo del GATS unicamente quale strumento ausiliario³⁴. La Corte non va oltre l'osservare che «il GATS riveste (...) un'importanza particolare nell'ambito dell'azione internazionale relativa agli scambi di servizi»³⁵, non si tratta di una esplicita, asserita considerazione del GATS quale contesto normativo rilevante per interpretare la norma del Trattato CE che contenga termini identici³⁶. Piuttosto, si può suggerire come la Corte riprenda di fatto in questa occasione una tendenza interpretativa che aveva riconosciuto la necessità di attribuire alla nozione di politica commerciale comune contorni aperti e ampi, non limitati agli strumenti tradizionali del commercio estero³⁷, in partico-

³² Parere n. 1/08, *cit. supra*, nota 1, punto 122.

³³ D'altronde, l'esemplarità del GATS (o, se si vuole, la diffusione del "modello" GATS) è andata certamente affermandosi nella prassi convenzionale su scala mondiale, se solo si considera che la stessa Comunità, nel negoziare e concludere accordi di cooperazione economica con Paesi terzi con i quali non condivide obiettivi di associazione in vista di una loro futura adesione, ritrova nei termini e nella struttura normativa del GATS il minimo comune denominatore a partire dal quale scambiare reciproche concessioni preferenziali (si veda ad esempio l'Accordo che istituisce un'associazione tra la Comunità europea e i suoi Stati membri, da una parte, e la Repubblica del Cile, dall'altra, Allegato VII sull'Elenco degli impegni specifici nel settore dei servizi e Allegato X, Elenco di impegni specifici in materia di stabilimento, in *Guce* n. L 352 del 30 dicembre 2002, pp. 1-1450).

³⁴ Tale tributo di considerazione non era affatto presente nel parere n. 1/94 nei confronti dell'accordo multilaterale appena nato. In quella pronuncia, la Corte aveva svolto i termini del raffronto tra i due strumenti normativi in modo capovolto, adducendo sì la necessità di tener conto della «definizione del commercio dei servizi data dal GATS [ma] al fine di stabilire se il sistema del Trattato nel suo insieme non sia tale da limitare l'inclusione del commercio dei servizi nell'art. 113» (parere n. 1/94, *cit. supra*, nota 2, punto 42, corsivo aggiunto).

³⁵ Parere n. 1/08, *loc. cit.*, punto 121 (corsivo aggiunto).

³⁶ Nel senso che, secondo la Corte, le disposizioni sull'interpretazione dei Trattati contenute nella Convenzione di Vienna del 1969 rispecchiano le norme del diritto internazionale consuetudinario che, in quanto tali, vincolano le istituzioni della Comunità e fanno parte dell'ordinamento giuridico comunitario v. sentenza del 2 marzo 1999 in causa n. C-416/96, *El Yassini*, in *Raccolta*, 1999, I, p. 120, punto 47 e massimata in questa *Rivista*, 1999, p. 80; del 20 novembre 2001 in causa C-268/99, *Jany e al.*, in *Raccolta*, 2001, I, p. 8616, punto 35 e in questa *Rivista*, 2002, p. 721 con commento di M. BORRACETTI, *La prostituzione nella giurisprudenza della Corte di giustizia*, p. 727 ss.).

³⁷ Parere n. 1/78, *cit. supra*, nota 17, punti 44-45.

lare proprio in funzione dell'evoluzione della «concezione internazionale»³⁸; a tale «concezione internazionale» può significativamente contribuire un accordo generale e su scala mondiale come il GATS.

Con il Trattato di Lisbona, la nozione di «politica commerciale comune» e l'ambito dell'azione dell'Unione europea esercitata sulla base di una competenza esclusiva (v. *supra*, par. 2) presentano senz'altro, con riguardo agli scambi internazionali di servizi, i contorni ampi della versione del Trattato di Nizza. Anzi, il nuovo testo non contiene neanche più le disposizioni in base alle quali nel parere in commento la Corte ricostruisce su basi dicotomiche l'estensione della politica commerciale comune agli scambi dei servizi, poiché già il par. 1 dell'art. 207 TFUE contempla la conclusione di accordi commerciali relativi «agli scambi di merci e di servizi». Nei termini utilizzati recentemente dall'Avvocato Generale Kokott, viene meno il fondamento giuridico specifico creato dal Trattato di Nizza per gli scambi di servizi, ormai integrati nel fondamento principale già esistente³⁹. Evidentemente, non essendo stata inserita una definizione nel Trattato, né essendo cambiato il contesto internazionale, per intendere la nozione di «scambi di servizi» ai sensi dell'art. 207, par. 1, TFUE è valido il riferimento alla giurisprudenza della Corte aggiornata al parere in commento.

Inoltre, nella versione del Trattato in vigore dal 1° dicembre 2009, nell'ambito di applicazione della politica commerciale comune fondata su principi uniformi, rientrano esplicitamente gli investimenti esteri diretti (sempre art. 207, par. 1, TFUE, accanto agli scambi di merci e di servizi e agli aspetti commerciali della proprietà intellettuale). Questo inserimento ha dato adito a un vivo dibattito in dottrina, non solo relativamente ai tipi di investimenti coperti dalla competenza attribuita all'Unione, ma anche per quanto concerne i poteri di cui disporrebbe l'Unione in merito⁴⁰. L'estensione della sfera della politica commerciale comune agli «investimenti diretti esteri» non è accom-

³⁸ Sentenza della Corte del 26 marzo 1987 in causa n. 45/86, *Commissione delle Comunità europee c. Consiglio delle Comunità europee*, in *Raccolta*, 1987, p. 1493, massima 4 e punto 19. Comunque, anche nel parere n. 1/94, *cit. supra*, nota 2, punto 41, la Corte riconosce che «tenuto conto [della] evoluzione del commercio internazionale, la natura aperta della politica commerciale comune ai sensi del Trattato impedisce di escludere a priori il commercio dei servizi dalla sfera di applicazione dell'art. 113».

³⁹ Conclusioni dell'Avvocato Generale, causa n. C-13/07, *cit. supra*, nota 1, punto 56.

⁴⁰ In materia di estensione della competenza dell'Unione a titolo della politica commerciale comune agli investimenti a seguito delle modifiche del diritto primario cfr. J. CEYSSENS, *Towards a Common Foreign Investment Policy? Foreign Investment in the European Constitution*, in *Leg. Issues of Econ. Integration*, 2005, p. 2; J. KARL, *The competence for Foreign Direct Investment. New Powers for the European Union?*, in *Jnl. of World Inv. and Tr.*, 2004, p. 413 ss.; B. POULAIN, *Quelques interrogations sur le statut des traités bilatéraux de promotion et de protection des investissements au sein de l'union européenne*, in *Rev. Gén. de Dr. Int. Publ.*, 2007, p. 803 ss.; V. SODERLUND, *Intra-EU BIT Investment Protection and the EC Treaty*, in *Transn. Dispute Management*, 2007; M. BURGSTALLER, *European Law and Investment Treaties*, in *Jnl. of Intl. Arbitration*, 2009, p. 181 ss.

pagnata da una contestuale definizione del termine. In proposito, prendendo spunto dalle osservazioni della Corte nel parere in commento, non si ritrova nel diritto internazionale un accordo multilaterale di natura orizzontale che sia particolarmente influente per l'azione internazionale in materia, come la Corte ha considerato essere il GATS in riferimento agli «scambi di servizi», ispirandosene per interpretare i termini del Trattato. Tanto meno esiste nel diritto internazionale generale una definizione della nozione di «investimento» o di «investimento estero diretto»⁴¹. Tuttavia, nel diritto primario dell'Unione si trova un altro riferimento agli «investimenti diretti esteri», nell'ambito della libera circolazione dei capitali (art. 64 TFUE, ex art. 57 CE) come modificata dal Trattato di Maastricht. In assenza, anche in questo caso, di una definizione nel Trattato, com'è noto la Corte si avvale a titolo di ausilio interpretativo della nomenclatura sui «movimenti di capitali» allegata alla direttiva n. 88/368, in cui sono annoverati anche gli «investimenti diretti»⁴². Questo potrebbe offrire un primo spunto interpretativo della nozione contemplata nell'ambito della politica commerciale comune. Peraltro, la nozione di investimento diretto dovrebbe avere, come sembra opportuno alla luce della prassi convenzionale internazionale e delle distinzioni concettuali elaborate in dottrina, contenuto più ampio e in parte di natura diversa rispetto all'operazione di capitali sottesa ad un investimento⁴³. Si potrebbe inoltre tener conto di copiosa giurisprudenza della Corte di giustizia che, nell'ambito del mercato interno, distingue le operazioni di investimento diretto nell'ambito del movi-

⁴¹ Non è questa la sede per poter render conto della prassi arbitrale e giurisprudenziale, nonché della letteratura, amplissime, che affrontano l'argomento e le sue continue evoluzioni.

⁴² Direttiva n. 88/361/Cee del Consiglio del 24 giugno 1988 per l'attuazione dell'art. 67 del Trattato, in *Guce* n. L 178 dell'8 luglio 1988, pp. 5-18, Allegato 1, che elenca i seguenti «investimenti diretti»: «1. Costituzione ed estensione di succursali o di imprese nuove appartenenti esclusivamente al finanziatore e acquisto integrale di imprese già esistenti, 2. Partecipazione a imprese nuove o esistenti al fine di stabilire o mantenere legami economici durevoli, 3. Prestiti a lungo termine al fine di stabilire o mantenere legami economici durevoli; 4. Reinvestimenti di utili al fine di mantenere legami economici durevoli, A. Investimenti diretti effettuati sul territorio nazionale da non residenti, B. Investimenti diretti effettuati all'estero da residenti». Cfr. da ultimo sentenza della Corte del 15 ottobre 2009 in causa n. C-35/08, *Grundstücksgemeinschaft Busley/Cibrian c. Finanzamt Stuttgart-Körperschaften*, non ancora pubblicata, punto 17. V. inoltre l'illustrazione data alla nozione di «investimenti diretti» nell'ambito della libera circolazione dei capitali in sentenza della Corte del 26 marzo 2009 in causa n. C-326/07, *Commissione c. Italia*, non ancora pubblicata, punto 35: «gli investimenti di qualsiasi tipo effettuati dalle persone fisiche o giuridiche e aventi lo scopo di stabilire o mantenere legami durevoli e diretti tra il finanziatore e l'impresa cui tali fondi sono destinati per l'esercizio di un'attività economica. Tale obiettivo presuppone che le azioni detenute dall'azionista conferiscano a quest'ultimo la possibilità di partecipare effettivamente alla gestione di tale società o al suo controllo». V. anche la posizione espressa dalla (Commissione europea per la) Comunità europea in sede OMC, in Working Group on the Relationship between Trade and Investment, *Communication from the European Community and its Member States. Concept Paper on the Definition of Investment*, del 16 aprile 2002, WT/WGTI/W/115, p. 4 in cui si trovano l'indicazione e l'illustrazione dei tipi di investimenti diretto estero che l'Unione avrebbe proposto di considerare in un quadro multilaterale sugli investimenti.

⁴³ In questo senso, P. JULLIARD, *Freedom of Establishment, Freedom of Capital Movements, and Freedom of Investment*, in *ICSID Review: Foreign Investment Law Journal*, 2005, p. 322.

mento di capitali, volte a creare legami economici durevoli con l'impresa partecipata, e quelle che rientrano nelle disposizioni del Trattato sul diritto di stabilimento, che portano all'influenza sicura e all'indirizzo dell'attività dell'impresa⁴⁴. In attesa che la prassi applicativa dell'art. 207 TFUE fornisca elementi chiarificatori, quel che si può certamente sostenere, secondo una posizione minimalista, è che di fatto la competenza dell'Unione in materia di investimenti diretti a titolo della politica commerciale comune coincide almeno con quella sulla «presenza commerciale» nei settori dei servizi (modalità 3 ai sensi dell'art. I GATS), nella misura in cui, a sua volta, la «presenza commerciale» come definita nel GATS corrisponde a tipologie di «investimento diretto»⁴⁵. Peraltro, solo questo aspetto non aggiungerebbe nulla rispetto allo *status quo ante* il Trattato di Lisbona. Invece, l'inserimento del termine «investimento diretto» nella modificata disposizione sulla politica commerciale comune non sarebbe privo di effetti, anche in base a questa concezione circoscritta, poiché dovrebbe intendersi che l'art. 207 TFUE contempli simili tipologie di investimenti effettuati nel settore manifatturiero, innovando così rispetto al campo di applicazione della politica commerciale comune nella versione del Trattato di Nizza: nella disposizione attualmente in vigore mancano qualificazioni più specifiche degli «investimenti diretti» relativamente ai settori dei servizi e/o delle merci⁴⁶.

⁴⁴ Tra le pronunce più recenti, v. sentenza della Corte del 26 marzo 2009 in causa n. C-326/07, *cit. supra*, nota 42, punti 33-35, che, rifacendosi alla precedente giurisprudenza della Corte sul tema, individua rispettivamente nella «sicura influenza sulle decisioni» di una società tale da «consentire di indirizzare le attività», da un lato, e nella «possibilità di partecipare effettivamente alla gestione della società o al suo controllo», dall'altro, i criteri distintivi delle fattispecie che ricadono nell'ambito di applicazione delle disposizioni del Trattato sullo stabilimento e in quelle sul movimento di capitali.

⁴⁵ Cfr. art. XXVIII GATS, ai sensi del quale la «presenza commerciale» è definita come «any type of business or professional establishment, including through (i) the constitution, acquisition or maintenance of a juridical person, or (ii) the creation or maintenance of a branch or a representative office, within the territory of a Member for the purpose of supplying a service». Sulla «sovrapposizione» tra le nozioni di «presenza commerciale» all'interno della disciplina multilaterale sugli scambi di servizi e di «investimenti diretti» v. F. ORTINO - A. SHEPPARD, *International Agreements Covering Foreign Investment in Services: Patterns and Linkages*, in L. BARTELS - F. ORTINO (eds.), *Regional Trade Agreements and the WTO Legal System*, Oxford, Oxford University Press, 2006, p. 201 ss.

⁴⁶ Nel primo documento concernente lo sviluppo della nuova politica sugli investimenti internazionali dell'Unione europea pubblicato dalla Commissione europea in seguito all'entrata in vigore del Trattato di Lisbona, viene fatto riferimento agli investimenti diretti esteri così come «generalmente considerati», cioè «qualunque investimento estero che serva a stabilire collegamenti durevoli e diretti con l'impresa a disposizione della quale viene messo il capitale necessario a realizzare un'attività economica»; in proposito, viene operato un esplicito rimando alla giurisprudenza della Corte di giustizia nell'ambito della libera circolazione dei capitali (cui si è fatto cenno *supra*, nota 42). Si veda, Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo ed al Comitato delle regioni - Verso una politica globale europea degli investimenti internazionali, Com(2010)343, Bruxelles, 7 luglio 2010, p. 2. Inoltre, *ivi*, pp. 7-8, la Commissione europea prospetta che il campo di applicazione di futuri accordi bilaterali conclusi dall'Unione europea con Paesi terzi possa estendersi non solo a «tutti i tipi di attivi», ma anche a tutte le operazioni ad esso collegate, incluse le «attività immateriali come i diritti di proprietà intellettuale».

Tornando all'analisi del parere in commento, la ricostruzione della nozione di politica commerciale comune si completa di un secondo aspetto: le disposizioni introdotte dal Trattato di Nizza riconoscono esplicitamente anche dei limiti ai contorni di questa nozione, e conseguentemente alla competenza della Comunità a tale titolo. In particolare, l'art. 133, par. 6, terzo comma, CE prevede che la negoziazione e la conclusione di accordi internazionali nel settore dei trasporti restino soggette alle disposizioni del titolo specifico del Trattato dedicato alla politica comune dei trasporti e alla procedura ordinaria di conclusione degli accordi internazionali della Comunità. La Corte avalla la tesi sostenuta dal Consiglio e dagli Stati membri intervenuti, confermando la propria giurisprudenza espressa nei pareri n. 1/94 e n. 2/92, in cui esclude il settore dei trasporti dall'ambito di applicazione delle disposizioni sulla politica commerciale comune e riconosce invece che la competenza esterna a concludere accordi in materia sussiste implicitamente in virtù del titolo specifico sui trasporti⁴⁷. Il contributo della Corte nel parere in commento consta in una precisazione: la persistente esclusione del settore dei trasporti dall'azione della Comunità a titolo della politica commerciale comune è da intendersi riferita a tutte le attività, ivi inclusi gli scambi commerciali relativi ai servizi di trasporto e a tutte le modalità di fornitura di servizi di trasporti, anche la modalità transfrontaliera (modalità 1 ai sensi del GATS)⁴⁸. Anche nel nuovo art. 207 TFUE il settore dei trasporti rimane escluso dall'azione esterna dell'Unione relativa alla politica commerciale comune, con disposizione (il par. 5) identica a quella interpretata dalla Corte nel parere in commento, e dunque con l'ampia valenza riconosciutale.

Tra gli argomenti sviluppati dalla Corte in merito agli scambi di servizi nel settore dei trasporti, offrono invero spunti di analisi più generale le osservazioni rivolte alla presenza, potenziale, di un duplice fondamento normativo dell'azione esterna della Comunità (ad oggi, dell'Unione). Nel caso di specie, la Corte riconosce che la negoziazione e la conclusione di accordi internazionali in materia sono astrattamente idonei a rientrare sia nel campo di applicazione della politica commerciale comune sia in quello specifico sui trasporti⁴⁹.

⁴⁷ V. la giurisprudenza della Corte sulla competenza esterna della Comunità a concludere accordi internazionali in virtù del titolo sulla politica comune dei trasporti, a partire dalla sentenza *AETS* fino ai casi «*open sky*», entrambi *cit. supra*, nota 26, sui secondi dei quali, tra altri, v. A. LEGA, *La competenza esterna della Comunità in materia di trasporto aereo*, *cit. supra*, nota 26.

⁴⁸ Parere n. 1/08, *cit. supra*, nota 1, punti 158 e 162, e l'ivi richiamato parere n. 1/94, *cit. supra*, nota 2, punto 53. Questa interpretazione si appoggia sulla lettera stessa delle disposizioni del Trattato in materia di politica commerciale comune. Infatti, l'estensione della competenza esterna della Comunità in materia commerciale agli scambi di servizi nelle modalità 2-4 «fa salva» (art. 133, par. 5, c. 1) «la negoziazione e la conclusione di accordi internazionali nel settore dei trasporti [che] restano soggette alle disposizioni del titolo V e dell'art. 300» (art. 133, par. 6, terzo comma, CE, corsivo aggiunto).

⁴⁹ Parere n. 1/08, *loc. cit.*, punti 157 e 161, in cui la Corte richiama, come precedente giurisprudenza, il parere n. 1/94.

La duplicità di basi giuridiche che potrebbe così configurarsi è risolta a favore del fondamento normativo specifico, tramite il ricorso ad una pluralità di argomenti. La Corte non si rifà, come potrebbe ipotizzarsi, al principio di specialità, bensì osserva innanzitutto "l'eccezionalità" che a dirimere il potenziale conflitto tra basi normative intervenga proprio una delle due disposizioni del Trattato interessate. L'art. 133 CE sulla politica commerciale comune, indicando esplicitamente «che un'altra disposizione del Trattato deve essere preferita»⁵⁰, è «attributiva di una competenza esterna della Comunità in un settore particolare». Si potrebbe ravvisare una clausola di coordinamento tra norme che si sovrappongono *ratione materie* all'interno del Trattato. Secondo la Corte, la cui interpretazione a questo punto evoca il principio dell'effetto utile, l'efficacia di questa disposizione è garantita solo se la conclusione di tutti gli accordi internazionali che in qualche misura interessino i trasporti viene fondata sul titolo specifico. A ciò la Corte aggiunge un altro genere di argomenti: se così non fosse, risulterebbe compromesso il parallelismo tra competenza interna e competenza esterna, che va mantenuto di principio quando il Trattato conferisce alla Comunità una competenza in un settore, com'è il caso della politica comune dei trasporti, in ragione delle sue peculiarità⁵¹.

Il parere in esame offre, così, l'occasione di raffinare ulteriormente la giurisprudenza della Corte sulle sfere e sulle condizioni di applicazione di una competenza esterna della Comunità (o Unione), nonché sui criteri che identificano l'esatto fondamento giuridico dell'azione esterna⁵². L'apporto specifico del parere riguarda il caso in cui, a fronte di una competenza esterna generale in una materia (la politica commerciale comune), l'azione internazionale della Comunità in quella materia relativamente a un determinato settore (i trasporti) si eserciti su altro fondamento giuridico (la politica comune dei trasporti). Ciò avviene, nel caso di specie, in presenza di due condizioni: l'esistenza di disposizioni specifiche relative a un determinato settore, in virtù delle quali sussista, esplicitamente o implicitamente, anche la competenza esterna della Comunità, e un'esplicita indicazione ecceztuativa, o di coordinamento, a favore del titolo più specifico. Non è però chiaro se entrambe queste condizioni debbano essere soddisfatte, in particolare se sia necessaria la presenza di una clausola secondo cui una competenza esterna generale ed esplicita ceda di fronte ad un titolo di azione settoriale, oppure se sia sufficiente l'esistenza di una politica comune più circoscritta, per determinare il fondamento giuridico esatto dell'azione esterna. Considerando l'enfasi con cui la Corte rileva l'eccezionalità dell'esistenza della clausola ecceztuativa dell'art. 133 nell'ambito del Trattato CE, la settorialità *ergo* la specificità di un titolo

⁵⁰ Parere n. 1/08, *cit. supra*, nota 1, punto 157.

⁵¹ *Ivi*, punti 163-165.

⁵² *V. supra*, nota 26.

d'azione non sembrerebbe risultare sufficiente a risolvere la concorrenza delle basi normative dell'azione esterna a fronte di una esplicita competenza esterna generale.

La Corte corrobora ed accentua la stessa conclusione, nel senso di escludere completamente i trasporti dalla politica commerciale comune, anche in sede di confutazione della tesi sostenuta dalla Commissione e dal Parlamento, secondo cui solo gli accordi aventi ad oggetto esclusivamente o principalmente i trasporti esulerebbero dalla competenza della Comunità in materia di politica commerciale comune. La Corte sostiene che il corretto fondamento normativo della conclusione degli accordi in questione non possa essere individuato, con riferimento all'oggetto di tali accordi, in funzione del «criterio del principale e dell'accessorio»: secondo costante giurisprudenza, infatti, tale criterio si applica qualora la parte accessoria costituisca il corollario indispensabile delle disposizioni relative alle materie oggetto dell'accordo⁵³, oppure abbia portata estremamente limitata⁵⁴. I giudici osservano al contrario che gli scambi di servizi nel settore dei trasporti costituiscono l'oggetto stesso del GATS e degli accordi direttamente e immediatamente disciplinati dal GATS (come sono gli accordi di modifica delle liste di impegni specifici oggetto della consultazione), alla stregua degli altri tipi o settori di servizi interessati; per di più, i diciassette accordi di identico contenuto, oggetto del parere, contengono un numero relativamente elevato di disposizioni concernenti i settori di trasporto, in particolare aereo o marittimo⁵⁵.

Meritano infine di essere sottolineati i termini con cui la Corte definisce il carattere interno ed esterno della competenza: si tratta, rispettivamente, dell'azione «attraverso l'adozione unilaterale di norme comunitarie» e dell'azione «tramite la conclusione di accordi internazionali»⁵⁶. L'elemento determinante è dunque la natura, rispettivamente unilaterale e pattizia, dell'atto con il quale si esplica l'azione, mentre non ha rilevanza che il contenuto dell'atto riguardi la disciplina riservata ai cittadini di Paesi terzi⁵⁷. In effetti, in materia

⁵³ Parere n. 1/94, *cit. supra*, nota 2, punto 51.

⁵⁴ Conformemente a quanto sostenuto dalla Corte sia nel parere n. 1/94, *loc. cit.*, punto 67 sia nella sentenza del 3 dicembre 1996 in causa n. C-268/94, *Portogallo c. Consiglio*, in *Raccolta*, 1996, I, p. 6177, punto 75.

⁵⁵ Parere n. 1/08, *cit. supra*, nota 1, punti 166-171.

⁵⁶ *Ivi*, punto 164. V. anche la sentenza della Corte del 5 novembre 2002 in causa n. C-467/98, *Commissione c. Danimarca*, *cit. supra*, nota 26, punto 59, in cui l'esercizio della competenza interna è indicato come la «instaurazione di norme autonome».

⁵⁷ All'epoca in cui gli scambi di servizi non erano inclusi nella nozione di politica commerciale comune, ad esempio, la Corte aveva ammesso che, sulla base dei capi sul diritto di stabilimento e sulla libera prestazione di servizi, la regolamentazione dell'accesso ad attività indipendenti di prestatori di servizi di Paesi terzi potesse ben costituire oggetto di una competenza esercitata dalla Comunità con l'adozione di atti di diritto derivato, in cui fossero inserite tali «clausole esterne», nella misura in cui queste fossero necessarie a perseguire l'obiettivo di realizzare il diritto di stabilimento e la libertà di prestazione dei servizi a favore dei cittadini dell'Unione, v. parere n. 1/94, *cit. supra*, nota 2, punto 91. Con il Trattato di Lisbona, le disposizioni su tali libertà non subiscono

di rapporti commerciali con Paesi terzi, il contenuto dell'atto con cui opera la competenza dell'allora Comunità ed oggi dell'Unione non può che essere rivolto all'esterno, sicché non è di per sé stesso rilevante ai fini dell'individuazione della competenza interna o esterna esercitata a tale titolo: come osservato dalla Corte nel caso *Energy star*, «l'art. 133 CE concernente il commercio estero non potrebbe mai costituire il fondamento normativo per una misura avente unicamente efficacia intracomunitaria»⁵⁸.

Rivolgendo queste osservazioni al nuovo testo dell'art. 207 TFUE, la visione non è del tutto limpida. Secondo certi commentatori, l'inserimento della competenza sul commercio dei servizi all'interno della definizione stessa della politica commerciale comune fa venir meno la dicotomia creata dal Trattato di Nizza tra i campi tradizionali della politica commerciale comune, in cui la competenza dell'allora Comunità poteva essere esercitata tramite strumenti autonomi o convenzionali, e gli scambi dei servizi, per i quali era prevista unicamente l'adozione di accordi commerciali⁵⁹. Invero, dalla lettera dell'art. 207, par. 1, TFUE ciò non sembra del tutto assodato: la nuova disposizione annovera infatti nella nozione di politica commerciale comune «*la conclusione di accordi* tariffari e commerciali relativi agli scambi di merci e servizi» (corsivo aggiunto), da cui sembrerebbe che la definizione delle condizioni di accesso e di trattamento di prestatori di servizi di Stati terzi sui mercati degli Stati membri, e la relativa armonizzazione delle regolamentazioni nazionali nei casi di competenza esclusiva dell'Unione, nell'ambito della *politica commerciale comune*, sia affidata all'azione esterna dell'Unione ed alle procedure all'uopo previste, quindi con un ruolo rilevante delle Parti terze coinvolte nei negoziati degli accordi in questione. Quanto agli altri elementi della politica commerciale comune, i termini dell'art. 207 TFUE o si riferiscono esplicitamente alle merci o comunque sono identici a quelli della relativa disposizione precedentemente in vigore, limitata al settore dei beni. Piuttosto, la competenza in materia di scambi di servizi potrebbe essere esercitata anche tramite norme interne nell'ipotesi in cui i termini appena citati non ostino al-

modifiche sostanziali. Permane inoltre la facoltà per il Parlamento e il Consiglio, originariamente prevista in capo al solo Consiglio, di estendere il beneficio delle disposizioni del capo sulla libertà di prestazione dei servizi anche ai cittadini di Stati terzi stabiliti all'interno dell'Unione, per quanto riguarda dunque il trattamento da riservare loro successivamente alla prima entrata nell'Unione (art. 56, secondo comma, TFUE, ex art. 49, secondo comma, CE). In tali casi, l'esercizio della competenza interna farà sorgere la competenza esterna esclusiva dell'Unione se saranno soddisfatte le condizioni riconosciute dalla giurisprudenza (sulle quali v. *supra*, nota 26) ed ora dal Trattato FUE (v. *infra*, par. 4).

⁵⁸ Sentenza della Corte del 12 dicembre 2002 in causa n. C-281/01, *Commissione c. Consiglio*, in *Raccolta*, I, p. 12049, punto 46.

⁵⁹ J. F. BRAKELAND, *Politique commerciale commune, coopération avec les Pays tiers et aide humanitaire*, in G. AMATO - H. BRIBOSIA - B. DE WITTE, *Genèse et destinée de la Constitution européenne*, Bruxelles, Bruylant, 2007, pp. 861-862. L'autore commenta altresì: «on notera le côté artificiel d'une telle distinction, puisqu'une compétence se définit par une matière plus ou moins bien définie, et non par les instruments qui permettent l'exercice de cette compétence».

l'attuazione in tale campo della nuova disposizione inserita dal Trattato di Lisbona, secondo cui Parlamento europeo e Consiglio, deliberando tramite regolamenti secondo la procedura legislativa ordinaria, adottano le «misure che definiscono il quadro di attuazione della politica commerciale comune» (art. 207, par. 2, TFUE)⁶⁰.

4. La negoziazione e la conclusione di accordi internazionali con una parte duplice, Unione europea e Stati membri

Nell'esaminare la seconda questione sottoposta dalla Commissione, relativa al carattere esclusivo o ripartito della competenza della Comunità a concludere gli accordi con cui sono modificati gli impegni specifici allegati al GATS, la Corte conclude che questi rientrano nella competenza ripartita tra la Comunità e gli Stati membri, e devono pertanto essere conclusi in forma mista, qualora si applichino a materie espressamente escluse, sul piano interno, dall'armonizzazione tra gli Stati membri, ovvero concernano determinati settori sensibili. Come si vedrà, nell'articolare le sue conclusioni, la Corte va incontro alle istanze di unità di rappresentanza internazionale della Comunità europea, in minor misura a quelle di uniformità della posizione espressa esternamente; tali istanze sono solitamente sollevate dalla Commissione europea, appoggiata dal Parlamento europeo nel caso di specie, e talvolta anche dai *partner* negoziali che preferirebbero un unico interlocutore e impegni uniformi su tutto il territorio dell'Unione europea. Se infatti la Corte sembra porgersi addirittura ad un "elogio" della ripartizione delle competenze, atta a preservare gli interessi sia generali della Comunità sia particolari degli Stati membri, allo stesso tempo i giudici richiamano l'obbligo di stretta cooperazione tra gli Stati membri e le istituzioni comunitarie nei processi di negoziazione e di conclusione degli accordi, al fine di soddisfare l'esigenza dell'unità della rappresentanza internazionale della Comunità.

L'apporto del parere in commento verte in special modo sui criteri rilevanti al fine di determinare il carattere esclusivo o ripartito di una competenza attribuita all'Unione per concludere accordi in materia di scambi di servizi, e sul rapporto tra la questione della competenza e la questione della procedura decisionale prevista per il suo esercizio.

⁶⁰ S. WOOLCOCK, *The potential impact of the Lisbon Treaty on European Union external trade policy*, European Foreign Policy Unit Working Paper 1/2009, London School of Economics, febbraio 2009, p. 9, esemplifica l'adozione di misure ex art. 207, par. 2, TFUE con riferimento alla legislazione *antidumping*, sulle barriere al commercio, le regole d'origine, il sistema di preferenze generalizzate, tutti settori inclusi nella nozione "tradizionale" della politica commerciale comune (v. *supra*, nota 29), e nei quali l'Unione europea ha già legiferato sulla base delle precedenti versioni del Trattato.

In merito al primo aspetto, la Corte si pronuncia sull'irrelevanza di certe motivazioni e considerazioni: come già enunciato in precedente giurisprudenza, il carattere esclusivo di una competenza esterna attribuita alla Comunità non può derivare dall'esigenza di agire in modo unitario e rapido sulla scena internazionale e dall'opportunità di ovviare alle difficoltà sollevate dalla partecipazione congiunta della Comunità e degli Stati membri in sede di negoziazione e di applicazione di un accordo⁶¹. Inoltre, non costituisce criterio pertinente ad individuare le regole sulla competenza ad agire la circostanza che gli accordi in questione si occupino non di liberalizzare bensì di ridurre gli impegni internazionali sul grado di apertura della Comunità europea e degli Stati membri nei confronti di prestatori di servizi di Stati terzi e sul trattamento da concedere loro: entrambe le "direzioni" in cui va il contenuto degli impegni negoziati sono necessariamente incluse nella medesima competenza esterna che conferisce titolo alla Comunità europea di stabilire le condizioni di accesso al mercato e di trattamento di prestatori e servizi di Stati terzi⁶². Tenendo conto di questa osservazione, nella giurisprudenza espressa nel parere n. 1/08 non è possibile rinvenire spunti risolutivi della questione su cui vengono sollevati i maggiori dubbi a fronte dell'inserimento degli investimenti diretti esteri nel campo d'azione dell'Unione europea a titolo della politica commerciale comune: la possibilità, cioè, che l'Unione possa esercitare tale competenza, oltre che in merito alle condizioni di liberalizzazione, anche relativamente alla protezione degli investimenti. Non è pertinente far riferimento, in proposito, al passo appena segnalato in cui la Corte riconosce che la competenza esterna in materia di scambi di servizi include necessariamente, oltre al rafforzamento, anche la riduzione degli impegni sulle condizioni di apertura del mercato⁶³, poiché liberalizzazione e protezione degli investimenti costituiscono aspetti distinti relativi a fasi diverse della fattispecie, cui sono dedicati trattamenti precipui nella disciplina internazionale degli investimenti⁶⁴.

⁶¹ Parere n. 1/08, *cit. supra*, nota 1, punto 127. V. altresì il parere n. 1/94, *cit. supra*, nota 2, punto 107.

⁶² Parere n. 1/08, *loc. cit.*, punti 128-129.

⁶³ *Ibidem*.

⁶⁴ Sugli *standard* di trattamento degli investimenti internazionali, v. per tutti G. SACERDOTI, *Bilateral Treaties and Multilateral Instruments on Investment Protection*, in *RCADI*, The Hague, 1997, p. 251 ss. Una delle principali obiezioni espresse sul punto controverso dell'estensione della competenza dell'Unione europea agli aspetti della protezione degli investimenti, in particolare in tema di espropriazione, riguarda proprio il mantenimento nel diritto primario dell'Unione della clausola secondo cui «[i] trattati lasciano del tutto impregiudicato il regime di proprietà esistente negli Stati membri» (art. 345 TFUE, ex art. 295 CE). Per alcuni riferimenti dottrinali in materia v. *supra*, nota 40.

Nella Comunicazione del 7 luglio 2010, *cit. supra*, nota 46, p. 5, la Commissione europea sostiene che la politica commerciale dell'Unione europea dovrà «tentare di integrare la liberalizzazione e la protezione degli investimenti». In questa prospettiva, l'Unione perseguirà la conclusione di un unico accordo bilaterale con uno Stato terzo al posto di quelli conclusi dai singoli Stati membri; tale accordo dovrà opportunamente contemplare tutti gli *standard* di protezione, tra cui clausole sull'espropriazione e su meccanismi di risoluzione delle controversie di tipo investitore-Stato.

I criteri in base ai quali determinare la natura esclusiva o ripartita della competenza esterna della Comunità europea, come si evince chiaramente dal parere in commento, sono riconducibili al principio di attribuzione delle competenze⁶⁵. In particolare, dalla stessa lettera delle disposizioni contenute nell'art. 133 CE risulta che l'azione esterna della Comunità europea in materia di scambi di servizi non sia esclusiva. In primo luogo, sussiste senz'altro una competenza ripartita per la conclusione degli accordi relativi ai settori di servizi enumerati all'art. 133, par. 6, secondo comma, CE cioè i servizi culturali e audiovisivi, didattici, sociali e relativi alla salute umana⁶⁶. Anzi, la Corte specifica pure che ricadono nella competenza ripartita non solo gli accordi che riguardano i settori sensibili esclusivamente o principalmente, ma anche gli accordi orizzontali che, in quanto tali, concernono tutti i settori tra cui quelli⁶⁷. D'altra parte, la Corte è chiara nel precisare che il carattere ripartito della competenza non comporta l'esclusione dei settori sensibili dall'azione esterna della Comunità nell'ambito più ampio della politica commerciale comune, bensì significa che sia la Comunità sia gli Stati membri sono competenti "al riguardo"⁶⁸. Sul piano teorico, si tratterebbe, cioè, di quel tipo di ripartizione, alla base di accordi di natura mista, che certa dottrina ha distinto dalla conclusione congiunta da parte dell'Unione europea e degli Stati membri di accordi relativi a diverse materie, alcune delle quali di competenza dell'Unione, altre di competenza nazionale⁶⁹. Con riferimento invece a questa seconda accezione, si prefigura evidentemente il caso di un accordo in materia di scambi di servizi che copra sia settori di competenza (esclusiva e/o ri-

Peraltro, la Commissione riconosce che ciò sarà possibile solo nel lungo periodo e dopo i necessari adattamenti delle strutture dell'Unione europea, attualmente inadeguate; in effetti, in concomitanza con la pubblicazione della Comunicazione in parola, la Commissione ha predisposto una proposta di Regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio che stabilisce disposizioni transitorie per gli accordi bilaterali conclusi da Stati membri e Paesi terzi in materia di investimenti, Com(2010)344, Bruxelles, 7 luglio 2010.

⁶⁵ Parere n. 1/08, *cit. supra*, nota 1, punto 131.

⁶⁶ *Ivi*, punti 134-135. La Corte peraltro non rende esplicita la conseguente deduzione che l'Unione goda invece di competenza esclusiva rispetto al residuale campo di applicazione dell'art. 133 CE agli scambi di servizi negli altri settori.

⁶⁷ *Ivi*, punto 140.

⁶⁸ *Ivi*, punto 135.

⁶⁹ V. G. GARZON CLARIANA, *La mixité: le droit et les problèmes pratiques*, in J. H. J. BOURGEOIS ET AL. (dir.), *La Communauté européenne et les accords mixtes. Quelles perspectives?*, Bruxelles, Presses interuniversitaires Européennes, 1997, p. 14 ss., che parla di rispettivamente di «accordi con regole composite» e «accordi compositi», oltre al terzo caso che comprende entrambi, gli «accordi ibridi»; sul punto anche S. NICOLIN, *Modalità di funzionamento ed attuazione degli accordi misti*, in L. DANIELE (a cura di), *Le relazioni esterne dell'Unione europea nel nuovo millennio*, Milano, Giuffrè, 2001, p. 177 ss.; P.-C. MÜLLER-GRAFF, *The CCP Enhanced by Reform Treaty of Lisbon?*, in A. DASHWOOD - M. MARESCAU, *Law and Practice of EU External Relations*, Cambridge, Cambridge University Press, 2008, p. 191, distingue ulteriormente i casi, all'interno della competenza ripartita su una stessa materia, dell'azione parallela tra Stati membri e Unione europea e dell'azione «di comune accordo» tra di loro, annoverando gli accordi commerciali in materia di servizi nei settori sensibili (ex art. 133, par. 6, secondo comma, CE) nel secondo caso.

partita) dell'Unione sia questioni che esulano dalle competenze interne dell'Unione: in proposito il Trattato prevede espressamente la conclusione dell'accordo da parte degli Stati membri a fianco di quella del Consiglio, in particolare se l'accordo comporta «un'armonizzazione [dei diritti nazionali] in un settore ove il Trattato escluda tale armonizzazione» (art. 133, par. 6, primo comma, CE). Si tratta della seconda ipotesi che dà luogo alla conclusione di un accordo in forma mista sulla base all'art. 133 CE (versione del Trattato di Nizza). Su tale ipotesi ci si soffermerà *infra*, perché la stessa clausola è ancora presente nell'art. 207 TFUE.

Ad un ulteriore livello di approfondimento, peraltro, le argomentazioni della Corte relative all'esercizio della competenza condivisa in materia di scambi di servizi nei settori sensibili sembrerebbero suggerire che l'identificazione e la delimitazione dei rispettivi margini d'azione della Comunità e degli Stati membri ai sensi dell'art. 133, par. 6, CE non siano determinate *a priori* o automaticamente dal contenuto dell'accordo commerciale, ma debbano avvenire caso per caso, sulla base dell'interesse perseguito dall'azione esterna. In generale, infatti, la Corte osserva come grazie alla ripartizione delle competenze sia possibile perseguire tutti gli interessi in gioco, al contempo quello della Comunità europea e quelli «particolari che gli Stati membri potrebbero intendere sostenere nei delicati settori individuati [dall'art. 133, par. 6, secondo comma]»⁷⁰. La Corte non risparmia di individuare il contenuto dell'interesse della Comunità, precisando che questo consiste nel non essere esclusa dall'accordo, nel carattere globale, coerente ed efficiente della politica commerciale, e nell'esigenza di unità della rappresentanza internazionale della Comunità⁷¹. Nella pronuncia, invero, non vengono definiti ulteriormente i caratteri di globalità (che, tuttavia, sono facilmente individuabili, ad esempio nella condizione che nessun settore sia sottratto alla disponibilità della Comunità in sede negoziale) e soprattutto di coerenza ed efficienza della politica commerciale comune. In particolare, la Corte non spiega come l'esigenza di coerenza possa venir soddisfatta, qualora, accanto agli impegni della Comunità, vi sia la presenza di impegni declinati per Stato membro o assunti solo da parte di alcuni Stati membri⁷². La Corte riconosce parimenti l'interesse degli Stati membri a mantenere una competenza esterna efficace in riferimen-

⁷⁰ Parere n. 1/08, *cit. supra*, nota 1, punto 136.

⁷¹ *Ivi*, punti 135 e 136.

⁷² Proprio tale situazione è attualmente riscontrabile nella lista di impegni specifici della Comunità e dei suoi Stati membri allegata al GATS, nelle offerte negoziali presentate in sede di Doha *round* e bilateralmente (si vedano da ultimo le liste di impegni specifici della parte "europea" allegate all'accordo recentemente concluso tra l'Unione e i suoi Stati membri e la Repubblica sudcoreana, firmato a Bruxelles il 6 ottobre 2010, non ancora pubblicato e non ancora in vigore, il cui testo è reperibile sul sito trade.ec.europa.eu). Questo stato delle cose sovente solleva la richiesta delle altre parti al negoziato di ricevere un unico insieme di concessioni, uguali per tutta l'Unione europea.

to ai settori sensibili⁷³. Si noti come la formulazione in modalità condizionale utilizzata dalla Corte nei confronti degli interessi che gli Stati membri «potrebbero intendere sostenere nei delicati settori individuati» lasci ritenere che il perseguimento degli interessi specifici da parte di (alcuni) Stati membri sia contemplato come una circostanza eventuale. Se così fosse, ne conseguirebbe che l'azione della Comunità si eserciterebbe comunque, anche in riferimento ad un settore sensibile, e sarebbe esclusa solo se o nei limiti in cui venga manifestata la volontà, da parte di tutti gli Stati membri o di almeno uno di loro, di far valere interessi nazionali specifici. In ultima istanza, l'esercizio della competenza in maniera congiunta dipenderebbe dalla valutazione da parte degli Stati dell'opportunità di portare avanti interessi propri altrimenti non perseguibili, o non perseguiti, dalla posizione uniforme della Comunità. Tuttavia, considerando i saldi fondamentali istituzionali e formali a cui la Corte ancora la competenza della Comunità e la sua ripartizione con quella degli Stati membri, sarebbe forse opportuno distinguere tra l'esercizio congiunto della competenza e il carattere ripartito della stessa: occorrerebbe cioè considerare se il mancato esercizio delle competenze statali nei settori sensibili renda automaticamente sufficiente la conclusione dell'accordo da parte della sola Comunità europea, o piuttosto se in una circostanza simile esista una posizione degli Stati membri (*rectius*, tante posizioni quanti sono gli Stati membri) uguale a quella della Comunità, e se l'accordo debba essere concluso anche da questi⁷⁴.

In ogni caso, come si è osservato, la Corte combina l'esistenza di una competenza ripartita all'obbligo, ribadito in una giurisprudenza costante, di stretta cooperazione tra gli Stati membri e la Comunità «nel processo di negoziazione e in quello di conclusione [degli] accordi», discendente dall'esigenza «dell'unità di rappresentanza internazionale della Comunità»⁷⁵. Così come declinato dalla Corte, l'obbligo di cooperazione ha senz'altro una connotazione procedurale, poiché comporta che gli Stati membri lascino alla Commissione il compito di condurre i negoziati con le parti terze esprimendo tanto gli interessi generali quanto, nella misura in cui ciò sia fattibile, gli interessi particolari degli Stati membri⁷⁶. Tale obbligo potrebbe però assumere anche un'altra valenza, con potenziali riflessi sul contenuto delle posizioni

⁷³ Parere n. 1/08, *cit. supra*, nota 1, punto 139.

⁷⁴ Questa situazione integrerebbe probabilmente la nozione di posizione «di comune accordo» dell'Unione e degli Stati membri, quale indicata da MÜLLER-GRAFF, *The CCP Enhanced by Reform Treaty of Lisbon?*, *cit. supra*, nota 69.

⁷⁵ Parere n. 1/08, *loc. cit.*, punto 136 e la giurisprudenza citata.

⁷⁶ Per una regolamentazione specifica dei comportamenti degli Stati e delle Istituzioni dell'Unione, discendenti da tale obbligo, v. Regolamento (Ce) n. 847/2004 del Parlamento europeo e del Consiglio del 29 aprile 2004 relativo alla negoziazione e all'applicazione di accordi in materia di servizi aerei stipulati dagli Stati membri con i Paesi terzi, in *Gu-Ue* n. L 157 del 30 aprile 2004, p. 7.

negoziali e degli impegni sottoscritti negli accordi commerciali nei servizi: la cooperazione potrebbe svolgersi nell'ambito di un processo interno volto almeno a limitare nella maggior misura possibile l'espressione di interessi nazionali particolari, e altresì a contemperare l'interesse della Comunità con gli interessi nazionali in una posizione unitaria.

Infine, ancora confutando le tesi sostenute da Commissione e Parlamento europeo⁷⁷, la Corte puntualizza quali sono le differenze ed i rapporti intercorrenti tra «unanimità» e «ripartizione»: la prima è evidentemente una modalità di esercizio della competenza, che non sostituisce la ripartizione della competenza, aspetto attinente alla natura di questa, né vi conferisce esclusività⁷⁸. Rispetto alla determinazione del carattere ripartito della competenza, dunque, non ha rilevanza la previsione che il Consiglio decida all'unanimità quando un accordo riguardi i settori sensibili (ex art. 133, par. 5, terzo comma, CE, e art. 207, par. 4, terzo comma, TFUE, sul quale v. *infra*). Le due disposizioni non sono «affatto incompatibili»⁷⁹: l'una, evidenziando il carattere ripartito della competenza comunitaria, completa il disposto dell'altra sulle modalità di esercizio di tale competenza⁸⁰.

5. Conclusioni

A questo punto, terminata l'analisi del parere in commento, possono essere svolte alcune considerazioni conclusive sugli apporti interpretativi di questa pronuncia con riferimento alle rilevanti disposizioni del Trattato di Lisbona. Coerentemente con l'esplicita enunciazione della natura esclusiva della competenza nel settore della politica commerciale comune (art. 3, par. 1, TFUE), dal testo dell'art. 207 TFUE sono state espunte le disposizioni esistenti nella versione del Trattato di Nizza dell'art. 133 CE che riguardavano i settori "sensibili", in virtù delle quali nel parere in commento la Corte ha sostenuto l'esistenza della competenza ripartita con gli Stati membri. Tuttavia, il nuovo testo prevede che la negoziazione e la conclusione di accordi nel settore degli scambi di servizi culturali e audiovisivi, da una parte, e di servizi nell'ambito sociale, dell'istruzione e della sanità, dall'altra parte, siano oggetto di deliberazioni del Consiglio all'unanimità, in deroga alla regola della maggioranza qualificata applicabile alla politica commerciale comune (art. 207, par. 4, terzo comma, TFUE)⁸¹. Così, con il nuovo Trattato, alla conclu-

⁷⁷ Parere n. 1/08, *cit. supra*, nota 1, punto 137.

⁷⁸ *Ivi*, punti 141 e 142.

⁷⁹ *Ivi*, punto 142.

⁸⁰ *Ivi*, punto 151.

⁸¹ L'unanimità è prevista anche nei casi in cui, relativamente agli accordi nei settori degli

sione di accordi sugli scambi di servizi nei settori sensibili è stata fatta percorrere una "passerella" dalla competenza ripartita tra l'Unione e gli Stati membri alla deliberazione all'unanimità in seno al Consiglio. Il ricorso a questa modalità di voto, in deroga alla regola della maggioranza qualificata nell'ambito della politica commerciale comune, non è peraltro incondizionata: esso si attiva se è soddisfatta la condizione che gli accordi rischino, rispettivamente nei due casi delineati, di «arrecare pregiudizio alla diversità culturale e linguistica dell'Unione» e di «perturbare seriamente» l'organizzazione degli Stati membri e le competenze nazionali riguardo alla loro prestazione (art. 207, par. 4, terzo comma, TFUE). Questa formulazione – se paragonata *mutatis mutandis* al ruolo riconosciuto dalla Corte, nel parere in esame, agli interessi degli Stati membri nel delimitare i margini d'azione all'interno della competenza ripartita prevista in tali settori dal Trattato di Nizza – sembrerebbe qualificare in senso restrittivo il margine di discrezionalità degli Stati per l'utilizzo di una procedura, il voto all'unanimità, che comunque protegge le posizioni nazionali, e le preserva nel caso estremo del ricorso al potere di veto da parte di uno Stato membro. Si noti che i settori indicati dalla disposizione in parola sono in larga parte contemplati nell'elenco delle competenze ripartite (politica sociale, problemi comuni di sicurezza in materia di sanità pubblica, ai sensi dell'art. 4 TFUE) e di sostegno, coordinamento e completamento (tutela e miglioramento della salute umana, cultura, istruzione, di cui all'art. 6 TFUE): è comprensibile che, a fronte dell'esclusività della competenza esterna dell'Unione in politica commerciale, gli Stati membri abbiano scelto di prevedere l'unanimità per l'adozione di accordi commerciali in settori che, sul piano interno dell'Unione, ricadono nelle competenze non solo ripartite ma anche complementari, riservandosi in ultima istanza un potere di veto⁸². Peraltro, le denominazioni parzialmente diverse tra i settori indicati nell'elenco delle competenze e quelli individuati in sede di politica commerciale comune potrebbero sollevare problemi nel delineare i contorni delle disposizioni convenzionali su cui il Consiglio deve deliberare all'unanimità. La situazione estrema che potrebbe sorgere vede la paralisi del Consiglio e quindi lo stallo dei negoziati e della conclusione di un accordo concernente gli scambi di servizi anche nei settori sensibili, con l'opzione di espungere tali settori dall'accordo, privando l'Unione di margini negoziali con i *partner*, e lasciando il commercio in questi settori sottratto alla liberalizzazione internazionale al di là degli obblighi generali del GATS. Infatti, la natura esclusiva della

scambi di servizi, degli aspetti commerciali e della proprietà intellettuale e degli investimenti esteri diretti, vi siano disposizioni per le quali è richiesta l'unanimità per l'adozione di norme interne (art. 207, par. 4, secondo comma, TFUE).

⁸² V. in tal senso, C. ZANGHÌ, *Istituzioni di diritto dell'Unione europea*, quinta ed., Torino, Giappichelli, 2010, p. 354.

competenza dell'Unione in materia di scambi internazionali di servizi impedisce agli Stati membri di negoziare e concludere accordi in casi simili.

Per altro verso, la lettura di queste disposizioni deve essere combinata con la clausola ampia e generale, perché rivolta all'intero settore della politica commerciale comune, secondo cui l'esercizio della competenza, interna ed esterna, nel settore della politica commerciale comune «non pregiudica la ripartizione delle competenze tra l'Unione e gli Stati membri» e non comporta un'armonizzazione dei diritti interni ove i Trattati la escludano (art. 207, par. 6, TFUE). Anche se questa clausola appare, invero, pleonastica e semplicemente dichiarativa, alla luce del principio di attribuzione delle competenze che regge l'intero ambito d'azione dell'Unione⁸³, comunque il limite che enuncia deve essere preso in considerazione. Nel Trattato sul funzionamento, l'armonizzazione delle disposizioni legislative e regolamentari degli Stati membri è esclusa, in via generale, in riferimento ai settori in cui all'Unione sono attribuite competenza di sostegno, coordinamento e completamento (ai sensi dell'art. 2, par. 5, secondo comma, TFUE), dunque nei settori culturali, di istruzione e sanità (esclusi i problemi comuni di sicurezza) in cui l'art. 207 TFUE prevede il potere del Consiglio di concludere accordi commerciali all'unanimità. A prima vista si tratta di disposizioni inconciliabili con quelle che conferiscono competenza esclusiva anche per tali settori in materia di politica commerciale: l'armonizzazione dei diritti nazionali è inevitabile a fronte dell'esercizio dell'azione esterna dell'Unione. Una lettura volta a dare efficacia e allo stesso tempo coerenza a queste disposizioni del Trattato potrebbe andare nella direzione di ritenere che l'ultima clausola dell'art. 207 TFUE sia una riformulazione del principio di attribuzione delle competenze: con l'adozione di atti interni o con la conclusione di accordi commerciali nei settori interessati l'Unione non può regolare aspetti che esulino dai confini degli scambi internazionali. Pertanto, occorrerà valutare, di volta in volta, se la negoziazione e la conclusione di accordi internazionali sia circoscritta entro la competenza attribuita all'Unione sugli aspetti del commercio estero o verta anche su altri aspetti relativi alla prestazione di servizi, e le eventuali conseguenze rispetto alle procedure applicabili alla conclusione dell'accordo internazionale. In merito, viene però anche in rilievo la previsione generale dei casi in cui l'Unione europea può concludere accordi internazionali: l'art. 216, par. 1, TFUE dispone, recependo la giurisprudenza della Corte in materia di competenze esterne⁸⁴, che l'Unione può concludere un accordo internazionale

⁸³ Sic J. F. BRAKELAND, *Politique commerciale commune*, cit. supra, nota 59, p. 882; l'A. segnala come questa «reliquia» dell'art. 133, par. 6, primo comma, CE fu conservata in sede di Convenzione europea nel gruppo di lavoro VII sull'azione esterna, semplicemente per rassicurare alcuni Stati membri.

⁸⁴ U. DRAETTA, *Elementi di diritto dell'Unione europea, Parte istituzionale. Ordinamento e struttura dell'Unione europea*, quinta ed., Milano, Giuffrè, 2009, p. 219.

non solo quando la competenza è esplicita nei Trattati (com'è il caso per la politica commerciale comune), ma anche «qualora la conclusione di un accordo sia necessaria per realizzare, nell'ambito delle politiche dell'Unione, uno degli obiettivi fissati dai trattati, o sia prevista in un atto giuridico vincolante dell'Unione, oppure possa incidere su norme comuni o alterarne la portata». Pure in questi casi, come per l'azione esterna nell'ambito della politica commerciale comune, ai sensi dell'art. 3, par. 2, TFUE la competenza dell'Unione è esclusiva.

Sembra dunque profilarsi la situazione secondo cui la competenza esclusiva dell'Unione europea a negoziare e concludere accordi commerciali nei settori dei servizi, oggetto specifico del parere in commento, si possa estendere ai seguenti confini: a partire da quelli della politica commerciale, che sono posti dal principio di attribuzione delle competenze ripreso nell'art. 207, par. 6, TFUE, fino a combinarsi a materie non commerciali, nei settori in cui si verificano le circostanze stabilite dagli artt. 3, par. 2 e 216, par. 2, TFUE. La previsione della natura esclusiva delle competenze esterne esercitate sulla base di questi fondamenti normativi rafforza la rappresentanza internazionale dell'Unione che scaturisce dal Trattato di Lisbona rispetto alla versione precedentemente in vigore. Al di fuori di queste fattispecie, l'inserimento di altri aspetti nell'accordo determina l'esigenza di concluderlo in forma mista con la partecipazione degli Stati membri. Certamente, nel delimitare i contorni dell'azione commerciale esterna rispetto alle materie in cui esiste competenza ripartita o non vi è competenza dell'Unione, aspetto che diventa il punto focale della questione, dovrà trovare applicazione il principio di stretta collaborazione tra Stati membri e Istituzioni dell'Unione, come ha ribadito la Corte nel parere esaminato.

Lorenza Mola*

* Dottore di ricerca in Diritto internazionale dell'economia / Università L. Bocconi di Milano; Professore a contratto di Diritto del mercato unico europeo e globalizzazione / Università degli Studi di Torino.

II. MASSIMARIO ANNOTATO*

LA CORTE DI GIUSTIZIA INDIVIDUA I CRITERI CHE RENDONO OBBLIGATORIA NEI CANTIERI LA NOMINA DI UN COORDINATORE IN MATERIA DI SICUREZZA E DI SALUTE

Corte di giustizia

Sentenza del 7 ottobre 2010 in causa n. C-224/09

Procedimento penale a carico di Martha Nussbaumer

Art. 234 CE - Questione pregiudiziale - Direttiva n. 92/57/Cee, art. 3 - Prescrizioni minime di sicurezza e di salute da attuare nei cantieri temporanei o mobili - Obblighi di designare un coordinatore in materia di sicurezza e di salute nonché di redigere un piano di sicurezza e di salute - Deroghe.

L'art. 3 della direttiva del Consiglio del 24 giugno 1992, n. 92/57/Cee, riguardante le prescrizioni minime di sicurezza e di salute da attuare nei cantieri temporanei o mobili (ottava direttiva particolare ai sensi dell'art. 16, par. 1, della direttiva n. 89/391/Cee), deve essere interpretato come segue:

- il n. 1 di tale articolo osta ad una normativa nazionale che, nel caso di un cantiere di lavori privati non soggetti a permesso di costruire e nel quale sono presenti più imprese, consenta di derogare all'obbligo incombente al committente o al responsabile dei lavori di nominare un coordinatore per la sicurezza e la salute al momento della progettazione dell'opera o, comunque, prima dell'esecuzione dei lavori;

- il n. 2 dello stesso articolo osta ad una normativa nazionale che preveda l'obbligo per il coordinatore della realizzazione dell'opera di redigere un piano di sicurezza e di salute nel solo caso in cui, in un cantiere di lavori privati non soggetti a permesso di costruire, intervengano più imprese, e che non as-

* A cura di *ENRICA ADOBATI*.

*suma come criterio a fondamento di tale obbligo i rischi particolari quali contemplati all'allegato II di detta direttiva*¹.

¹ La questione pregiudiziale sull'interpretazione della direttiva n. 92/57/Cee relativa alle prescrizioni minime di sicurezza e di salute da attuare nei cantieri temporanei o mobili (ottava direttiva particolare ai sensi dell'art. 16, par. 1, della direttiva n. 89/391/Cee) (in *Giurce* n. L 245 del 1989, p. 6) è sorta nell'ambito di un procedimento penale nei confronti della signora Nussbaumer, indagata per aver violato gli obblighi di sicurezza incombenti al committente o al responsabile dei lavori nei cantieri temporanei o mobili.

La direttiva prevede (art. 3, par. 1) che il committente (o il responsabile dei lavori) debba designare uno o più coordinatori in materia di sicurezza e di salute per un cantiere in cui sono presenti più imprese. L'art. 5 della direttiva prescrive che, durante la progettazione dell'opera, i coordinatori in materia di sicurezza e di salute designati elaborino o facciano elaborare un piano di sicurezza e di salute che precisi le regole applicabili al cantiere interessato. Durante la realizzazione dell'opera, i coordinatori in materia di sicurezza e di salute designati coordinano l'attuazione dei principi generali di prevenzione e di sicurezza (art. 6) e applicano, quando è necessario, il piano di sicurezza e di salute per lavori che comportino rischi particolari per i lavoratori sotto il profilo della loro sicurezza e salute.

La direttiva n. 92/57/Cee è stata trasposta nell'ordinamento giuridico italiano con il dlgs n. 494 del 14 agosto 1996, che è stato a sua volta abrogato dal dlgs del 9 aprile 2008, n. 81 (in *Guri*, n. 101 del 30 aprile 2008, *suppl. ord.*). Nel titolo IV del decreto n. 81/2008, dedicato ai cantieri temporanei e mobili, vengono definiti gli obblighi incombenti al committente o al responsabile dei lavori per quanto riguarda la designazione del coordinatore per la sicurezza in tali cantieri. Nei cantieri in cui è prevista la presenza di più imprese, anche non contemporanea, il committente, anche nei casi di coincidenza con l'impresa esecutrice, o il responsabile dei lavori, contestualmente all'affidamento dell'incarico di progettazione, designa il coordinatore per la progettazione (cfr. art. 90, comma 3, del dlgs n. 81/2008). Tale nomina non è obbligatoria in caso di lavori privati non soggetti a permesso di costruire.

Nel giugno del 2008 gli ispettori tecnici del lavoro della Provincia autonoma di Bolzano effettuavano un'ispezione presso un cantiere edile nel territorio del Comune di Merano, avente ad oggetto il rifacimento della copertura del tetto di una casa di abitazione ad un'altezza dal suolo di circa sei-otto metri e il committente era la signora Nussbaumer.

Il parapetto installato lungo il bordo del tetto, l'autogrù per sollevare il materiale e la manodopera erano forniti da tre imprese presenti tutte insieme nel cantiere e appaltate dal medesimo committente; il rilascio di un permesso di costruire non era richiesto ai sensi della legislazione nazionale (italiana) applicabile. Tuttavia, una dichiarazione di inizio dei lavori era stata trasmessa al Comune in questione. In tale contesto, si è posto il problema della conformità con le disposizioni dell'art. 3, n. 1, della direttiva n. 92/57/Cee delle deroghe che il diritto interno italiano prevede quanto all'obbligo di nominare un coordinatore per la sicurezza. Il giudice del rinvio, il Tribunale di Bolzano, ha ritenuto di sospendere il giudizio e di rivolgersi alla Corte di giustizia al fine di chiarire la questione, sopra citata.

La questione posta è se l'art. 3 della direttiva n. 92/57/Cee debba essere interpretato nel senso che esso osti ad una normativa nazionale che, da un lato, nel caso di un cantiere di lavori privati non soggetti a permesso di costruire e nel quale sono presenti più imprese, consenta di derogare all'obbligo imposto al committente o al responsabile dei lavori di nominare un coordinatore tanto per la progettazione dell'opera, quanto per la realizzazione dei lavori, e che, dall'altro, preveda l'obbligo per tale coordinatore di redigere un piano di sicurezza e di salute nel solo caso in cui, in un cantiere di lavori privati non soggetti a permesso di costruire, intervengano più imprese. Si ricorda che, ai sensi dell'art. 90, comma 11, del dlgs n. 81/2008, la disposizione di cui al comma 3 del dlgs, sopra citato, non si applica ai lavori privati non soggetti a permesso di costruire in base alla normativa vigente e comunque di importo inferiore ad euro 100.000. In tal caso, le funzioni del coordinatore per la progettazione sono svolte dal coordinatore per la esecuzione dei lavori.

La Corte di giustizia ha richiamato la sentenza *Commissione c. Italia* (sentenza del 25 luglio 2008 in causa n. C-504/06, in *Raccolta*, 2008, I, p. 118*, Pub. somm.) nella quale a-

veva sottolineato, interpretando l'art. 3 della direttiva, che l'obbligo di nominare un coordinatore in materia di sicurezza e di salute per ogni cantiere in cui sono presenti più imprese, non ammette alcuna deroga a tale obbligo.

Ne consegue, a parere della Corte, che un coordinatore in materia di sicurezza e di salute deve essere sempre nominato per un cantiere in cui sono presenti più imprese, indipendentemente dalla circostanza che i lavori siano soggetti o meno a permesso di costruire ovvero che tale cantiere comporti o meno rischi particolari.

Infine, con riferimento all'obbligo risultante dall'art. 3, n. 2, della direttiva n. 92/57/Cee di redigere, prima dell'apertura del cantiere, un piano di sicurezza e di salute, la Corte di giustizia ha precisato che esso deve essere inteso nel senso che vale per tutti i cantieri i cui lavori comportino rischi particolari (cfr. allegato II della direttiva), o per i quali è richiesta una notifica preliminare, essendo irrilevante, a tale riguardo, il numero d'imprese presenti nel cantiere.

IL PRINCIPIO DI NON DISCRIMINAZIONE NELL'AMBITO DELLA CESSAZIONE DEL RAPPORTO DI LAVORO PER RAGGIUNGIMENTO DELL'ETÀ PENSIONABILE

Corte di giustizia

Sentenza del 12 ottobre 2010 in causa n. C-45/09

Gisela Rosenblatt c. Oellerking Gebäudereinigungsges. mbH

Art. 234 CE - Questione pregiudiziale - Direttiva n. 2000/78/CE - Discriminazioni fondate sull'età - Cessazione del rapporto di lavoro per raggiungimento dell'età pensionabile - Art. 2, n. 2, lett. a. - Diretta disparità di trattamento in ragione dell'età - Art. 6, n. 1 - Giustificazione oggettiva - Finalità legittima - Giustificazione - Limite ordinario di età pensionabile - Contratto collettivo di lavoro - Competenza specifica delle parti sociali negli Stati membri - Art. 18, n. 1 - Attribuzione dell'attuazione alle parti sociali.

L'art. 6, n. 1, della direttiva del Consiglio del 27 novembre 2000, n. 2000/78/CE, che stabilisce un quadro generale per la parità di trattamento in materia di occupazione e di condizioni di lavoro, dev'essere interpretato nel senso che esso non osta ad una disposizione nazionale come l'art. 10, punto 5, della legge generale sulla parità di trattamento (Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz), in forza della quale sono considerate valide le clausole di cessazione automatica dei rapporti di lavoro per raggiungimento da parte del lavoratore subordinato dell'età pensionabile, nei limiti in cui, da un lato, detta disposizione sia oggettivamente e ragionevolmente giustificata da una finalità legittima relativa alla politica dell'occupazione e di mercato del la-

voro e, dall'altro, i mezzi per il conseguimento di tale finalità siano appropriati e necessari. L'attuazione di tale disposizione mediante un contratto collettivo non è di per sé esente da qualsiasi controllo giurisdizionale, bensì, conformemente ai dettami dell'art. 6, n. 1, di tale direttiva, deve anch'essa perseguire una siffatta finalità legittima in modo appropriato e necessario¹.

L'art. 6, n. 1, della direttiva n. 2000/78/Ce dev'essere interpretato nel senso che esso non osta ad una misura come la clausola di cessazione automatica dei rapporti di lavoro dei lavoratori subordinati che hanno raggiunto l'età pensionabile di sessantacinque anni prevista all'art. 19, punto 8, del contratto collettivo applicabile erga omnes per i lavoratori subordinati del settore delle pulizie industriali (*Allgemeingültiger Rahmentarifvertrag für die gewerblichen Beschäftigten in der Gebäudereinigung*)².

Gli artt. 1 e 2 della direttiva n. 2000/78/Ce devono essere interpretati nel senso che essi non ostano a che uno Stato membro dichiari applicabile erga omnes un contratto collettivo come quello di cui trattasi nella causa principale, a condizione che esso non privi i lavoratori che ricadono nella sfera di applicazione di detto contratto collettivo della protezione offerta loro dalle citate disposizioni contro le discriminazioni fondate sull'età³.

¹⁻³ Il procedimento da cui è scaturita la sentenza, sopra massimata, ha consentito alla Corte di giustizia, dopo le sentenze *Palacios de la Villa* (sentenza del 16 ottobre 2007 in causa n. C-411/05, in *Raccolta*, 2007, I, p. 8531, annotata in questa *Rivista*, 2007, p. 756), *Age Concern England* (sentenza del 5 marzo 2009 in causa n. C-388/07, in *Raccolta*, 2009, I, p. 1569, annotata in questa *Rivista*, 2009, p. 91) e *Petersen* (sentenza del 12 gennaio 2010 in causa n. C-341/08, inedita in *Raccolta*, annotata in questa *Rivista*, 2010, p. 84) di sviluppare ulteriormente, nonché di precisare la propria giurisprudenza sull'art. 6 della direttiva n. 2000/78/Ce (in *Guce* n. L 303 del 2000, p. 16), ai sensi del quale gli Stati membri possono prevedere che le disparità di trattamento in ragione dell'età non costituiscano discriminazione, laddove esse siano concretamente giustificate da una legittima finalità.

Il giudice del rinvio si è rivolto alla Corte di giustizia per chiarire se i limiti di età pensionabile, stipulati in un contratto collettivo, siano compatibili con il divieto di discriminazione basata sull'età di cui alla direttiva n. 2000/78/Ce.

La signora Rosenbladt ha svolto per trentanove anni lavori di pulizia in una caserma di Hamburg-Blankenese. A partire dal 1° novembre 1994, la ricorrente è stata impiegata dalla Oellerking, impresa di pulizie, sulla base di un contratto di lavoro a tempo parziale.

Tale contratto scadeva al termine del mese civile a partire dal quale la dipendente poteva percepire una pensione di vecchiaia, cioè al più tardi al termine del mese durante il quale ella compiva il sessantacinquesimo anno di età.

La Oellerking notificava alla signora Rosenbladt la cessazione del suo rapporto di lavoro a decorrere dal 31 maggio 2008, a causa del fatto che ella aveva raggiunto l'età pensionabile.

La ricorrente si è così rivolta al Tribunale del lavoro di Amburgo il quale ha deciso di sospendere il procedimento e di rivolgersi alla Corte di giustizia al fine di chiarire se la cessazione automatica di un rapporto di lavoro all'età pensionabile ordinaria sia conforme al divieto di discriminazione fondato sull'età previsto dalla direttiva oggetto di interpretazione.

In Germania, la legge di trasposizione della direttiva n. 2000/78/Ce prevede che le discriminazioni fondate sull'età (nonché sull'origine etnica, sul sesso, sulla religione o sulle convinzioni personali, sull'*handicap* o sull'identità personale) sono vietate con riferimento alle condizioni di occupazione e di lavoro, comprese la retribuzione e le condizioni di licenziamento, in particolare quelle riportate nei contratti collettivi e individuali di lavoro. Tutta-

via, le clausole di cessazione automatica dei rapporti di lavoro per l'avvenuto raggiungimento dell'età pensionabile da parte del lavoratore subordinato possono essere escluse dal divieto di discriminazione sulla base dell'età.

A parere della Corte di giustizia, la normativa tedesca controversa introduce una disparità di trattamento direttamente fondata sull'età ai sensi dell'art. 2, n. 2, lett. a. della direttiva n. 2000/78/Ce. La misura controversa non introduce un regime imperativo di pensionamento obbligatorio, bensì autorizza i lavoratori e i datori di lavoro a stipulare, mediante accordi individuali o collettivi, una modalità di estinzione dei rapporti di lavoro fondata sull'età pensionabile.

Il meccanismo della cessazione automatica dei rapporti di lavoro dei lavoratori subordinati che soddisfano le condizioni contributive e di anzianità per beneficiare della liquidazione dei loro diritti pensionistici si basa su un equilibrio tra considerazioni di ordine politico, economico, sociale, demografico e/o di bilancio, e dipende dalla scelta di prolungare la durata della vita attiva dei lavoratori o, al contrario, di prevederne un pensionamento precoce.

Ne consegue, a parere della Corte di giustizia, che la clausola di cessazione automatica dei rapporti di lavoro di cui trattasi nella causa principale costituisce il risultato di un accordo negoziato tra i rappresentanti dei lavoratori e quelli dei datori di lavoro che hanno così esercitato il loro diritto di contrattazione collettiva riconosciuto come diritto fondamentale (cfr., in tal senso, sentenza del 15 luglio 2010 in causa n. C-271/08, *Commissione c. Germania*, inedita in *Raccolta*). La clausola di cessazione automatica dei rapporti riflette un equilibrio tra interessi divergenti, ma legittimi, che si inseriscono in un complesso sistema di relazioni lavorative strettamente legato alle scelte politiche in materia di pensioni e di occupazione in quanto ai lavoratori viene garantita una certa stabilità di impiego e viene consentito loro di prevedere un pensionamento.

Secondo la Corte di giustizia, la cessazione del rapporto di lavoro in questione non ha l'effetto automatico di indurre le persone interessate a ritirarsi definitivamente dal mercato del lavoro. Di conseguenza, non si dà vita ad un regime imperativo di pensionamento d'ufficio. La normativa in questione non impedisce a un lavoratore di continuare la propria attività lavorativa oltre l'età pensionabile. Essa non priva perciò della tutela contro le discriminazioni fondate sull'età i lavoratori subordinati che hanno raggiunto l'età pensionabile qualora essi desiderino rimanere in attività e si adoperino per trovare un nuovo impiego.

LA CORTE DI GIUSTIZIA INTERPRETA LA DIRETTIVA N. 86/653/CEE SUGLI AGENTI COMMERCIALI

Corte di giustizia

Sentenza del 28 ottobre 2010 in causa n. C-203/09

Volvo Car Germany GmbH c. Autohof Weidensdorf GmbH

Art. 234 CE - Questione pregiudiziale - Direttiva n. 86/653/Cee - Agenti commerciali indipendenti - Scioglimento del contratto di agenzia da parte del proponente - Inadempimento dell'agente - Diritto dell'agente ad un'indennità di clientela - Riconoscimento.

L'art. 18, lett. a., della direttiva del Consiglio del 18 dicembre 1986, n. 86/653/Cee, relativa al coordinamento dei diritti degli Stati membri concer-

nenti gli agenti commerciali indipendenti, osta a che un agente commerciale indipendente venga privato della sua indennità di clientela qualora il preponente dimostri l'esistenza di un inadempimento di tale agente, verificatosi dopo la notifica del recesso dal contratto mediante preavviso e prima della scadenza di quest'ultimo, che avrebbe potuto giustificare un recesso immediato dal contratto in parola¹.

¹ È la prima volta che la Corte di giustizia interpreta l'art. 18 della direttiva n. 86/653/Cee sugli agenti commerciali indipendenti (in *Guce* n. L 382 del 1986, p. 17) chiarendo come l'agente commerciale abbia diritto all'indennità di fine rapporto in un contesto particolare, ossia quando l'inadempimento contestato all'agente avvenga durante il periodo di preavviso successivo alla decisione di recedere dal contratto di agenzia presa dal preponente, venuto a conoscenza dell'inadempimento solamente dopo la cessazione effettiva di tale contratto.

La direttiva n. 86/653/Cee prevede, infatti, a beneficio degli agenti e a carico dei loro preponenti, il versamento di un'indennità dopo la cessazione del contratto di agenzia, (la c.d. indennità di clientela). L'art. 18, lett. *a.*, della direttiva dispone, tuttavia, che tale indennità non è dovuta «quando il preponente risolve il contratto per un'inadempimento contrattuale imputabile all'agente commerciale, la quale giustifichi, in virtù della legislazione nazionale, la risoluzione immediata del contratto».

Nel 1993 la società concedente Volvo Car Germany GmbH (di seguito denominata: Volvo Car) e la concessionaria Autohof Weidensdorf GmbH (di seguito denominata: AHW) stipulavano un contratto di concessione. Nel contempo, i gestori della AHW amministravano, con un ex gestore di questa impresa, la Autovermietung Weidensdorf GbR (di seguito denominata: AVW). La AVW instaurava, tramite un'altra società, rapporti commerciali con la Volvo Car disciplinati da un accordo quadro per grossi clienti avente ad oggetto sconti speciali per la fornitura di veicoli Volvo nuovi. Conformemente a questo accordo quadro, la AVW acquistava veicoli dalla AHW beneficiando delle riduzioni convenute. La AHW percepiva a tal fine dalla Volvo Car contributi finanziari soggetti alle condizioni generali di concessione di contributi ai concessionari. Nell'anno 1997 la Volvo Car annunciava la propria decisione di recedere dal contratto con effetto dal 31 marzo 1999. Durante i due anni precedenti il recesso, la AVW agiva in violazione del contratto di concessione (la Volvo Car è venuta a conoscenza di tale violazione solamente dopo la cessazione del contratto). La HVB, ritenendo applicabile l'art. 89 *b.* dell'HGB (normativa nazionale che ha trasposto gli artt. 17 e 18 della direttiva n. 86/653/Cee) ha citato in giudizio la Volvo Car invocando il pagamento dell'indennità di clientela. Il giudice d'appello, al quale la Volvo Car si è rivolta successivamente, ha dichiarato che affinché venga meno il diritto dell'agente commerciale ad un'indennità è necessario che un giustificato motivo di recesso abbia costituito la causa della decisione del preponente di mettere fine al contratto. Il Bundesgerichtshof, al quale la Volvo Car si è rivolta in ultima istanza, ha deciso di sospendere il procedimento e di rivolgersi alla Corte di giustizia.

In *primis*, la Corte di giustizia, pronunciandosi sull'eccezione di incompetenza sollevata dalla Volvo Car, ha chiarito che l'oggetto della causa principale rientra nell'ambito di applicazione della direttiva in quanto nel diritto tedesco viene applicato un trattamento identico al contratto di concessione e al contratto di agenzia (cfr. sentenza del 16 marzo 2006 in causa n. C-3/04, *Poseidon Chartering*, in *Raccolta*, 2006, I, p. 2505).

In secondo luogo, la Corte di giustizia, nel rispondere alla questione sottoposta relativa all'interpretazione dell'art. 18, lett. *a.* della direttiva n. 86/653/Cee, ha ricordato la portata della norma, sottolineando come con tale disposizione si sia voluto evidenziare la necessità di una causalità diretta tra l'inadempimento imputabile all'agente commerciale e la decisione del preponente di chiudere il contratto per negare all'agente commerciale ogni indennità prevista dalla direttiva.

A parere della Corte di giustizia, l'art. 18, lett. *a.* della direttiva costituisce un'eccezione che, come tale deve essere interpretata restrittivamente. Alla luce di tale considerazione, la Corte di giustizia ha statuito che all'agente commerciale deve essere riconosciuta un'inden-

nità, qualora il preponente, dopo avergli notificato il recesso con il dovuto preavviso, dimostri l'esistenza di un'inadempienza dell'agente che avrebbe potuto comprovare un tempestivo recesso dal contratto stesso.

La conclusione a cui è giunta la Corte è dunque che l'esclusione del diritto ad un'indennità di clientela non può essere subordinata all'esistenza di un nesso di casualità tra, da una parte, l'inadempienza imputabile all'agente commerciale idonea a giustificare la risoluzione immediata del contratto e, dall'altra, la decisione del preponente di porre fine al contratto di agenzia.

OBBLIGHI DEL GIUDICE NAZIONALE DI ESAMINARE D'UFFICIO LA NATURA ABUSIVA DI UNA CLAUSOLA ATTRIBUTIVA DI COMPETENZA

Corte di giustizia

Sentenza del 9 novembre 2010 in causa n. C-137/08

VB Pénzügyi Lízing Zrt. c. Ferenc Schneider

Art. 234 CE - Questione pregiudiziale - Direttiva n. 93/13/Cee - Clausole abusive figuranti nei contratti stipulati con i consumatori - Criteri di valutazione - Esame d'ufficio, da parte del giudice nazionale, del carattere abusivo di una clausola attributiva di competenza giurisdizionale - Art. 23 dello Statuto della Corte.

L'art. 23, 1° comma, dello Statuto della Corte di giustizia dell'Unione europea non osta a una disposizione di diritto nazionale ai sensi della quale il giudice che avvia un procedimento di rinvio pregiudiziale ne informa contemporaneamente, d'ufficio, il Ministro della giustizia dello Stato membro interessato¹.

L'art. 267 TFUE (ex 234 CE) deve essere interpretato nel senso che la competenza della Corte di giustizia dell'Unione europea verte sull'interpretazione della nozione di «clausola abusiva», di cui all'art. 3, n. 1, della direttiva del Consiglio del 5 aprile 1993, n. 93/13/Cee, concernente le clausole abusive nei contratti stipulati con i consumatori, e all'allegato della medesima, nonché sui criteri che il giudice nazionale può o deve applicare in sede di esame di una clausola contrattuale con riguardo alle disposizioni della direttiva, fermo restando che spetta al suddetto giudice pronunciarsi, in base ai criteri sopra citati, sulla qualificazione concreta di una clausola contrattuale particolare in funzione delle circostanze proprie del caso di specie².

Il giudice nazionale deve adottare d'ufficio misure istruttorie al fine di accertare se una clausola attributiva di competenza giurisdizionale territo-

riale esclusiva contenuta nel contratto, che costituisce l'oggetto della controversia di cui è investito e che è stato concluso tra un professionista e un consumatore, rientri nell'ambito di applicazione della direttiva n. 93/13/Cee e, in caso affermativo, valutare d'ufficio il carattere eventualmente abusivo di una siffatta clausola³.

¹⁻³ La Corte di giustizia aveva poco tempo fa interpretato la direttiva n. 93/13/Cee (in *Guce* n. L 95 del 2003, p. 29) nella sentenza *Pannon* (del 4 giugno 2009 in causa n. C-243/08, in *Raccolta*, 2009, I, p. 4713, annotata in questa *Rivista*, 2009, p. 543) pronunciandosi sugli effetti giuridici di una clausola abusiva. In essa, la Corte aveva statuito che il giudice abbia non solo l'obbligo di pronunciarsi sulla natura abusiva di una clausola contrattuale ma, altresì, di esaminare d'ufficio la clausola stessa, anche in sede di verifica della propria competenza territoriale. Nella sentenza *Pannon* la Corte aveva precisato che è compito del giudice nazionale stabilire se una clausola contrattuale soddisfi i criteri richiesti per essere qualificata «abusiva» ai sensi dell'art. 3, n. 1, della direttiva e che, a tal fine, il giudice nazionale deve tener conto del fatto che può essere considerata abusiva una clausola contenuta in un contratto concluso tra un consumatore e un professionista che sia stata inserita senza essere stata oggetto di negoziato individuale e attribuisca la competenza esclusiva al tribunale nella cui circoscrizione è ubicata la sede del professionista.

Ora la Corte torna nuovamente a pronunciarsi su una questione analoga. Nell'ambito della causa che ha dato vita alla questione pregiudiziale è sorta la questione vertente sul ruolo da attribuire alla Corte per garantire che in tutti gli Stati membri dell'Unione europea i diritti dei consumatori vengano tutelati in modo uniforme, così come prescritto dalla direttiva n. 93/13/Cee.

La domanda di pronuncia pregiudiziale ha visto contrapposti, da un lato, la VB Pénzügyi Lizing Zrt., ricorrente, e, dall'altro lato, il signor Ferenc Schneider, convenuto, in merito al rimborso di un prestito.

Nell'anno 2006 le parti stipulavano un contratto di mutuo volto al finanziamento dell'acquisto di un autoveicolo. In seguito, la VB Pénzügyi Lizing Zrt. risolveva il contratto rivolgendosi al giudice del rinvio in quanto il signor Schneider non adempiva ai propri obblighi contrattuali. L'ingiunzione di pagamento è stata ottenuta avvalendosi della clausola che prevedeva di adire il giudice territorialmente competente in base al domicilio del professionista.

Il giudice del rinvio, nel prendere atto che la residenza del signor Schneider non si trovava nella propria circoscrizione territoriale, decide di sospendere il procedimento e di rivolgersi alla Corte di giustizia sottoponendole alcune questioni pregiudiziali.

In *primis*, la Corte di giustizia ha chiarito che, ai sensi dell'art. 267 TFUE (ex art. 234 CE) essa è competente a statuire sull'interpretazione dei trattati e degli atti emanati dalle istituzioni comunitarie (cfr. sentenze del 13 dicembre 1989 in causa n. C-322/88, *Grimaldi*, in *Raccolta*, 1989, p. 4407 e dell'11 maggio 2006 in causa n. C-11/05, *Friesland Coberco Dairy Foods*, in *Raccolta*, 2006, I, p. 4285) e, per tale ragione, essa può essere chiamata da un giudice nazionale ad interpretare la nozione di «clausola abusiva».

In secondo luogo, il giudice del rinvio si domanda se egli possa procedere con un'istruttoria d'ufficio al fine di accertare gli elementi di fatto e di diritto necessari per valutare l'esistenza di una clausola siffatta (si ricorda che l'ingiunzione ottenuta dalla ricorrente è un procedimento *inaudita altera parte*).

A parere della Corte di giustizia, proprio per la situazione di inferiorità in cui si trova il consumatore, il giudice nazionale deve verificare d'ufficio se una clausola contrattuale rientri o meno nell'ambito di applicazione della direttiva e deve assicurarsi che essa sia stata oggetto di un negoziato tra il professionista e il consumatore (cfr. sentenza del 27 giugno 2000 in cause riunite da n. C-240/98 a n. C-244/98, *Océano Grupo Editorial e Salvat Editores*, in *Raccolta*, 2000, I, p. 4941, annotata in questa *Rivista*, 2000, p. 638 che ha statuito sull'abusività di una clausola non oggetto di un negoziato individuale e volta ad attribuire la competenza esclusiva al tribunale nel cui foro si trovava la sede del professionista).

LE LENTI A CONTATTO POSSONO ESSERE COMMERCIALIZZATE VIA INTERNET

Corte di giustizia

Sentenza del 2 dicembre 2010 in causa n. C-108/09

Ker-Optika bt c. ÁNTSZ Dél-dunántúli Regionális Intézet

Art. 234 CE - Questione pregiudiziale - Libera circolazione delle merci - Sanità pubblica - Commercializzazione delle lenti a contatto via internet - Normativa nazionale che autorizza la vendita di lenti a contatto nei soli negozi specializzati in dispositivi medici - Direttiva n. 2000/31/Ce - Società dell'informazione - Commercio elettronico - Normativa nazionale che disciplina la consegna delle lenti a contatto è esclusa dall'applicazione della direttiva.

Le norme nazionali relative alla commercializzazione di lenti a contatto rientrano nell'ambito di applicazione della direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio dell'8 giugno 2000, n. 2000/31/Ce, relativa a taluni aspetti giuridici dei servizi della società dell'informazione, in particolare il commercio elettronico, nel mercato interno («direttiva sul commercio elettronico»), nei limiti in cui riguardano l'atto di vendita via internet di siffatte lenti. Per contro, le norme nazionali concernenti la consegna di dette lenti non rientrano nell'ambito di applicazione di tale direttiva¹.

Gli artt. 34 TFUE e 36 TFUE nonché la direttiva n. 2000/31/Ce devono essere interpretati nel senso che essi ostano ad una normativa nazionale che autorizzi la commercializzazione di lenti a contatto esclusivamente in negozi specializzati in dispositivi medici².

¹⁻² Nella sentenza, sopra massimata, la Corte di giustizia, pronunciandosi sulla questione se un divieto di vendere lenti a contatto via internet sia compatibile con le disposizioni comunitarie relative alla libera circolazione delle merci, è stata chiamata ad interpretare la direttiva n. 2000/31/Ce relativa al commercio elettronico (in *Guce* n. L 178 del 2000, p. 1).

Dalla normativa ungherese risulta che, per poter commercializzare lenti a contatto e occhiali realizzati in conformità alle misure individuali, è necessario possedere un negozio avente una superficie minima di diciotto metri quadrati o un locale staccato dal laboratorio. Si rendono, altresì, necessari i servizi di un optometrista o di un medico oftalmologo qualificato in materia di lenti a contatto.

Nell'agosto del 2008 l'istituto ungherese locale dell'ÁNTSZ per le circoscrizioni di Pécs, Sellye e Siklós vietava alla Ker-Optika la commercializzazione di lenti a contatto tramite il suo sito internet.

La Ker-Optika proponeva ricorso avverso la decisione di divieto dinanzi al Tribunale provinciale della Baranya che decideva di sospendere il procedimento e di rivolgersi alla Corte sottoponendole alcune questioni pregiudiziali.

La Corte di giustizia si è, innanzitutto, concentrata sull'individuazione delle disposizioni comunitarie contrastanti con la normativa ungherese che vieta la commercializzazione via

internet delle lenti a contatto autorizzandone la distribuzione esclusivamente in negozi specializzati nella vendita di dispositivi medici.

La Corte ha sottolineato come l'ambito di applicazione della direttiva n. 2000/31/Ce includa le disposizioni nazionali che vietano gli atti relativi alla vendita di lenti a contatto, vale a dire, l'offerta *on line*, nonché quelle relative alla conclusione del contratto con mezzi elettronici.

È arrivata così alla conclusione che le condizioni in base alle quali una merce venduta via internet può essere consegnata sul territorio di uno Stato membro non rientrano nell'ambito di applicazione della direttiva n. 2000/31/Ce.

Sull'esistenza di un ostacolo alla libera circolazione delle merci, la Corte di giustizia ha affermato che la normativa ungherese si applica a tutti gli operatori interessati che svolgono la propria attività sul territorio nazionale ma che essa non grava in egual misura sul commercio di lenti a contatto svolto da operatori ungheresi e su quello effettuato da operatori di altri Stati membri. Infatti, il divieto delle vendite per corrispondenza di lenti a contatto priva gli operatori provenienti da altri Stati membri di buone opportunità ostacolando così l'accesso di questi ultimi al mercato dello Stato membro interessato. La normativa in questione deve essere considerata, pertanto, una misura di effetto equivalente.

Sull'eventuale giustificazione di un ostacolo alla libera circolazione delle merci, la Corte di giustizia ha richiamato la propria costante giurisprudenza sul punto precisando che esso può essere giustificato da motivi di interesse generale oppure da ragioni imperative. La normativa ungherese deve essere idonea a garantire la realizzazione dell'obiettivo di tutela della sanità pubblica e non deve eccedere quanto è necessario per il suo raggiungimento.

La Corte di giustizia ha poi precisato che, se la misura in questione rientra nell'ambito della sanità pubblica, è necessario tener conto del fatto che la salute e la vita delle persone sono beni primari protetti dal Trattato e che è compito degli Stati membri decidere il livello al quale intendono assicurare la tutela della sanità pubblica, nonché la forma in cui tale livello deve essere raggiunto. Agli Stati deve essere riconosciuto una certa discrezionalità in considerazione del fatto che il livello di protezione può variare da uno Stato membro all'altro (cfr. sentenza del 1° giugno 2010 in cause riunite n. C-570/07 e n. C-571/07, *Blanco Pérez e Chao Gómez*, non ancora pubblicata in *Raccolta*, annotata in questa *Rivista*, 2010, p. 477).

Sul punto, la Corte ha precisato che l'obiettivo teso ad assicurare la tutela della salute degli acquirenti di lenti a contatto può essere raggiunto mediante misure meno restrittive di quelle risultanti dalla normativa ungherese, consistenti nel sottoporre a talune restrizioni soltanto la prima consegna di lenti e nell'imporre agli operatori economici interessati la messa a disposizione del cliente di un ottico qualificato.

Ne consegue, e così conclude la Corte di giustizia, che la normativa ungherese non può essere considerata proporzionata all'obiettivo di tutela della sanità pubblica ai sensi della direttiva sul commercio elettronico.

LA COMPETENZA GIURISDIZIONALE NEI CONTRATTI CONCLUSI DAI CONSUMATORI VIA INTERNET

Corte di giustizia

Sentenza del 7 dicembre 2010 in cause riunite n. C-585/08 e n. C-144/09

Peter Pammer c. Reederei Karl Schlüter GmbH & Co KG (causa n. C-585/08), e Hotel Alpenhof GesmbH c. Oliver Heller (causa n. C-144/09)

Art. 234 CE - Questione pregiudiziale - Competenza giudiziaria in materia civile e commerciale - Regolamento (Ce) n. 44/2001 - Art. 15, n. 1, lett. c., e n. 3 - Competenza in materia di contratti conclusi dai consumatori - Contratto di viaggio in nave mercantile - Nozione di «viaggio tutto compreso» - Contratto di soggiorno in albergo - Presentazione del viaggio e dell'albergo su un sito internet - Nozione di attività «diretta verso» lo Stato membro o il consumatore presso il proprio domicilio - Criteri - Accessibilità del sito internet.

Un contratto avente ad oggetto un viaggio in nave mercantile, come quello oggetto della causa principale nel procedimento n. C-585/08, costituisce un contratto di trasporto che, ad un prezzo forfettario, combina viaggio ed alloggio ai sensi dell'art. 15, n. 3, del Regolamento (Ce) del Consiglio 22 dicembre 2000, n. 44/2001, concernente la competenza giurisdizionale, il riconoscimento e l'esecuzione delle decisioni in materia civile e commerciale¹.

Al fine di stabilire se l'attività di un commerciante, presentata sul suo sito internet o su quello di un intermediario, possa essere considerata «diretta» verso lo Stato membro sul territorio del quale il consumatore è domiciliato, ai sensi dell'art. 15, n. 1, lett. c., del Regolamento n. 44/2001, occorre verificare se, prima dell'eventuale conclusione di un contratto con il consumatore, risulti da tali siti Internet e dall'attività complessiva del commerciante che quest'ultimo intendeva commerciare con consumatori domiciliati in uno o più Stati membri, tra i quali quello di domicilio del consumatore stesso, nel senso che era disposto a concludere contratti con i medesimi².

I seguenti elementi, il cui elenco non è esaustivo, possono costituire indizi che consentono di ritenere che l'attività del commerciante sia diretta verso lo Stato membro di domicilio del consumatore, vale a dire la natura internazionale dell'attività, l'indicazione di itinerari a partire da altri Stati membri per recarsi presso il luogo in cui il commerciante è stabilito, l'utilizzazione di una lingua o di una moneta diverse dalla lingua o dalla moneta abitualmente utilizzate nello Stato membro in cui il commerciante è stabilito con la possibilità di prenotare e confermare la prenotazione in tale diversa lingua, l'indicazione di recapiti telefonici unitamente ad un prefisso internazionale, il dispiego di risorse finanziarie per un servizio di posizionamento su internet al fine di facilitare ai consumatori domiciliati in altri Stati membri l'accesso al sito del commerciante ovvero a quello del suo intermediario, l'utilizzazione di un nome di dominio di primo livello diverso da quello dello Stato membro in cui il commerciante è stabilito e la menzione di una clientela internazionale composta da clienti domiciliati in Stati membri differenti. Spetta al giudice nazionale verificare la sussistenza di tali indizi³.

Per contro, la semplice accessibilità del sito internet del commerciante o di quello dell'intermediario nello Stato membro sul territorio del quale il consumatore è domiciliato è insufficiente. Ciò vale anche con riguardo all'in-

*dicazione di un indirizzo di posta elettronica o di altre coordinate ovvero all'impiego di una lingua o di una moneta che costituiscano la lingua e/o la moneta abitualmente utilizzate nello Stato membro nel quale il commerciante è stabilito*⁴.

¹⁴ La principale questione sollevata dai procedimenti in esame è relativa all'interpretazione dell'art. 15, n. 1, lett. c., del Regolamento n. 44/2001 (in *Guce* n. L 12 del 2001, p. 1) e, in particolare, del concetto secondo cui la persona che svolge un'attività commerciale o professionale indirizza tale attività verso lo Stato membro in cui è domiciliato il consumatore o verso una pluralità di Stati tra i quali figura anche tale Stato membro.

In particolare, il giudice nazionale, della causa *Hotel Alpenhof* (n. C-144/09), che era lo stesso della causa *Pammer* (n. C-585/08), ha posto la questione se fosse sufficiente, al fine di ritenere che un'attività sia «diretta» verso uno Stato membro nel senso indicato dall'art. 15, n. 1, lett. c., del Regolamento n. 44/2001, il fatto che il sito internet del venditore fosse accessibile dallo Stato membro in cui risultava domiciliato il consumatore. Nella causa *Pammer*, inoltre, il giudice ha sollevato la domanda se un viaggio (turistico) su nave mercantile possa essere considerato un contratto il cui prezzo preveda prestazioni combinate di trasporto e di alloggio per un prezzo globale, ai sensi dell'art. 15, n. 3, del Regolamento n. 44/2001.

È la prima volta che la Corte chiarisce la nozione di attività commerciale o professionale «diretta» verso lo Stato membro in cui è domiciliato il consumatore.

L'interpretazione della nozione, sopra citata, assume un significato particolare nell'ambito di un'attività «diretta» verso lo Stato membro in cui è domiciliato il consumatore via internet. La specificità di internet sta nel fatto che i consumatori di norma accedono al sito internet del venditore da ogni parte del mondo e un'interpretazione molto ampia della nozione di attività «diretta» porterebbe a ritenere che la mera creazione di un sito internet significhi che il venditore dirige la sua attività verso lo Stato membro in cui è domiciliato il consumatore.

Nell'interpretare la nozione di attività «diretta» bisogna perciò effettuare una ponderazione tra la tutela del consumatore, che in base al Regolamento n. 44/2001 beneficia di disposizioni particolari sulla competenza, e le conseguenze per il venditore, per il quale tali disposizioni particolari sulla competenza trovano applicazione solo se egli abbia deciso consapevolmente di dirigere la sua attività verso lo Stato membro di residenza del consumatore.

Dato che il Regolamento n. 44/2001 consente ai consumatori di chiamare e di essere chiamati in giudizio nello Stato membro del proprio domicilio anche in caso di conclusione del contratto via internet, questa norma è stata adeguata all'evoluzione delle nuove tecnologie; nel contempo si sono aperte anche nuove questioni interpretative in relazione alla norma stessa. Nei due procedimenti in esame, la Corte è stata chiamata a fornire una soluzione ad una delle suddette questioni interpretative vertenti sul Regolamento n. 44/2001.

Le domande sono state proposte nell'ambito di due controversie che hanno visto contrapposti, da un lato, il signor Pammer e la Reederei Karl Schlüter GmbH & Co. KG (di seguito denominata: Reederei Karl Schlüter), in merito al rifiuto da parte di quest'ultima di rimborsare integralmente al signor Pammer il prezzo di un viaggio in nave mercantile cui il medesimo non ha potuto partecipare e la cui descrizione figurava su internet (causa n. C-585/08) e, dall'altro, l'Hotel Alpenhof GesmbH (di seguito denominato: Hotel Alpenhof) e il signor Heller in merito al rifiuto da parte di quest'ultimo di pagare il proprio conto dell'albergo per un soggiorno prenotato via internet (causa n. C-144/09).

Nella causa n. C-585/08, il signor Pammer, domiciliato in Austria, concludeva un contratto di viaggio, tramite la Reederei Karl Schlüter, su una nave mercantile da Trieste verso l'Estremo Oriente. Tale società esercitava prevalentemente le proprie attività tramite internet descrivendo i molteplici servizi offerti a bordo delle proprie navi. Il ricorrente si rifiutava di salire a bordo della imbarcazione in questione a causa della mancanza di corrispondenza tra quanto descritto sul sito e quanto veniva effettivamente offerto sulla nave chiedendo il rimborso del prezzo versato. Il signor Pammer, al quale la convenuta rimborsava solamente una parte di quanto versato, adiva i giudici austriaci chiedendo il saldo. La società tedesca solle-

vava un'eccezione di difetto di giurisdizione dinanzi a tale giudice. Esauriti i gradi di giudizio, l'Oberster Gerichtshof, la Corte suprema austriaca, dinanzi al quale il signor Pammer proponeva ricorso, ritenendo necessaria un'interpretazione dell'art. 15 del Regolamento n. 44/2001, decideva di sospendere il procedimento e di rivolgersi alla Corte di giustizia al fine di chiarire, da un lato, se il «viaggio in nave mercantile» potesse essere equiparato ad un viaggio tutto compreso ai sensi del Regolamento in questione e, dall'altro lato, se fosse sufficiente, per ritenere che un'attività sia diretta verso un altro Stato membro, il fatto che il sito web del venditore fosse accessibile via internet.

Una causa analoga alla precedente, introdotta dinanzi alla Corte di giustizia nel procedimento n. C-144/09, è sorta per il contrasto venutosi a creare tra l'albergo Alpehof e il signor Heller per la mancata corrispondenza tra i servizi offerti dall'hotel presso il quale il ricorrente aveva effettuato la prenotazione e quanto reclamizzato sul sito internet. Il signor Heller abbandonava l'albergo senza provvedere al pagamento di quanto dovuto. L'hotel citava così in giudizio il ricorrente dinanzi ai giudici austriaci di fronte ai quali il signor Heller sollevava l'eccezione di difetto di giurisdizione del giudice adito, ritenendo che l'unico giudice competente fosse quello del territorio nel quale il consumatore è domiciliato (cfr. art. 15, n. 1, lett. c. del Regolamento n. 44/2001).

L'Oberster Gerichtshof, trovatosi a decidere entrambe le controversie succitate, ha sospeso anche in questo secondo caso il procedimento e si è rivolto alla Corte di giustizia che ha ritenuto, considerata l'analogia dei procedimenti, di riunire le cause.

Sulla prima questione pregiudiziale proposta nella causa n. C-585/08, la Corte di giustizia ha sottolineato come un viaggio in nave mercantile corrisponda alla nozione di viaggio tutto compreso di cui alla direttiva n. 90/314/Ce (in *Guce* n. L 158 del 1990, p. 59) in quanto esso comprende, nel prezzo forfetario, oltre al trasporto, anche l'alloggio per un viaggio di durata superiore alle ventiquattro ore (cfr. sull'argomento, la sentenza del 30 aprile 2002 in causa n. C-400/00, *Club Tour*, in *Raccolta*, 2002, I, p. 4051, in questa *Rivista*, 2002, p. 483 con nota di E. ADOBATI, *La Corte di giustizia definisce la nozione di «viaggio tutto compreso» ai sensi della direttiva n. 90/314/Cee*, p. 486 ss. e M. FRAGOLA, *La Corte di giustizia ritorna sui pacchetti turistici «tutto compreso»*, p. 489 ss.).

La seconda questione pregiudiziale (nella causa n. C-585/08), sollevata in entrambe le controversie, invitava la Corte di giustizia a chiarire i criteri utilizzabili affinché un'attività di un commerciante presentata su un sito internet potesse essere considerata diretta verso lo Stato membro sul territorio nel quale il consumatore è domiciliato.

In entrambe le controversie, il giudice del rinvio ha chiesto se il commerciante abbia diritto la propria attività nei confronti dello Stato membro sul territorio del quale il consumatore è domiciliato al fine di individuare la competenza giurisdizionale.

A parere della Corte di giustizia, è necessario che venga accertata, non solo l'esistenza, ma anche la manifestazione della volontà del commerciante di rivolgersi verso uno o più Stati membri.

La Corte ha precisato che la pubblicità riportata su un sito a mezzo internet ha, per sua natura, una portata mondiale, perché è accessibile da tutti i Paesi, non solo europei. Tuttavia, l'espressione «attività diretta verso» non può essere interpretata nel senso di implicare la semplice accessibilità di un sito internet in Stati membri diversi da quello in cui sia stabilito il commerciante in questione.

La semplice utilizzazione di un sito internet non costituisce un'attività diretta verso altri Stati membri tale da far scattare l'applicazione automatica della regola giurisdizionale di cui all'art. 15, n. 1, lett. c. del Regolamento n. 44/2001 (cfr., relativamente ai contratti negoziati fuori dai locali commerciali, la sentenza del 15 aprile 2010 in causa n. C-215/08, *E. Fritz*, non ancora pubblicata in *Raccolta*).

Affinché tale disposizione possa trovare applicazione, occorre che il commerciante abbia manifestato la propria volontà di stabilire rapporti commerciali con i consumatori di uno o più Stati membri, tra cui quello in cui il consumatore risulta domiciliato.

La Corte di giustizia, in sentenza, si è soffermata a chiarire gli indizi utili a evidenziare la volontà del commerciante di trattare con consumatori stabiliti in più Stati membri. La Corte ha così individuato un elenco non esaustivo, la cui sussistenza effettiva deve essere appurata dal giudice nazionale: la natura internazionale dell'attività di talune attività turistiche; il richiamo a precisi recapiti telefonici con il prefisso internazionale; l'impiego di un

sito di primo livello diverso da quello dello Stato membro in cui il commerciante è stabilito, ad esempio «.de» o, ancora, l'uso di denominazioni di siti di primo livello neutri quali «.com» o «.eu»; l'indicazione di viaggi a partire da uno o più Stati membri verso il luogo della prestazione dei servizi, nonché il riferimento ad una clientela internazionale, in particolare mediante l'inserimento di testimonianze provenienti dai clienti medesimi.

Non costituiscono, invece, segni rilevanti la menzione dell'indirizzo di posta elettronica ovvero quella dell'indirizzo geografico della società intermediaria o del commerciante. Fatte queste precisazioni, la Corte di giustizia ha ritenuto di affermare una precisa competenza del giudice nazionale nel verificare, nei singoli casi presentati, la sussistenza di indizi tali da far presumere che l'attività di un commerciante, presentata sul proprio sito internet possa essere considerata diretta verso lo Stato membro nel quale si trova il domicilio del consumatore.

**NON PUÒ ESSERE REGISTRATA COME MARCHIO
COMUNITARIO LA FORMA DI UN CONIGLIO DI CIOCCOLATO
CON UN NASTRO ROSSO IN QUANTO NON È IDONEA
AD IDENTIFICARE L'ORIGINE COMMERCIALE DEL PRODOTTO**

Tribunale di primo grado (Prima Camera)

Sentenza del 17 dicembre 2010 in causa n. T-336/08

Chocoladefabriken Lindt & Sprüngli AG c. Ufficio per l'Armonizzazione del mercato interno (UAMI)

Marchio comunitario - Domanda di marchio comunitario tridimensionale - Forma di un coniglietto di cioccolato con un nastro rosso - Impedimento assoluto alla registrazione - Carattere distintivo - Art. 7, par. 1, lett. b., del Regolamento (Ce) n. 40/94 [diventato art. 7, par. 1, lett. b., del Regolamento (Ce) n. 207/2009] - Assenza di carattere distintivo acquisito mediante l'uso - Art. 7, par. 3, del Regolamento n. 40/94 (diventato art. 7, par. 3, del Regolamento n. 207/2009) - Ricorso respinto.

Nella fattispecie il marchio è composto essenzialmente da tre elementi: il primo elemento è la forma di un coniglio seduto, il secondo è la foglia d'oro in cui è confezionato il coniglietto di cioccolato e il terzo è il nastro rosso pieghettato al quale è allegata una campanella¹.

Gli elementi grafici, in particolare gli occhi, i baffi e le zampe non possono rendere il segno più adatto ad essere protetto, come giustamente ha rilevato la commissione di ricorso UAMI. In effetti, si tratta di elementi comuni a tutte le forme di coniglietti di cioccolato e non costituiscono novità artistiche tali che il consumatore possa percepirli come un'indicazione d'origine².

(...) la Commissione di ricorso UAMI ha ben ritenuto che il marchio richiesto era privo del carattere distintivo ai sensi dell'art. 7, comma 1, lett. b. del Regolamento n. 40/94³.

¹⁻³ Nel 2004 la ricorrente, Chocoladefabriken Lindt & Sprüngli AG, ha presentato una domanda di registrazione del marchio presso l'UAMI ai sensi del Regolamento (Ce) n. 40/94 del 20 dicembre 1993 sul marchio comunitario (in *Guce* n. L 11 del 1994, p. 1), come sostituito dal Regolamento (Ce) n. 207/2009 del Consiglio, del 26 febbraio 2009 (in *Guce* n. L 78 del 2009, p. 1).

Il marchio di cui è stata chiesta la registrazione è il segno tridimensionale a forma di un coniglietto di cioccolato con nastro rosso e dai colori rosso dorato e marrone (classe 30 dell'Accordo di Nizza sulla classificazione internazionale dei prodotti ai fini della registrazione dei marchi del 15 giugno 1957). La domanda di marchio comunitario è stata respinta sulla base dell'art. 7, comma 1, lett. *b.* del Regolamento n. 40/94 perché privo di carattere distintivo. La ricorrente ha presentato un ricorso all'UAMI che ha respinto la domanda. A parere dell'UAMI, il marchio richiesto era privo del carattere distintivo ai sensi dell'art. 7, comma 1, lett. *b.* del Regolamento n. 40/94 su tutto il territorio dell'UE.

La ricorrente si è, così, rivolta al Tribunale di primo grado chiedendo l'annullamento della decisione impugnata.

Il Tribunale ha chiarito, innanzitutto, che il carattere distintivo di un marchio serve ad identificare il prodotto, per il quale è richiesta la registrazione, come proveniente da un'impresa determinata e serve, pertanto, a distinguere tale prodotto da quello di altre imprese (cfr., sul punto, le sentenze della Corte di giustizia del 29 aprile 2004 in causa n. C-473/01 P e n. C-474/01 P, *Procter & Gamble c. OHMI*, in *Raccolta*, 2004, I, p. 5173 e del 21 ottobre 2004 in causa n. C-64/02 P, *OHMI c. Erpo Möbelwerk*, in *Raccolta*, 2004, I, p. 10031). Nel caso di specie, il Tribunale ha sottolineato che il marchio in oggetto si contraddistingue per l'aspetto del *packaging*, ossia dall'imballaggio sotto forma di un coniglio.

Sull'esame del carattere distintivo, il Tribunale ha sottolineato come, secondo la propria giurisprudenza, il criterio del carattere distintivo di aspetto tridimensionale del prodotto stesso non è diverso da quello applicabile alle altre categorie di marchi, anche se, nel caso di specie, siamo in presenza di un marchio tridimensionale.

Il Tribunale ha precisato, altresì, che le caratteristiche della combinazione di forme, colori e nastro rosso a pieghe con campana del marchio richiesto non sono sufficientemente diverse da quelle comunemente utilizzate per il confezionamento di cioccolato e di prodotti di cioccolato e, più specificatamente, di coniglietti di cioccolato. Quindi non sono suscettibili di essere memorizzati dal pubblico destinatario come indicatori di origine commerciale. Infatti, il *packaging* a forma di coniglio seduto, colore dorato con un nastro rosso a pieghe con campana, non si discosta significativamente dalle confezioni dei prodotti in questione, che sono comunemente usati nel commercio specialmente nel periodo natalizio e pasquale. Il Tribunale ha, pertanto, concluso che la commissione di ricorso UAMI ha giustamente ritenuto che il marchio in questione fosse privo del carattere distintivo ai sensi del Regolamento sul marchio comunitario.

Il Tribunale ha così rigettato il ricorso proposto dalla Lindt & Sprüngli AG confermando la decisione dell'UAMI.

Il Tribunale è giunto alla medesima conclusione tanto nella causa n. T-337/08, *Chocoladefabriken Lindt & Sprüngli AG c. Ufficio per l'Armonizzazione del mercato interno (UAMI)*, avente ad oggetto la domanda di registrazione di un marchio tridimensionale costituito dalla forma di una renna di cioccolato con nastro rosso e dai colori rosso, dorato e marrone, quanto nella causa n. T-346/08, *Chocoladefabriken Lindt & Sprüngli AG, c. Ufficio per l'Armonizzazione del mercato interno (UAMI)*, avente ad oggetto la domanda di registrazione di un marchio tridimensionale costituito dalla forma di un campanellino con nastro rosso e dai colori rosso e dorato, quanto, infine, nella causa n. T-395/08, *Chocoladefabriken Lindt & Sprüngli AG c. Ufficio per l'Armonizzazione del mercato interno (UAMI)*, avente ad oggetto la forma di un coniglio di cioccolato dal colore dorato. Anche nella causa n. T-13/09, *August Storck KG c. UAMI*, il Tribunale ha rigettato il ricorso della ricorrente avente ad oggetto la registrazione di un marchio comunitario tridimensionale raffigurante una semplice forma geometrica di base di blocco rettangolare, la cui parte superiore presenta un rilievo a forma di topo, in cioccolato color marrone.

GIURISPRUDENZA ITALIANA E STRANIERA

LA NOZIONE DI INVESTIMENTO INTERNAZIONALE NELLA GIURISPRUDENZA DELL'ICSID

I

**International Centre for Settlement of Investment Disputes
Washington, D.C.**

Award on Jurisdiction - ICSID Case No. ARB/05/10¹

Date of Dispatch to the Parties: May 17, 2007

Malaysian Historical Salvors Sdn, Bhd (Claimant) v. The Government of
Malaysia (Respondent)

Tribunal - Mr. Michael Hwang, S.C. (Sole Arbitrator)

II

**International Centre for Settlement of Investment Disputes
Washington, D.C.**

Decision on the application for annulment - ICSID Case No. ARB/05/10²

Date of Dispatch to the Parties: April 16, 2009

**Malaysian Historical Salvors Sdn Bhd (Applicant) v. The Government of
Malaysia (Respondent)**

¹⁻² I testi integrali della decisione arbitrale (*Award on Jurisdiction*) e della decisione di annullamento (*Decision on the Application for Annulment*) sono reperibili sul sito internet <http://icsid.worldbank.org/ICSID/Index.jsp>. La decisione di annullamento è stata contestata, con una *dissenting opinion*, dall'arbitro Shahabudden. Il testo della *dissenting opinion*, allegata alla decisione di annullamento, è ugualmente reperibile sul sito internet appena citato (*n.d.r.*). In argomento v. *infra*, p. 723, il commento di *PIERLUIGI SALVATI*.

I

(*Omissis*)

VII. Decision

151. Accordingly, the Tribunal declares and orders as follows:

- a. The Centre has no jurisdiction over the dispute submitted to it in this arbitration and the Tribunal lacks competence to consider the claims made by the Claimant.
- b. Each Party shall bear one half of the arbitration costs.
- c. Each Party shall bear its own legal costs.

(*Omissis*)

II

(*Omissis*)

F. Decision

83. For the foregoing reasons, the Committee decides,

1. that the Award on Jurisdiction of 17 May 2007 of the Sole Arbitrator in *Malaysian Historical Salvors v. The Government of Malaysia* is annulled;
2. that the Government of Malaysia shall bear the full costs and expenses incurred by ICSID in connection with this annulment proceeding. Accordingly the Government of Malaysia shall reimburse the Applicant the advances paid by the latter to ICSID;
3. that each party shall bear its own costs of representation in connection with this annulment proceeding.

84. Judge Shahabuddeen, while he has signed the Decision in authentication of its text, dissents from it. His Dissenting Opinion is appended to the Decision.

(*Omissis*)

IL CRITERIO DELLO «SVILUPPO ECONOMICO DELLO STATO OSPITE» COME ELEMENTO DELLA NOZIONE DI INVESTIMENTO: RIFLESSIONI A MARGINE DEL CASO *MALAYSIAN HISTORICAL SALVORS* v. *MALAYSIA*

Sommario: 1. *I fatti della controversia* - 2. *Il criterio dello «sviluppo economico dello Stato ospite» nel lodo dell'arbitro unico* - 3. *Segue: Nella decisione del Comitato ad hoc e nella dissenting opinion dell'arbitro Shahabuddeen* - 4. *Gli elementi della nozione di investimento nella giurisprudenza dell'Icsid e il c.d. «Salini test»* - 5. *Segue: L'affermazione del criterio dello «sviluppo economico dello Stato ospite» come elemento autonomo della nozione di investimento* - 6. *Il rilievo del criterio dello «sviluppo economico dello Stato ospite» nel caso Malaysian.*

1. I fatti della controversia

Nel 1817 la nave britannica *Diana*, di proprietà della Palmer & Co., società mercantile di Calcutta, naufragava innanzi alle coste della Malacca durante il suo viaggio di ritorno dalla Cina all'India. Dopo aver scaricato cotone ed oppio nel porto di Canton, la nave stava ritornando a Madras, con il suo prezioso carico di porcellane cinesi quando, il 4 marzo 1817, affondava nello Stretto di Malacca, senza lasciare alcuna traccia.

Nel 1991, dopo circa 174 anni dal naufragio, la *Malaysian Historical Salvors* – società di recupero relitti malese, controllata da azionisti inglesi – individuava la nave sul fondo dell'oceano innanzi alle coste malesi e il 3 agosto dello stesso anno concludeva con il Governo della Malesia un contratto¹ con cui si impegnava al recupero della *Diana* ed alla ripulitura e catalogazione dei beni in essa ritrovati nonché a predisporre la vendita all'incanto trami-

¹ Contratto n. IPL3/1991 del 3 agosto 1991 tra il Governo della Malesia e *Malaysian Historical Salvors Sdn., Bhd.* (estensione del contratto del 12 luglio 1994).

te l'autorevole casa d'aste europea Christie's². Il contratto, concluso «for the sole purpose of archeological interest and the study of historical heritage»³, era di tipo "no finds-no pay"⁴ sicché accollava i costi delle operazioni, con i conseguenti rischi, esclusivamente alla società di recupero ed inoltre attribuiva la proprietà dei beni ritrovati allo Stato malese che, a sua volta, si impegnavo a girare alla *Malaysian Historical Salvors* una parte del ricavato della loro vendita – salvo il diritto di escludere dall'incanto i beni ritenuti di interesse nazionale⁵.

Le operazioni di recupero durarono circa quattro anni e furono rinvenuti in totale circa 24.000 pezzi di cui una parte fu destinata dal Governo malese al Museo nazionale e la restante fu battuta all'asta per una somma di circa US\$ 2,98 milioni.

Alla società di recupero, cui per contratto spettava una percentuale del 70% sul totale della vendita, fu destinata la somma di US\$ 1,2 milioni, che costituiva soltanto il 40% del guadagno realizzato dall'incanto; inoltre la società affermava che il Governo malese aveva sottratto dalla vendita all'asta beni per US\$ 400.000, defraudandola ulteriormente⁶.

2. Il criterio dello «sviluppo economico dello Stato ospite» nel lodo dell'arbitro unico

La *Malaysian Historical Salvors* decideva dunque di sottoporre la controversia all'*International Centre for the Settlement of the Investment Disputes* (più avanti chiamato "Icsid" o "Centro"), in base alle previsioni del BIT (Bilateral Investment Treaty) tra il Governo del Regno Unito di Gran Bretagna ed Irlanda del Nord ed il Governo della Malesia per la promozione e la protezione

² *Malaysian Historical Salvors v. Malaysia*, lodo 17 maggio 2007, par. 9: «In particular, the Claimant was to: *a.* provide the salvage vessel, crew and equipment; *b.* utilise its expertise and skills; *c.* finance the salvage operation in its entirety; *d.* search for, locate and secure the wreck on the sea floor; *e.* bring the cargo to the surface; *f.* clean, restore, inventorise and photograph the salvaged items; *g.* provide for the safe keeping of the salvaged items; *h.* provide for adequate insurance; and *i.* arrange for the sale of the salvaged porcelain and other valuable items».

³ Contratto n. IPL3/1991, *cit. supra*, nota 1, preambolo.

⁴ Contratto n. IPL3/1991, *loc. cit.*, art. 4.

⁵ Contratto n. PERB/PK/116/1994 del 22 settembre 1994 tra il Governo della Malaysia, la *Malaysian Historical Salvors* e *Christie's Amsterdam B.V.* ("contratto n. 116/1994"), art. 2.2; in particolare, secondo i termini del contratto, le parti concordavano che, se la somma del valore dei beni recuperati esclusi dalla vendita e quelli messi all'incanto fosse stata inferiore a \$ 10 milioni la società di recupero avrebbe avuto diritto al 70% dei profitti. Se il ricavato fosse stato tra US\$ 10 milioni e US\$ 20 milioni, la parte spettante alla società sarebbe stata il 60%; nel caso in cui i ricavi fossero stati superiori, la società avrebbe ricevuto il 50% dei profitti.

⁶ Per una descrizione più dettagliata dei fatti cfr. *Malaysian Historical Salvors v. Malaysia, Respondent's memorial on objections to jurisdiction*, March 11, 2006, par. 9 ss.

degli investimenti⁷, sostenendo che l'attività di recupero fosse un investimento ai sensi dell'art. 1.a. *iii. and v.* del BIT⁸; secondo lo Stato malese, invece, non sussisteva la competenza dell'Icsid, in quanto il recupero di un relitto non poteva essere considerato come «investimento» né ai sensi del BIT⁹ né ai sensi della Convenzione di Washington¹⁰.

Non essendo la nozione di «investimento» definita nella Convenzione istitutiva dell'Icsid, nel lodo del 17 maggio 2007, l'arbitro unico Micheal Hwang, ai fini della risoluzione della questione preliminare di competenza¹¹, ripercorre attentamente la precedente giurisprudenza del Centro e si sofferma sui criteri da questa individuati come necessari al fine di qualificare un'operazione economica come investimento internazionale¹², identificati a partire dal celebre lodo *Salini Costruttori S.p.a. and Italstrade S.p.a. v. Kingdom of Morocco*¹³ ossia: *a.* un apporto economico; *b.* una certa durata dell'investimento; *c.* un rischio per l'investitore, e *d.* un contributo allo sviluppo dello Stato ospite¹⁴,

⁷ *Agreement between the Government of the United Kingdom and Northern Ireland and the Government of Malaysia for the promotion and protection of investments*, May 21, 1982, in vigore dal 21 ottobre 1988. Prime di adire il Tribunale Icsid, la società malese aveva esperito diversi tentativi di ottenere un giudizio arbitrale innanzi al *Kuala Lumpur Regional Centre for Arbitration* ed alla *Malaysian High Court* secondo quanto previsto dall'art. 32.1 del contratto di recupero che prevedeva che «any dispute arising under this Contract shall be settled by Arbitration in accordance with the Arbitration Laws of Malaysia», oltre che innanzi al *Chartered Institute of Arbitrators*. Cfr. *Malaysian Historical Salvors v. Malaysia*, lodo 17 maggio 2007, *cit. supra*, nota 2, par. 41.4.

⁸ *Malaysian Historical Salvors v. Malaysia*, lodo, *loc. cit.*, par. 38 citando BIT Malaysia/UK, *cit. supra*, nota 7, art. 1 (a) *iii. and v.*: «(1) (a) "investment" means every kind of asset and in particular, though not exclusively, includes: (...) *iii.* claims to money or to any performance under contract, having a financial value (...) *v.* business concessions conferred by the law or under contract, including concessions to search for, cultivate, extract or exploit natural resources».

⁹ *Ivi*, par. 41: «the alleged dispute between the parties does not concern an "investment" as defined in the Malaysia/UK BIT».

¹⁰ La Malaysia, infatti, affermava che «the purpose of the Contract is for the sole purpose of archaeological interest and the study of historical heritage». *Ivi*, par. 47.

¹¹ *Ivi*, par. 43: «for jurisdiction to be established, the Claimant must show that the Contract falls within the definition of "investment" as found under Article 25(1) of the ICSID Convention ("Article 25(1)"), as well as the definition of "investment" as contained in the BIT»; l'arbitro unico, dunque, riprende una costante giurisprudenza dei tribunali del Centro i quali, al fine di accertare la propria competenza *rationae materiae*, hanno spesso seguito in concreto il metodo del c.d. «doppio test», ossia hanno verificato che l'operazione economica considerata possedesse sia i requisiti richiesti dalla nozione di investimento così come delineata dalle parti nel BIT, sia quelli desumibili dalla nozione di investimento ricostruibile dalla Convenzione di Washington. Tale autonoma interpretazione dell'art 25, spesso definita dagli stessi arbitri anche come «double keyhole approach» o «double-barrelled test» (cfr. *Malaysian Historical Salvors v. Malaysia*, *cit. supra*, nota 2, par. 55) ha fatto sì che i Tribunali, prima di procedere all'analisi del caso loro sottoposto, verificassero se l'operazione economica oggetto della controversia ricadesse tra quelle previste e tutelate dal BIT in concreto applicabile e da cui deriva la competenza del Centro, per poi valutare se essa può essere considerata come «investment» nel quadro della Convenzione di Washington.

¹² *Ivi*, par. 77: «The factors considered in Salini are widely accepted as the starting point of an ICSID tribunal's analysis of whether there is an "investment" within the meaning of Article 25(1)».

¹³ *Salini Costruttori S.p.a. and Italstrade S.p.a. v. Kingdom of Morocco*, ICSID Case No. ARB/00/4.

¹⁴ Tali elementi così espressi sono stati evidenziati, ad esempio, nel lodo *Bayindir Insaat Ticaret Ve Sanayi A.S. v. Islamic Republic of Pakistan*, decisione sulla competenza 14 novembre 2005, par. 130.

applicando quello che è stato definito dagli stessi arbitri Icsid «*test Salini*»¹⁵.

Dopo aver accertato la loro presenza nell'operazione di cui alla controversia in oggetto, l'arbitro si sofferma in particolare sul requisito dello sviluppo economico dello Stato ospite¹⁶, sottolineandone il rilievo alla luce del preambolo della Convenzione Icsid che fa esplicito riferimento a «the need for international cooperation for economic development» e del Report degli Executive Directors dell'Icsid del 18 marzo 1965 che, al par. 9, afferma che il Centro «is prompted by the desire to strengthen the partnership between countries in the cause of economic development»¹⁷. L'arbitro unico rileva che già nel caso *CSOB* gli arbitri del Centro avevano affermato che, in base al preambolo della Convenzione Icsid, si può considerare investimento ai sensi della Convenzione stessa una transazione economica internazionale che contribuisca alla promozione dello sviluppo economico di uno Stato contraente¹⁸, affrontando quindi la questione di competenza secondo un approccio teleologico, ossia interpretando il termine «investment» nel senso che debba trattarsi di operazione tesa ad incoraggiare, facilitare e promuovere la cooperazione economica e lo sviluppo transfrontaliero¹⁹.

Inoltre l'arbitro sottolinea che il rilievo del requisito in oggetto quale elemento imprescindibile di un investimento internazionale debba ritenersi definitivamente affermato nella giurisprudenza del Centro²⁰ e, con espresso riferimento al lodo *Joy Mining*²¹, ribadisce la necessità che il contributo allo sviluppo economico dello Stato che ospita l'investimento sia anche «significant»²², non potendosi considerare forme di investimento quei contratti di

¹⁵ Su tali criteri v. *infra* par. 5. Nella giurisprudenza Icsid v. *ex multis Saipem S.p.a. v. The People's Republic of Bangladesh*, decisione sulla competenza 21 marzo 2007, par. 99; *M.C.I. Power Group L.C. and New Turbine, Inc. v. Ecuador*, decisione 31 luglio 2007, par. 165.

¹⁶ L'arbitro ha infatti affermato che «the other typical hallmarks of "investment" are either not decisive or appear only to be superficially satisfied» cfr. *Malaysian Historical Salvors v. Malaysia*, *cit. supra*, nota 2, par. 130.

¹⁷ *Ivi*, par. 66.

¹⁸ *CSOB v. Slovak Republic*, decisione sulla competenza 24 maggio 1999, par. 64: «[Il preambolo della Convenzione di Washington] permits an inference that an international transaction which contributes to cooperation designed to promote the economic development of a Contracting State may be deemed to be an investment as that term is understood in the Convention».

¹⁹ *Ibid.*: «so as to encourage, facilitate and to promote cross-border economic cooperation and development».

²⁰ *Malaysian Historical Salvors v. Malaysia*, *cit. supra*, nota 2, par. 116: «The tribunal in *Jan de Nul*, citing *Salini*, *Bayindir* and *L.E.S.I.-DIPENTA*, stated that a contribution to the host State's development would be indicative of an "investment" within the meaning of Article 25(1). The tribunal took the view that, on the facts, the contract was of "paramount significance" to the host State's economy and development».

²¹ *Joy Mining Machinery Limited v. Arab Republic of Egypt* (ICSID Case No. ARB/03/11).

²² *Malaysian Historical Salvors v. Malaysia*, *cit. supra*, nota 2, par. 116: l'arbitro analizza la giurisprudenza precedente in materia nei par. 115 ss. giungendo alla conclusione che «The Tribunal therefore considers that, on the present facts, for it to constitute an "investment" under the ICSID Convention, the Contract must have made a significant contribution to the economic development of the Respondent», par. 124.

modesta portata che non permettono alcuna sensibile crescita dell'economia nazionale del Paese²³.

Il lodo del Tribunale arbitrale si inserisce dunque in quel filone giurisprudenziale secondo cui un contratto realizzato in uno Stato estero non costituisce *ipso facto* un investimento ai sensi della Convenzione Icsid²⁴, se non è in grado di produrre effetti positivi sullo sviluppo economico del Paese stesso secondo quanto previsto dalla Convenzione di Washington. Ne consegue che il Tribunale è chiamato ad accertare in concreto se i benefici derivanti dal contratto siano stati semplicemente commerciali o se il contratto abbia apportato di fatto un contributo «significativo» all'economia dello Stato ospite, valutandone l'impatto economico e quindi decidere se possa essere considerato investimento²⁵. Richiamandosi dunque nuovamente al lodo *Salini Costruttori S.p.a. and Italstrade S.p.a. v. Kingdom of Morocco*, l'arbitro unico ha affermato che, mentre in quel caso la costruzione di un'infrastruttura – nella specie un'autostrada – rappresentava un beneficio per il Marocco e per la sua economia, nel caso *de quo*, invece, la Malesia non aveva ricevuto alcun beneficio dall'attività di recupero «in the sense developed by Icsid jurisprudence, namely that the contributions were significant»²⁶.

Di conseguenza, il Tribunale ha concluso che, sebbene il contratto di recupero relitti avesse apportato dei benefici alla Malesia, questi non costituivano tuttavia un contributo significativo allo sviluppo economico dello Stato malese sicché il contratto non poteva essere considerato "investimento" protetto ai sensi della Convenzione di Washington o dell'art. 1.a. del BIT Malesia/UK. Trattandosi dunque di un semplice contratto commerciale di recupero e non di un investimento ai sensi dell'art. 25.1 della Convenzione Icsid²⁷, non sussisteva la competenza del Centro sulla controversia *de qua*.

²³ *Malaysian Historical Salvors v. Malaysia*, *cit. supra*, nota 2, par. 123; l'arbitro considera che «the weight of the authorities cited above [la giurisprudenza e la dottrina] swings in favour of requiring a significant contribution to be made to the host State's economy. Were there not the requirement of significance, any contract which enhances the Gross Domestic Product of an economy by any amount, however small, would qualify as an "investment"».

²⁴ *Ivi*, par. 138: «not every contract entered into with a sovereign state will have a positive impact on the economic development of the host State in the sense envisaged under the ICSID Convention. Although the Contract was directly entered into by the Claimant with the Respondent, that does not ipso facto make the Contract an "investment" within the ICSID Convention. The economic impact of the benefits of the Contract must be assessed to determine whether there was an "investment". Accordingly, the Tribunal must reject any perceived political or cultural benefits arising from the Contract in assessing whether it constituted an "investment" except where such benefits would have had a significant impact on the Respondent's economic development».

²⁵ *Ivi*, par. 138: «the economic impact of the benefits of the Contract must be assessed to determine whether there was an investment».

²⁶ *Ivi*, par. 131.

²⁷ *Ivi*, par. 146.

3. *Segue: Nella decisione del Comitato ad hoc e nella dissenting opinion dell'arbitro Shahabuddeen*

Un Comitato *ad hoc* è stato chiamato a pronunciarsi sull'annullamento del lodo reso dal Tribunale arbitrale su ricorso da parte della *Malaysian Historical Salvors* che basava la richiesta di annullamento sul fatto che, nell'affermare il difetto di competenza del Centro, il Tribunale aveva ecceduto nei suoi poteri ex art. 52(1)(b) della Convenzione Icsid. La società faceva esplicito riferimento al precedente caso *Vivendi v. Argentine Republic*²⁸ per sottolineare che il rifiuto del Tribunale di esercitare la propria giurisdizione – nella specie esistente – costituiva un eccesso di potere²⁹.

In particolare, il ricorrente affermava che l'arbitro unico di primo grado aveva introdotto come «ulteriore requisito di giurisdizione» l'elemento del contributo allo sviluppo dello Stato ospite, deducendo tale requisito esclusivamente dal preambolo della Convenzione di Washington³⁰. Al riguardo, in linea con una precedente pronuncia Icsid³¹, la società sosteneva che il preambolo non fa riferimento ad una ulteriore e precisa condizione dell'investimento, limitandosi ad affermare che l'apporto allo sviluppo economico del Paese sarebbe una conseguenza «*desirable and natural*» di tale operazione economica³², non essendo tuttavia tale elemento richiamato dalla Convenzione³³. Inoltre, anche se ciò fosse considerato una condizione necessaria, il Tribunale avrebbe errato nell'affermare che, pur avendo il contratto contribuito allo sviluppo economico della Malesia, tale beneficio non era tuttavia «*significant*»³⁴, non avendo dato alcun fondamento a questa asserzione.

Il Comitato *ad hoc*, accogliendo il ricorso della società, ha dunque annullato il lodo, affermando che il Tribunale avesse effettivamente ecceduto nei suoi poteri.

In particolare, gli arbitri hanno criticato la decisione dell'arbitro unico Hwang per non aver tenuto conto della definizione di investimento contenuta

²⁸ *Compañía de Aguas del Aconquija S.A. and Vivendi Universal S.A. v. Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/97/3, decisione sull'annullamento, 3 luglio 2002, par. 86: «[i]t is settled, and neither party disputes, that an ICSID tribunal commits an excess of powers not only if it exercises a jurisdiction which it does not have under the relevant agreement or treaty and the ICSID Convention, read together, but also if it fails to exercise a jurisdiction which it possesses under those instruments».

²⁹ *Malaysian Historical Salvors v. Malaysia*, Applicant's Memorial, par. 42-48.

³⁰ *Malaysian Historical Salvors v. Malaysia*, decisione sull'annullamento, 16 aprile 2009, par. 30.

³¹ *Victor Pey Casado et Fondation "Presidente Allende" c. République du Chili*, ICSID Case No. ARB/98/2, lodo arbitrale, 8 maggio 2008.

³² *Malaysian Historical Salvors v. Malaysia*, decisione sull'annullamento, *cit. supra*, nota 30, par. 30.

³³ *Ivi*, par. 36: «The Applicant argues that this condition is not supported by the text of the ICSID Convention».

³⁴ *Ivi*, par. 36 citando *Malaysian Historical Salvors v. Malaysia*, lodo *cit. supra*, nota 2, par. 132.

nel BIT Malaysia/UK; l'arbitro di primo grado, infatti, avrebbe ritenuto non rilevante il Trattato bilaterale in quanto la Convenzione di Washington rappresenterebbe l'«*outer limit*»³⁵ della competenza del Centro, trascurando dunque la definizione di "investimento" precisata dalle parti nel BIT. Tuttavia una simile impostazione, secondo il Comitato *ad hoc*, minerebbe il valore stesso dei BITs sotto il profilo dell'affermazione della giurisdizione dell'Icsid, tant'è che, nella decisione di annullamento, si legge che «to ignore or depreciate the importance of the jurisdiction they bestow upon ICSID, and rather to embroider upon questionable interpretations of the term "investment" as found in Article 25(1) of the Convention, risks crippling the institution»³⁶.

Il collegio arbitrale, pur riconoscendo che il lodo dell'arbitro unico si fonda su un'ampia e consolidata giurisprudenza del Centro³⁷ che, a partire dal lodo *Salini*, ha considerato determinate caratteristiche, tra cui, appunto, lo sviluppo economico dello Stato ospite, elementi essenziali ed imprescindibili di un investimento internazionale, sottolinea che essi sono stati piuttosto ritenuti in maniera arbitraria «jurisdictional conditions»³⁸ ossia requisiti necessari per affermare la propria competenza, con la conseguenza che l'elemento del contributo allo sviluppo dello Stato ospite è stato interpretato in modo del tutto autonomo, vale a dire senza fare riferimento al BIT nella specie applicabile ed alla stessa Convenzione di Washington. Tale elemento, dunque, viene considerato dal Comitato *ad hoc* solo una «possibile conseguenza» ma non un elemento essenziale della nozione di investimento, ridimensionando il ruolo che la stessa giurisprudenza Icsid aveva assegnato a questo determinato criterio.

Infine il Comitato ha sottolineato che, ritenendo investimento estero protetto ai sensi della Convenzione Icsid l'operazione che apporta un contributo «*significant*» allo sviluppo economico dello Stato ospite, escludendo di fatto i piccoli investimenti o i contributi di natura storica o culturale³⁹, il Tribunale arbitrale non ha tenuto nella giusta considerazione il fatto che nella Convenzione – come risulta anche dai lavori preparatori – sia stata volontariamente omessa qualsiasi definizione o quantificazione di investimento⁴⁰, «to reject a

³⁵ *Malaysian Historical Salvors v. Malaysia*, decisione sull'annullamento, *cit. supra*, nota 30, par. 48.

³⁶ *Ivi*, par. 73.

³⁷ *Ivi*, par. 75.

³⁸ *Ivi*, par. 80.

³⁹ *Ivi*, «the alleged condition of a contribution to the economic development of the host State so as to exclude small contributions, and contributions of a cultural and historical nature».

⁴⁰ Nel corso dei lavori preparatori della Convenzione, infatti, si osservò che «no attempt was made to define the term "investment" given the essential requirement of consent by the parties, and the mechanism through which Contracting States can make known in advance, if they so desire, the classes of disputes which they would or would not consider submitting to the Centre (Article 25(4))». Cfr. *Report of the Executive Directors on the Convention on the Settlement of Investment Disputes Between States and Nationals of Other State*, in *ICSID Convention, Regulations and Rules*, p. 44 (January 2003).

monetary floor in the amount of an investment, (...) and to accord great weight to the definition of investment agreed by the Parties in the instrument providing for recourse to ICSID»⁴¹.

La decisione di annullamento è stata contestata in seno allo stesso Comitato *ad hoc*, come risulta dalla *dissenting opinion* dell'arbitro Shahabuddeen, secondo il quale lo sviluppo economico dello Stato ospite è elemento essenziale dell'investimento internazionale e, come affermato nella pronuncia di primo grado, dovrebbe essere «significant» o «substantial»⁴². In particolare, richiamando la decisione di annullamento del Comitato *ad hoc* nel caso *Patrick Mitchell*⁴³, l'arbitro rileva che già in quel lodo si era affermato che, in assenza di una definizione di «investimento estero» nella Convenzione Icsid, assumesse particolare rilievo il preambolo della stessa, considerando «the contribution to the economic development of the host State as "the only possible indication of an objective meaning" of the term "investment"»⁴⁴: la necessità del requisito del contributo allo sviluppo economico dello Stato ospite, quindi, sarebbe fondata sia sul preambolo della Convenzione Icsid che sulla giurisprudenza del Centro. Secondo l'arbitro Shahabuddeen, se dunque il sistema di risoluzione delle controversie dell'Icsid ha per oggetto determinate controversie – ossia quelle relative ad investimenti internazionali privati che favoriscano l'«international cooperation for economic development»⁴⁵ – lo sviluppo economico dei soggetti privati non potrebbe essere separato dallo sviluppo dello Stato ospite in quanto un investimento protetto ai sensi della Convenzione Icsid dovrebbe essere realizzato da investitori privati a favore non esclusivamente della propria crescita economica, ma altresì dello sviluppo dello Stato. Dunque, solo tale tipo di operazione economica potrebbe essere considerata investimento ai sensi della Convenzione di Washington, come riconosciuto del resto anche nel caso *Amco v. Indonesia* in cui il Tribunale ha affermato che proteggere gli investimenti equivale a proteggere un interesse generale allo sviluppo dei Paesi meno progrediti⁴⁶. Anche se i lavori preparatori della Convenzione di Washington orientano in senso diverso, si

⁴¹ *Malaysian Historical Salvors v. Malaysia*, decisione sull'annullamento, *cit. supra*, nota 30, par. 80.

⁴² Cfr. *Malaysian Historical Salvors v. Malaysia*, decisione sull'annullamento, *loc. cit.*, *dissenting opinion* dell'arbitro Shahabuddeen, 16 aprile 2009, par. 4.

⁴³ *Patrick Mitchell v. Democratic Republic of the Congo, Decision on the Application for the Annulment of the Award*, November 1, 2006.

⁴⁴ *Ivi*, par. 31.

⁴⁵ *Malaysian Historical Salvors v. Malaysia*, decisione sull'annullamento, *dissenting opinion*, *loc. cit.*, par. 17.

⁴⁶ *Amco Asia Corporation and others v. Republic of Indonesia*, ICSID Case No. ARB/81/1, decisione sulla giurisdizione, 25 settembre 1983, par. 42 «the Convention is aimed to protect, to the same extent and with the same vigour the investor and the host State, not forgetting that to protect investments is to protect the general interest of development and of developing countries».

può quindi ritenere che «the economic development of the host State is a condition of an ICSID investment»⁴⁷ essendo l'unico connotato oggettivo del termine «investment»⁴⁸ che consente di stabilire se una determinata operazione costituisca appunto un investimento protetto ai sensi della Convenzione stessa. Secondo l'opinione di Shahabuddeen, se non si considerasse tale condizione come necessaria, non vi sarebbe alcuna distinzione tra gli investimenti su cui il Centro esercita la propria giurisdizione e gli altri tipi di investimento e, di conseguenza, l'arbitrato Icsid non differirebbe in alcun modo da altri arbitrati internazionali in materia di investimenti⁴⁹.

In conclusione, per l'arbitro Shahabuddeen, in adesione alla pronuncia del Tribunale di primo grado, può essere considerato investimento protetto dall'Icsid quello finalizzato alla promozione dello sviluppo dello Stato ospite e che abbia per questo Stato un'importanza «sostanziale» o «significativa»⁵⁰.

4. Gli elementi della nozione di investimento nella giurisprudenza dell'Icsid e il c.d. «Salini test»

Il rilievo del criterio in esame può essere meglio apprezzato se lo si inquadra nell'evoluzione della giurisprudenza dell'Icsid relativamente alla nozione di investimento estero. In assenza di una esplicita definizione di investimento nella Carta istitutiva dell'Icsid, i Tribunali del Centro, nel corso degli anni, hanno gradualmente ampliato la propria attività, dichiarandosi competenti sempre più frequentemente su una casistica sempre più varia e diversificata⁵¹: analizzando la giurisprudenza dell'Icsid è possibile dunque delineare un'evoluzione graduale del concetto di «investimento internazionale» anche se tale evoluzione non è lineare né agevolmente rintracciabile considerando che le pronunce dei Tribunali del Centro sono del tutto indipendenti le une dalle altre⁵². Gli arbitri Icsid hanno generalmente basato la propria com-

⁴⁷ *Malaysian Historical Salvors v. Malaysia*, decisione sull'annullamento, *dissenting opinion*, *cit. supra*, nota 42, par. 26.

⁴⁸ Cfr. SCHREUER, *The ICSID Convention. A commentary on the Convention on the settlement of investment disputes between States and nationals of other states*, Cambridge, Cambridge University Press, p. 91.

⁴⁹ *Malaysian Historical Salvors v. Malaysia*, decisione sull'annullamento, *dissenting opinion*, *loc. cit.*, par. 30.

⁵⁰ *Ivi*, par. 65.

⁵¹ Cfr. *Tokios Tokelès v. Ukraine* (ICSID Case No. ARB/02/18), decisione sulla giurisdizione 29 aprile 2004, p. 232: «[p]recisely because the Convention does not define "investment", it does not purport to define the requirements that an investment should meet to qualify for ICSID jurisdiction».

⁵² È appena il caso di ricordare che i lodi arbitrali sono vincolanti solo per le parti e per il caso cui si riferiscono, come del resto previsto espressamente dall'art 53 (1) della Convenzione di Washington secondo cui «[T]he award shall be binding on the parties».

petenza su due elementi, ossia l'ampia definizione di investimento adottata solitamente dagli Stati nei BITs – non corrispondente ad una nozione di investimento in termini esclusivamente economici⁵³ – e la discrezionalità che la stessa Convenzione di Washington lascia all'investitore e allo Stato ospite nella qualificazione di una determinata operazione economica come investimento⁵⁴.

Dopo una prima fase in cui i Tribunali del Centro si sono limitati a verificare se, nel caso concreto, l'attività oggetto della controversia ad essi sottoposta potesse essere qualificata come investimento ai sensi del BIT nella specie applicabile e della Convenzione di Washington, questi sono poi passati ad elaborare una serie di criteri considerati come caratteristici di un investimento estero.

A partire dai lodi *Fedax*⁵⁵ e *CSOB*⁵⁶ è possibile notare come gli arbitri Icsid modificano gradualmente ma in maniera sostanziale il loro approccio alla questione preliminare di competenza; a partire da questi ultimi due lodi hanno, infatti, individuato alcuni criteri come caratteristici di un «investimento estero», in quanto presenti nella maggior parte delle operazioni economiche transnazionali.

I criteri individuati riguardano: *a.* la durata nel tempo dell'operazione, sicché le operazioni istantanee, quali una compravendita o altre operazioni di breve durata vengono normalmente escluse dal novero degli investimenti internazionali; *b.* una aspettativa di profitto e di remunerazione dell'investimento da parte dell'operatore; *c.* l'assunzione di un rischio da parte dell'in-

⁵³ JUILLARD, *Chronique de droit international*, in *Ann. fr. dr. int.*, 1984, p. 773 ss.

⁵⁴ Cfr. *Mihaly International Corporation v. Democratic Socialist Republic of Sri Lanka*, decisione 15 marzo 2002, par. 33.

⁵⁵ Il caso *Fedax* rappresenta una pietra d'angolo per la successiva giurisprudenza Icsid poiché, in questo lodo, oltre a verificare preliminarmente che la transazione economica oggetto della controversia potesse rappresentare un investimento protetto, sono evidenziati per la prima volta alcuni elementi caratteristici affinché una determinata attività economica possa essere considerata investimento internazionale: il Tribunale fa infatti riferimento a una certa «durata», una «stabilità» in materia di profitto ed entrate, una certa «assunzione del rischio», un impegno sostanziale ed un interesse certo per «lo sviluppo del Paese ospitante». Cfr. *Fedax N.V. v. Republic of Venezuela*, decisione sulla competenza 11 luglio 1997, par. 43. Secondo il Tribunale, quest'ultimo elemento sarebbe determinante al fine di qualificare un investimento stesso come «estero», sottolineando che deve esistere una relazione stretta tra l'operazione e lo sviluppo del Paese ospite.

⁵⁶ *CSOB v. Slovak Republic*, *cit. supra*, nota 18. Nel caso *CSOB*, il Tribunale arbitrale ha affermato che il termine «investimento» può essere interpretato in maniera ampia sia perché la Convenzione di Washington non ne fornisce una precisa definizione, sia alla luce del primo paragrafo del Preambolo della Convenzione stessa ove si legge che «the Contracting States [are] considering the need for international cooperation for economic development, and the role of private international investment therein». Tale affermazione permette di considerare dunque come investimento estero un'operazione internazionale prevista nel quadro di una cooperazione che sia destinata ad incoraggiare lo sviluppo economico di uno Stato contraente (così LEBEN, *La partecipazione allo sviluppo economico di uno Stato è una condizione per la protezione degli investimenti in base ai trattati?*, Relazione presentata al Convegno italo-francese «Il nuovo diritto internazionale degli investimenti», Napoli, 26 maggio 2008, par. 20). Comunque l'arbitro si preoccupa nello stesso tempo di sottolineare che, sebbene la maggior parte degli investimenti internazionali presenti alcune caratteristiche ricorrenti, queste tuttavia non costituiscono un prerequisito «formale» al fine di considerare determinate attività come investimenti ai sensi della Convenzione di Washington.

vestitore, che non sussiste nel caso in cui sia lo Stato ospite ad assumere direttamente il rischio dell'investimento; tale rischio dovrebbe, inoltre, essere distinto dal mero rischio di inadempimento contrattuale dell'altra parte dell'operazione; *d.* un certo valore delle risorse apportate dall'investitore; *e.* il contributo dell'operazione allo sviluppo economico dello Stato ospite, come appunto indicato nel Preambolo della Convenzione di Washington⁵⁷.

Tali elementi vengono dunque considerati in aggiunta ai requisiti previsti dal Trattato bilaterale o da altro strumento pattizio che preveda la competenza del Centro in caso di controversia tra investitore estero e Paese ospitante.

Chiave di volta della giurisprudenza del Centro è rappresentata dal lodo *Salini Costruttori S.p.a. and Italstrade S.p.a. v. Kingdom of Morocco* ove il Tribunale ha affermato che un contratto di costruzione di un'autostrada può essere considerato come investimento internazionale a norma del BIT tra Italia e Marocco, rigettando la tesi del Marocco che sosteneva che né la Convenzione di Washington⁵⁸, né il BIT⁵⁹ consentissero tale interpretazione. Gli arbitri Icsid, dopo aver ribadito che l'art. 25 della Convenzione di Washington non prevede una definizione di investimento, hanno affermato che l'investimento presuppone degli apporti economici, una certa durata d'esecuzione del contratto ed una partecipazione ai rischi dell'operazione⁶⁰ ed in linea con la giurisprudenza *Fedax* e *CSOB*, hanno precisato che la lettura del Preambolo della Convenzione di Washington permette di aggiungere il criterio del contributo allo sviluppo economico dello Stato ospitante l'investimento⁶¹, concludendo che tutti questi criteri, in quanto caratteristici di un investimento internazionale, vanno accertati preliminarmente al fine di affermare la competenza dell'Icsid.

La verifica di tali criteri – definita a partire da questo lodo «Salini test» – è stata considerata successivamente dagli arbitri Icsid come «colonne vertébrale de l'analyse de la notion [di investimento]»⁶² e il *favor* espresso verso un'analisi globale del fenomeno rivela un diverso approccio del Centro alla

⁵⁷ Per quanto riguarda il contributo allo sviluppo economico dello Stato ospite, questa necessità era già stata chiaramente indicata da A. BROCHES, *Bilateral investment protection treaties and arbitration of investment disputes*, in J. C. SCHULTSZ - A. J. VAN DEN BERG (eds.), *The art of arbitration. Essays on international arbitration*, Deventer, Kluwer, 1982.

⁵⁸ *Salini Costruttori S.p.a. and Italstrade S.p.a. v. Kingdom of Morocco*, cit. supra, nota 13, par. 39.

⁵⁹ *Ivi*, par. 38.

⁶⁰ Tali criteri traggono ispirazione dalle indicazioni della dottrina: cfr. Broches, *The Convention on the Settlement of Investment Disputes Between States and Nationals of Other States*, in *Recueil des cours*, II, 1972, p. 331 ss.; GAILLARD, *Chronique de la jurisprudence CIRDI*, in *Journ. dr. int.*, 1999, pp. 278-297; SCHREUER, *The ICSID Convention*, cit. supra, nota 48, pp. 355-373.

⁶¹ *Salini Costruttori S.p.a. and Italstrade S.p.a. v. Kingdom of Morocco*, cit. supra, nota 13, par. 52.

⁶² FOURET - KHAYAT, *Centre International pour le règlement de droit international (Le CIRDI)*, in *Revue québécoise de droit international*, 2006, p. 297.

definizione di «investimento» rispetto alle pronunce precedenti dove l'interpretazione della nozione di investimento era prevalentemente in senso soggettivo-volontaristico piuttosto che oggettivo-economico⁶³.

I tribunali Icsid, accogliendo nella loro giurisprudenza i criteri emersi nel «Salini test»⁶⁴, hanno esteso la loro competenza ad una vasta gamma di rapporti economici tra Stati ospiti e investitori stranieri⁶⁵, identificando alcune caratteristiche considerate determinanti per accertare la propria competenza *ratione materiae*.

La giurisprudenza maggioritaria del Centro ha dunque spesso considerato il test Salini quale parametro fondamentale per qualificare una determinata attività economica come investimento internazionale⁶⁶, sebbene altra parte della giurisprudenza si sia espressa in maniera fermamente critica sul punto, ritenendo che non esista alcuna base giuridica per una meccanica applicazione dei criteri emersi in seno al c.d. «Salini approach»⁶⁷.

Il test Salini ha dunque il merito di aver cristallizzato la nozione di investimento internazionale intorno ad alcuni criteri definiti ed esclusivi con la conseguenza che, in loro assenza, una transazione economica non può essere

⁶³ DE LUCA, *L'arbitrato internazionale Treaty-Based sugli investimenti esteri*, in *Comunicazioni e Studi*, XXIII, Milano, Giuffrè, 2007, p. 1049.

⁶⁴ La giurisprudenza Salini è stata confermata ad esempio dal celebre lodo *Consortium R.F.C.C. v. Kingdom of Morocco* (ICSID Case No. ARB/00/6) del 2001. In questo caso, infatti, il Tribunale arbitrale, pur non fornendo espressamente una vera e propria definizione di investimento internazionale, ha ribadito quali siano gli elementi necessari al fine di configurare una determinata operazione economica come «investimento estero». È stato sottolineato infatti che: «l'investissement suppose des apports, une certaine durée d'exécution du marché et une participation aux risques de l'opération. La lecture du Préambule de la Convention permet d'y ajouter le critère de la contribution au développement économique de l'Etat d'accueil de l'investissement». Cfr. *Consortium R.F.C.C. v. Kingdom of Morocco*, decisione sulla competenza 16 luglio 2001, par. 60.

⁶⁵ DE LUCA, *L'arbitrato internazionale Treaty-Based sugli investimenti esteri*, cit. supra, nota 63, p. 1048.

⁶⁶ Cfr. ad esempio ICSID Case No. ARB/05/07 *Saipem S.p.a. v. The People's Republic of Bangladesh* in cui il Tribunale Icsid ha affermato che, per verificare se la *Saipem* avesse realizzato un investimento ai sensi dell'art. 25 della Convenzione di Washington, avrebbero utilizzato «the well-known criteria» facendo espressamente riferimento al «Salini test» quale punto fermo nella giurisprudenza del Centro dichiarando appunto che «applying the Salini test to this comprehensive operation, the Tribunal comes to the conclusion that Saipem has made an investment within the meaning of Article 25 of the ICSID Convention».

⁶⁷ Cfr. in tal senso *ex multis* ICSID Case No. ARB/05/22 *Biwater Gauff Ltd. v. United Republic of Tanzania* in cui il Tribunale Icsid, ha rilevato che, sebbene le parti, nel corso del processo, avessero fatto espresso riferimento ai «five criteria» definiti dai tribunali arbitrali nel caso *Fedax v. Venezuela* e poi ribaditi «notably» nel caso *Salini v. Marocco* per definire un'operazione economica come investimento internazionale, non esistesse tuttavia alcuna base giuridica per una meccanica applicazione dei criteri del test Salini, che non sono né tassativi né obbligatori e vincolanti non essendo indicati nella Convenzione di Washington, ove il termine «investment» è stato lasciato intenzionalmente privo di una definizione «with the expectation (inter alia) that a definition could be the subject of agreement as between Contracting States». Il Tribunale, inoltre, afferma che, se i criteri emersi dal «Salini test» venissero considerati – come in parte delle decisioni precedenti – indispensabili al fine di qualificare una determinata operazione come «investimento estero» e quindi dichiarare la competenza del Centro, vi sarebbe il rischio di escludere arbitrariamente alcune delle transazioni previste dalla Convenzione stessa.

sottoposta alla giurisdizione del Centro: tali elementi oggettivi, ampiamente accolti dalla giurisprudenza Icsid, sono espressione dell'esigenza che la definizione di investimento non sia di stampo "contrattualistico", diversamente dall'approccio seguito nei trattati bilaterali che, nella maggior parte dei casi, contengono elenchi di "oggetti" di investimento, pur se preceduti talvolta da una definizione sintetica, ed incardinati su concetti base di "bene" (mobile o immobile) e "diritto" (reale o di credito)⁶⁸.

Parte della dottrina ha tuttavia espresso forti perplessità in merito al «Salini test» ritenendo che esso derivi da una «intellectual collusion»⁶⁹ tra la dottrina maggioritaria, gli arbitri Icsid e la *voluntas* delle parti e che proprio tale influenza reciproca avrebbe portato gli arbitri del Centro a farvi sempre più spesso riferimento⁷⁰. Inoltre, il «Salini approach» concorrerebbe a definire in maniera immutabile ed in modo arbitrario la nozione di investimento, scoraggiando, di fatto, quei Paesi che non lo condividono dal ratificare la Convenzione di Washington. Infine il test Salini sarebbe errato sia nel metodo utilizzato per qualificare determinate operazioni economiche come «investimenti internazionali», sia nel merito in quanto «rigid and inflexible; yet, investment is a fluid concept. It is a definition which even economists are hesitant to freeze. Thus, it is difficult to see the warrant for lawyers doing so»⁷¹. Nella Convenzione Icsid sarebbe infatti stata intenzionalmente omessa una definizione univoca ed omnicomprensiva di investimento e non vi sarebbe quindi alcun motivo per gli arbitri dei Tribunali Icsid di "creare" diritto, dovendo essi limitarsi a determinare, sulla base dei fatti specifici e caso per caso, se una transazione sia da considerarsi o meno come investimento ai sensi della Convenzione stessa⁷².

⁶⁸ TONINI, *La definizione di investimento nell'arbitrato tra Italia e Cuba*, in *Riv. dir. int.*, 2008, p. 1065.

⁶⁹ KRISHAN, *A notion of ICSID Investment*, in T. J. GRIERSON WEILER (ed.), *Investment Treaty Arbitration and International Law*, vol. 1, New York, Juris Publishing, 2008, p. 7.

⁷⁰ Nel lodo *Saipem v. Bangladesh*, *cit. supra*, nota 66, al par. 99 il Tribunale afferma: «the Tribunal will apply the well-known criteria developed by ICSID tribunals in similar cases, which are known as the "Salini test"».

⁷¹ KRISHAN, *A notion of ICSID Investment*, *loc. cit.*, p. 9.

⁷² Inoltre il test Salini presenterebbe alcune ambiguità anche quanto alla sua applicabilità: infatti la simultanea presenza dei tipici elementi dell'investimento internazionale previsti dal lodo Salini può essere esclusivamente riscontrata nei c.d. «investimenti diretti»: l'accoglimento complessivo dei criteri del «Salini test» porterebbe a tutelare esclusivamente questo tipo di investimenti in quanto l'apporto, la durata e il rischio non sarebbero altro che tentativi di utilizzare in chiave giuridica la loro portata prettamente economica. Cfr. TONINI, *La definizione di investimento nell'arbitrato tra Italia e Cuba*, *loc. cit.*, p. 1062.

5. *Segue: L'affermazione del criterio dello «sviluppo economico dello Stato ospite» come elemento autonomo della nozione di investimento*

Tra i criteri del Salini test, la giurisprudenza del Centro – sin dalle prime pronunce – si è focalizzata molto spesso su quello relativo alla necessità che l'investimento estero, per essere tale, deve apportare un contributo sostanziale allo sviluppo dello Stato ospite⁷³.

Gli arbitri Icsid, infatti, hanno rilevato che la maggior parte dei BITs conclusi dagli Stati in materia di protezione degli investimenti fa riferimento, in modo implicito o esplicito, al Preambolo della Convenzione di Washington, riprendendone sostanzialmente il richiamo alla necessità della cooperazione internazionale per lo sviluppo economico e al ruolo giocato in questo settore dagli investimenti internazionali. In particolare, molti BITs fanno esplicitamente riferimento alla necessità di rafforzare la cooperazione economica tra gli Stati in materia di investimenti, «considerando che l'incoraggiamento e la protezione di tali investimenti servono a stimolare i trasferimenti di capitale e di tecnologia tra i Paesi, nell'interesse dello sviluppo economico»⁷⁴, mentre in altri il riferimento allo sviluppo economico è implicito, affermandosi che «le Parti contraenti, desiderando intensificare la loro cooperazione economica a mutuo beneficio dei due Paesi e per lunga durata e riconoscendo che la promozione e la protezione degli investimenti sulla base di questo accordo, stimoleranno le iniziative in questo settore»⁷⁵.

La maggior parte dei Trattati bilaterali, dunque, conformemente a quanto previsto dal Preambolo della Convenzione di Washington, fa riferimento alla necessità della cooperazione economica tra i Paesi parte del BIT, sottolineando al tempo stesso il ruolo svolto in questo ambito dagli investimenti privati internazionali. Una rilevante differenza tra i BITs rispetto alla Convenzione istitutiva dell'Icsid riguarda in particolar modo la formulazione della necessità di tale cooperazione: alcuni trattati, infatti, prevedono l'esigenza di rafforzare la cooperazione economica senza precisarne ulteriormente le finalità, mentre altri trattati contengono un chiaro riferimento allo sviluppo economico del Paese ospite⁷⁶.

Inoltre, secondo autorevole dottrina⁷⁷ anche se la nozione di investimen-

⁷³ Già nel caso *Fedax* – precedente al lodo *Salini* – il Tribunale aveva affermato di considerare tale elemento al fine di qualificare come «estero» ai sensi della Convenzione di Washington un determinato investimento transnazionale; cfr *Fedax N.V. v. Republic of Venezuela*, cit. *supra*, nota 55, par. 43.

⁷⁴ Cfr. BIT Francia 1990, Preambolo; in tale senso v. BIT Algeria 2000, Preambolo; BIT Repubblica Slovacca 1991, Preambolo, citati in LEBEN, *La partecipazione allo sviluppo economico di uno Stato*, cit. *supra*, nota 56, par. 36.

⁷⁵ Cfr. BIT Grecia 1991, Preambolo; in tal senso BIT Egitto 1993, Preambolo, citati in LEBEN, *La partecipazione allo sviluppo economico di uno Stato*, loc. cit., par. 37.

⁷⁶ LEBEN, *La partecipazione allo sviluppo economico di uno Stato*, cit. *supra*, nota 56, par. 39.

⁷⁷ *Ivi*, par. 50.

to ricavabile dai BITs non comportasse *ipso facto* la necessità di considerare la presenza del criterio specifico del contributo allo sviluppo del Paese ospitante, la Convenzione Icsid orienterebbe senza dubbio in tal senso.

Su tali presupposti, il requisito dello sviluppo dell'economia dello Stato ospite è stato spesso considerato dagli arbitri Icsid come parametro fondamentale per l'analisi della nozione di investimento – anche in maniera autonoma rispetto al test Salini da cui pure sostanzialmente deriva – facendo espressamente riferimento al Preambolo della Convenzione di Washington⁷⁸.

Nel caso *Bayindir Insaat Tirizm Ticaret Ve Sanayi A.S. v. Islamic Republic of Pakistan*⁷⁹, il Tribunale Icsid ha infatti chiaramente affermato che, al fine di qualificare una attività economica come investimento, il progetto deve rappresentare un contributo significativo allo sviluppo dello Stato ospite; in altre parole, «investment should be significant to the State's development» sebbene tale sviluppo possa essere a volte implicito negli altri criteri previsti dal «Salini test»⁸⁰.

Il riferimento alla necessità dello sviluppo dello Stato ospite è presente anche nel lodo *Jan de Nul N.V. Dredging International N.V. v. Arab Republic of Egypt*⁸¹. In questo caso il Tribunale Icsid, chiamato a pronunciarsi su una controversia attinente ad un'attività relativa al dragaggio del Canale di Suez, si è soffermato con attenzione sul requisito dello sviluppo dello Stato ospite, affermando che era innegabile che le operazioni nel canale di Suez rappresentavano un'opera significativa per l'economia e lo sviluppo dell'intero Egitto⁸², requisito necessario al fine della qualificazione dell'attività della *Jan De Nul* come «investimento internazionale» protetto ai sensi della Convenzione di Washington.

Nel successivo caso *Helnan International Hotel A/S v. The Arab Republic of Egypt*⁸³, il Tribunale ha affermato che anche il progetto di ristrutturazione di un *hotel* in un sito turistico a cinque stelle fosse qualificabile come

⁷⁸ In tal senso v. *Salini Costruttori S.p.a. and Italstrade S.p.a. v. Kingdom of Morocco*, cit. *supra*, nota 13, par. 52.

⁷⁹ ICSID Case No. ARB/03/29.

⁸⁰ *Ivi*, par. 137; nel caso *Consortium Groupement L.E.S.I. - DIPENTA v. People's Democratic Republic of Algeria* del 2005, il Tribunale Icsid ha ribadito nuovamente i requisiti caratteristici di un investimento internazionale emersi nel lodo "Salini", ma tuttavia ha ritenuto che lo sviluppo economico del Paese ospitante sia un elemento «difficile da stabilire ed implicitamente coperto dai tre elementi considerati» – ossia i criteri emersi nel «Salini test» – e che quindi l'investimento non può essere considerato tale solo nel caso in cui sia legato in maniera evidente alla promozione economica del Paese ospite.

⁸¹ ICSID Case No. ARB/04/13.

⁸² *Jan de Nul N.V. Dredging International N.V. v. Arab Republic of Egypt*, decisione sulla competenza 16 giugno 2006.

⁸³ *Helnan International Hotel A/S v. The Arab Republic of Egypt*, (ICSID Case No. ARB/05/19) *Decision of the Tribunal on Objections to Jurisdiction* (attached to the Award) 17 ottobre 2006, par. 66.

«investimento»⁸⁴ in quanto possedeva tutte le caratteristiche delineate dalla giurisprudenza del Centro, compreso il fondamentale requisito dello sviluppo dello Stato ospite. Sul punto, il Tribunale arbitrale ha evidenziato come lo sviluppo del settore turistico ed alberghiero sia fondamentale per l'economia egiziana tant'è che «for the contribution to the development of the Egypt's development, the importance of the tourism industry in the Egyptian economy makes it obvious»⁸⁵, sicché l'operazione poteva essere considerata come investimento sia ai sensi del BIT tra Danimarca ed Egitto (art. 1) sia secondo la Convenzione di Washington.

Esempio paradigmatico del dibattito giurisprudenziale tra gli arbitri del Centro relativo alla necessità dello sviluppo economico dello Stato è rappresentato dal caso *Patrick Mitchell v. Democratic Republic of the Congo*⁸⁶ in cui uno studio legale USA che esercitava attività di consulenza giuridica in Congo aveva adito il Tribunale Icsid, in base al BIT USA-Congo, poiché era stato espropriato dei propri beni nel Paese africano.

La Repubblica del Congo contestava la competenza del Centro poiché riteneva che un'attività di consulenza giuridica non potesse essere qualificata come investimento in quanto, tra l'altro, tale operazione non era di un'importanza tale per l'economia congolese da poter essere facilmente distinta da una transazione commerciale ordinaria⁸⁷.

Il Tribunale arbitrale non ha accolto la tesi del Congo, affermando che, nonostante taluni elementi tipici dell'investimento – ossia quelli richiesti dal «Salini test» – appaiano di frequente nei progetti d'investimento, essi non costituiscono «condizione pregiudiziale» per riconoscere che un'attività o una particolare transazione siano considerate «investimento»⁸⁸. Il Tribunale arbitrale, quindi, ha precisato che, pur se l'apporto all'economia dello Stato ospite sia un elemento solitamente presente nelle operazioni di investimento estero, non rappresenta una caratteristica essenziale ed imprescindibile tale che la sua assenza possa pregiudicare sostanzialmente il carattere dell'operazione economica ed ha pertanto considerato i beni della società USA Mitchell co-

⁸⁴ *Helnan International Hotel A/S v. The Arab Republic of Egypt*, (ICSID Case No. ARB/05/19) *Decision of the Tribunal on Objections to Jurisdiction* (attached to the Award) 17 ottobre 2006, *cit. supra*, nota 83, par. 66.

⁸⁵ *Ivi*, par. 77: «The Arbitral Tribunal accepts the Respondent's suggestion, based on ICSID precedents, as summarized in the unchallenged statement by Prof. Ch. Schreuer, that to be characterized as an investment a project "must show a certain duration, a regularity of profit and return, an element of risk, a substantial commitment, and a significant contribution to the host State's development"».

⁸⁶ ICSID Case No. ARB/99/7.

⁸⁷ *Patrick Mitchell v. Democratic Republic of the Congo*, lodo 9 febbraio 2004, par. 56.

⁸⁸ Questa nozione comprende, ai sensi della Convenzione Icsid, nonché del BIT nella specie applicabile, anche piccoli investimenti di durata limitata che determinano profitti limitati per l'economia dello Stato ospite. Cfr. *Patrick Mitchell v. Democratic Republic of the Congo*, *cit. supra*, nota 43, par. 56.

me investimento estero protetto dal BIT USA-Congo ai sensi della Convenzione di Washington⁸⁹.

La Repubblica del Congo, tuttavia, iniziò una procedura di annullamento del lodo in base all'art. 52(1) della Convenzione Icsid, ravvisando un eccesso di potere da parte del Tribunale Icsid per una insufficiente motivazione dello stesso ed in quanto questo era pervenuto ad una definizione del tutto arbitraria di «investimento».

Il Comitato *ad hoc*, chiamato ad esaminare la richiesta, ha annullato la decisione accogliendo le ragioni del Congo affermando che il contributo allo sviluppo economico del Paese di accoglienza sia un elemento necessario della definizione d'investimento ai sensi della Convenzione di Washington e del trattato di protezione USA-Congo. Richiamando i lodi *CSOB* e *Salini*, il Comitato *ad hoc* ha fatto riferimento ancora una volta al Preambolo della Convenzione di Washington, sottolineando come la stessa sia stata promossa sotto l'egida della Banca Internazionale per la Ricostruzione e lo Sviluppo e quindi fosse naturale considerare il parametro dello sviluppo economico dello Stato ospite come criterio fondamentale per i tribunali Icsid i quali, in maniere esplicita o implicita, sono tenuti a prenderlo in considerazione nell'applicazione della Convenzione, anche indipendentemente dalle previsioni del BIT⁹⁰.

Il Comitato *ad hoc*, dunque, ha affermato che l'esistenza di un contributo allo sviluppo economico dello Stato di accoglienza rappresenta un elemento essenziale dell'investimento estero, sebbene non sufficiente; che questo contributo può anche non essere «importante o fruttuoso»⁹¹: è sufficiente, infatti, che l'operazione contribuisca in un modo o nell'altro allo sviluppo economico dello Stato, sebbene sia necessario che questo parametro venga preso in considerazione ai fini della definizione di investimento attributiva di competenza ad un Tribunale arbitrale Icsid.

6. Il rilievo del criterio dello «sviluppo economico dello Stato ospite» nel caso *Malaysian*

Sebbene le pronunce del Centro non siano univoche e parte della dottrina sia fortemente critica sul punto, ritenendo il parametro dello sviluppo dello

⁸⁹ Cfr. *Patrick Mitchell v. Democratic Republic of the Congo*, cit. supra, nota 43, par. 57.

⁹⁰ *Patrick Mitchell v. Democratic Republic of the Congo*, Decision on the Application for the Annulment of the Award, loc. cit., par. 29; nella specie, inoltre, il Preambolo del BIT USA-Congo faceva espressamente riferimento allo sviluppo, «recognizing that agreement upon the treatment to be accorded such investment will stimulate the flow of private capital and the economic development of both Parties» cfr. *Treaty between the government of the United States of America and the government of the Republic of the Congo (ex Zaire) concerning the reciprocal encouragement and protection of investments*, Washington August 3, 1984, Preambolo.

⁹¹ *Mitchell v. Democratic Republic of the Congo*, Decision on the Application for the Annulment of the Award, loc. ult. cit., par. 33.

Stato ospite un elemento estremamente generico che non permette di pervenire ad una reale definizione di investimento internazionale⁹², tale criterio è stato sostanzialmente accolto dalla giurisprudenza maggioritaria dell'Icsid come caratteristica imprescindibile per qualificare una operazione economica transnazionale come investimento protetto ai sensi della Convenzione di Washington e del resto, su questa stessa linea, si era posta anche la decisione dell'arbitro unico nel caso *Malaysian Historical Salvors v. Malaysian*, poi annullata dal Comitato *ad hoc*.

La pronuncia del collegio arbitrale nel caso in esame, tuttavia, limitandosi a riconoscere il valore rappresentato dai BITs nella determinazione della competenza del Centro *ratione materiae*, non sembra tenere in debito conto che l'azione dell'Icsid si inserisce in un contesto più ampio, precisato del resto nel Preambolo stesso della Convenzione che si richiama alla «necessità della cooperazione internazionale per favorire lo sviluppo economico» e dunque alla necessità di considerare come criterio fondamentale per i Tribunali Icsid il parametro dello sviluppo economico dello Stato ospite. E, come ben sottolineato dall'arbitro Shahabuddeen, questo è il connotato che meglio sorregge la definizione «oggettiva» di investimento deducibile dalla Convenzione, non potendo il Centro fondare le proprie pronunce esclusivamente sulla definizione volta a volta presente nel BIT applicabile, considerata la peculiare finalità dell'Icsid, che è di rafforzare la cooperazione internazionale per lo sviluppo economico esercitando la funzione arbitrale sugli investimenti protetti ai sensi della Convenzione istitutiva.

La chiara ed ampiamente condivisibile posizione sul ruolo centrale del parametro dello «sviluppo economico dello Stato ospite» espressa dall'arbitro Shahabuddeen denota del resto che il rilievo del requisito in parola è stato correttamente preso in considerazione e valutato in tutta la sua portata nel lodo dell'arbitro unico nel caso *de quo* e che, pur se è stato a volte messo in discussione in alcune pronunce⁹³, questo rappresenta oggi un elemento acquisi-

⁹² JUILARD, *Chronique investissements*, in *Ann. fr. dr. int.*, 1984, p. 778.

⁹³ Cfr. ad esempio il caso *Consortium Groupement L.E.S.I. - DIPENTA v. People's Democratic Republic of Algeria* del 2005, in cui il Tribunale Icsid ha ribadito nuovamente i requisiti caratteristici di un investimento internazionale emersi nel lodo "Salini", ma tuttavia ha ritenuto che lo sviluppo economico del Paese ospitante sia un elemento «difficile da stabilire ed implicitamente coperto dai tre elementi considerati» – ossia i criteri emersi nel «Salini test» – e che quindi l'investimento non può essere considerato tale solo nel caso in cui sia legato in maniera evidente alla promozione economica del paese ospite. Il Tribunale arbitrale ha sostanzialmente ripreso i criteri emersi dalla giurisprudenza Salini, ma al tempo stesso li ha precisati ulteriormente, negando che lo sviluppo economico del Paese ospite sia un elemento «autonomo» che l'arbitro è tenuto a verificare. In *M.C.I. Power Group L.C. and New Turbine, Inc. v. Ecuador* (ICSID Case No. ARB/03/06) il Tribunale – ritenendo che i requisiti del «Salini test» «must be considered as mere examples and not necessarily as elements that are required for the existence of an "investment" for purposes of Article 25 of the ICSID Convention» – ha affermato che per accertare la propria competenza era sufficiente che l'operazione rientrasse tra quelle previste dal Trattato di protezione che fornisce una definizione di investimento con relative esemplificazioni senza dare alcun rilievo alla durata dell'operazione o al rischio corso dall'investitore ed infine al contributo dell'investimento

to nella nozione di investimento elaborata dalla giurisprudenza Icsid, consentendo agli arbitri di escludere dal novero degli investimenti esteri quelle operazioni economiche che, come autorevolmente affermato, «manifestamente non sono forme di investimento, anche se ne rivestono la forma giuridica»⁹⁴.

Pierluigi Salvati*

allo sviluppo economico dell'Ecuador. Cfr. *M.C.I. Power Group L.C. and New Turbine, Inc. v. Ecuador*, decisione 31 luglio 2007, par. 157 ss.

⁹⁴ LEBEN, *La partecipazione allo sviluppo economico di uno Stato*, cit. *supra*, nota 56, par. 45 citando *Malaysian Historical Salvors*, lodo, cit. *supra*, nota 2, par. 139 e 143.

* Dottorando di ricerca in Ordine internazionale e tutela dei diritti individuali / Università degli Studi di Napoli Federico II.

**CONFEZIONAMENTO E PUBBLICITÀ DEGLI ALIMENTI:
È ILLECITO L'USO DI UN MARCHIO REGISTRATO
CONTENENTE IL SUFFISSO «BIO» SUSCETTIBILE
DI INDURRE IN ERRORE IL CONSUMATORE
SULLE CARATTERISTICHE DEL PRODOTTO**

**Corte di cassazione, sez. II civile,
Sentenza del 7 novembre 2008-13 marzo 2009 n. 6234***

Franco Pontorieri, *Presidente* - Olindo Schettino, *Relatore*

T. S. c. Camera di commercio, industria, artigianato e agricoltura di Padova

Dlgs 27 gennaio 1992 n. 109, art. 2 - Etichettatura di prodotti alimentari - Distribuzione di prodotti alimentari vegetali provenienti da agricoltura convenzionale con un marchio contenente il termine «bio» - Uso improprio di marchio registrato - Natura potenzialmente ingannevole dell'etichetta - Violazione.

In tema di confezionamento e pubblicità degli alimenti, costituisce violazione del D.Lgs. n. 109 del 1992, art. 2 l'uso improprio di un marchio registrato posto in essere dal soggetto mediante etichettatura di prodotti non corrispondenti alle indicazioni contenute nel marchio sì da indurre in errore il consumatore sulle caratteristiche del prodotto, in particolare sulla sua provenienza.

Le dettagliate disposizioni sull'etichettatura degli alimenti contenute nella norma citata, non consentendo di commercializzare prodotti non conformi alle indicazioni riportate sulle etichettature devono intendersi riferite anche ai segni distintivi del marchio, qualora questi vengano utilizzati per commercializzare prodotti non corrispondenti alle caratteristiche del marchio.

* In argomento, v. *infra*, p. 747 ss., il commento di DANIELE PISANELLO.

(*Omissis*) **In diritto**

1. Con il primo motivo si denunciano violazione e falsa applicazione del Reg. CEE n. 40 del 1994, art. 7 nonché omessa, insufficiente e contraddittoria motivazione per avere il Tribunale ritenuto che il marchio BIO-ENE, nonostante avesse ottenuto la registrazione a livello comunitario, basata sulla registrazione del marchio nazionale, nel quale la parola biologico non veniva mai in rilievo, era di carattere ingannatorio in quanto la registrazione comunitaria riguarda soltanto la non confondibilità con altri marchi, non anche l'utilizzazione impropria del marchio. In particolare, si lamenta che il Tribunale non ha tenuto conto che, secondo quanto dispone l'art. 7 del Reg. CEE, l'esaminatore comunitario verifica anche la corrispondenza del marchio in relazione alla tipologia dei prodotti descritti al momento della domanda. Si deduce, inoltre, che il termine BIO non suggerisce necessariamente la provenienza da agricoltura biologica, potendo significare – anche perché usato insieme al termine ENE e accompagnato dal simbolo grafico della donna in posizione joga – il concetto di equilibrato fluire dell'energia vitale.

La censura va disattesa.

In tema di confezionamento e pubblicità degli alimenti, costituisce violazione del D.Lgs. n. 109 del 1992, art. 2 l'uso improprio di un marchio registrato posto in essere dal soggetto mediante etichettatura di prodotti non corrispondenti alle indicazioni contenute nel marchio sì da indurre in errore il consumatore sulle caratteristiche del prodotto, in particolare sulla sua provenienza.

Va perciò condivisa l'affermazione della sentenza secondo cui l'avvenuta registrazione del marchio BIO-ENE a livello comunitario non escludeva il potere dell'autorità giudiziaria di accertarne la potenzialità ad indurre in errore sul prodotto e, quindi, la possibilità di ravvisare nel caso di specie la sussistenza della violazione contestata al ricorrente, riguardando la registrazione il marchio in sé, non già «la condotta della parte che fa uso del marchio».

Le dettagliate disposizioni sull'etichettatura degli alimenti contenute nella norma citata, non consentendo di commercializzare prodotti non conformi alle indicazioni riportate sulle etichettature devono intendersi riferite anche ai segni distintivi del marchio, qualora questi vengano utilizzati per commercializzare prodotti non corrispondenti alle caratteristiche del marchio.

Né sono censurabili in questa sede le ragioni per le quali il Tribunale ha ritenuto, sulla base di una esaustiva valutazione di merito, che il marchio era, nel caso di specie, ingannevole, avendo il giudicante ritenuto che le indicazioni contenute nel marchio, a causa della «forte portata semantica ed evocativa» del termine "bio", inducevano il consumatore di media diligenza a credere, nonostante l'associazione con il termine "ene" e con il simbolo grafico, che i prodotti caratterizzati da quel marchio fossero prodotti con metodo biologico, non già semplicemente di ispirazione vegetariana, quali in effetti erano.

2. Con il secondo motivo si denuncia violazione e falsa applicazione della L. n. 689 del 1981, art. 8, comma 1, per avere il Tribunale ritenuto non applicabile la continuazione pur essendo in presenza di una condotta unitaria costituita da una serie di atti del ciclo produttivo relativi ad un'unica linea alimentare, caratterizzata dalla prove-

nienza vegetale e unificata dal marchio, e non della vendita di tanti prodotti distinti.

Anche questa censura va disattesa.

In tema di violazioni amministrative l'istituto della continuazione è applicabile, in base alla L. n. 689 del 1981, art. 8, alle sole ipotesi di violazioni plurime commesse con un'unica azione od omissione (concorso formale), mentre nella diversa ipotesi di violazioni plurime commesse con più azioni od omissioni (concorso materiale) la continuazione è applicabile soltanto per le violazioni in materia di previdenza e assistenza (*ex plurimis*: Cass. 24060/2004).

Nel caso di specie, non era configurabile un concorso formale, bensì un concorso materiale, perché si trattava di distinte condotte aventi non solo oggetto diverso (gelati invece di hamburger, e così via), ma anche un diverso profilo soggettivo (volutà di usare il marchio per distinguere, di volta in volta, una diversa serie di prodotti). Correttamente, quindi, è stata esclusa la continuazione.

3. Con il terzo motivo si denuncia violazione e falsa applicazione della L. n. 689 del 1981, art. 8 bis per avere il Tribunale escluso l'applicabilità della reiterazione nonostante la medesima azione e la medesima violazione fosse stata accertata anche dall'Ufficio repressione frodi di Bologna e di Perugia.

La censura è inammissibile.

Non si censura infatti la prima ed assorbente ragione per la quale il Tribunale ha correttamente ritenuto inapplicabile l'istituto della reiterazione e cioè esso si applica soltanto quando la violazione precedente sia stata accertata con provvedimento esecutivo, ipotesi che non ricorreva nel caso di specie.

Consegue il rigetto del ricorso.

(*Omissis*)

DISCIPLINA DELLA PRODUZIONE BIOLOGICA: VERSO UN VERO INASPRIMENTO DELLA REPRESSIONE DELLE CONDOTTE ILLECITE?

Sommario: *Premessa - I. La disciplina del biologico: dagli standard volontari al Regolamento n. 834/2007/Ce - II. Il sistema di controllo dei prodotti biologici - III. La sentenza Bio-Ene e l'ingannevolezza dei marchi in ragione della violazione della disciplina sull'etichettatura dei prodotti alimentari - IV. Valutazioni conclusive: verso un inasprimento dei controlli e delle sanzioni?*

Premessa

Con la sentenza n. 6234 del 13 marzo 2009 emessa dalla Cassazione civile sono state poste alcune importanti precisazioni in materia di sanzioni per l'uso *sine titulo* del termine «bio» sui prodotti alimentari.

La Suprema Corte di cassazione ha, infatti, sancito che «in tema di confezionamento e pubblicità degli alimenti, costituisce violazione dell'art. 2 D. Lgs. 27 gennaio 1992 n. 109 (disciplina nazionale orizzontale sull'etichettatura alimentare), la produzione e vendita di prodotti alimentari vegetali, provenienti da agricoltura convenzionale, con un marchio, registrato, recante il suffisso "bio", idoneo ad indurre in errore il consumatore sull'origine "biologica" dei prodotti».

Data l'esistenza di un importante *corpus* normativo in tema di produzione ed etichettatura di prodotti alimentari biologici, il presente contributo fornirà preliminarmente una rapida analisi della disciplina comunitaria sul biologico per poi meglio procedere all'esame della decisione della Cassazione in commento.

I. La disciplina del biologico: dagli *standard* volontari al Regolamento n. 834/2007/Ce

Agli inizi del XX secolo un gruppo di imprenditori agricoli d'area tedesca, preoccupati del depauperamento delle risorse agrarie che riscontravano

nelle proprie aziende a fronte dell'accresciuto ricorso alla chimica, si rivolsero al professor *Rudolf Steiner*, stimato scienziato mitteleuropeo che elaborò dei protocolli agricoli in linea con la sua filosofia antroposofica: un ricorso razionale e consapevole alla terra, al sole, alle acque e delle altre risorse naturali e viventi. Le sue *lezioni sull'agricoltura* (1924) dettero il via ad una nuova concezione della produzione agricola, definita biodinamica, che in breve tempo sfociò in *standard* di produzione agricola e zootecnica nettamente distinti dalle tecniche agronomiche (specie le monoculturali) che andavano sviluppandosi nell'Europa della seconda ricostruzione.

Più recentemente, agli inizi degli anni Novanta, allorché la riforma della Politica Agricola Comune entrò nell'agenda delle Istituzioni europee, si ricorse alla regolamentazione ed incentivazione di una serie di opzioni produttive che avrebbero dovuto – nelle intenzioni del legislatore, per lo meno – facilitare il rilancio del settore agricolo: minori sovvenzioni dirette, ma maggiori incentivi a miglioramenti qualitativi, del prodotto e del processo, mantenimento dell'economia rurale, miglioramento delle condizioni ambientali, diversificazione e qualificazione sui mercati agro-alimentari. Invalse, con la *riforma Mc Sharry* (1992), l'obiettivo della multifunzionalità agricola all'interno della quale la prima *regulation* della produzione biologica di cui al Regolamento (Cee) n. 2092/91¹ e delle indicazioni geografiche DOP-IGP (Regolamento (Cee) n. 2081/92) furono due importanti riferimenti.

Intrinseco al Regolamento sul biologico era assicurare la libera circolazione delle merci ed un elevato livello di tutela del consumatore all'interno del mercato unico². Si trattò, anche nel caso del Regolamento in materia di produzione biologica, di un compromesso tra istanze prettamente commerciali e fedeltà al modello normativo e produttivo di origine. Compromesso non raggiunto pienamente, tanto che, tra l'altro, il Regolamento (Cee) n. 2092/91 mancò di legiferare sulla zootecnia condotta con metodo biologico con la significativa conseguenza che questo settore rimase soggetto alle discipline nazionali per alcuni anni prima che nel 1999 la Comunità riuscisse a produrre un regolamento *ad hoc* per la zootecnia (Regolamento (Ce) n.

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, oggi abrogato. Su tale regolamento v. sentenza della Corte di giustizia del 14 luglio 2005 in causa n. C-135/03, *Commissione delle Comunità europee c. Regno di Spagna*, in *Raccolta*, 2005, I, p. 6909 ss. nonché sentenza del 14 luglio 2005 in causa n. C-107/04, *Comité Andaluz de Agricultura Ecológica c. Administración General del Estado e Comité Aragonés de Agricultura Ecológica*, in *Raccolta*, 2005, I, p. 7137, entrambe in questa *Rivista*, 2005, p. 451 ss. con commento di S. VENTURA, *Sul divieto dell'uso del termine «bio» per prodotti non ottenuti secondo un metodo di produzione biologico*, p. 461 ss. In generale sui prodotti biologici cfr. S. VENTURA, *L'avvenire dell'agricoltura biologica: uno strumento di sviluppo rurale*, in questa *Rivista*, 2001, p. 155 ss.

² Su cui si veda, *inter alia*, D. PISANELLO, *La qualità agro-alimentare: corretta informazione e settori regolamentati*, in D. PISANELLO (a cura di), C. BIGLIA - C. M. PELLICANO, *Guida alla Legislazione Alimentare, L'applicazione pratica, il controllo ufficiale, l'audit, le responsabilità, le sanzioni, l'etichettatura, la pubblicità*, Roma, EPC Libri, 2010.

1804/1999³), il quale, al pari del Regolamento del 1991, fu a vario titolo criticato in ragione delle soluzioni mediate raggiunte e che solo in parte perseguivano la radice culturale della produzione biologica.

Nel giugno 2007 un nuovo regolamento sulla produzione biologica è stato adottato dal Consiglio: il Regolamento del Consiglio Ce n. 834/2007⁴ relativo alla produzione biologica e all'etichettatura dei prodotti biologici che, abrogando il Regolamento Cee n. 2092/91, riscrive, in un'ottica, come si vedrà, decisamente organica e strutturale, tutta la disciplina sulla produzione agro-zootecnica condotta con tecniche «biologiche».

Le novità di fondo collegate al nuovo Regolamento quadro sul biologico travalicano le innovazioni, pur numerose, relative a questioni, sia pur importanti, ma comunque di dettaglio (il regime del «logo bio», la disciplina dei prodotti trasformati o, ancora, la parificazione rispetto al convenzionale per quanto attiene agli organismi geneticamente modificati).

La nuova disciplina quadro persegue, all'interno della Politica Agricola Comune, l'obiettivo di garantire la concorrenza leale e l'efficace funzionamento del mercato interno dei prodotti biologici, nonché la tutela della fiducia del consumatore rispetto ai prodotti etichettati come biologici. Si osservi, sin d'ora, che si tratta delle stesse finalità ricordate dall'art. 1 del Regolamento (Ce) n. 882/2004⁵.

La prima novità risiede nell'impianto stesso del nuovo Regolamento, impianto che risulta decisamente più organico e che, pur restando nell'ambito dell'art. 37 del Trattato (disciplina della PAC), risulta strutturalmente legato alla restante "legislazione alimentare", *in primis* alla disciplina dei controlli ufficiali degli alimenti di cui al già ricordato Regolamento (Ce) n. 882/2004 che è più volte richiamato dal Regolamento (Ce) n. 834/2007, e al recente Regolamento (Ce) n. 765/2008 sull'accreditamento e sulle attestazioni di conformità⁶.

Rilievo deve darsi alla circostanza che nel nuovo Regolamento sul biologico sono enunciati «i principi», generali e specifici, e le «regole di produzione» dalla cui (attestata) conformità consegue il diritto di etichettare un

³ Regolamento (Ce) n. 1804/1999 del Consiglio, del 19 luglio 1999, che completa, per le produzioni animali, il Regolamento (Cee) n. 2092/91 relativo al metodo di produzione biologico di prodotti agricoli e alla indicazione di tale metodo sui prodotti agricoli e sulle derrate alimentari, in *Gu-ue* n. L 222 del 24 agosto 1999, p. 1.

⁴ Regolamento (Ce) n. 834/2007 del Consiglio, del 28 giugno 2007, relativo alla produzione biologica e all'etichettatura dei prodotti biologici e che abroga il Regolamento (Cee) n. 2092/91, in *Gu-ue* n. L 189 del 20 luglio 2007, p. 1.

⁵ 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, la cui rettifica è stata pubblicata in *Gu-ue* n. L 191 del 28 maggio 2004, p. 1.

⁶ Regolamento (Ce) n. 765/2008 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 9 luglio 2008, che pone norme in materia di accreditamento e vigilanza del mercato per quanto riguarda la commercializzazione dei prodotti e che abroga il Regolamento (Cee) n. 339/93, in *Gu-ue* n. L 218 del 13 agosto 2008, p. 30.

prodotto come biologico. È bene precisare sin d'ora la portata di questi principi. Queste disposizioni generali del Regolamento sul biologico, benché sprovviste di sanzioni specifiche tanto a livello di legislazione comunitaria quanto nazionale, determinano comunque quei criteri di condotta per l'autorità competente (in Italia, il Ministero per le Politiche Agricole, Alimentari e Forestali, d'ora in avanti, per brevità, MIPAAF) nella sua azione di vigilanza, come pure i requisiti di legittimità e i profili di responsabilità degli organismi di certificazione che a livello nazionale controllano e rilasciano le attestazioni di conformità agli operatori della filiera del biologico⁷.

Posta questa premessa, si può ricordare che, come afferma l'art. 4 del Regolamento (Ce) n. 834/2007, «*la produzione biologica si basa sui seguenti principi: a. la progettazione e la gestione appropriate dei processi biologici fondate su sistemi ecologici che impiegano risorse naturali interne ai sistemi stessi con metodi che: i. utilizzano organismi viventi e metodi di produzione meccanici; ii. praticano la coltura di vegetali e la produzione animale legate alla terra o l'acquacoltura che rispettano il principio dello sfruttamento sostenibile della pesca; iii. escludono l'uso di OGM e dei prodotti derivati o ottenuti da OGM ad eccezione dei medicinali veterinari; iv. si basano sulla valutazione del rischio e, se del caso, si avvalgono di misure di precauzione e di prevenzione; b. la limitazione dell'uso di fattori di produzione esterni (...)*».

All'interno di queste linee direttrici generali, vi sono poi principi e regole *ad hoc* per la produzione vegetale e quella zootecnica. Gli elementi essenziali del sistema di gestione della produzione biologica vegetale sono la gestione della fertilità del suolo, la scelta delle specie e delle varietà, la rotazione pluriennale delle colture, il riciclaggio delle materie organiche e le tecniche colturali. Il ricorso all'aggiunta di concimi, ammendanti e prodotti fitosanitari è ammessa soltanto se tali prodotti sono compatibili con gli obiettivi e i principi dell'agricoltura biologica. Nel caso della zootecnia condotta secondo il metodo biologico, stando al disegno ideale tratteggiato dal Regolamento, non dovrebbe esistere azienda di produzione animale senza la produzione vegetale e ciò perché la prima fornisce la materia organica e gli elementi nutritivi necessari alle colture e quindi contribuisce al miglioramento del suolo e allo sviluppo di un'agricoltura sostenibile (concetto di *azienda agricola chiusa*). Questo dato permetterebbe di «evitare l'inquinamento dell'ambiente» (testuale dal *considerando* 15 del Regolamento Ce n. 834/2007) e, in particolare delle risorse naturali come il suolo e l'acqua: «*uno stretto legame tra tale produzione e la terra, idonei sistemi di rotazione pluriennale e l'alimentazione degli animali con prodotti vegetali provenienti dall'agricoltura biologica coltivati nell'azienda stessa o in aziende biologiche vicine*».

⁷ Per queste considerazioni cfr. D. PISANELLO, *La qualità agro-alimentare: corretta informazione e settori regolamentati*, cit. *supra*, nota 2.

Rientrano nel novero dei principi, dal cui rispetto discende il diritto di produrre e vendere prodotti agro-alimentari biologici, la disciplina del benessere degli animali, conformandosi alle specifiche esigenze comportamentali degli animali secondo la specie. La gestione, ad esempio, della salute degli animali dovrebbe basarsi sulla prevenzione delle malattie attraverso la correttezza delle condizioni di stabulazione, delle pratiche zootecniche e della densità degli animali, tenendo conto delle condizioni locali e di trasporto. Il Regolamento provvede anche a fornire i «principi specifici», così la rubrica dell'art. 5, sia in tema di agricoltura, come di alimenti trasformati (art. 6) e in tema di mangimi biologici (art. 7).

Ça va sans dire che tutti questi limiti vanno però applicati *cum grano salis*.

Altro aspetto oggetto di nuova regolazione è quello relativo all'impiego di organismi geneticamente modificati (OGM) e di prodotti derivati od ottenuti da OGM nelle filiere biologiche; i *biotech products* sono poco compatibili con il concetto di produzione biologica e sicuramente cozzano con la percezione, più o meno fondata, che il consumatore ha al riguardo. Non è men vero che, allo stato attuale, l'affermare e poi applicare una tolleranza zero sarebbe stato di fatto irrealizzabile. Questa considerazione ha portato a riconoscere, accanto al divieto formalmente stabilito dall'art. 9 del Regolamento (Ce) n. 834/2007, l'accettabilità delle soglie di presenza di OGM quando detta presenza sia accidentale e tecnicamente inevitabile. Si tratta della stessa disciplina vigente per la produzione convenzionale! È molto interessante osservare come l'art. 9 citato è costruito: se, in base al par. 1, gli OGM e i prodotti derivati o ottenuti da OGM sono formalmente banditi dalla filiera bio (e per la precisazione da: produzione biologica di alimenti, mangimi, ausiliari di fabbricazione, prodotti fitosanitari, concimi, ammendanti, sementi, materiale di moltiplicazione vegetativa, microrganismi e animali), non di meno si riconosce che «*ai fini del divieto di cui al par. 1 (...), gli operatori possono fare affidamento sull'etichetta o qualsiasi altro documento che accompagna un prodotto e che sia apposto o fornito*» ai sensi della disciplina comunitaria sugli OGM (Direttiva Ce n. 2001/18⁸, Regolamento Ce n. 1829/2003⁹ o Regolamento Ce n. 1830/2003¹⁰). Con una disposizione dal sapore decisamente pilatesco, il Regolamento n. 834/2007 stabilisce anche

⁸ Direttiva (Ce) 2001/18 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 12 marzo 2001, sull'emissione deliberata nell'ambiente di organismi geneticamente modificati e che abroga la direttiva 90/220/Cee del Consiglio, in *Guce* n. L 106 del 17 aprile 2001, p. 1.

⁹ Regolamento (Ce) n. 1829/2003 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 22 settembre 2003, relativo agli alimenti e ai mangimi geneticamente modificati, in *Gu-Ue* n. L 268 del 18 ottobre 2003, p. 1.

¹⁰ Regolamento (Ce) n. 1830/2003 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 22 settembre 2003, concernente la tracciabilità e l'etichettatura di organismi geneticamente modificati e la tracciabilità di alimenti e mangimi ottenuti da organismi geneticamente modificati, nonché recante modifica della direttiva n. 2001/18/Ce, in *Gu-Ue* n. L 268 del 18 ottobre 2003, p. 24.

che «se gli alimenti o i mangimi acquistati non sono etichettati né accompagnati da un documento, ai sensi dei suddetti regolamenti, gli operatori possono presupporre che nella produzione degli stessi non si è fatto uso di OGM o di prodotti derivati da OGM, a meno che non dispongano di altre informazioni secondo le quali l'etichettatura dei prodotti in questione non è in conformità con i suddetti regolamenti» (art. 9, Regolamento n. 834/2007). La disposizione, com'è stato sottolineato da alcune associazioni di categoria durante i lavori preparatori, rischia seriamente di allentare il discrimine tra produzione tradizionale e biologica, per quanto paradossale possa sembrare: lo scenario di risulta potrà riguardare prodotti «bio» con una legittima (purché «accidentale ed inevitabile») presenza di OGM e, dall'altro lato, prodotti convenzionali recanti, nel rispetto delle regole giuridiche proprie, la menzione «no OGM» o «OGM free»!

Le norme di produzione contenute nel nuovo Regolamento si presentano più dettagliate rispetto al precedente del 1991, essendo previste articolate disposizioni tecniche concernenti la produzione agricola vegetale (art. 12), animale (art. 14), le alghe marine e i prodotti dell'acquacoltura (artt. 13 e 15) nonché gli alimenti trasformati (art. 19). Il Regolamento si interessa espressamente anche di lieviti e mangimi biologici.

Tutte le prescrizioni fondamentali relative alla produzione, all'etichettatura e al controllo dei prodotti biologici nel settore vegetale e animale (in sostanza, le disposizioni di cui ai titoli III, IV e V del Regolamento) sono state poi oggetto di misure applicative contenute nel Regolamento (Ce) n. 889/2008 della Commissione, del 5 settembre 2008¹¹, recante modalità di applicazione del Regolamento (Ce) n. 834/2007 del Consiglio relativo alla produzione biologica e all'etichettatura dei prodotti biologici, per quanto riguarda la produzione biologica, l'etichettatura e i controlli.

Come noto, è il rispetto di quegli *standard* produttivi che, unitamente alla certificazione di conformità rilasciata dagli organi competenti, valgono a costituire il diritto di qualificare il prodotto agro-alimentare come «biologico». A chiare lettere il più volte menzionato Regolamento Ce n. 834/2007 (*considerando 23*) precisa: «*i termini utilizzati per indicare i prodotti biologici dovrebbero essere protetti contro la loro utilizzazione su prodotti non biologici nell'intera Comunità e indipendentemente dalla lingua impiegata. Detta protezione dovrebbe valere anche per i derivati e le abbreviazioni di uso corrente di tali termini, utilizzati singolarmente o in abbinamento*».

In merito alla presentazione del prodotto «biologico», il logo UE diventa, con il nuovo Regolamento, obbligatorio per tutti i prodotti alimentari bio-

¹¹ Regolamento (Ce) n. 889/2008 della Commissione, del 5 settembre 2008, recante modalità di applicazione del Regolamento (Ce) n. 834/2007 del Consiglio relativo alla produzione biologica e all'etichettatura dei prodotti biologici, per quanto riguarda la produzione biologica, l'etichettatura e i controlli, in *Gu-Ue* n. L 250 del 18 settembre 2008, p. 1.

logici in imballaggio preconfezionato ottenuti nella Comunità, mentre per i prodotti biologici non preconfezionati ottenuti nella Comunità (immaginiamo l'ortofrutta) o per i prodotti biologici importati da Paesi terzi si tratterà di una semplice facoltà rimessa all'operatore (salvo sempre il rispetto delle condizioni di legge per l'uso legittimo del termine «bio»).

Nei casi in cui, obbligatoriamente o su base volontaria, si impiega il logo comunitario, è obbligatoria anche l'indicazione del luogo in cui sono state coltivate le materie prime agricole di cui il prodotto è composto, menzione dell'origine che deve peraltro comparire «nello stesso campo visivo del logo» e nelle forme prefissate dal Regolamento: «Agricoltura UE», quando la materia prima agricola è stata coltivata nell'UE; «Agricoltura non UE» quando la materia prima agricola è stata coltivata in Paesi terzi; «Agricoltura UE/non UE» quando parte della materia prima agricola è stata coltivata nella Comunità e una parte di essa è stata coltivata in un Paese terzo. Nel caso di produzione con ingredienti interamente provenienti da un solo Paese è ammessa la sostituzione della indicazione «UE» o «non UE» con quella del Paese interessato. Questa indicazione tuttavia non può comparire con colori, dimensioni e tipo di caratteri che le diano maggiore risalto rispetto alla denominazione di vendita del prodotto (art. 24).

In un'ottica di allargamento della protezione giuridica degli operatori correttamente «bio», si deve osservare che *«si considera che un prodotto riporta termini riferiti al metodo di produzione biologico quando, nell'etichettatura, nella pubblicità o nei documenti commerciali, il prodotto stesso, i suoi ingredienti o le materie prime per mangimi sono descritti con termini che suggeriscono all'acquirente che il prodotto, i suoi ingredienti o le materie prime per mangimi sono stati ottenuti conformemente alle norme stabilite dal presente regolamento. In particolare i termini elencati nell'allegato, nonché i rispettivi derivati e abbreviazioni, quali "bio" e "eco", possono essere utilizzati, singolarmente o in abbinamento, nell'intera Comunità e in qualsiasi lingua comunitaria, nell'etichettatura e nella pubblicità di prodotti che soddisfano le prescrizioni previste dal presente regolamento o stabilite in virtù del medesimo»* (art. 23.1).

Con riferimento specifico agli alimenti trasformati, poi, il riferimento lecito al biologico sussiste in due ipotesi:

a. nel caso in cui si faccia riferimento al biologico nella denominazione di vendita purché gli alimenti trasformati siano:

1. conformi alle prescrizioni dell'art. 19, è cioè che:

- il prodotto sia ottenuto principalmente da ingredienti di origine agricola;
- siano impiegati esclusivamente additivi, ausiliari di fabbricazione, aromi, acqua, sale, preparazioni a base di microrganismi ed enzimi, minerali, oligoelementi, vitamine, amminoacidi e altri micronutrienti preventivamente autorizzati per la filiera bio (si osservi che alcune deroghe sono previste per

gli ingredienti di origine agricola non biologici);

- un ingrediente biologico non sia contenuto insieme allo stesso ingrediente non biologico o proveniente dalla conversione;

2. almeno il 95% in peso degli ingredienti di origine agricola sia biologico;

b. la seconda ipotesi riguarda la facoltà di riportare il riferimento al biologico all'interno dell'elenco degli ingredienti (e nel rispetto delle condizioni di cui all'art. 19). In questo caso i riferimenti al biologico possono comparire solo in relazione agli ingredienti biologici e a patto che l'elenco degli ingredienti includa un'indicazione della percentuale totale di ingredienti biologici in proporzione alla quantità totale di ingredienti di origine agricola.

II. Il sistema di controllo dei prodotti biologici

Come si è già anticipato, il rispetto delle norme giuridiche e di quelle tecniche, richiamate dal dato legislativo, non è sufficiente per dotare l'impresa della facoltà di utilizzare a fine commerciale un prodotto agro-alimentare come biologico. È necessario, infatti, che un ente terzo valuti la conformità e ne dia evidenza pubblica mediante un attestato di conformità ai sensi delle leggi vigenti.

Ragioni di sistema e argomenti di natura testuale impongono di considerare le attività di certificazione del biologico non solo all'interno di un negozio giuridico di natura strettamente privatistica tra un committente (l'impresa che richiede la certificazione) e il prestatore del servizio (organismo di certificazione). Al contrario, il rapporto tra questi due soggetti è coperto da una rilevanza pubblica che rende gli atti, o per lo meno alcuni (si pensi all'emissione del certificato di conformità), adottati dall'organismo di controllo, atti di natura quasi pubblica se non addirittura pubblica *tout court*, con conseguenze, in termini di responsabilità a carico dell'impresa di certificazione, dei singoli valutatori e degli altri operatori, del tutto diverse rispetto a quanto avviene nel caso di un rapporto strettamente privatistico, quale potrebbe essere il caso di molte certificazioni di sistema qualità secondo le norme ISO o simili.

L'ordinamento comunitario, in linea con le moderne concezioni economiche e politiche, richiede che, a livello di ogni Stato membro, operino autorità deputate al controllo del rispetto della normativa sul biologico e ciò a tutela del consumatore e a garanzia della concorrenza leale. Inoltre, le attività di certificazione sono lo strumento di garanzia di quello che, testualmente, il Regolamento n. 834/2007 definisce un «concetto armonizzato di produzione biologica» che deve essere rispettato dallo Stato e dalle regioni. Le autorità nazionali competenti ai diversi livelli e gli organismi di controllo sono chiamati ad astenersi da qualsiasi condotta che potrebbe creare ostacoli alla libera circolazione dei prodotti conformi che risultano certificati da un'autorità o da un organismo situati in un altro Stato membro. Uguale attenzione, ma con

poteri e discrezionalità diverse, dovrebbe essere dedicata anche dalle autorità nazionali operanti nei Punti di Ispezione Frontaliera (PIF) per quanto attiene alle importazioni.

L'azione di sorveglianza del mercato che spetta, nel caso italiano, al Ministero per le Politiche Agricole, Alimentari e Forestali deve rispondere a parametri fissati a livello comunitario. In secondo luogo, il menzionato Ministero esercita sugli organismi di controllo, autorizzati allo svolgimento di attività di controllo e certificazione relative al "mercato bio", la sorveglianza necessaria a garantire gli obiettivi e le esigenze del Regolamento base (qui il Regolamento Ce n. 834/2007).

Considerazione ovvia ma doverosa è il ricordare che i controlli sul rispetto dei requisiti di legge fissati per la produzione e la presentazione di una derrata alimentare come biologica sono essenziali. Il titolo V del Regolamento quadro è espressamente dedicato all'argomento. L'art. 27 del Regolamento (Ce) n. 834/2007, rubricato «Sistema di controllo», obbliga gli Stati membri ad istituire un sistema di controllo, a designare una o più autorità competenti «in conformità del Regolamento Ce n. 882/2004». A sua volta, il Regolamento quadro sui controlli nel settore alimentare (Regolamento (Ce) n. 882/2004) espressamente precisa che «i requisiti del presente regolamento dovrebbero essere sufficientemente flessibili per tener conto della specificità di tali ambiti» tra i quali il considerando 9 individua il Regolamento sul biologico e quello sulle DOP e IGP¹².

Inoltre appare di straordinaria valenza che, così come il Regolamento (Ce) n. 882/2004 basa il livello di controllo (frequenza delle visite e della altre attività di controllo) sul «livello di rischio» proprio di ogni impresa alimentare, a sua volta il Regolamento (Ce) n. 834/2007 parla (art. 27.2) di «natura e frequenza dei controlli (...) determinate in base ad una valutazione del rischio di irregolarità e di infrazioni per quanto riguarda il rispetto dei requisiti stabiliti nel regolamento» sul biologico. Questa disposizione fugge ogni dubbio sulla totale parificazione del ruolo della tutela del consumatore all'interno del nuovo quadro giuridico del controllo ufficiale¹³.

Sul versante nazionale, fondamentale è il dlgs n. 220/1995 (Attuazione degli artt. 8 e 9 del Regolamento Cee n. 2092/91 in materia di produzione agricola ed agro-alimentare con metodo biologico) ai sensi del quale il MIPAAF «è l'autorità preposta al controllo ed al coordinamento delle attività amministrative e tecnico scientifiche inerenti l'applicazione della regolamentazione comunitaria in materia di agricoltura biologica». Il controllo

¹² Per una riflessione pratica si veda D. PISANELLO, *Obblighi di sicurezza alimentare nel mercato unico europeo tra gestione del rischio e responsabilità d'impresa*, in questa Rivista, 2008, p. 695 e Id., *Denominazioni di origine ed indicazioni geografiche protette tra diritto industriale e diritto alimentare: il caso Parmesan II*, in *Contratto Impresa/Europa*, 2008, p. 389 ss.

¹³ Sull'organizzazione del controllo ufficiale si veda D. PISANELLO (a cura di), C. BIGLIA - C. M. PELLICANO, *Guida alla Legislazione Alimentare*, cit. supra, nota 2.

delle produzioni destinate alle filiere bio è condotto dagli organismi autorizzati dalla autorità pubblica, secondo una precisa procedura e secondo un piano-tipo, predisposto annualmente dall'organismo stesso. L'autorizzazione è retta

dall'art. 3 del dlgs n. 220/1995 in base al quale il Ministero è tenuto a pronunciarsi entro novanta giorni dal ricevimento della istanza di riconoscimento. Ove la richiesta sia irregolare o incompleta, ne è data comunicazione al richiedente, indicandone i motivi. L'autorizzazione è subordinata, oltre che all'accertamento della regolarità e completezza della domanda, alla verifica del possesso dei requisiti previsti dal Regolamento (Ce) n. 834/2007 per esercitare l'attività di controllo, a cui si aggiungono i requisiti nazionali indicati negli allegati I e II al dlgs n. 220/1995. Infatti, in attesa che il nostro legislatore individui la nuova disciplina nazionale di attuazione del Regolamento (Ce) n. 834/2007, occorre applicare la precedente disciplina nazionale in materia; pertanto è necessario considerare, quanto ai requisiti tecnici (allegato I): una struttura che salvaguardi l'imparzialità e che permetta la partecipazione di tutte le parti interessate ai doveri ed al funzionamento dell'organismo di controllo e certificazione; un'organizzazione che consenta la scelta dei membri dell'organo direttivo anche tra i settori interessati alle attività di controllo e certificazione solo a condizione che sia evitata la predominanza di singoli interessi settoriali; l'utilizzazione di personale permanente, sotto la supervisione di un soggetto responsabile nei confronti dell'organo di controllo, non legato da alcun rapporto professionale, economico o di consulenza, anche indiretto, con gli operatori soggetti al controllo degli organismi di controllo; l'utilizzazione di personale tecnico munito del diploma di laurea in scienze agrarie, forestali, scienze e tecnologie alimentari, scienza delle produzioni animali, chimica, biologia, veterinaria ed equipollenti ovvero del diploma di perito agrario, agrotecnico, perito chimico, alimentarista ed equipollenti, con competenza adeguata alle funzioni attribuite; adeguata dotazione di strutture destinate all'esercizio dell'attività di controllo (sede, dotazioni tecniche, strutture informatiche); una struttura organizzativa in almeno quattro regioni o in province autonome; la presenza, in ogni regione o provincia autonoma in cui viene esercitata l'attività, di una struttura organizzativa collegata con la sede centrale, che consenta un'attività di controllo a livello regionale in relazione all'entità dell'utenza.

Gli organismi riconosciuti sono tenuti al rispetto del piano dei controlli, trasmesso dall'organismo di controllo entro il trenta novembre di ciascun anno per l'attività relativa all'anno successivo, alle regioni e alle province autonome interessate ed al MIPAAF, che, d'intesa con le regioni e le province autonome interessate, può formulare rilievi ed osservazioni entro trenta giorni dal ricevimento. L'organismo di controllo è tenuto a svolgere la propria attività secondo il piano predisposto, tenendo conto delle modifiche eventualmente apportate su richiesta del Ministero.

Il primo obbligo degli organismi di controllo così autorizzati è di attecnersi agli obblighi previsti dal Regolamento (Ce) n. 834/2007 (art. 4, 1° comma). A livello nazionale, la vigilanza su tali organismi è svolta in via concorrente dal Ministero e dalle regioni in cui opera l'operatore biologico. Inoltre spetta a ciascuna regione (o provincia autonoma), all'esito negativo dei controlli svolti, proporre la revoca dell'autorizzazione qualora sia emerso che l'organismo non risulti più in possesso dei requisiti sulla base dei quali l'autorizzazione era stata concessa, ovvero nei casi di cui art. 27 del Regolamento (Ce) n. 834/2007 (corrispondente al vecchio art. 9, comma 6, lett. d., del Regolamento Cee n. 2092/91).

Innovativo e di grande interesse è l'art. 30 del Regolamento (Ce) n. 834/2007 dedicato alle «misure in caso di irregolarità e infrazioni», espressione che non può non richiamare alla mente le non conformità di cui al fondamentale art. 54 del Regolamento (Ce) n. 882/2004. Secondo il menzionato art. 30, ove sia constatata una irregolarità in relazione all'osservanza delle prescrizioni del Regolamento, l'autorità di controllo o l'organismo di controllo assicura che nell'etichettatura e nella pubblicità dell'intera partita o dell'intero ciclo di produzione in cui è stata riscontrata l'irregolarità non sia fatto riferimento al metodo di produzione biologico, se ciò sia proporzionato all'importanza del requisito che è stato violato e alla natura e alle circostanze particolari delle attività irregolari.

Una disposizione chiave per il controllo ufficiale è quella contenuta all'art. 34 del Regolamento base. In base a questo articolo, «*le autorità competenti, le autorità di controllo e gli organismi di controllo non possono, per motivi concernenti il metodo di produzione, l'etichettatura o l'indicazione del metodo stesso, vietare o limitare la commercializzazione dei prodotti biologici controllati da un'altra autorità di controllo o da un altro organismo di controllo situati in un altro Stato membro se tali prodotti sono conformi alle prescrizioni del presente regolamento*». Inoltre, non possono essere imposti controlli o oneri finanziari in aggiunta a quelli previsti dal diritto comunitario. Le sanzioni rientrano poi nella competenza dello Stato membro interessato.

III. La sentenza *Bio-Ene* e l'ingannevolezza dei marchi in ragione della violazione della disciplina sull'etichettatura dei prodotti alimentari

Il caso che ha dato luogo alla decisione della Corte di cassazione è quanto di più ordinario possa immaginarsi, viste le ricorrenti astuzie del *marketing*. In particolare, la Camera di Commercio, Industria, Artigianato e Agricoltura di Padova aveva ingiunto al legale rappresentante di una società di pagare la somma di euro 37.189,00 a titolo di sanzione per violazione del dlgs n. 109/1992, art. 2, comma 1 per avere prodotto e messo in commercio prodotti alimentari vegetali (impanate vegetali, polpettine vegetali, hambur-

ger vegetali, gelati), provenienti da agricoltura convenzionale, con un marchio contenente il termine «BIO-ENE» idoneo a indurre in errore il consumatore finale in ordine alla provenienza dei detti prodotti, facendoli ritenere, contrariamente al vero, di origine biologica.

La società sanzionata presentava opposizione ai sensi della legge n. 689/1981 (legge quadro sulle sanzioni amministrative) deducendo che il marchio in questione era stato registrato anche a livello comunitario, e affermando la non decettività dello stesso in quanto sia la denominazione di vendita sia il simbolo grafico, rappresentato da una donna in posizione yoga, non implicavano necessariamente il significato di provenienza biologica dei prodotti. In secondo luogo contestava che le fossero stati notificati tanti distinti provvedimenti sanzionatori quante erano le tipologie di prodotto rinvenute dagli agenti accertatori, mentre si sarebbe dovuta applicare la continuazione (art. 8, l. n. 689/1981) e quindi una sostanziale riduzione della pena comminata. Il Tribunale di Padova, così adito dalla società sanzionata, con sentenza n. 138/03 respingeva l'opposizione e confermava la sanzione amministrativa. La società presentava ricorso per cassazione fondato su tre motivi di censura, decisi tutti in senso sfavorevole all'impresa con la sentenza qui commentata.

Il primo motivo invocato dalla difesa della società si basava sull'avvenuta registrazione a livello comunitario del marchio «BIO-ENE» ai sensi del Regolamento (Ce) n. 40/94¹⁴. Il marchio comunitario, come noto, è oggetto di una verifica nel merito. La Cassazione però non cade nel gioco di specchi predisposto dal ricorrente: l'avvenuta registrazione a livello comunitario di un marchio contenente il suffisso BIO, più altri elementi fonetici, non esclude il potere dell'autorità giudiziaria di accertarne la potenziale decettività con riferimento al prodotto designato e, quindi, la possibilità di ravvisare, nel caso di specie, la sussistenza della violazione contestata al ricorrente, riguardando la registrazione il marchio in sé, non già la condotta della parte che fa uso del marchio. In tal modo è facile per la Cassazione decidere che *«in tema di confezionamento e pubblicità degli alimenti, costituisce violazione del D.Lgs. n. 109 del 1992, art. 2, ogni uso improprio di un marchio registrato posto in essere dal soggetto mediante etichettatura di prodotti non corrispondenti alle indicazioni contenute nel marchio sì da indurre in errore il consumatore sulle caratteristiche del prodotto, in particolare sulla sua provenienza»*.

La normativa sui marchi d'impresa e la disciplina dell'etichettatura e della pubblicità degli alimenti sono reciprocamente autonome al punto che un marchio registrato anche in sede comunitaria ben può essere considerato ingannevole da parte dell'autorità di controllo ufficiale prima e dall'autorità

¹⁴ Regolamento (Ce) n. 40/94 del Consiglio, del 20 dicembre 1993, sul marchio comunitario, oggi abrogato e sostituito dal Regolamento (Ce) n. 207/2009 del Consiglio, del 26 febbraio 2009, sul marchio comunitario (versione codificata), in *Gu-Ue* n. L 78 del 24 marzo 2009, p. 1.

giudiziaria poi allorché esse abbiano a ritenere che le indicazioni contenute nel marchio siano ingannevoli, magari a causa della «forte portata semantica ed evocativa» del termine che, a giudizio della Corte, nel caso di specie era tale da alterare la volizione del consumatore di media diligenza, portandolo a credere che i prodotti caratterizzati da quel marchio fossero ottenuti con metodo biologico.

Occorre sottolineare che nella sentenza della Corte non sono indicati i parametri o i canoni di riferimento impiegati per stabilire l'ingannevolezza della fattispecie concreta: il che erode ulteriormente i già labili confini della nozione di «uso improprio» cui la sentenza fa riferimento.

Il secondo motivo di ricorso permette alla Cassazione di precisare i contorni dell'applicazione dell'istituto della continuazione: secondo giurisprudenza consolidata (tra le diverse: Cass. n. 24060/2004) questo fondamentale istituto è applicabile, in base alla l. n. 689/1981, art. 8, alle sole ipotesi di violazioni plurime commesse con un'unica azione od omissione (concorso formale)¹⁵, mentre nella diversa ipotesi di violazioni plurime commesse con più azioni od omissioni (concorso materiale) la continuazione è applicabile soltanto per le violazioni in materia di previdenza e assistenza. Secondo la Corte non era configurabile nel caso di specie un concorso formale, bensì un concorso materiale, in quanto si trattava di distinte condotte aventi non solo oggetto diverso (gelati invece di hamburger, e così via), ma anche un diverso profilo soggettivo (volontà di usare il marchio per distinguere, di volta in volta, una diversa serie di prodotti).

IV. Valutazioni conclusive: verso un inasprimento dei controlli e delle sanzioni?

La decisione della Cassazione lascia ampi margini di incertezza in merito alla linea di demarcazione tra liceità o illiceità nella comunicazione dei messaggi concernenti i prodotti alimentari e conferma una latente tendenza alla disarticolazione interna tra i vari ambiti del diritto: diritto alimentare e diritto della proprietà industriale, diritto commerciale e disciplina sanzionatoria. Malgrado queste perplessità, la decisione appare condivisibile nella misura in cui persegue una dura repressione dell'illecito nel campo della legislazione alimentare. Infatti, come si è già ricordato, la tutela della lealtà commerciale è priorità assoluta della recente riforma del biologico e della legislazione alimentare. All'interno del Regolamento (Ce) n. 834/2007 (art. 23) «*si considera che un prodotto riporta termini riferiti al metodo di produzione biologico quando, nell'etichettatura, nella pubblicità o nei documenti commercia-*

¹⁵ A. CARATTO, *L'opposizione alle sanzioni amministrative, profili teorico-pratici*, II ed., Milano, Ipsoa, 2005.

li, il prodotto stesso, i suoi ingredienti o le materie prime per mangimi sono descritti con termini che suggeriscono all'acquirente che il prodotto, i suoi ingredienti o le materie prime per mangimi sono stati ottenuti conformemente alle norme stabilite dal presente regolamento». In ogni caso «i termini elencati nell'allegato, nonché i rispettivi derivati e abbreviazioni, quali "bio" e "eco", possono essere utilizzati, singolarmente o in abbinamento, nell'intera Comunità e in qualsiasi lingua comunitaria, nell'etichettatura e nella pubblicità di prodotti che soddisfano le prescrizioni previste dal presente regolamento o stabilite in virtù del medesimo».

Dalla sentenza si può ricavare la ragione delle censure mosse al comportamento dell'impresa. L'impresa non ha adeguatamente valutato il rischio di induzione in errore connesso a tutti gli elementi concreti presenti nell'etichetta, i quali «a causa della "forte portata semantica ed evocativa" del termine "bio", inducevano il consumatore di media diligenza a credere, nonostante l'associazione con il termine "ene" e con il simbolo grafico, che i prodotti caratterizzati da quel marchio fossero prodotti con metodo biologico, non già semplicemente di ispirazione vegetariana, quali in effetti erano». In altri termini, si rimprovera all'impresa di non aver ritenuto di dover accompagnare il prodotto, su cui era stampigliato il marchio contenente il termine «bio», con informazioni aggiuntive che limitassero il rischio di confusione. Così etichettando il prodotto, l'impresa è rimasta priva di qualsiasi argomento difensivo e, pertanto, è stata duramente sanzionata. È forse il caso di riflettere che tale errore di valutazione può essere dovuto a diverse cause: un basso livello di sensibilità dell'impresa per gli aspetti legali; una scarsa collaborazione tra gli esperti legali (se coinvolti e se competenti) e i responsabili *marketing*; una deliberata volontà di ignorare i vincoli derivanti dal dato legislativo pertinente.

L'impresa sanzionata dovrebbe ritenersi comunque fortunata, malgrado la dura sanzione inflittale (quasi quarantamila euro di sanzione amministrativa). Non può sfuggire che la fattispecie contestata avrebbe potuto essere oggetto di un procedimento penale. Ai sensi dell'art. 515 codice penale (frode nell'esercizio del commercio): «*chiunque, nell'esercizio di un'attività commerciale, ovvero in uno spaccio aperto al pubblico, consegna all'acquirente una cosa mobile per un'altra, ovvero una cosa mobile, per origine, provenienza, qualità o quantità, diversa da quella dichiarata o pattuita, è punito, qualora il fatto non costituisca un più grave delitto, con la reclusione fino a due anni o con la multa fino a euro 2.065*». Nessuno può contestare che nel caso di specie il messaggio ingannevole verteva sulla qualità del prodotto offerto in vendita. Spetta alle autorità competenti dello Stato membro interessato determinare l'eventuale rilevanza penale della violazione accertata. Allo stato attuale, il diritto comunitario esige solo che vi sia un sistema di sanzioni efficace, dissuasivo e proporzionato applicabile alle non conformità alla legislazione alimentare (art. 55, Regolamento (Ce) n. 882/2004).

Questa considerazione sembra avvalorata da una sentenza della Cassa-

zione penale (Cassazione penale 22 maggio 2008, n. 27105). Tale sentenza ha ritenuto come fattispecie penalmente rilevante (e come tale sanzionata) la vendita di carni pubblicizzata in messaggi apparsi su un quotidiano a tiratura nazionale, nei quali si affermava che le carni provenivano tutte, contrariamente al vero, da bovini allevati in Italia. La Suprema Corte ha stabilito che «*in tema di frode nell'esercizio del commercio, nella nozione di dichiarazione di cui all'art. 515 cod. pen. rientrano anche le indicazioni circa origine, provenienza, qualità o quantità della merce contenute nell'eventuale messaggio pubblicitario che abbia preceduto la materiale offerta in vendita della stessa, essendo tale pubblicità idonea a trarre in inganno l'acquirente che riceve l'"aliud pro alio"*».

L'aspetto meno soddisfacente della decisione qui in rassegna è che i rapporti tra i marchi di impresa e la legislazione alimentare in materia di produzione e commercializzazione di prodotti alimentari biologici sono lasciati del tutto in ombra sottolineando così una latente disarticolazione tra i due comparti normativi. In un giudizio di contraffazione o di concorrenza sleale la devoluta questione sull'ingannevolezza o meno del marchio e/o del suo uso sarebbe stata affrontata con maggiore rigore e, c'è da ritenere, con esiti probabilmente differenti. In altri termini sembra consolidarsi una proliferazione di approcci interpretativi della nozione di ingannevolezza del consumatore alimentare che va a ripercuotersi sulla chiarezza, sulla leggibilità del quadro normativo e sulla stessa coerente tutela degli interessi dei consumatori.

Coerenza che rischia di perdersi a fronte di un aumento della complessità del sistema: basti citare la sentenza della Corte di giustizia nel caso del *Salamme di Felino*¹⁶ nella quale il giudice comunitario dopo aver ribadito che per stabilire l'idoneità di un'etichetta ad ingannare il consumatore, il giudice nazionale deve basarsi sulla «*aspettativa presunta di un consumatore medio normalmente informato e ragionevolmente attento ed avveduto circa l'origine, la provenienza e la qualità del prodotto alimentare*», aggiunge un ulteriore elemento. Rispetto alle precedenti decisioni, la sentenza *Felino* compie infatti un passo in avanti, indicando tra gli elementi utili per valutare il carattere potenzialmente ingannevole di una etichetta, la durata dell'uso della denominazione in essa riportata, all'interno del mercato di riferimento, ciò che costituisce, nel ragionamento della Corte, un elemento oggettivo tale da modificare le aspettative del consumatore ragionevole.

Daniele Pisanello*

¹⁶ Sentenza della Corte di giustizia del 10 settembre 2009 in causa n. C-446/07, *Severi*, in *Raccolta*, 2009, I, p. 8041. Su tale sentenza cfr. F. CAPELLI, *La giurisprudenza della Corte di giustizia in materia di qualità dei prodotti alimentari*, in questa *Rivista*, 2010, p. 339 ss., spec. p. 345.

* Avvocato consulente in Legislazione Alimentare - Foro di Lecce e Bologna.

ATTI DELLE ISTITUZIONI EUROPEE

CONSIGLIO EUROPEO

Conclusioni della Presidenza del Consiglio europeo, 16 settembre 2010*

Il Consiglio europeo ha discusso su come imprimere nuovo slancio alle relazioni esterne dell'Unione, avvalendosi appieno delle opportunità offerte dal trattato di Lisbona. Ha convenuto della necessità che l'Europa promuova i suoi interessi e i suoi valori in maniera più assertiva e in uno spirito di reciprocità e mutuo vantaggio. In primo luogo, ha stabilito orientamenti generali in vista di alcuni importanti eventi che si svolgeranno nelle settimane e nei mesi a venire. Ha altresì deciso una serie di misure concrete intese ad accrescere più in generale l'efficacia della politica esterna dell'Unione. Il Consiglio europeo ha passato in rassegna i progressi compiuti nell'ambito della task force sulla governance economica.

I. Relazioni con i partner strategici

Un mondo che cambia: una sfida per l'UE

1. In un mondo in rapida evoluzione, l'Europa è confrontata a numerose sfide che richiedono tutte una risposta internazionale concertata. La recente crisi economica e finanziaria ha dimostrato in modo drammatico in quale misura il benessere, la sicurezza e la qualità di vita degli europei dipendano da sviluppi esterni. L'emergere di nuovi attori, con la propria visione del mondo e i propri interessi, rappresenta inoltre un importante elemento nuovo nel contesto internazionale.

2. L'Unione europea deve essere un attore globale efficace, pronto a condividere la responsabilità della sicurezza globale e ad assumere un ruolo guida nella defini-

* Il testo integrale delle Conclusioni del Consiglio europeo, sopra riportato, è reperibile sul sito internet <http://www.european-council.europa.eu/council-meetings/conclusions.aspx?lang=it> (n.d.r.).

zione di risposte congiunte alle sfide comuni. Un'economia forte e la coesione interna rafforzeranno la capacità dell'Unione di proiettare la sua influenza a livello mondiale. L'Unione potrà basarsi sulla sua fiducia profondamente radicata nel multilateralismo efficace, in particolare nel ruolo dell'ONU, nei valori universali e in un'economia mondiale aperta nonché sulla sua gamma unica di strumenti. Essa rimane il principale donatore ai paesi che necessitano di aiuto, è la prima potenza commerciale del mondo e ha sviluppato una politica di sicurezza e di difesa comune sostenuta da strumenti per la gestione delle crisi che andrebbero ulteriormente rafforzati. Svolge altresì un importante ruolo stabilizzatore nei paesi limitrofi. L'Unione ha garantito la stabilità nei Balcani occidentali, in particolare attraverso la prospettiva europea offerta a tale regione; il Consiglio europeo ritornerà su tale argomento in una delle prossime riunioni.

3. Conformemente al trattato di Lisbona e in sintonia con la strategia europea in materia di sicurezza, l'Unione europea e i suoi Stati membri agiranno in maniera più strategica, di modo che il peso reale dell'Europa possa esplicitarsi a livello internazionale. Ciò richiede una chiara individuazione dei suoi interessi ed obiettivi strategici in qualsiasi momento e una riflessione mirata sugli strumenti per perseguirli in maniera più assertiva. Il Consiglio europeo invita a migliorare le sinergie tra il livello dell'Unione europea e quello nazionale, conformemente alle disposizioni dei trattati, a rafforzare il coordinamento tra gli attori istituzionali, ad integrare meglio tutti gli strumenti e le politiche pertinenti e ad utilizzare più efficacemente le riunioni al vertice con i paesi terzi, come indicato più in dettaglio nell'allegato I.

4. I partenariati strategici dell'Unione europea con attori cruciali a livello mondiale offrono un utile strumento per perseguire gli obiettivi e gli interessi europei. L'esito sarà positivo solo se tali partenariati tratteranno percorsi a due sensi, basati sui reciproci interessi e vantaggi e sul riconoscimento del fatto che tutti gli attori hanno diritti ma anche doveri. La piena partecipazione delle economie emergenti al sistema internazionale dovrebbe consentire la diffusione equilibrata dei relativi benefici e l'equa ripartizione delle relative responsabilità. In tale contesto, rafforzare gli scambi con i *partner* strategici rappresenta un obiettivo cruciale, che contribuisce alla ripresa economica e alla creazione di posti di lavoro. Dobbiamo intraprendere iniziative concrete per garantire accordi di libero scambio ambiziosi, assicurare un maggiore accesso al mercato per le imprese europee e approfondire la cooperazione normativa con i principali *partner* commerciali.

Orientamenti per i prossimi eventi (Omissis)

II. Task force sulla governance economica

10. Sulla scorta di una relazione interinale elaborata dal presidente della *task force* sulla *governance* economica, il Consiglio europeo si compiace degli importanti progressi compiuti, in particolare per quanto riguarda il semestre europeo, lo sviluppo di un nuovo quadro di sorveglianza macroeconomica destinato a controllare e a correggere tempestivamente le divergenze e gli squilibri insostenibili in materia di competitività, e il rafforzamento dei quadri di bilancio nazionali.

11. Il Consiglio europeo sottolinea la necessità di mantenere lo slancio sulla ri-

forma della *governance* economica europea e attende con interesse di ricevere per la riunione dell'ottobre 2010 la relazione finale della *task force*, che contempli tutti gli aspetti del mandato conferito dal Consiglio europeo del marzo 2010 e contenga un pacchetto globale di misure destinate a orientare l'attività legislativa.

ALLEGATO I

Accordi interni per migliorare la politica esterna dell'Unione europea

(Omissis)

ALLEGATO II

Dichiarazione sul Pakistan

(Omissis)

ALLEGATO III

Dichiarazione sul processo di pace in Medio Oriente

(Omissis)

Conclusioni della Presidenza del Consiglio europeo, 28-29 ottobre 2010**

Per affrontare le sfide emerse in seguito alla recente crisi finanziaria è necessario un cambiamento fondamentale della governance economica europea. A questo scopo il Consiglio europeo ha approvato la relazione della task force sulla governance economica, la cui attuazione costituirà un importante passo avanti sulla via di un rafforzamento del pilastro economico dell'UEM: essa rafforzerà la disciplina di bilancio, amplierà la sorveglianza economica ed approfondirà il coordinamento. La relazione stabilisce inoltre i principi guida per un quadro solido per la gestione delle crisi ed istituzioni più forti. Il Consiglio europeo ha convenuto il percorso futuro per il seguito da riservare alla task force. Sulla scorta delle discussioni svoltesi il 16 settembre 2010, il Consiglio europeo ha inoltre proceduto ad uno scambio di opinioni in preparazione del vertice del G20 di Seoul e della conferenza di Cancún sui cambiamenti climatici, nonché dei vertici con gli Stati Uniti, la Russia, l'Ucraina, l'India e l'Africa.

I. Task force sulla governance economica

1. Il Consiglio europeo approva la relazione della *task force* sulla *governance* economica, la cui attuazione ci consentirà di rafforzare la disciplina di bilancio, ampliare la sorveglianza economica, approfondire il coordinamento, nonché costituire un quadro solido per la gestione delle crisi e disporre di istituzioni più forti. Il Consiglio europeo chiede un approccio da "corsia preferenziale" da seguire per l'adozione di disposizioni di diritto derivato necessarie per l'attuazione di molte delle raccomandazioni. L'obiettivo del Consiglio e del Parlamento europeo è giungere ad un accordo sulle proposte legislative della Commissione entro l'estate 2011, rilevando che la relazione della *task force* non copre tutte le questioni trattate in queste proposte e viceversa. In tal modo sarà garantita l'applicazione efficace dei nuovi meccanismi di sorveglianza quanto prima. Ne conseguirà un rafforzamento sostanziale del pilastro economico dell'UEM che aumenterà la fiducia e contribuirà quindi alla crescita sostenibile, all'occupazione e alla competitività.

Il Consiglio europeo invita il Consiglio ad accelerare i lavori su come tener conto dell'impatto della riforma dei regimi pensionistici nell'attuazione del patto di stabilità e crescita e a riferirne al Consiglio europeo di dicembre. Riconoscendo l'importanza delle riforme pensionistiche sistemiche, occorre assicurare condizioni di parità all'interno del patto di stabilità e crescita.

** Il testo integrale delle Conclusioni del Consiglio europeo, sopra riportato, è reperibile sul sito internet <http://www.european-council.europa.eu/council-meetings/conclusions.aspx?lang=it> (n.d.r.).

2. In seguito alla relazione della *task force* e al fine di assicurare una crescita equilibrata e sostenibile, i Capi di Stato o di Governo convengono sulla necessità che gli Stati membri istituiscano un meccanismo permanente di gestione delle crisi per salvaguardare la stabilità finanziaria della zona euro nel suo insieme e invitano il presidente del Consiglio europeo ad avviare consultazioni con i membri del Consiglio europeo su una modifica limitata del trattato necessaria a tal fine, senza modificare l'art. 125 del TFUE (clausola «no bail-out» - principio del "non salvataggio finanziario").

Il Consiglio europeo accoglie con favore l'intenzione della Commissione di intraprendere, in stretta consultazione con il presidente del Consiglio europeo, lavori preparatori sulle caratteristiche generali di un nuovo meccanismo futuro, tra l'altro il ruolo del settore privato, il ruolo dell'FMI e la rigorosissima condizionalità che dovrebbe caratterizzare il funzionamento dei programmi.

Il Consiglio europeo tornerà sull'argomento nella riunione di dicembre al fine di adottare la decisione definitiva, in ordine sia alla definizione di un meccanismo di gestione delle crisi sia a una modifica limitata del trattato, cosicché eventuali modifiche possano essere ratificate entro la metà del 2013 al più tardi.

Il presidente del Consiglio europeo intende esaminare successivamente, in consultazione con gli Stati membri, la questione del diritto dei membri della zona euro a partecipare all'adozione di decisioni nell'ambito di procedure relative all'UEM in caso di minaccia permanente alla stabilità della zona euro nel suo insieme.

3. I Capi di Stato o di Governo hanno sottolineato che, contemporaneamente al rafforzamento della disciplina di bilancio nell'Unione europea, è essenziale che il bilancio dell'Unione europea e il prossimo quadro finanziario pluriennale riflettano gli sforzi di risanamento dei conti pubblici attualmente compiuti dagli Stati membri per condurre il disavanzo e il debito su una via più sostenibile. Nel rispetto del ruolo delle diverse istituzioni e tenendo conto dell'esigenza di realizzare gli obiettivi dell'Europa, il Consiglio europeo discuterà nella prossima riunione come assicurare che la spesa a livello europeo dia un contributo adeguato a questi lavori.

II. Vertice del G20 di Seoul

4. Il mondo sta uscendo dalla crisi economica. Resta tuttavia una serie di questioni che impone un'attenzione costante a livello globale in ordine, tra l'altro, ai rischi per la sostenibilità finanziaria, al risanamento incompleto del settore finanziario, all'alto tasso di disoccupazione, alla volatilità dei prezzi delle materie prime sui mercati mondiali e alla ricomparsa di squilibri macroeconomici globali. Il Consiglio europeo ha confermato gli orientamenti concordati dal Consiglio e ha discusso le priorità che i rappresentanti dell'UE e gli Stati membri del G20 appartenenti all'UE promuoveranno al vertice di Seoul. Tale vertice deve inviare un segnale ambizioso per l'attuazione pratica e tempestiva delle misure concordate nel quadro per una crescita forte, sostenibile ed equilibrata, segnatamente per quanto attiene ai piani di risanamento di bilancio, alla riforma della regolamentazione finanziaria, alla coesione sociale, alla creazione di posti di lavoro e alla necessità di ulteriori riforme strutturali. Richiede altresì particolare attenzione il riequilibrio della crescita mondiale. L'Unione europea attende con interesse la conferma da parte del vertice del G20 dell'accordo di Basilea, che costituisce un passo importante sulla via del rafforzamento della

stabilità finanziaria mondiale. L'Unione europea fa presente che occorre continuare a tenere aperti i mercati, imprimere slancio ai negoziati di Doha e adottare un'agenda per lo sviluppo orientata alla crescita. Sottolinea che è necessario evitare qualsiasi tipo di misura protezionistica come pure intraprendere la via dei movimenti dei tassi di cambio nell'intento di ottenere vantaggi concorrenziali a breve termine.

5. L'accordo raggiunto nella riunione ministeriale del G20 del 23 ottobre 2010 sulla riforma del Fondo monetario internazionale contribuirà a rendere l'FMI più efficace, credibile e legittimato e permetterà a quest'ultimo di svolgere il suo ruolo di sostegno del funzionamento del sistema monetario e finanziario internazionale. Le riforme delle quote come pure di una *governance* più ampia dovrebbero essere affrontate in una volta, come un pacchetto unico e globale e secondo lo stesso calendario.

6. Occorre approfondire i lavori in materia di prelievi e tasse a carico degli istituti finanziari a livello sia internazionale sia interno. In linea con la relazione del Consiglio, è necessario un maggiore coordinamento tra i diversi regimi di prelievi in vigore al fine di evitare la doppia imposizione. Il Consiglio è invitato a riferire al Consiglio europeo nel dicembre 2010. Occorre inoltre esaminare le varie opzioni relative alla tassazione del settore finanziario nonché le buone prassi intese a impedire i paradisi fiscali e l'evasione fiscale.

III. Conferenza di Cancún sui cambiamenti climatici (*Omissis*)

IV. Vertici con Paesi terzi (*Omissis*)

A margine del Consiglio europeo si è tenuto un vertice sociale, incentrato sulla governance economica in seguito alla relazione finale della task force, alla luce delle conclusioni adottate dal Consiglio (EPSCO) il 21 ottobre 2010.

Conclusioni della Presidenza del Consiglio europeo, 16-17 dicembre 2010***

Nel corso della crisi abbiamo adottato misure decisive per preservare la stabilità finanziaria e promuovere il ritorno a una crescita sostenibile. Continueremo ad agire in questa direzione e l'UE e la zona euro usciranno dalla crisi rafforzate.

Le prospettive di crescita si stanno consolidando e i fondamentali dell'economia europea sono solidi. Gli strumenti temporanei di stabilità istituiti all'inizio dell'anno hanno dato prova della loro utilità ma la crisi ha dimostrato che non vi è spazio per l'autocompiacimento. Per questo motivo abbiamo concordato oggi il testo di una modifica limitata del trattato relativa all'istituzione di un futuro meccanismo permanente per salvaguardare la stabilità finanziaria dell'intera zona euro. Tale modifica dovrebbe entrare in vigore il 1° gennaio 2013. Abbiamo altresì ribadito il nostro impegno a raggiungere un accordo sulle proposte legislative in materia di governance economica entro il giugno 2011, con l'obiettivo di rafforzare il pilastro economico dell'Unione economica e monetaria e di proseguire l'attuazione della strategia Europa 2020.

I. Politica economica

1. Il Consiglio europeo ha accolto con favore la relazione presentata dal suo presidente a seguito delle conclusioni del 28 e 29 ottobre 2010. Ha convenuto sulla necessità di modificare il trattato per permettere agli Stati membri della zona euro di istituire un meccanismo permanente volto a salvaguardare la stabilità finanziaria dell'intera zona euro (meccanismo europeo di stabilità). Tale meccanismo sostituirà il fondo europeo di stabilità finanziaria (FESF) e il meccanismo europeo di stabilizzazione finanziaria, che resteranno in vigore fino al giugno 2013. Poiché detto meccanismo è destinato a salvaguardare la stabilità finanziaria dell'intera zona euro, il Consiglio europeo ha convenuto che l'art. 122, par. 2 del TFUE non sarà più necessario a tale scopo. I capi di Stato o di governo hanno pertanto convenuto che non debba essere usato per tali fini.

2. Il Consiglio europeo ha approvato il testo del progetto di decisione che modifica il TFUE, figurante nell'allegato I. Ha deciso di avviare immediatamente la procedura semplificata di revisione di cui all'art. 48, par. 6 del TUE. La consultazione delle istituzioni interessate dovrebbe concludersi in tempo per consentire l'adozione formale della decisione nel marzo 2011, il completamento delle procedure nazionali di approvazione entro la fine del 2012 e l'entrata in vigore il 1° gennaio 2013.

3. Il Consiglio europeo ha inoltre invitato i ministri delle finanze della zona euro

*** Il testo integrale delle Conclusioni del Consiglio europeo, sopra riportato, è reperibile sul sito internet <http://www.european-council.europa.eu/council-meetings/conclusions.aspx?lang=it> (n.d.r.).

e la Commissione a ultimare i lavori sull'accordo intergovernativo che istituisce il futuro meccanismo entro il marzo 2011, integrandovi le caratteristiche generali contenute nella dichiarazione dell'Eurogruppo del 28 novembre 2010, approvata dal Consiglio europeo (allegato II). Il meccanismo sarà attivato con il comune accordo degli Stati membri della zona euro in caso di rischio per la stabilità dell'intera zona euro.

4. Gli Stati membri la cui moneta non è l'euro saranno associati ai lavori, se lo desiderano. Possono decidere di partecipare caso per caso alle operazioni condotte secondo il meccanismo.

5. Il Consiglio europeo ha chiesto di accelerare i lavori sulle sei proposte legislative in materia di *governance* economica, partendo dalle raccomandazioni della *task force* approvate lo scorso ottobre e mantenendo un alto livello di ambizione, affinché possano essere adottate entro il giugno 2011. Ha accolto con favore la relazione del Consiglio sul trattamento della riforma sistemica delle pensioni nel quadro del patto di stabilità e crescita (PSC) e ha chiesto che la relazione si rispecchi nelle specifiche sull'attuazione del PSC riformato.

6. Nel ricordare le conclusioni dell'ottobre 2010, il Consiglio europeo ha dichiarato di attendere con interesse le proposte che la Commissione ha intenzione di presentare entro il giugno 2011 sul nuovo quadro finanziario pluriennale e ha invitato le istituzioni a collaborare per agevolarne l'adozione in tempo utile.

7. La nuova strategia Europa 2020 per la crescita e l'occupazione continuerà a guidare l'Unione e gli Stati membri nel rispondere alla crisi e promuovere la realizzazione di riforme strutturali. Il Consiglio europeo ha accolto con favore i progressi conseguiti dopo il varo della strategia, indicati nella relazione presentata dalla presidenza.

8. Il Consiglio europeo ha accolto con soddisfazione la dichiarazione dei capi di Stato o di governo della zona euro e delle istituzioni dell'UE (allegato III).

II. Altre questioni (*Omissis*)

ALLEGATO I

**Progetto di decisione del consiglio europeo del ...
che modifica l'art. 136 del trattato sul funzionamento dell'Unione europea relativamente a un
meccanismo di stabilità per gli Stati membri la cui moneta è l'euro**

(*Omissis*)

ALLEGATO II

**Caratteristiche generali del futuro meccanismo
Dichiarazione dell'eurogruppo del 28 novembre 2010**

(*Omissis*)

ALLEGATO III

Dichiarazione dei Capi di Stato o di Governo della zona euro e delle istituzioni dell'UE

(*Omissis*)

DOCUMENTAZIONE

IL CONTROLLO GIURISDIZIONALE DELLA CORTE DI GIUSTIZIA SULLA LEGITTIMITÀ DEI COMPORTAMENTI OMISSIVI DELLE ISTITUZIONI NEL TRATTATO DI LISBONA

Trattato sul funzionamento dell'Unione europea (versione consolidata)

PARTE SESTA DISPOSIZIONI ISTITUZIONALI E FINANZIARIE

TITOLO I DISPOSIZIONI ISTITUZIONALI

CAPO 1 LE ISTITUZIONI

(Omissis)

SEZIONE 5 LA CORTE DI GIUSTIZIA DELL'UNIONE EUROPEA

(Omissis)

*Articolo 265 (ex articolo 232 del TCE)**

Qualora, in violazione dei trattati, il Parlamento europeo, il Consiglio europeo, il Consiglio, la Commissione o la Banca centrale europea si astengano dal pronun-

* La versione consolidata del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea è pubblicata in *Gu-Ue* n. C 83 del 30 marzo 2010, p. 47 ss. Il testo integrale è reperibile sul sito internet <http://eur-lex.europa.eu/it/treaties/index.htm> (*n.d.r.*). In argomento v. *infra*, p. 773 ss., il commento di *WILMA VISCARDINI*.

ciarsi, gli Stati membri e le altre istituzioni dell'Unione possono adire la Corte di giustizia dell'Unione europea per far constatare tale violazione. Il presente articolo si applica, alle stesse condizioni, agli organi e organismi dell'Unione che si astengano dal pronunciarsi.

Il ricorso è ricevibile soltanto quando l'istituzione, l'organo o l'organismo in causa siano stati preventivamente richiesti di agire. Se, allo scadere di un termine di due mesi da tale richiesta, l'istituzione, l'organo o l'organismo non hanno preso posizione, il ricorso può essere proposto entro un nuovo termine di due mesi.

Ogni persona fisica o giuridica può adire la Corte alle condizioni stabilite dai commi precedenti per contestare ad una istituzione, organo o organismo dell'Unione di avere omesso di emanare nei suoi confronti un atto che non sia una raccomandazione o un parere.

(Omissis)

IL RICORSO PER CARENZA E LE NOVITÀ INTRODOTTE DAL TRATTATO DI LISBONA

Sommario: *Premessa - 1. La ratio del ricorso per carenza - 2. Le omissioni censurabili con il ricorso per carenza - 3. I soggetti passivi del ricorso per carenza - 4. I soggetti attivi del ricorso per carenza - 5. La procedura amministrativa precontenziosa - 6. La competenza a conoscere del ricorso per carenza - 7. Natura e conseguenze della pronuncia giudiziaria a seguito di un ricorso per carenza.*

Premessa

L'art. 265 TFUE, che prevede e disciplina il ricorso per carenza, presenta poche novità rispetto all'art. 232 TCE.

Le differenze riguardano le violazioni che possono essere censurate, nonché il novero dei soggetti attivi e passivi.

Resta perciò valida la giurisprudenza della Corte di giustizia dell'Unione europea e/o del Tribunale di primo grado concernente l'interpretazione dell'art. 232 TCE, giurisprudenza che, per chiarezza e completezza di esposizione, si ritiene opportuno richiamare nei suoi principi più rilevanti.

1. La *ratio* del ricorso per carenza

Il mezzo di ricorso previsto dall'art. 265 TFUE è basato sul principio che l'illegittima inerzia delle istituzioni (nonché degli organi e degli organismi) dell'Unione europea consente alle altre istituzioni ed agli Stati membri come pure, a determinate condizioni, ai privati di adire la Corte di giustizia dell'Unione europea affinché questa dichiari che il comportamento omissivo censurato è in contrasto con il diritto dell'Unione.

L'art. 265 TFUE mantiene quindi il controllo giurisdizionale (già previsto dall'art. 175 TCEE, divenuto art. 232 TCE) sulla legittimità dei comportamenti omissivi delle istituzioni (cui si aggiungono quelli degli organi e degli organismi).

Con la possibilità di ricorrere alla Corte di giustizia dell'Unione europea per far constatare un'omissione illegittima delle istituzioni, degli organi e degli organismi dell'Unione si vuol garantire il rispetto, da parte delle istituzioni (nonché degli organi e degli organismi), dei doveri che essi hanno in corrispondenza dei poteri ad essi attribuiti. Ciò è particolarmente importante a fronte delle competenze esclusive dell'Unione in quanto, ove questa non le esercitasse, dato che gli Stati membri non possono più agire nei settori attribuiti in via esclusiva all'Unione, si creerebbe un vuoto giuridico. Ma non meno importante è che l'Unione eserciti le competenze che le sono state attribuite anche solo in via sussidiaria quando determinati obiettivi non possano essere conseguiti in misura sufficiente dagli Stati membri.

Il ricorso per carenza nei confronti delle istituzioni, degli organi e degli organismi che hanno il compito di agire per realizzare gli obiettivi stabiliti dai trattati è quindi essenziale per garantire il pieno rispetto della legalità da parte dell'Unione.

Il ricorso per carenza è complementare rispetto a quello di annullamento previsto dall'art. 263 TFUE, nel senso che entrambi i ricorsi riguardano la legittimità dei comportamenti delle istituzioni (o degli organi e degli organismi dell'Unione)¹.

Infatti, il ricorso di annullamento è volto a censurare comportamenti illegittimi positivi, mentre il ricorso per carenza è volto a censurare comportamenti illegittimi omissivi.

In un ordinamento di diritto, qual è quello dell'Unione europea, in cui le istituzioni possono e, in taluni casi, debbono adottare atti che hanno forza vincolante non solo per gli Stati membri, ma anche per i loro cittadini, non può infatti mancare il controllo giurisdizionale sulle decisioni (in senso lato) che dette istituzioni prendono o non prendono.

Con il ricorso di annullamento si mira a far annullare un provvedimento già adottato, ma affetto, a giudizio del ricorrente, da vizi di illegittimità. Con il ricorso per carenza si mira invece ad ottenere un provvedimento che, a giudizio del ricorrente, avrebbe dovuto essere adottato.

L'illegittimità che giustifica il ricorso previsto dall'art. 263 TFUE non riguarda l'atto in sé, ma i suoi eventuali vizi. L'illegittimità che giustifica il ricorso ex art. 265 TFUE riguarda l'atto in quanto non adottato, indipendentemente dai vizi di cui avrebbe potuto essere affetto se adottato.

2. Le omissioni censurabili con il ricorso per carenza

Mentre l'art. 232 TCE così iniziava: «Qualora, in violazione del presente trattato (...)», l'art. 265 TFUE così recita: «Qualora, in violazione dei trattati

¹ Sulle caratteristiche del ricorso di annullamento ai sensi dell'art. 263 TFUE, vedasi G. DONÀ, *Il ricorso di annullamento e le novità introdotte dal Trattato di Lisbona*, in questa *Rivista*, 2010, p. 567.

(...)). Il che significa che, secondo l'art. 265 TFUE, le violazioni possono riguardare non solo il TFUE, ma anche il TUE, compresa la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea² cui l'art. 6 TUE attribuisce «lo stesso valore giuridico dei trattati».

La violazione non deve peraltro riguardare i Trattati in senso stretto, ma tutte le norme derivate contenute, in quanto tali, negli atti che le istituzioni, gli organi o gli organismi adottano in applicazione dei Trattati. Perché il ricorso per carenza sia esperibile non basta che l'istituzione, l'organo o l'organismo cui si imputa l'inerzia non si siano pronunciati, ma occorre che essi avessero l'obbligo giuridico (previsto dai Trattati o da un atto di un'istituzione) di pronunciarsi. La sussistenza di un tale obbligo va valutata al momento in cui viene presentata la richiesta di agire³.

In vigore del Trattato istitutivo della Comunità economica europea il Tribunale di primo grado e la Corte di giustizia hanno avuto modo, per esempio, di escludere la carenza della Commissione europea per non aver messo in atto la procedura d'infrazione nei confronti degli Stati membri⁴, perché, secondo i giudici, la Commissione non ha l'obbligo di esperire una simile procedura in quanto dispone, in materia, di un potere discrezionale⁵.

La giurisprudenza ha altresì affermato che il fatto imputato alla Commissione di aver omesso di far uso del suo potere di vigilanza sul rispetto delle regole di concorrenza da parte di imprese pubbliche (conferite dall'allora art. 90, par. 3, TCEE, divenuto art. 86, par. 3, TCE ed ora art. 106, par. 3, TFUE) non era contrario al Trattato e quindi non poteva essere oggetto di un ricorso per carenza. Il Tribunale di primo grado ha, in effetti, constatato che la Commissione dispone in materia di un potere discrezionale ed è perciò escluso che essa sia tenuta ad adottare le direttive o le decisioni che tale potere di vigilanza comporta⁶.

Lo stesso Tribunale ha inoltre affermato che anche il potere di controllo sugli aiuti di Stato di cui disponeva la Commissione in base all'art. 93, par. 3,

² *Gu-We* n. C 303 del 1° dicembre 2007.

³ Cfr., *infra*, par. 4.

⁴ Ai sensi dell'art. 169 TCEE, divenuto art. 226 TCE ed ora art. 258 TFUE.

⁵ Sentenza della Corte di giustizia del 14 febbraio 1989 in causa n. 247/87, *Star Fruit Company SA c. Commissione*, in *Raccolta*, 1989, p. 291; ordinanze del Tribunale di primo grado del 4 luglio 1994 in causa n. T-13/94, *Century Oils Hellas AE c. Commissione*, in *Raccolta*, 1994, II, p. 431; del 29 novembre 1994 in cause riunite n. T-479/93 e n. T-559/93, *Giorgio Bernardi c. Commissione*, in *Raccolta*, 1994, II, p. 1115; del 13 novembre 1995 in causa n. T-126/95, *Dumez c. Commissione*, in *Raccolta*, 1995, II, p. 2863; del 12 novembre 1996 in causa n. T-47/96, *Syndicat Départemental de défense du droit des agriculteurs c. Commissione*, in *Raccolta*, 1996, II, p. 1559; del 19 febbraio 1997 in causa n. T-117/96, *Intertronic F. Cornelis GmbH c. Commissione*, in *Raccolta*, 1997, II, p. 141; del 3 luglio 1997 in causa n. T-201/96, *Smanorsa e a. c. Commissione*, in *Raccolta*, 1997, II, p. 1081.

⁶ Sentenza del Tribunale di primo grado del 27 ottobre 1994 in causa n. T-32/93, *Ladbroke Racing Limited c. Commissione*, in *Raccolta*, 1994, II, p. 1015.

TCEE (divenuto art. 86, par. 3, TCE ed ora art. 108 TFUE) è un potere discrezionale che non obbliga la Commissione ad agire, così che un ricorso per carenza è inammissibile⁷.

Parimenti, la semplice opportunità di una pronuncia non può essere invocata per lamentare l'inerzia delle istituzioni, o degli organi o degli organismi dell'Unione in quanto l'art. 265 TFUE prevede espressamente che l'astensione da una pronuncia deve avvenire «in violazione dei trattati», quindi in violazione di un obbligo.

A maggior ragione, non possono essere oggetto di un ricorso per carenza comportamenti omissivi delle istituzioni, degli organi e degli organismi se ad essi non compete non solo il dovere, ma neppure il potere di prendere qualsivoglia decisione nel settore considerato.

L'art. 265 TFUE (come del resto i precedenti artt. 175 TCEE e 232 TCE) differenzia i comportamenti omissivi censurabili a seconda che il ricorso venga esperito dagli Stati membri e dalle istituzioni UE da una parte (definiti «soggetti privilegiati») o da soggetti privati dall'altra.

Per quanto riguarda le carenze che possono essere lamentate dalle istituzioni o dagli Stati membri, esse vengono genericamente individuate nel fatto che le istituzioni (gli organi o gli organismi) «si astengano dal pronunciarsi in violazione dei trattati». Viene così lasciato aperto il campo a qualsiasi tipo di carenza, purché riconducibile ad una violazione di un preciso obbligo giuridico.

La carenza non deve perciò, in questo caso, riguardare necessariamente la mancata adozione di un atto avente effetti vincolanti, a sensi dell'art. 288 TFUE, come i regolamenti, le direttive e le decisioni, ma anche di semplici pareri o raccomandazioni o di qualsiasi altra pronuncia che l'istituzione (organo od organismo) chiamata in causa fosse tenuta ad emanare.

Basti pensare agli atti preparatori di un atto destinato ad avere effetti vincolanti. Gli atti preparatori, proprio perché tali, non hanno effetti definitivi e quindi non possono avere effetti vincolanti. Pur tuttavia è esperibile un ricorso per carenza nei confronti dell'istituzione (organo od organismo) cui competono gli atti preparatori al fine di far «cessare la paralisi dei congegni decisionali»⁸.

In quest'ottica la Corte di giustizia ha ritenuto ammissibile un ricorso per carenza da parte del Parlamento europeo contro il Consiglio per l'omissione, da parte di quest'ultimo, della presentazione del progetto di bilancio previsto dall'art. 203, par. 3, ultimo comma, TCEE⁹.

Alla luce di tale giurisprudenza sarebbe senz'altro ammissibile un ricorso per carenza anche nell'ambito dell'art. 314 TFUE che prevede che,

⁷ Sentenza del Tribunale di primo grado del 22 maggio 1996 in causa n. T-277/94, *Associazione Italiana Tecnico Economica del Cemento (AITEC) c. Commissione*, in *Raccolta*, 1996, II, p. 351.

⁸ Sentenza della Corte di giustizia del 27 settembre 1988 in causa n. 302/87, *Parlamento c. Consiglio*, in *Raccolta*, 1988, p. 5615.

⁹ *Ibidem*.

entro il 1° ottobre dell'anno che precede quello dell'esecuzione del bilancio, il Consiglio adotti la sua posizione sul progetto di bilancio elaborato dalla Commissione e lo comunichi al Parlamento.

A maggior ragione sarebbe esperibile un ricorso per carenza contro la Commissione se, entro la data ad essa impartita (il 1° settembre), non sottoponesse il progetto di bilancio al Parlamento e al Consiglio.

Più delicata è comunque la questione di sapere se sia sempre possibile un ricorso per carenza nei confronti della Commissione quando questa ometta di formulare una proposta dato che, nella maggior parte dei casi, il Parlamento europeo e il Consiglio non possono deliberare senza una proposta della Commissione.

Non sembra però che l'inerzia della Commissione nel fare una proposta possa essere censurata con un ricorso per carenza perché verrebbe così inficiato il potere di iniziativa che le spetta.

A meno che la Commissione non sia tenuta a fare una proposta in base al Trattato o ad altri atti giuridici (come appunto nel caso della procedura prevista per l'approvazione del bilancio annuale dell'Unione).

Una possibilità per smuovere l'inerzia della Commissione è data da quanto previsto dall'art. 241 TFUE e cioè che il Consiglio, deliberando a maggioranza semplice, chieda alla Commissione di sottoporgli una proposta. Se la Commissione non presenta una proposta deve comunicarne le motivazioni al Consiglio.

Analogamente, l'art. 225 TFUE prevede la possibilità per il Parlamento europeo, a maggioranza dei membri che lo compongono, di chiedere alla Commissione di presentare adeguate proposte sulle questioni per le quali reputa necessario un atto dell'Unione. Se la Commissione non presenta una proposta è tenuta a comunicarne al Parlamento le motivazioni.

In tali casi, ove la Commissione non presentasse una proposta e non comunicasse le motivazioni della sua decisione di non presentare una proposta, è ipotizzabile un ricorso per carenza (nel presupposto, ovviamente, che il Consiglio o il Parlamento abbia anche stabilito una data entro la quale la Commissione dovrebbe presentare le sue proposte).

Resta poi da vedere se la decisione motivata della Commissione di non presentare una proposta potrebbe costituire oggetto di un ricorso di annullamento.

Da ultimo, va segnalata la possibilità introdotta dall'art. 11 TUE che gli stessi cittadini dell'Unione possano prendere l'iniziativa di invitare la Commissione a presentare una proposta appropriata su materie in merito alle quali essi ritengano necessario un atto giuridico dell'Unione.

La possibilità di un ricorso per carenza contro l'inerzia della Commissione dipenderà dalle condizioni previste dalle disposizioni che saranno adottate

in applicazione dell'art. 24 TFUE¹⁰.

In dottrina, la questione dell'eventuale inerzia della Commissione nell'elaborare le sue proposte era stata fortemente dibattuta in vigore dell'art. 208 TCE. Una parte della dottrina aveva individuato la possibilità di un ricorso per carenza contro la Commissione nell'ipotesi in cui la mancata proposta della Commissione dovesse paralizzare l'azione del Consiglio nell'espletamento di una funzione normativa prevista come necessaria dal TCE per l'attuazione di uno degli scopi della Comunità.

La questione sembra però superata dall'obbligo per la Commissione di far conoscere al Consiglio i motivi della sua decisione di non presentare una proposta, obbligo attualmente previsto, come rilevato sopra, dall'art. 241 TFUE e non previsto, invece, dall'art. 208 TCE.

In definitiva, si può concludere che un ricorso per carenza da parte delle istituzioni e degli Stati membri è ammissibile contro qualsiasi tipo di omissione da parte di un'istituzione, di un organo o di un organismo, purché l'atto omesso fosse dovuto.

Va in ogni caso precisato che, secondo la Corte, il ricorso per carenza deve riguardare «provvedimenti la cui portata sia sufficientemente precisa perché essi possano essere individuati e dar luogo ad esecuzione ai sensi dell'art. 176 del Trattato»¹¹.

La sentenza da cui è tratta la massima di cui sopra si riferiva agli artt. 175 e 176 TCEE, ma i principi da essa posti valgono anche per gli artt. 265 e 266 TFUE.

In quel caso si trattava di un ricorso del Parlamento europeo contro il Consiglio perché quest'ultimo aveva omesso di adottare una politica comune nel settore dei trasporti come gliene faceva obbligo l'art. 75 TCEE.

La Corte, pur non dichiarando formalmente irricevibile il ricorso, ha tuttavia statuito che «la mancanza di una politica comune la cui instaurazione è prescritta dal trattato non costituisce necessariamente, di per sé, una carenza di contenuto sufficientemente definito per essere impugnabile ai sensi dell'art. 175»¹².

Da ultimo si segnala che, secondo la giurisprudenza della Corte, il ricorso per carenza non può essere esperito per contestare la mancata revoca di un provvedimento già preso e che si assume illegittimo¹³.

¹⁰ Al momento della consegna alla stampa di questo articolo era ancora pendente davanti al Parlamento europeo e al Consiglio una proposta di regolamento, presentata dalla Commissione ai sensi dell'art. 11 TUE e dell'art. 24 TFUE, per disciplinare le condizioni necessarie per tale iniziativa popolare (cfr. proposta di regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio riguardante l'iniziativa dei cittadini, Com(2010)119 def. del 31 marzo 2010).

¹¹ Sentenza della Corte di giustizia del 22 maggio 1985 in causa n. 13/83, *Parlamento c. Consiglio*, in *Raccolta*, 1985, p. 1513.

¹² Causa n. 13/83, *loc. cit.*, p. 53.

¹³ È chiarissima la massima in proposito così redatta: «[i]l trattato prevede, precisamente all'art.

Per quanto riguarda le persone fisiche o giuridiche, ovverosia i privati, l'art. 265 TFUE precisa, invece, che la carenza deve riguardare «un atto che non sia una raccomandazione o un parere». Da tale precisazione si deduce che la carenza, per essere fatta valere da soggetti privati, deve consistere nella mancata adozione di un atto avente effetti vincolanti. Inoltre, un privato non può lamentare la mancata adozione di un atto di portata generale come il regolamento o di un atto destinato agli Stati membri come la direttiva né di un atto a portata individuale ma destinato ad altre persone, in quanto l'art. 265 TFUE precisa che deve trattarsi di un atto che avrebbe dovuto essere emanato «nei suoi confronti».

Si vedrà però, nell'esaminare quali possano essere i soggetti attivi di un ricorso per carenza, che la Corte di giustizia ha in parte attenuato un così rigido criterio ammettendo la ricevibilità di un ricorso per carenza da parte del privato anche quando l'atto, pur non emanato nei suoi confronti, lo avrebbe riguardato direttamente ed individualmente.

Sarebbe più facile identificare le omissioni passibili di un ricorso per carenza se detto ricorso fosse speculare al ricorso di annullamento di cui all'art. 263 TFUE. Tuttavia, il ricorso di annullamento e il ricorso per carenza, pur complementari, non sono speculari e sono anzi connotati da notevoli differenze.

L'art. 263 TFUE prevede, infatti, che il ricorso di annullamento possa esplicarsi unicamente:

- sugli atti legislativi;
- sugli atti del Consiglio, della Commissione e della Banca centrale europea che non siano raccomandazioni o pareri;
- sugli atti del Parlamento europeo, del Consiglio europeo, degli organi e degli organismi dell'Unione destinati a produrre effetti giuridici nei confronti di terzi.

L'art. 265 TFUE, nel prevedere il ricorso per carenza da parte degli Stati membri e delle istituzioni dell'Unione europea, non specifica invece, come già rilevato, quali atti possano essere impugnati per carenza. L'art. 265 TFUE si limita infatti ad enunciare che il ricorso è possibile quando le istituzioni ivi indicate, gli organi o gli organismi «si astengano dal pronunciarsi».

Quindi, mentre per poter impugnare un comportamento positivo deve trattarsi di un atto avente effetti vincolanti o effetti giuridici nei confronti di

173, i mezzi coi quali un atto comunitario ritenuto illegittimo può essere impugnato, ed eventualmente annullato, ad iniziativa di un soggetto debitamente qualificato. L'interessato che abbia chiesto all'istituzione da cui emana l'atto, di revocarlo non può, qualora l'istituzione si astenga dal prendere posizione, deferire tale comportamento alla Corte in quanto illegittima astensione dal prendere una decisione. Un simile procedimento equivarrebbe ad offrire agli interessati un mezzo di ricorso analogo a quelli dell'articolo 173, ma non subordinato ai presupposti stabiliti dal trattato (...)» (cfr. sentenza della Corte di giustizia del 10 dicembre 1969 in cause riunite n. 10 e n. 18/68, *Eridania c. Commissione*, in *Raccolta*, 1969, p. 459); *mutatis mutandis* lo stesso principio è valido per gli artt. 263 e 265 TFUE.

terzi, per censurare un comportamento omissivo non è necessario che l'astensione dell'istituzione, dell'organo o dell'organismo censurati abbia riguardato un atto avente effetti vincolanti o effetti giuridici nei confronti di terzi.

Questo è vero però, come sopra rilevato, solo quando ad esperire il ricorso per carenza siano le istituzioni dell'Unione o gli Stati membri. Quando, invece, siano i privati (persone fisiche o giuridiche) ad agire per carenza, essi possono farlo solo nei confronti di atti che non siano raccomandazioni o pareri e cioè di atti aventi effetti vincolanti.

Ma anche per quanto riguarda i privati, gli artt. 263 e 265 TFUE (come del resto i precedenti artt. 173 e 175 TCEE, divenuti artt. 230 e 232 TCE) sono formulati in maniera diversa. L'art. 263 TFUE apre il ricorso di annullamento ad una persona fisica o giuridica «contro gli atti adottati nei suoi confronti o che la riguardano direttamente e individualmente, e contro gli atti regolamentari che la riguardano direttamente e che non comportano alcuna misura d'esecuzione». Per l'art. 265 TFUE, invece, secondo la formulazione letterale, la carenza potrebbe essere fatta valere solo se l'istituzione (o l'organo o l'organismo) chiamata in causa abbia omissso di adottare un atto nei confronti del ricorrente, quindi di un atto individuale di cui avrebbe dovuto essere destinatario diretto.

Come già detto e come si vedrà meglio in seguito, la giurisprudenza tende tuttavia a dare la stessa portata ai due mezzi di ricorso da parte dei privati, sia per quanto riguarda gli atti impugnabili che le carenze censurabili.

3. I soggetti passivi del ricorso per carenza

L'art. 265, par. 1, TFUE indica contro chi può essere esperito il ricorso per carenza. In base a tale disposizione, soggetti passivi del ricorso possono essere il Parlamento europeo, il Consiglio europeo, il Consiglio, la Commissione e la Banca Centrale europea nonché «gli organi e gli organismi dell'Unione».

L'art. 232 TCE indicava come soggetti il cui comportamento omissivo poteva essere censurato il Parlamento europeo, il Consiglio e la Commissione nonché, in un paragrafo a parte, la Banca centrale europea per i settori di sua competenza. L'art. 265 TFUE menziona, oltre al Parlamento europeo, al Consiglio, alla Commissione e alla Banca centrale europea, anche il Consiglio europeo mettendo tutti sullo stesso piano.

E ciò perché sia il Consiglio europeo che la Banca centrale europea figurano ora tra le istituzioni dell'Unione¹⁴.

L'art. 265 TFUE, a differenza dell'art. 232 TCE, estende inoltre la censura per comportamenti omissivi (prima riservata ai comportamenti delle sole

¹⁴ Art. 13 TUE.

istituzioni) anche agli organi e agli organismi dell'Unione.

Se il Parlamento europeo, il Consiglio europeo, il Consiglio, la Commissione e la Banca centrale europea sono chiaramente identificabili in quanto, a norma dell'art. 13 TUE, istituzioni dell'Unione, non altrettanto può dirsi degli «organi» e degli «organismi». In effetti, né il TUE né il TFUE elencano in modo esplicito gli «organi» e gli «organismi».

Si può ipotizzare che per «organi» il TFUE intenda gli organi consultivi quali il Comitato economico e sociale e il Comitato delle regioni¹⁵.

Tra gli «organismi» potrebbero figurare la Banca europea per gli investimenti¹⁶ e le varie Agenzie come, ad esempio, l'Agenzia europea per la difesa di cui all'art. 42 TUE. Altri organi e organismi potrebbero inoltre essere istituiti con atti delle istituzioni dell'Unione.

4. I soggetti attivi del ricorso per carenza

L'art. 265, par. 1, TFUE indica i soggetti che possono sempre esperire il ricorso per carenza e cioè gli Stati membri e tutte le istituzioni dell'Unione (diverse ovviamente da quella cui viene rimproverata la carenza) in quanto portatori di un interesse generale. Tali soggetti non devono, infatti, avere un interesse specifico a far accertare la carenza di un'istituzione, di un organo o di un organismo, ma è sufficiente che essi lamentino la violazione di un obbligo previsto dal diritto dell'Unione. Occorre solo, come già detto, che tale diritto imponga all'istituzione, all'organo o all'organismo l'obbligo di «pronunciarsi», ovvero sia l'obbligo di adottare un provvedimento atto a disciplinare una determinata materia o semplicemente di prendere posizione in una determinata situazione¹⁷.

In base all'art. 265 TFUE, a differenza che per l'art. 232 TCE, fra i soggetti attivi va annoverato anche il Consiglio europeo perché, come già ricordato, il TUE lo inserisce espressamente nel quadro istituzionale dell'Unione assieme alle altre istituzioni¹⁸.

Lo stesso dicasi per la Banca centrale europea che, facendo ora parte delle istituzioni dell'Unione, non solo può essere soggetto passivo di un ricorso per carenza, ma ha anche diritto di esperire un ricorso per carenza nei confronti delle altre istituzioni anche nei settori che non siano di sua competenza.

L'art. 265 TFUE prevede un diritto di ricorso per carenza anche in capo ai privati (persone fisiche o giuridiche) però entro certi limiti e cioè solo

¹⁵ Art. 300 TFUE.

¹⁶ Art. 308 TFUE.

¹⁷ Cfr., *supra*, par. 1.

¹⁸ Art. 13 TUE.

quando abbiano uno specifico interesse a lamentare l'inerzia delle istituzioni, degli organi o degli organismi dell'Unione e cioè quando l'istituzione, l'organo o l'organismo di cui trattasi abbia omesso di emanare nei loro confronti un atto che non sia una raccomandazione o un parere.

Dal raffronto tra il primo ed il terzo paragrafo dell'art. 265 TFUE appare quindi che un privato non può lamentare l'omessa adozione di un pronunciamento qualunque, ma solo l'omessa adozione di un atto con effetti vincolanti e che avrebbe dovuto essergli destinato.

La Corte di giustizia ha dichiarato irricevibile il ricorso introdotto da un privato per lamentare la mancata adozione di un atto di carattere generale, che – come tale – avrebbe assunto la forma di un regolamento, appunto perché non si trattava di un atto che avrebbe dovuto essere emesso nei suoi confronti¹⁹.

Tuttavia, la Corte ed il Tribunale di primo grado hanno ammesso che «in determinate circostanze anche un atto normativo che si applichi a tutti gli operatori economici interessati può riguardare individualmente taluni di loro» e avere «nei confronti di determinati operatori economici interessati, carattere decisionale»²⁰.

Come già accennato, la giurisprudenza ha dato un'interpretazione meno restrittiva all'espressione di atto emesso «nei suoi confronti» contenuta nell'art. 232 TCE (e ora ripresa nell'art. 265 TFUE). In sede giudiziaria si è in effetti ammesso che un privato possa ricorrere in carenza contro un'istituzione che abbia omesso non solo di emanare un atto di cui avrebbe dovuto essere il destinatario, ma anche un atto che, pur non essendogli destinato, l'avrebbe riguardato direttamente ed individualmente²¹.

La giurisprudenza ha fissato il principio secondo cui – poiché, a norma dell'art. 230 TCE, i privati potevano ricorrere per l'annullamento di un atto delle istituzioni di cui non erano destinatari se questo atto li riguardava direttamente ed individualmente – si doveva ammettere che essi avessero la possibilità di ricorrere per carenza contro un'istituzione che avesse omesso di adottare un atto che li riguardasse direttamente ed individualmente.

Si tratta di una giurisprudenza elaborata sulla base di una risalente sen-

¹⁹ Sentenze della Corte di giustizia del 26 ottobre 1971 in causa n. 15/71, *Mackprang jr. c. Commissione*, in *Raccolta*, 1971, p. 797 e del 15 gennaio 1974 in causa n. 134/73, *Holtz & Willemssen GmbH c. Consiglio*, in *Raccolta*, 1974, p. 1; ordinanza della Corte di giustizia dell'11 luglio 1979 in causa n. 60/79, *Fédération Nationale des producteurs de vins de table et vin de pays c. Commissione*, in *Raccolta*, 1979, p. 2429.

²⁰ Cfr. punto 82 della sentenza del Tribunale di primo grado dell'8 giugno 2000 in cause riunite n. T-79/96, n. T-260/97 e n. T-117/98, *Camar Srl e Tico srl c. Commissione*, in *Raccolta*, 2000, II, p. 2193.

²¹ Sentenza del Tribunale di primo grado del 3 giugno 1999 in causa n. T-17/96, *Télévision française 1 SA (TF1) c. Commissione*, in *Raccolta*, 1999, II, p. 1757; ordinanza del Tribunale di primo grado del 25 giugno 2003 in causa n. T-41/01, *Rafael Pérez Escolar c. Commissione*, in *Raccolta*, 2003, II, p. 2157; sentenze del Tribunale di primo grado del 10 maggio 2006 in causa n. T-395/04, *Air One spa c. Commissione*, in *Raccolta*, 2006, II, p. 1343 e dell'11 luglio 2007 in causa n. T-167/04, *Asklepios Kliniken GmbH c. Commissione*, in *Raccolta*, 2007, II, p. 2379.

tenza della Corte nella quale essa aveva affermato che gli «articoli 173 e 175» TCEE (cui corrispondevano gli artt. 230 e 232 del TCE e ora gli artt. 263 e 265 TFUE) erano «l'espressione di uno stesso rimedio giuridico»²².

Benché gli articoli che prevedono il ricorso di annullamento e il ricorso per carenza non siano speculari, quanto meno nella loro formulazione, i giudici hanno comunque ritenuto di poter interpretare in modo uniforme i diritti di ricorso conferiti ai singoli.

D'altro lato, l'espressione «nei suoi confronti», ove interpretata letteralmente, contrasterebbe con la parte della disposizione che precisa che l'omissione deve riguardare «un atto che non sia una raccomandazione o un parere». Se gli autori dell'art. 265 TFUE avessero davvero voluto circoscrivere la possibilità per i singoli di ricorrere in carenza solo per l'omissione di atti di cui avrebbero dovuto essere i destinatari, avrebbero parlato chiaramente di «decisioni», che sono gli unici atti che possono avere come destinatari un privato e non solo gli Stati membri²³.

Un'interpretazione ampia e non restrittiva dell'art. 265 TFUE si impone anche perché, mentre il giudizio sulla legittimità degli atti (quali che siano, anche di portata generale) è sempre possibile, se non in via diretta certamente in via indiretta attraverso il rinvio pregiudiziale ex art. 267 TFUE, il ricorso per carenza ex art. 265 TFUE rappresenta la sola possibilità di far perseguire i comportamenti omissivi illegittimi delle istituzioni (nonché degli organi e degli organismi)²⁴.

Infine, nel raffrontare il ricorso di annullamento e il ricorso per carenza, è opportuno osservare che il rimedio previsto dall'art. 263, par. 3, TFUE mira a far annullare un provvedimento che è pregiudizievole agli interessi del ricorrente, mentre l'art. 265, par. 3, TFUE tende a far constatare la mancata adozione di un provvedimento sollecitato dal ricorrente e che avrebbe quindi dovuto essergli favorevole.

²² Sentenza della Corte di giustizia del 18 novembre 1970 in causa n. 15/70, *Amedeo Chevalley c. Commissione*, in *Raccolta*, 1970, p. 975.

²³ Si può inoltre osservare che, qualora l'impugnabilità di un atto da parte dei singoli variasse a seconda che si applichino le disposizioni di cui agli artt. 263 o 265 TFUE, ne conseguirebbe che – mentre una risposta esplicita consentirebbe all'interessato di impugnarla, a norma dell'art. 263 TFUE, se tale risposta lo riguardasse direttamente e individualmente pur non essendogli destinata – nell'ipotesi di mancata risposta da parte dell'istituzione competente, l'interessato che non fosse il destinatario dell'atto richiesto non disporrebbe di alcun mezzo di impugnazione, anche se l'atto – qualora fosse stato emesso – lo avrebbe riguardato direttamente e personalmente.

²⁴ Come giustamente ha rilevato l'Avvocato Generale Mischo «il procedimento per carenza ha lo scopo di impedire che un'istituzione, che abbia illecitamente ommesso di adottare un atto o di prendere una determinata misura, possa definitivamente sottrarsi alle sue responsabilità e sfuggire a qualsiasi sanzione giudiziaria rifugiandosi nel silenzio» (cfr. conclusioni del 26 maggio 1988 in causa n. 377/87, *Parlamento c. Consiglio*, in *Raccolta*, 1988, p. 4026).

5. La procedura amministrativa precontenziosa

Il ricorso alla Corte di giustizia (o al Tribunale²⁵) non può essere introdotto se prima non è stata esperita la procedura amministrativa prevista dall'art. 265, par. 2, TFUE.

Prima di intraprendere la via giudiziaria gli interessati, siano essi istituzioni, Stati membri o privati, debbono indirizzare all'istituzione, all'organo o all'organismo una richiesta di agire. Solo se l'istituzione, l'organo o l'organismo sollecitato ad agire non prende posizione, è possibile introdurre un ricorso per far dichiarare l'illegittima astensione dall'obbligo di pronunciarsi. L'istituzione, l'organo o l'organismo richiesto di agire dispone di due mesi di tempo per pronunciarsi.

Se al termine di due mesi dalla richiesta di agire non v'è stata una presa di posizione, il richiedente dispone di altri due mesi per introdurre il ricorso per carenza.

La fase precontenziosa risponde ad una triplice finalità:

a. dare modo all'istituzione (o all'organo o all'organismo) di cui trattasi di rimediare all'omissione evitando così la procedura giudiziaria;

b. precisare il provvedimento richiesto e delimitare così l'oggetto dell'eventuale ricorso alla Corte;

c. fissare la decorrenza del termine concesso all'istituzione (organo od organismo) richiesta di agire e di quello successivo per la presentazione del ricorso.

L'art. 265 TFUE non prescrive una forma particolare per la richiesta di agire. Tenendo conto però delle finalità suddette, si ritiene che la richiesta debba avere carattere perentorio e quindi debba essere espressa in forma di diffida ad agire. La diffida dovrà inoltre avere la forma scritta per ragioni evidenti di certezza giuridica oltre che per essere portata a conoscenza del destinatario ad una data documentabile ai fini della determinazione dei termini di decorrenza e in particolare di quello entro cui si potrà proporre ricorso.

Come si è visto, il ricorso per carenza deve riguardare provvedimenti sufficientemente precisi perché possa essere data esecuzione alla sentenza che accerta l'omissione²⁶.

A maggior ragione anche la richiesta di agire deve indicare provvedimenti sufficientemente precisi perché l'istituzione diffidata possa adempiere alla richiesta.

La fase precontenziosa è *conditio sine qua non* per la ricevibilità del ricorso per carenza. Vale a dire che, se l'istituzione (organo od organismo) nei cui confronti viene introdotto il ricorso per carenza non è stata prima diffidata

²⁵ Cfr., *infra*, par. 6.

²⁶ Cfr., *supra*, par. 2.

ad agire (ovvero, in altri termini, messa in mora) o non è ancora scaduto il termine di due mesi dalla diffida, l'eventuale ricorso giurisdizionale sarà dichiarato irricevibile²⁷.

Solo se rimane inerte davanti ad una diffida redatta in termini perentori si potrà ritenere che l'istituzione, l'organo o l'organismo di cui trattasi si è astenuto dal pronunciarsi²⁸.

Peraltro, la fase precontenziosa può avere anche un esito positivo rendendo inutile la procedura giudiziaria. In effetti, se dopo la richiesta di agire, l'istituzione (organo od organismo) accoglie la domanda e adotta l'atto sollecitato, la carenza viene meno.

Nell'eventualità, invece che l'istituzione (organo od organismo) non accolga la richiesta con un provvedimento di rifiuto esplicito o si pronunci in modo difforme da quello auspicato dal richiedente, non si è più in presenza di una carenza, ma di un atto impugnabile per annullamento a sensi dell'art. 263 TFUE²⁹.

Lo stesso dicasi quando l'istituzione (organo od organismo) si pronuncia in modo difforme da quello auspicato dal richiedente³⁰.

Si ha carenza solo se l'istituzione (organo od organismo), pur sollecitata a pronunciarsi, rimane inerte o fornisce soltanto una risposta interlocutoria o dilatoria³¹.

Una particolare situazione si verifica quando l'istituzione, l'organo o l'organismo di cui trattasi si pronunciano dopo il termine ad essi impartito per pronunciarsi ed entro il quale era possibile esperire il ricorso per carenza e questo è stato già stato introdotto. In tal caso, viene a cessare l'oggetto del contendere per quanto riguarda il ricorso per carenza (che potrà essere prose-

²⁷ Ordinanza del Tribunale di primo grado del 6 febbraio 1997 in causa n. T-64/96, *de Jorio c. Consiglio*, in *Raccolta*, 1997, II, p. 127.

²⁸ Ordinanza della Corte di giustizia del 21 ottobre 1970 in causa n. 75/69, *Ernst Hake c. Commissione*, in *Raccolta*, 1970, p. 901; sentenze del Tribunale di primo grado del 13 luglio 2005 in causa n. T-260/97, *Camar Srl c. Consiglio e Commissione*, in *Raccolta*, 2005, II, p. 2741 e dell'8 giugno 2000 in cause riunite n. T-79/96, n. T-260/97 e n. T-117/98, *Camar Srl e Tico Srl c. Commissione e Consiglio*, *cit. supra*, nota 20.

²⁹ Sentenze della Corte di giustizia del 1° marzo 1966 in causa n. 48/65, *Lütticke e a. c. Commissione*, in *Raccolta*, 1966, p. 26 e dell'8 marzo 1972 in causa n. 42/71, *Nordgetreide c. Commissione*, in *Raccolta*, 1972, p. 105; in senso diverso, però, sentenza della Corte di giustizia del 27 settembre 1988 in causa n. 302/87, *Parlamento c. Consiglio*, *cit. supra*, nota 8, secondo cui «un rifiuto di agire, pur essendo esplicito, può essere deferito alla Corte a norma dell'art. 175 in quanto non fa venir meno la carenza».

³⁰ Sentenze della Corte di giustizia del 13 luglio 1971 in causa n. 8/71, *Deutscher Komponistenverband c. Commissione*, in *Raccolta*, 1971, p. 705; del 15 dicembre 1988 in cause riunite n. 166 e n. 220/86, *Irish Cement c. Commissione*, in *Raccolta*, 1988, p. 6473; del 24 novembre 1992 in cause riunite n. 15/91 e n. 108/91, *Buckl & Söhne OHG e a. c. Commissione*, in *Raccolta*, 1992, I, p. 6061.

³¹ Sentenze della Corte di giustizia del 22 maggio 1985 in causa n. 13/83, *Parlamento c. Consiglio*, *cit. supra*, nota 11 e del 16 febbraio 1993 in causa n. C-107/91, *ENU c. Commissione*, in *Raccolta*, 1993, I, p. 599.

guito unicamente per ottenere la condanna dell'istituzione, dell'organo o dell'organismo al risarcimento dei danni – se, contestualmente al ricorso per carenza era stata formulata una domanda di risarcimento di danni ai sensi degli artt. 268 e 340 TFUE – o per ottenere la condanna al rimborso delle spese giudiziarie inutilmente sostenute), mentre il ricorrente potrà impugnare l'atto nel frattempo adottato, a sensi dell'art. 263 TFUE, qualora non lo condivida e ne contesti la legittimità. Il suo ricorso per carenza invece sarà dichiarato irricevibile³² ovvero, se l'esame del ricorso è iniziato, sarà pronunciato un non luogo a statuire³³, formula utilizzata anche qualora a seguito della reazione tardiva dell'istituzione, dell'organo o dell'organismo sia stato adottato un atto che non dia materiale soddisfazione al ricorrente³⁴ o sia diverso da quello sollecitato³⁵.

6. La competenza a conoscere del ricorso per carenza

L'art. 265 TFUE stabilisce che il ricorso per carenza debba essere proposto davanti alla «Corte di giustizia dell'Unione europea».

Ovviamente, il termine «Corte di giustizia dell'Unione europea» va inteso in senso ampio, comprensivo non solo della Corte di giustizia, ma anche del Tribunale di primo grado e dei Tribunali specializzati, come previsto dall'art. 19 TUE.

In linea di principio, secondo l'art. 256 TFUE, il Tribunale sembrerebbe competente per tutti i ricorsi ex art. 265 TFUE, da chiunque proposti. Lo stesso art. 256 TFUE fa salva però la possibilità che, in taluni casi, la competenza sia riservata ad un Tribunale specializzato o alla Corte di giustizia.

Per quanto riguarda i Tribunali specializzati sarà l'atto con cui vengono istituiti in base all'art. 257 TFUE a precisare le categorie di ricorsi ad essi riservate.

Per quanto riguarda la Corte, l'art. 51, comma 1, del suo Statuto recita che sono riservati alla Corte (in deroga alla norma di cui all'art. 256, par. 1, TFUE) i ricorsi per carenza proposti da uno Stato membro contro un'astensione dal pronunciarsi del Parlamento europeo o del Consiglio o di entrambe le istituzioni quando statuiscono congiuntamente.

A sua volta, però, questa deroga è soggetta ad alcune eccezioni tassati-

³² Sentenza della Corte di giustizia del 1° aprile 1993 in causa n. C-25/91, *Pesqueras Echebarrar SA c. Commissione*, in *Raccolta*, 1993, I, p. 1719.

³³ Sentenza della Corte di giustizia del 12 luglio 1988 in causa n. 377/87, *Parlamento c. Consiglio*, in *Raccolta*, 1988, p. 4017.

³⁴ Sentenza del Tribunale di primo grado del 25 gennaio 2006 in causa n. T-276/03, *Le Canne c. Commissione*, in *Raccolta*, 2006, II, p. .

³⁵ Sentenza del Tribunale di primo grado del 17 febbraio 1998 in causa n. T-107/96, *Pantochim SA c. Commissione*, in *Raccolta*, 1998, II, p. 311.

vamente elencate alla lett. *a.* del medesimo comma dell'art. 51.

In base alla lett. *b.* di detto comma sono parimenti riservati alla Corte i ricorsi per carenza proposti dagli Stati membri contro la Commissione che si sia astenuta dal pronunciarsi ai sensi dell'art. 331, par. 1, TFUE.

E ancora, in base al secondo comma dell'art. 51 dello Statuto della Corte, sono riservati a quest'ultima i ricorsi per carenza proposti da un'istituzione dell'Unione contro il Parlamento europeo o il Consiglio o entrambi se statuiscono congiuntamente nonché contro la Commissione e la Banca centrale europea.

Va comunque osservato che eventuali errori nell'identificare il giudice competente non hanno rilevanza pratica (se non una perdita di tempo), in quanto in base all'art. 54 dello Statuto della Corte «quando il Tribunale constatata d'essere incompetente a conoscere di un ricorso che rientri nella competenza della Corte, rinvia la causa alla Corte; allo stesso modo, la Corte, quando constati che un determinato ricorso rientra nella competenza del Tribunale, rinvia la causa a quest'ultimo che non può in tal caso declinare la propria competenza».

7. Natura e conseguenze della pronuncia giudiziaria a seguito di un ricorso per carenza

L'organo giudiziario che deve pronunciarsi su un ricorso per carenza, se accerta che l'omissione censurata è contraria ad un obbligo previsto dal Trattato o da una norma contenuta in un atto derivato, dovrà limitarsi a dichiarare che l'istituzione (organo od organismo) in causa è venuta meno a tale obbligo.

La formula utilizzata dal Tribunale di primo grado, in una causa nella quale veniva rimproverato alla Commissione di aver omesso di adottare nei confronti di una società importatrice di banane i provvedimenti che le competevano e che avrebbero consentito alla ricorrente di superare le difficoltà derivanti dal passaggio dai regimi nazionali a quello comunitario (a seguito dell'entrata in vigore dell'organizzazione comune di mercato nel settore delle banane) è la seguente: «Nella causa T-79/96, la Commissione è venuta meno agli obblighi ad essa incombenti in forza dell'art. 30 del regolamento (CEE) del Consiglio 13 febbraio 1993, n. 404, relativo all'organizzazione comune dei mercati nel settore della banana, in quanto ha omesso di adottare nei confronti della ricorrente i provvedimenti necessari ai sensi di tale articolo»³⁶. Come si può vedere, il Tribunale di primo grado ha accertato l'illegittima carenza della Commissione individuando esattamente – come del resto aveva fatto la ricorrente – la disposizione violata.

³⁶ Sentenza del Tribunale di primo grado dell'8 giugno 2000 in cause riunite n. T-79/96, n. T-260/97 e n. T-117/98, *Camar Srl e Tico Srl c. Commissione e Consiglio*, cit. *supra*, nota 20.

La Corte di giustizia dell'Unione europea, pertanto, adotta una pronuncia di natura dichiarativa o di mero accertamento. Essa, in particolare, non può né sostituirsi al soggetto carente³⁷ né indirizzare ad esso una ingiunzione a prendere posizione³⁸ o ad adottare in un termine determinato le misure necessarie per eseguire la sentenza³⁹.

Ciò non toglie che, come previsto dall'art. 266 TFUE, l'istituzione, l'organo o l'organismo la cui astensione sia stata dichiarata contraria ai trattati siano tenuti a prendere i provvedimenti che l'esecuzione della sentenza comporta.

Va sottolineato che, nell'ipotesi in cui l'istituzione, l'organo o l'organismo di cui trattasi si astenga dall'eseguire una sentenza emessa a seguito di un ricorso per carenza, il rimedio giurisdizionale adeguato è di nuovo un ricorso per carenza⁴⁰.

Wilma Viscardini*

³⁷ Sentenze del Tribunale di primo grado del 13 luglio 2005 in causa n. T-260/97, *Camar Srl c. Consiglio e Commissione*, cit. *supra*, nota 28 e dell'8 giugno 2000 in cause riunite n. T-79/96, n. T-260/97 e n. T-117/98, *Camar Srl e Tico Srl c. Commissione e Consiglio*, cit. *supra*, nota 20.

³⁸ Sentenza del Tribunale di primo grado del 10 maggio 2006 in causa n. T-395/04, *Air One S.p.A. c. Commissione*, cit. *supra*, nota 21.

³⁹ Sentenza del Tribunale di primo grado del 9 settembre 1999 in causa n. T-127/98, *UPS Europe SA c. Commissione*, in *Raccolta*, 1999, II, p. 2633.

⁴⁰ Sentenza del Tribunale di primo grado del 15 ottobre 2008 in cause riunite n. T-457/04 e n. T-223/05, *Camar Srl c. Commissione*, in *Raccolta*, 2008, II, p. 215.

* Avvocato del Foro di Padova. Già Docente di Diritto comunitario e degli scambi internazionali all'Università di Padova.

COMUNICAZIONI E NOTE INFORMATIVE

DISCIPLINA APPLICABILE AI PORTI TURISTICI E TUTELA AMBIENTALE*

Sommario: *Premessa - I. Porti turistici e normativa comunitaria in generale - II. Porti turistici e tutela dell'ambiente - III. Porti turistici, danno ambientale e risarcimento.*

Premessa

Nell'ordinamento giuridico dell'Unione europea non esiste una normativa che disciplini la costruzione e la gestione dei porti turistici.

Per quanto possa apparire strano, neppure esiste una normativa vincolante di diritto comunitario (dell'Unione europea) che prenda in considerazione e regolamenti i normali porti commerciali¹.

Ciò appare tanto più singolare se si pensa alla massa imponente di norme comunitarie che regolamentano tutti gli altri settori economici, ivi compresi quelli delle infrastrutture relative ai trasporti come, ad esempio, gli aeroporti.

Nel settore dei porti commerciali, infatti, una prima proposta di direttiva presentata dalla Commissione europea nel 2001 è stata rigettata dal Parlamento

* Relazione presentata al Convegno organizzato dal Centro italiano di Studi amministrativi "Ignazio Scotto" e svoltosi a Genova nei giorni 8 e 9 ottobre 2010 su: «Aree protette e porti turistici (Sviluppo dei porti turistici e tutela ambientale)».

¹ Cfr. M. E. DE MAESTRI, *European Port Policy vs. European Policies Applied to Ports*, in *Studi integr. eur.*, 2009, p. 157 ss.; S. M. CARBONE - F. MUNARI, *La disciplina dei porti tra diritto comunitario e diritto interno*, Milano, Giuffrè, 2006. Cfr. infine G. TELLARINI, *I porti e le classificazioni*, in *Rivista di diritto dell'economia, dei trasporti e dell'ambiente*, 2008.

europeo nel 2003, per cui la Commissione ha dovuto successivamente ritirarla.

La Commissione europea ha quindi nuovamente presentato, per l'approvazione, una proposta di direttiva nel 2004², ma anche questa volta il Parlamento europeo l'ha rigettata, costringendo la Commissione a provvedere ad un nuovo ritiro, il 17 marzo 2006.

Per quali motivi le proposte della Commissione hanno incontrato l'opposizione così decisa del Parlamento europeo?

I motivi possiamo indirettamente desumerli da una Comunicazione della stessa Commissione europea apparsa nel 2007.

Si tratta di un importante documento dal titolo: «*Comunicazione su una politica europea dei porti*»³, pubblicato il 18 ottobre 2007.

Anche se la Comunicazione non menziona le due precedenti proposte di direttiva sopra menzionate, la messa a confronto dei testi delle medesime con quello della comunicazione fa comprendere le fondamentali differenze fra tali testi e consente anche di capire i veri motivi dell'opposizione del Parlamento europeo.

In estrema sintesi, le carenze (o difetti) presenti nelle due proposte di direttiva si possono così riassumere.

Nelle due proposte di direttiva, i porti erano considerati come strutture "statiche", regolamentate secondo un approccio simile a quello seguito dalle Autorità competenti per redigere i piani regolatori urbanistici.

Dalla «Comunicazione» si comprende invece che i porti devono essere considerati come strutture "dinamiche", da sottoporre ad una regolamentazione che tenga conto della molteplicità dei problemi che nei porti devono essere affrontati e risolti: problemi connessi ai trasporti, alla competitività fra le imprese utilizzatrici, agli investimenti, alla sicurezza, alla gestione amministrativa, alla scelta delle tecnologie da impiegare, alla disciplina dell'attività delle persone che vi lavorano e, soprattutto, alla tutela dell'ambiente.

Il punto n. 2 della Comunicazione, dal titolo: «*Aumentare la capacità nel rispetto dell'ambiente*», è interamente dedicato al problema della tutela ambientale tanto nella costruzione, quanto nella ricostruzione e nella gestione dei porti.

Grazie all'indirizzo delineato nella citata Comunicazione della Commissione, sopra brevemente sintetizzato, potrà forse essere possibile alla Commissione medesima procedere alla redazione di una nuova proposta di direttiva, con maggiori probabilità di vederla approvata.

² Doc. Com (2004)654 fin.

³ Com (2007)616 def.

I. Porti turistici e normativa comunitaria in generale

Dei diversi problemi, sopra evocati, che debbono essere affrontati e risolti con riferimento ai normali porti commerciali, quello della tutela dell'ambiente è il problema che interessa direttamente i porti turistici, come d'altra parte viene espressamente indicato anche nel titolo del nostro Convegno, oltre che in quello della mia relazione.

Prima però di esaminare in modo specifico l'aspetto relativo alla tutela dell'ambiente, vorrei ricordare che altri aspetti possono venire in rilievo nella gestione dei porti turistici con riferimento alla normativa applicabile di origine comunitaria.

Innanzitutto, occorre ricordare che la procedura di concessione del diritto di costruire e gestire un porto turistico deve rispettare i principi comunitari in tema di trasparenza, parità di trattamento e proporzionalità.

Analogamente devono essere rispettati i principi di parità di trattamento e non discriminazione nel caso di assegnazione di posti barca. Il caso *Ciola*, deciso dalla Corte di giustizia dell'Unione europea con la sentenza del 29 aprile 1999⁴ dimostra che non possono essere operate distinzioni basate sulla nazionalità nell'assegnazione di un posto barca (se a un cittadino nazionale oppure ad un cittadino comunitario).

Uguualmente trovano applicazione le norme comunitarie in materia di concorrenza che vietano tanto lo sfruttamento abusivo di una posizione dominante da parte di un gestore di un porto turistico, ai danni di utenti o di gestori di altri porti turistici, quanto la stipulazione di accordi fra diversi gestori di porti turistici, limitativi della concorrenza, ad esempio per imporre a tutti gli utenti dei posti barca un prezzo concordato.

Da ultimo, occorre segnalare la necessità, per i gestori dei porti turistici, di rispettare la normativa comunitaria in materia di aiuti di Stato.

Infatti, un aiuto corrisposto al gestore di un porto turistico in modo non conforme alla normativa comunitaria sugli aiuti di Stato, da parte di un Comune, di una Provincia, di una Regione o dello Stato, mediante risorse pubbliche, comporta la violazione della normativa applicabile con l'obbligo, per il gestore, di restituire l'aiuto ricevuto.

⁴ Sentenza in causa n. C-224/97, in *Raccolta*, 1999, I, p. 2517 e in questa *Rivista*, 1999, p. 721 con commento di R. ROSSOLINI, *Conflitto tra diritto comunitario e provvedimento amministrativo alla luce della sentenza della Corte di giustizia sul caso Ciola*, p. 729. Cfr. inoltre M. ANTONIOLI, *Inoppugnabilità e disapplicabilità degli atti amministrativi*, in *Riv. it. dir. pubbl. comun.*, 1999, p. 1362 ss.; V. STIGLIANI, *Atti amministrativi nazionali e norme comunitarie*, *ivi*, p. 1413 ss.; J. GUNDEL, *Bootsliegeplatz-Privilegien für Einheimische: Verstoß gegen die Dienstleistungsfreiheit und Durchbrechung der nationalen Bestandskraft-Regeln?*, in *Europarecht*, 2000, p. 781 ss.; E. M. BARBIERI, *Ancora sulla disapplicazione di provvedimenti amministrativi contrastanti con il diritto comunitario*, in *Riv. it. dir. pubbl. comun.*, 2000, p. 149 ss.

II. Porti turistici e tutela dell'ambiente

Venendo ora a trattare gli aspetti ambientali⁵, dobbiamo subito riconoscere che la Comunicazione della Commissione del 2007, in precedenza menzionata, indica con precisione la normativa comunitaria in materia ambientale che deve essere rispettata.

Innanzitutto, devono essere rispettate le disposizioni della direttiva n. 92/43 (direttiva *habitat*)⁶, che riguarda la conservazione degli *habitat* naturali nonché la conservazione della flora e della fauna selvatiche. In particolare devono essere tutelati i cosiddetti SIC (Siti di Importanza Comunitaria).

In secondo luogo devono essere rispettate le disposizioni della direttiva n. 79/409 sugli uccelli selvatici⁷.

In terzo luogo devono essere rispettate le disposizioni della direttiva n. 2000/60⁸ sulle acque nonché le direttive sui rifiuti.

Anche la direttiva n. 2000/59⁹, volta a ridurre gli scarichi in mare di rifiuti generati dalle navi, deve essere ritenuta applicabile, come anche la normativa comunitaria che disciplina l'emissione di gas nell'aria.

La necessità di tutelare l'ambiente dovrebbe in effetti essere sentita in primo luogo dai gestori dei porti turistici e dagli stessi utenti perché è nell'interesse di tutti operare in un ambiente gradevole e non inquinato.

Se i gestori dei porti turistici praticano una politica rispettosa dell'ambiente sapranno attirare più utenti che saranno anche disposti a sostenere costi maggiori a fronte di prestazioni più efficienti perché effettuate in condizioni migliori.

⁵ Su tali aspetti cfr. P. DELL'ANNO, *Porti turistici e impatto ambientale: la rappresentanza degli interessi collettivi e diffusi*, in *Dir. giur. agr., alim. e amb.*, 2010, p. 651 ss.

⁶ Direttiva n. 92/43/Cee del Consiglio, del 21 maggio 1992, relativa alla conservazione degli habitat naturali e seminaturali e della flora e della fauna selvatiche, in *Guce* n. L 206 del 22 luglio 1992, p. 7 ss., recepita in Italia con dpr n. 357 dell'8 settembre 1997, Regolamento recante attuazione della direttiva n. 92/43/Cee relativa alla conservazione degli *habitat* naturali e seminaturali, nonché della flora e della fauna selvatiche, in *Guri* n. 248 del 23 ottobre 1997, *suppl. ord.*, e successive modifiche.

⁷ Direttiva n. 79/409/Cee del Consiglio, del 2 aprile 1979, concernente la conservazione degli uccelli selvatici, in *Guce* n. L 103 del 25 aprile 1979, p. 1 ss., recepita in Italia con l. n. 157 dell'11 febbraio 1992, n. 157, Norme per la protezione della fauna selvatica omeoterma e per il prelievo venatorio, in *Guri* n. 46 del 25 febbraio 1992, *suppl. ord.*, e successive modifiche.

⁸ Direttiva n. 2000/60/Ce del Parlamento europeo e del Consiglio, del 23 ottobre 2000, che istituisce un quadro per l'azione comunitaria in materia di acque, in *Guce* n. L 327 del 22 dicembre 2000, p. 1 ss., recepita in Italia con il dlgo n. 152 del 3 aprile 2006, Norme in materia ambientale, in *Guri* n. 88 del 14 aprile 2006, *suppl. ord.*, e successive modifiche.

⁹ Direttiva n. 2000/59/Ce del Parlamento europeo e del Consiglio, del 27 novembre 2000, relativa agli impianti portuali di raccolta per i rifiuti prodotti dalle navi e i residui del carico - Dichiarazione della Commissione, in *Guce* n. L 332 del 28 dicembre 2000, p. 81 ss., recepita in Italia con dlgo n. 182 del 24 giugno 2003, n. 182, Attuazione della direttiva n. 2000/59/Ce relativa agli impianti portuali di raccolta per i rifiuti prodotti dalle navi ed i residui del carico, in *Guri* n. 168 del 22 luglio 2003, e successive modifiche.

III. Porti turistici, danno ambientale e risarcimento

Il danno ambientale è espressamente regolato dalla direttiva Ce n. 2004/35¹⁰ che è stata recepita attraverso gli artt. 299 ss. del Decreto legislativo n. 152 del 3 aprile 2006, che contiene il c.d. «*Codice dell'ambiente*».

Secondo la direttiva citata, il danno ambientale è un danno *pubblico ambientale*, con esclusione pertanto del danno alle persone e alle proprietà private che rimangono risarcibili secondo i principi generali del codice civile e in particolare in base all'art. 2043 c.c.

Per fare un esempio di danno ambientale, possiamo riferirci alla distruzione di una quantità rilevante di pesci, a seguito dello sversamento in mare di prodotti inquinanti (il caso della piattaforma BP nel Golfo del Messico è calzante).

Un altro esempio, che riguarda da vicino il tema del nostro Convegno, è quello del danno causato dall'erosione di un tratto di spiaggia dovuta alla costruzione o all'ampliamento di un porto turistico che abbia provocato la modifica della corrente marina.

Secondo la direttiva comunitaria, se il danno ambientale è causato da un'impresa che svolge un'attività rientrante tra quelle definite pericolose dalla direttiva medesima, l'impresa deve risarcire il danno (provvedendo, in primo luogo, a ripristinare la situazione preesistente) indipendentemente dall'esistenza di una propria colpa.

In altre parole, l'impresa che svolge attività pericolose è oggettivamente responsabile del danno ambientale anche se ad essa non sia imputabile alcuna colpa con riferimento ai fatti che hanno provocato il danno ambientale.

Al contrario, se l'impresa non svolge alcuna attività indicata come pericolosa, essa diventa responsabile soltanto in caso di dolo o di colpa. In tal caso, pertanto, non sussiste alcuna responsabilità oggettiva.

La distinzione tra imprese che svolgono attività pericolose e attività non pericolose è altresì importante per quanto riguarda la natura del danno che esse sono chiamate, rispettivamente, a risarcire.

Infatti le imprese che svolgono attività pericolose devono risarcire tutti i danni che si sono verificati, vale a dire: *a.* danni agli *habitat* protetti e alle zone e specie naturali tutelate (cfr. direttiva Cee n. 92/43); *b.* danni agli uccelli selvatici protetti (cfr. direttiva Cee n. 79/409); *c.* danni al suolo; *d.* danni alle acque.

¹⁰ Direttiva n. 2004/35/Ce del Parlamento europeo e del Consiglio, del 21 aprile 2004, sulla responsabilità ambientale in materia di prevenzione e riparazione del danno ambientale, in *Gu-Ue* n. L 143 del 30 aprile 2004, p. 56 ss. Cfr. i commenti di F. CAPELLI, *La direttiva n. 2004/35/Ce sul danno ambientale: aspetti giuridici*, in questa *Rivista*, 2005, p. 815 ss.; B. POZZO, *La nuova direttiva 2004/35 del Parlamento europeo e del Consiglio sulla responsabilità ambientale in materia di prevenzione e riparazione del danno*, in *Riv. giur. amb.*, 2006, p. 1 ss. nonché F. GIAMPIETRO, *La responsabilità per danno all'ambiente in Italia: sintesi di leggi e di giurisprudenza messe a confronto con la direttiva 2004/35/Ce e con il T.U. ambientale*, *ivi*, p. 19 ss.

Di contro, le imprese che non svolgono attività pericolose, devono risarcire soltanto i danni causati agli *habitat*, alle aree protette e alle specie naturali nonché agli uccelli selvatici, ed unicamente, ripetiamo, se sussiste dolo o colpa.

Venendo ora agli enti che gestiscono i porti turistici, l'attività da essi svolta non è considerata tra quelle pericolose, per cui non sussiste responsabilità oggettiva e gli eventuali danni devono essere risarciti soltanto previa dimostrazione dell'esistenza di una colpa o del dolo.

Un eventuale danno classificato come ambientale, potrebbe essere, come già segnalato, un danno causato dall'erosione di un tratto di spiaggia a seguito della costruzione o della ristrutturazione di un porto turistico.

Ovviamente, l'ente turistico, accusato di essere responsabile dell'erosione, avrà la possibilità di dimostrare l'assenza di colpa o di dolo, per sottrarsi al risarcimento.

In mancanza, infatti, di dolo o di colpa, la responsabilità non sussiste.

La nostra Corte di cassazione si è occupata di un problema di indisponibilità di tratti di spiaggia ed ha ammesso la possibilità di ricorrere alla procedura per il risarcimento dei danni¹¹. A proposito di erosione del terreno, è in corso l'approvazione di una proposta di direttiva destinata a modificare la citata direttiva n. 2004/35 sul danno ambientale¹².

In ogni caso, dovendo necessariamente l'ente che gestisce il porto turistico essere responsabile per colpa o dolo, dovrà dimostrare di aver fatto tutto il possibile per evitare il danno.

In un caso del genere, la prova più efficace e più sicura in grado di dimostrare l'assenza di colpa sarebbe la perizia dei tecnici che abbiano avviato la procedura di valutazione di impatto ambientale (VIA)¹³ ed eventualmente quella chiamata VAS (valutazione ambientale strategica)¹⁴.

¹¹ Cfr. sentenza della Corte di cassazione, III sez. pen., del 2 maggio 2007, n. 16575 in *Responsabilità civile e previdenza*, 2007, p. 2074 ss. con commento di G. G. GRECO, *Vademecum dell'illecito ambientale: la sentenza Fiale*, p. 2081 ss.

¹² Proposta di direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio che istituisce un quadro per la protezione del suolo e modifica la direttiva 2004/35/Ce (Doc. Com(2006) 232 def.). Occorre aggiungere che il *Codice dell'ambiente*, citato nel testo, all'art. 65, comma terzo, lettera h., disciplinando i piani di bacino, fa anche riferimento alle «opere di protezione, consolidamento e sistemazione dei litorali marini che sottendono il distretto idrografico». Ed inoltre occorre ricordare che l'art. 109 dello stesso *Codice dell'ambiente*, che concerne l'immersione deliberata in mare di materiale di escavo dei fondali, disciplina la concessione delle autorizzazioni relative.

¹³ Direttiva n. 85/337/Cee del Consiglio del 27 giugno 1985 concernente la valutazione dell'impatto ambientale di determinati progetti pubblici e privati, in *Guce* n. L 175 del 5 luglio 1985, p. 40 ss. e successive modifiche, recepita in Italia con dpr 12 aprile 1996, Atto di indirizzo e coordinamento per l'attuazione dell'art. 40, comma 1, della L. 22 febbraio 1994, n. 146, concernente disposizioni in materia di valutazione di impatto ambientale, in *Guri* n. 210 del 7 settembre 1996, poi abrogato e sostituito dal dlgs n. 152 del 3 aprile 2006, n. 152, *cit. supra*, nota 8.

¹⁴ Direttiva n. 2001/42/Ce del Parlamento europeo e del Consiglio, del 27 giugno 2001, concernente la valutazione degli effetti di determinati piani e programmi sull'ambiente, in *Guce* n. L 197 del 21 luglio 2001, p. 30 ss., recepita in Italia con dlgs n. 152 del 3 aprile 2006, n. 152, *loc. cit.*

In effetti, se la perizia dovesse essere favorevole all'ente gestore, il gestore medesimo potrebbe dimostrare l'assenza di dolo e di colpa.

Da ultimo occorre ricordare che oltre a provvedere al risarcimento del danno, l'ente gestore che fosse ritenuto colpevole potrebbe anche essere assoggettato a sanzione (pur essendo l'ente gestore una persona giuridica), dopo l'avvenuto recepimento della direttiva Ce n. 2008/99 sulla tutela penale dell'ambiente¹⁵ che impone agli Stati membri di introdurre norme di carattere penale in caso di violazione delle direttive comunitarie in materia ambientale (come la direttiva sugli uccelli selvatici n. 79/409/Cee e quella sugli *habitat* n. 92/43/Cee).

Fausto Capelli

¹⁵ In *Gu-Ue* n. L 328 del 6 dicembre 2008, p. 28 ss. Il recepimento della direttiva è previsto dall'art. 19 della l. n. 96 del 4 giugno 2010 (legge comunitaria 2009), in *Guri* n. 146 del 25 giugno 2010, *suppl. ord.*, secondo il quale: «Il Governo è delegato ad adottare, entro il termine di nove mesi dalla data di entrata in vigore della presente legge, uno o più decreti legislativi al fine di recepire le disposizioni della direttiva 2008/99/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 19 novembre 2008, sulla tutela penale dell'ambiente, e della direttiva 2009/123/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 21 ottobre 2009, che modifica la direttiva 2005/35/CE relativa all'inquinamento provocato dalle navi e all'introduzione di sanzioni per violazioni».

RECENSIONI

Ugo Draetta, *Elementi di diritto dell'Unione Europea. Parte istituzionale - Ordinamento e struttura dell'Unione Europea*, quinta edizione, Milano, Giuffrè, 2009, pp. LIII-344, € 28,00

Ugo Draetta - Nicoletta Parisi (a cura di), *Elementi di diritto dell'Unione Europea. Parte speciale - Il diritto sostanziale*, terza edizione, Milano, Giuffrè, 2010, pp. XXXIII-385, € 30,00

Come è noto, il Trattato di Lisbona è entrato in vigore il 1° dicembre 2009 ed ha reso possibile un ulteriore sviluppo istituzionale dell'Unione europea, mettendo fine a diversi anni di negoziato sulle riforme istituzionali.

Tale sviluppo è stato accuratamente descritto e adeguatamente valutato nei volumi qui recensiti.

L'entrata in vigore del Trattato di Lisbona ha reso in effetti necessaria una riflessione non solo sulle sostanziali modifiche apportate da questo Trattato, ma anche sull'evoluzione che il diritto dell'Unione europea (di seguito denominata: UE) ha subito in questi ultimi anni.

Il primo dei volumi qui recensiti, di *Ugo Draetta* (giunto alla quinta edizione), approfondisce le materie introdotte dal Trattato di Lisbona offrendo, con lo stile ormai collaudato nelle precedenti edizioni dell'opera, al professionista, allo studioso e all'operatore del diritto, un quadro esauriente ed aggiornato dell'attuale assetto giuridico-istituzionale dell'Unione europea.

Nell'edizione qui recensita sono stati eliminati tutti i riferimenti storici non essenziali privilegiando il lavoro di ricostruzione e di interpretazione delle norme del Trattato.

L'opera è suddivisa in sei capitoli. I primi due capitoli relativi alle origini, allo sviluppo dell'integrazione europea, alle caratteristiche generali dell'UE e alle sue competenze, ripercorrono, sotto il profilo storico, tutto il processo

di revisione dei trattati, che è iniziato con l'Atto unico europeo il 17 febbraio 1986 e si è concluso, appunto, con il Trattato di Lisbona. In questa parte, l'A., esaminando i risultati del dibattito sui temi fondamentali dell'integrazione europea, sviluppatosi dopo il 1987, ne sottolinea i due aspetti più importanti: il difetto di legittimità democratica del processo decisionale comunitario (il cosiddetto *deficit* o *gap* democratico) e la improrogabilità di un'effettiva unione economica e monetaria dopo la creazione della moneta unica.

A parere dell'A., il problema del *deficit* democratico viene aggravato dal progressivo ampliamento delle competenze attribuite all'Unione, con la conseguenza che *«l'unico sistema per eliminarlo restava (e resta tuttora) quello di rispettare nell'ambito dell'UE il principio della separazione dei poteri, attribuendo quello legislativo ad un organo democraticamente eletto, a cui affidare anche il controllo politico dell'esecutivo»*. Ma non essendo state adottate soluzioni comportanti una perdita di sovranità degli Stati membri, il problema è stato lasciato irrisolto.

Nel paragrafo relativo alle prospettive future dell'integrazione europea, che chiude il primo capitolo, l'A. sottolinea come: *«gli aspetti problematici del processo di integrazione europea restano fondamentalmente due: il deficit democratico che mina alla radice la legittimità delle istituzioni dell'UE e l'inefficienza del processo decisionale»*.

Tali problemi, secondo l'A., se non risolti, non consentiranno all'UE né di realizzare un'effettiva politica estera e di difesa comune, né un'efficace politica economica unica. A questo proposito l'A. afferma che senza una politica economica unitaria a livello dell'UE, la stessa moneta unica non potrà costituire una realizzazione duratura e irreversibile, ma diventerà piuttosto l'espressione di una convergenza occasionale di interessi degli Stati membri che l'hanno adottata.

La criticità si è finora rivelata proprio nell'incompiutezza della politica economica unica, dato che la sua realizzazione avrebbe inciso troppo pesantemente sulle sovranità degli Stati partecipanti e avrebbe comportato soluzioni di tipo federale.

Nel secondo capitolo, l'A. sviluppa un'attenta analisi delle norme che riguardano l'apparato istituzionale ed organizzativo, nonché il processo decisionale comunitario. In tale capitolo si procede all'esame sistematico delle istituzioni dell'Unione europea nonché delle loro funzioni e competenze (in materia legislativa, esecutiva, di controllo e giurisdizionale) con descrizione delle procedure per l'adozione degli atti (potere di iniziativa, procedura legislativa ordinaria e procedure legislative speciali). L'esposizione chiara consente al lettore di seguire senza difficoltà, le novità introdotte dal Trattato di Lisbona, aiutato in questo anche dai frequenti e puntuali richiami alla giurisprudenza della Corte di giustizia e a quella del Tribunale di primo grado.

Le disposizioni finanziarie e il bilancio dell'UE (entrate comunitarie e ri-

sorse proprie) costituiscono l'oggetto del capitolo terzo, mentre l'azione esterna dell'UE, con la sua soggettività di diritto internazionale, sono analizzate nel capitolo quarto. L'azione esterna dell'UE, come attore sulla scena mondiale, presuppone che essa sia un soggetto di diritto internazionale, riconosciuto come tale dalla Comunità internazionale in quanto titolare di diritti e obblighi nei confronti di altri soggetti di diritto internazionale.

All'ordinamento giuridico dell'UE e ai rapporti tra questo e l'ordinamento italiano vengono dedicati gli ultimi due capitoli, nei quali sono evidenziate le fonti dell'ordinamento dell'UE (fonti primarie e fonti secondarie), nonché la loro gerarchia.

L'opera comprende infine una tavola di corrispondenza relativa alla nuova numerazione degli articoli dopo l'entrata in vigore del Trattato di Lisbona, una bibliografia generale (suddivisa in manuali, commentari e riviste) nonché, infine, un indice analitico.

La presente recensione è anche dedicata ad un secondo volume relativo alla parte speciale di diritto sostanziale europeo che completa quello sulla parte istituzionale del diritto dell'UE, in precedenza recensito. Oggetto di analisi di questo volume, curato da *Ugo Draetta* e da *Nicoletta Parisi*, è quindi il diritto materiale dell'UE, dopo l'entrata in vigore del Trattato di Lisbona.

L'opera risulta completamente ristrutturata, rispetto all'ultima edizione, per poter tener conto delle importanti modifiche introdotte dal Trattato di Lisbona, a cominciare dalla sistemazione della materia secondo il nuovo ordine previsto da tale Trattato, che privilegia, in particolare, lo spazio di giustizia, libertà e sicurezza (si pensi alla politica comune in materia di asilo e immigrazione).

I curatori dell'opera hanno voluto seguire, trasferendolo nella struttura del volume, lo schema risultante dall'architettura voluta dal Trattato di Lisbona, come emerge chiaramente dall'art. 3 del Trattato sull'UE, nel quale sono indicati gli obiettivi dell'azione dell'Unione.

Il volume risulta così strutturato: il capitolo I (redatto da *Dino Rinoldi*) è dedicato allo *spazio di libertà, sicurezza e giustizia*; il capitolo II (redatto da *Enrica Adobati, Gabriele Capecchi, Nicoletta Parisi, Andrea Santini* e *Maria Cristina Statella*), al *mercato interno* e alla *politica commerciale comune*; il capitolo III (redatto da *Mauro Megliani*), alla *politica di concorrenza*; il capitolo IV (redatto da *Andrea Santini*), alla *politica sociale* e dell'*occupazione*; il capitolo V (redatto da *Mauro Megliani*), alla *politica agricola comune*; il capitolo VI (redatto da *Marinella Fumagalli Meraviglia*), alla *politica economica e monetaria*; il capitolo VII (redatto da *M. Gisella Garbagnati Ketvel*), alla *politica estera e di sicurezza comune* e alla *politica europea di sicurezza e di difesa*.

Il metodo espositivo seguito dagli Autori appare efficace e il lettore non ha difficoltà ad individuare i caratteri essenziali che qualificano ogni settore, grazie anche ai puntuali richiami, presenti in ogni capitolo, alla giurisprudenza della Corte di giustizia e a quella del Tribunale di primo grado.

Ciascun capitolo è preceduto da una bibliografia essenziale che tiene conto quasi unicamente della letteratura più recente, mentre le opere di carattere generale (quali i manuali, i codici e i commentari) sono ripresi all'inizio del testo. L'opera si chiude con l'elenco dei documenti citati (giurisprudenza, atti nonché norme europee e internazionali).

Entrambe le opere sono di sicura utilità specialmente per chi, giurista ed operatore del diritto, abbia necessità, per motivi professionali, di trovare risposte concrete alle numerose domande che possono sorgere nelle materie assoggettate al diritto dell'Unione europea.

Fausto Capelli

Giambattista Vico, *De Universi Juris Uno Principio, Et Fine Uno*, a cura di **Fabrizio Lomonaco**, Napoli, Liguori Editore, 2007, pp. XXXVII-199, € 45,00

Nel trentesimo anniversario dall'istituzione del benemerito Centro Studi Vichiani fondato a Napoli da Pietro Piovani nel 1980, appare opportuno segnalare l'opera qui recensita, conclusiva di un percorso culturale particolarmente rivolto alla ri-edizione ed alla riflessione critica degli scritti di Giambattista Vico. Com'è noto, il patrimonio librario di questo Autore appare particolarmente complesso e variegato, distinto com'è tra due "pensieri politici" rispettivamente finalizzati alla storia dello Stato-Nazione nonché alla storia dell'idea d'Europa e dell'Occidente. La prima ha fatto la fortuna di *Vico* in Italia e fuori d'Italia, in Europa ed in America, dove alle traduzioni milanesi e napoletane dell'Ottocento e del Novecento dal latino in italiano si sono aggiunte quelle tedesche, anglo-americane e spagnole del secolo scorso e degli inizi di questo secolo, tutte dedicate al *De universi juris* (altrimenti noto come *De uno universi juris*, p. 19). Viceversa all'idea universalistica come risultante dal titolo dell'opera ed a quella cosmo-politica, Vico aveva dedicato una non minore attenzione, sostenendo essere la «cosmo-grafia politica» il vero precedente o antecedente storico necessario della «geo-grafia politica» dello Stato-Nazione. Detto in altri termini, nel pensiero giuridico concernente il diritto universale c'è il fondamento dello Stato-persona in sé unito a quello dello Stato-comunità, prima di sé ed oltre sé. La straordinaria attualità e profondità di tale pensiero nella nostra epoca di c.d. «diritto globale» comportava in capo al benemerito Centro Studi napoletano la riedizione di un'opera del genere, nella sua forma linguistica ed editoriale originaria, comprensiva di note, correzioni ed emendamenti apposti dallo stesso Autore nel triennio 1720-1723 addirittura in pendenza di composizione tipografica, oltre che su stampe già composte (c.d. *Notae* del 1721 e 1722). È un evento fondamentale quello

qui segnalato non solo per la storia dell'editoria, ma altresì per la storia della cultura filosofico-politica e filosofico-giuridica. Trattasi di un'opera messa a disposizione del pubblico degli studiosi e degli specialisti dei vari settori disciplinari, ivi compresi gli internazionalisti del diritto internazionale pubblico e privato. Complessivamente un'opera altamente meritoria perché destinata ad allargare "l'effetto-Vico" ovvero il suo impatto nella storia delle dottrine e forse degli eventi storici che ne conseguono.

La presente edizione anastatica è stata ricostruita su due esemplari del testo originario, rispettivamente esistenti presso la Biblioteca Nazionale di Napoli nonché presso la Biblioteca Nazionale di Vienna, come dono del Vico al Principe Eugenio di Savoia della Corte imperiale austriaca. Tale duplice circostanza editoriale riflette l'*occasio* del volume, temporalmente redatto durante il c.d. «ventennio austriaco» del Regno di Napoli ed in coincidenza con la preponderanza "imperiale" sullo scenario europeo. La corrispondenza tra i testi originari e l'edizione anastatica risulta essere quasi completa, ove si escluda il dettaglio dell'intitolazione dove l'*incipit* del *De Universi Juris* risulta sdoppiato su due linee nella prima di copertina dell'attuale edizione napoletana. Di vere e proprie simpatie "imperiali" dell'opera non può in sostanza parlarsi se non nel senso della sua filiazione politico-diplomatica, non dal modello dell'Europa segmentata di Westphalia, quanto da quello del successivo Trattato di Utrecht (1713), ben più sensibile al riequilibrio e alla riorganizzazione di un governo universale per l'Europa. Del testo originale di Westphalia riecheggia l'espressione della «*pax universalis et aeterna*», ma ben collocata nel contesto di una contrapposizione tra le due categorie «dell'*Occidentalis*» e «dell'*Orientalis*» come confine interno-esterno del continente europeo. Alla luce di tale espressione neo-universalistica ben può spiegarsi pertanto il successo dell'opera tradizionale di Vico come classico studioso delle relazioni internazionali con il metodo delle «grandi epoche» (c.d. corsi-ricorsi) e delle «grandi civiltà» (c.d. *majores gentes*).

Un semplice colpo d'occhio sul frontespizio richiama l'attenzione in modo quasi ossessivo sulla caratteristica saliente del diritto universale come uno, unico ed uniforme. La sua unicità risulta confermata dalla tradizione dello *jus naturae et gentium* cui il volume ampiamente si riferisce. Ma rispetto a quest'ultimo il diritto universale non patisce di alcun dualismo o contraddizione interna, dal momento che ne costituisce il fattore unificante come principio e fine dello stesso, ovvero come sua causa iniziale e finale. Beninteso, siamo a distanza di quasi un secolo dalla precedente opera di Grozio (*De jure belli ac pacis* - 1625) ed a mezzo secolo dal pregresso volume di Pufendorf (*De jure naturae et gentium* - 1672). Tuttavia il saggio vichiano del 1720 è nettamente rivolto a sostenere il principio di equivalenza tra l'uno e l'altro. Detto in altri termini, diritto universale equivale a dire diritto naturale delle genti secondo il noto brocardo (*verum et ipsum factum convertuntur*).

Il volume rispecchia la sua fondamentale suddivisione in ben duecentoventuno paragrafi, ordinati secondo la numerazione progressiva romana. L'edizione anastatica salvaguarda altresì le originarie intitolazioni vichiane come paragrafi laterali, così ripristinandola rispetto alle edizioni italiane dell'Ottocento e del Novecento che li avevano interposti come titoli di capitoli all'interno di ciascuna pagina del volume. Tale soluzione tipografica rispetta meglio l'intenzione originaria vichiana, come espressa dalla formulazione del *liber unus*. Con tale formula l'A. intendeva palesamente contrapporsi alla tripartizione groziana in *libri tres*, comprensivi di una teoria generale del diritto, di una combinazione tra azioni pubbliche, statali e diritti privati garantiti e difesi, e di metodi bellici o pacifici di soluzione delle controversie interstatali. Permane peraltro nel sottofondo dell'opera vichiana tale fondamentale tripartizione, allorché i primi settanta paragrafi sono sostanzialmente dedicati al diritto della natura e delle genti, mentre i secondi si dedicano alla definizione della missione dell'autorità statale come garante della libertà e della sicurezza interna-esterna dei privati, mentre l'ultimo blocco resta dedicato alle forme varie della tutela *juris* (*bellum, jurisprudentia, philosophorum sapientia*).

I limiti della presente recensione non consentono un esame dettagliato dei contenuti veri e propri dell'opera. Ma già le sommarie pregresse osservazioni permettono di rilevare come il vichiano diritto universale non costituisca affatto una variante nominalistica rispetto al diritto naturale e delle genti. Esso sta piuttosto a significare il segno di una reazione antistatualistica, che già serpeggiava nell'Europa del dopo Westphalia, e sembrava in qualche modo soddisfatta dalla stessa nuova definizione della Carta geo-politica degli Stati italiani pre-unitari. In questo senso la reazione in termini di neo-cosmopolitismo serviva a dare un quadro di riferimento più alto ai problemi posti dal governo universale dell'Europa. E soprattutto costituiva un contributo rispetto alla definizione dei *finis Europae*, nella fase della prima formazione delle grandi civiltà mediterranee come della loro distinzione nei confronti delle *Res publicae merae* degli Imperi non-europei o extra-europei.

Conclusivamente la nuovissima riedizione dell'opera napoletana qui recensita costituisce un contributo senz'altro importante per la stessa comprensione di tanti problemi giuridici attuali spesso affrontati in modo superficiale o nominalistico mediante l'uso di omonimi o sinonimi rispetto al *nomen juris* vichiano dell'*uno principio et fine uno*.

Massimo Panebianco*

* Ordinario di Diritto Internazionale / Università degli Studi di Salerno.

Lorenzo Ieva, *Il latino come lingua dell'Europa unita. Studio sul regime linguistico dell'U.E.*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2009, pp. 1-176, € 12,50

L'interessante opera qui recensita rivaluta profondamente la matrice culturale e sociale comune a tutti gli Stati membri dell'Unione europea, che si è formata grazie soprattutto ad una omogenea evoluzione linguistica. Secondo l'A. la latinità costituisce il comune denominatore del retaggio culturale europeo e il latino deve pertanto trasformarsi in un linguaggio veicolare condiviso per la comunicazione, la lettura e l'esegesi del c.d. *acquis communautaire*. Il Trattato di Lisbona, innovativo sotto il profilo istituzionale e normativo, e la presenza di ben ventisette Stati membri e ventitre lingue ufficiali (alle quali devono aggiungersi oltre sessanta lingue minoritarie e regionali, nonché le lingue nazionali dei paesi candidati o di prossima adesione) mostrano l'esigenza di rallentare l'essenza linguistica proteiforme delle disposizioni normative e di incentivare uno specifico canale linguistico di interazione inter-istituzionale e *infra*-istituzionale.

Partendo dallo studio dell'attuale regime linguistico dell'Unione europea, l'A. formula singolari osservazioni sulle conseguenze causate dalla mancanza di una lingua unificante che possa promuovere una dogmatica giuridica europea che garantisca la certezza del diritto e l'omogeneizzazione degli istituti giuridici degli Stati membri. Secondo l'A., l'assenza di una lingua ufficiale provoca difficoltà nella conversione plurilingue del pensiero giuridico, nonché nell'applicazione ed interpretazione degli atti e dei documenti prodotti in sede d'iniziativa legislativa.

Il diritto dell'Unione europea si fonda su due sistemi giuridici separati ed integrati, frutto di una secolare fusione fra diritto romano, diritto comune e diritto consuetudinario. Attraverso un'affascinante e dettagliata riflessione diacronica sul ragionamento giuridico, basata sul radicamento del latino nel pensiero, nella cultura e nelle formule comunicative europee, l'A. sollecita il recupero e l'accostamento ufficiale del latino alla lingua inglese, al fine di riscoprire dogmi giuridici in grado di percorrere trasversalmente i singoli ordinamenti e di stimolare una persistente spinta unificante.

L'opera ripercorre con maestria l'evoluzione storica della latinità, partendo dalla sua origine indoeuropea e dalla sua diffusione presso la civiltà romana. Da iniziale emblema culturale, amministrativo e militare, il latino fu per molti secoli la lingua franca del commercio e della diplomazia, conquistando un ruolo di primo piano, tuttora strenuamente difeso, anche nelle relazioni internazionali della Chiesa universale. L'A. procede il suo *excursus* storico esaminando le potenzialità comunicative della lingua latina durante l'Età carolingia, l'Età moderna, l'Umanesimo, la Rivoluzione francese, l'Età napoleonica e l'Illuminismo, fornendo riferimenti comparativi sulla parallela evoluzione delle lingue slave, germaniche e romanze, con riflessioni sui valori e

sugli ideali europei, nonché con raffinate citazioni filosofiche.

Ampio spazio è infine dedicato all'attuale "*Europeismo*", guidato dal diritto dell'Unione europea, che l'A. definisce «jus commune di nuova generazione». Sostenendo che le differenze fra latino e inglese sono più fonologiche che etimologiche, l'A. elabora un'analisi economica del diritto europeo, sollecitando l'adozione di tali due lingue veicolari nell'opera di armonizzazione delle legislazioni degli Stati membri. Il riconoscimento del latino come idioma adottato a livello forense, giurisprudenziale, ma anche nelle scienze naturali, in medicina e persino in ambito mediatico, come palesato dal crescente interesse verso tale lingua da parte della stampa e di internet, è copiosamente documentato dall'A., il quale lo prospetta come pilastro del pensiero europeo nell'era della globalizzazione, strumento di perfezionamento della classe dirigente europea e formula per controllare e/o determinare eventuali futuri confini culturali e geografici. L'A. espone pertanto uno schema che si stacca dall'attuale cornice istituzionale multilingue, nel quale la promozione di un latino «moderno» si intreccia ad un inglese definito «comunitario», ossia intriso di elementi derivanti dal gergo dell'Unione europea che devono essere facilmente accessibili e compresi dai cittadini europei. Il processo di adattamento e semplificazione linguistica che, a giudizio dell'A., tale bilinguismo consente, trova immediato e favorevole riscontro nella consultazione di *link* con versione latina del sito ufficiale dell'Unione europea, quali ad esempio IATE (*InterActive Terminology for Europe*). Inoltre l'opera regala al lettore lungimiranti spunti di riflessione aventi innumerevoli collocazioni nel complesso impianto linguistico che accompagna la fase propositiva degli atti dell'Unione europea (dettagliatamente esposto in F. CAPELLI, *Ambiente e democrazia: un'integrazione al dibattito*, in corso di pubblicazione nel n. 1/2011 della *Rivista giuridica dell'ambiente*) e del suo *corpus* normativo, quali ad esempio le più recenti proposte atte alla regolamentazione di marchi e brevetti di matrice europea e la proposta di direttiva relativa al diritto all'interpretazione e alla traduzione dei procedimenti penali. L'opera risulta pertanto di spiccata attualità ed esorta ad una inevitabile quanto urgente valutazione dei benefici e degli svantaggi dell'attuale regime linguistico, che – non si deve comunque dimenticare – poggia sugli inviolabili principi della non discriminazione, del rispetto delle nazionalità, del diritto all'informazione e alla comunicazione multilingue e di una vera e propria partecipazione democratica collettiva.

Roberta Bogni**

** Traduttrice specializzata in traduzioni giuridiche; collabora con l'Istituto di Scienze Giuridiche dell'Informazione e della Comunicazione «A. Migliazza» / Università IULM di Milano.

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, *Professore aggregato di Diritto internazionale e Diritto del commercio internazionale / Università degli Studi di Bologna*

ROBERTA BOGNI, *Traduttrice specializzata in traduzioni giuridiche; collabora con l'Istituto di Scienze Giuridiche dell'Informazione e della Comunicazione «A. Migliazza» / Università IULM di Milano*

FAUSTO CAPELLI, *Direttore della Rivista*

LORENZA MOLA, *Dottore di ricerca in Diritto internazionale dell'economia / Università L. Bocconi di Milano; Professore a contratto di Diritto del mercato unico europeo e globalizzazione / Università degli Studi di Torino*

MASSIMO PANEBIANCO - *Ordinario di Diritto Internazionale / Università degli Studi di Salerno*

DANIELE PISANELLO, *Avvocato consulente in Legislazione Alimentare - Foro di Lecce e Bologna*

PIERLUIGI SALVATI, *Dottorando di ricerca in Ordine internazionale e tutela dei diritti individuali / Università degli Studi di Napoli Federico II*

MARIA TERESA STILE, *Dottore di ricerca in diritto della Concorrenza e del Mercato nell'UE / Università degli Studi di Napoli Federico II; già assegnista di ricerca presso la medesima Università*

WILMA VISCARDINI, *Avvocato del Foro di Padova. Già Docente di Diritto comunitario e degli scambi internazionali all'Università di Padova*

