

LA NOSTRA RIVISTA

**«DIRITTO COMUNITARIO
E DEGLI SCAMBI INTERNAZIONALI»**

compie quest'anno

50 ANNI (1961-2011)

Per celebrare il cinquantesimo anniversario,
la Casa Editrice, la Direzione e la Redazione della Rivista
organizzano insieme all'AIGLI

**«ASSOCIAZIONE INTERNAZIONALE GIURISTI
DI LINGUA ITALIANA»**

con il patrocinio della
RAPPRESENTANZA IN ITALIA DELLA COMMISSIONE EUROPEA

una giornata di studi su

«TUTELA GIURIDICA DEL CONTRAENTE DEBOLE»

**CHE SI TERRÀ A PARMA
venerdì 16 settembre 2011**

Il programma completo della giornata di studi (con le condizioni
per l'iscrizione) sarà pubblicato in un prossimo numero
della nostra Rivista, nonché sul sito internet dell'AIGLI: www.aigli.com
e sul sito internet della Casa Editrice Editoriale Scientifica:
www.editorialescientifica.com

*Ai partecipanti e agli abbonati della nostra Rivista
verrà offerto in omaggio
un CD contenente le ultime dieci annate della Rivista medesima.*

Le relazioni e gli interventi saranno presentati da giuristi di diverse
nazionalità, aderenti all'AIGLI, che si esprimeranno in lingua italiana.

L'AIGLI, conformemente al suo Statuto, è costituita da giuristi
professionisti residenti nei più diversi Paesi del mondo che utilizzano
correntemente nella loro attività anche la lingua italiana
(cfr. sito internet AIGLI: www.aigli.com).

*Sul sito internet www.aigli.com è possibile scaricare
sia il testo dello Statuto
sia il modulo per partecipare alla giornata di studi.*

DIRITTO COMUNITARIO E DEGLI SCAMBI INTERNAZIONALI

Anno L – n. 1 – *Gennaio-Marzo 2011*

Nuova serie de “Il diritto negli scambi internazionali”

Indice – Sommario

ARTICOLI

- Angelo Viglianisi Ferraro* - Significative aperture giurisprudenziali nei confronti della CEDU: ma «il fine *non* giustifica i mezzi» Pag. 1

COMMENTI

- Laura Salvi* - Autonomia procedurale e azione di responsabilità nei confronti dello Stato secondo la Corte di giustizia: non c'è obbligo di esaurire i rimedi interni » 51
- Fausto Capelli* - La sentenza della Corte di giustizia non deve limitarsi a fornire l'interpretazione corretta della normativa applicabile, ma deve anche essere di ausilio per il giudice nazionale tenuto a risolvere il caso concreto » 79
- Enrica Adobati* - Individuazione del foro competente a dirimere le controversie in materia di contratti di compravendita conclusi tra operatori di Stati diversi, alla luce del Regolamento Ce n. 44/2001 e della Convenzione di Lugano nella versione del 30 ottobre 2007, secondo le Sezioni Unite della Corte di cassazione » 111
- Gian Franco Simonini* - Accordi verticali limitativi della concorrenza ed indipendenza del distributore » 123
- Massimo Francesco Orzan* - I diritti di proprietà industriale nella Comunità andina: il ruolo delle agenzie nazionali della proprietà intellettuale e quello del Tribunale di giustizia della Comunità andina » 155

COMUNICAZIONI E NOTE INFORMATIVE

Marco Vitale - Risultati ottenuti sotto il profilo politico ed economico dopo 50 anni di cooperazione fra gli Stati membri dell'Unione europea

Pag. 183

GIURISPRUDENZA COMUNITARIA

I. SENTENZE E COMMENTI

Viola il diritto dell'Unione la normativa nazionale che subordina l'azione di responsabilità nei confronti dello Stato membro all'esaurimento dei rimedi interni

Sentenza della Corte di giustizia del 26 gennaio 2010 in causa n. C-118/08

Transportes Urbanos y Servicios Generale, SAL c. Administración del Estado

(con commento di *Laura Salvi*)

» 45

Sanzioni penali applicate in base al diritto nazionale per violazioni non previste dal diritto comunitario

Sentenza della Corte di giustizia del 24 giugno 2010 in causa n. C-375/08

Procedimento penale a carico di *Luigi Pontini e altri*
(con commento di *Fausto Capelli*)

» 73

II. MASSIMARIO ANNOTATO

(a cura di *Enrica Adobati*)

La Corte di giustizia si pronuncia sulla tutela della riservatezza delle comunicazioni tra clienti e avvocati interni all'azienda

Sentenza della Corte di giustizia del 14 settembre 2010 in causa n. C-550/07 P

Akzo Nobel Chemicals Ltd c. Commissione europea

» 85

Possibilità di utilizzo della pubblicità comparativa

Sentenza della Corte di giustizia del 18 novembre 2010 in causa n. C-159/09

LIDL SNC c. Vierzon Distribution SA

» 87

La Corte di giustizia precisa la nozione di «esperienza professionale» ai sensi della direttiva n. 89/48/Cee

Sentenza della Corte di giustizia del 2 dicembre 2010 in cause riunite n. C-422/09, n. C-425/09 e n. C-426/09

Vassiliki Stylianou Vandorou (C-422/09), Vassilios Alexandrou Giankoulis (C-425/09), Ioannis Georgiou Askoxilakis (C-426/09) c. Ypourgos Ethnikis Paideias kai Thriskevmaton

Pag. 89

La Corte di giustizia ritorna sul problema dell'esercizio della professione di avvocato e su quello del riconoscimento dei diplomi

Sentenza della Corte di giustizia del 2 dicembre 2010 in causa n. C-225/09

Edyta Joanna Jakubowska c. Alessandro Maneggia

» 92

Sentenza della Corte di giustizia del 22 dicembre 2010 in causa n. C-118/09

Robert Koller

» 92

Sentenza della Corte di giustizia del 3 febbraio 2011 in causa n. C-359/09

Donat Cornelius Ebert c. Budapesti Ügyvédi Kamara

» 93

Riservare l'accesso ai locali che forniscono stupefacenti soltanto ai cittadini olandesi residenti non costituisce una violazione del diritto comunitario

Sentenza della Corte di giustizia del 16 dicembre 2010 in causa n. C-137/09

Marc Michel Josemans c. Burgemeester van Maastricht

» 97

In Grecia l'esenzione dall'imposta sulle cessioni in occasione del primo acquisto di un bene immobile deve essere riconosciuta anche ai cittadini di altri Stati membri

Sentenza della Corte di giustizia del 20 gennaio 2011 in causa n. C-155/09

Commissione europea c. Repubblica Ellenica

» 100

Ripartizione delle spese concernenti l'audizione di un teste in un altro Stato membro: il Paese richiedente non deve sostenere alcuna spesa

Sentenza della Corte di giustizia del 17 febbraio 2011 in causa n. C-283/09

Artur Weryński c. Mediatel 4B spółka z o.o.

» 102

La Corte di giustizia interpreta la direttiva n. 2004/113/Ce e statuisce che non si deve considerare il sesso dell'assicurato quale fattore di rischio nei contratti di assicurazione sulla vita

Sentenza della Corte di giustizia del 1° marzo 2011 in causa n. C-236/09

Association belge des Consommateurs Test-Achats ASBL, Yann van Vugt e Charles Basselier c. Conseil des ministres

Pag. 103

GIURISPRUDENZA ITALIANA E STRANIERA

La Corte di cassazione a Sezioni Unite si pronuncia sul foro competente a decidere le controversie in materia di compravendita di beni tra operatori di Stati membri diversi

Ordinanza della Corte di cassazione, Sezioni Unite civili, del 7 aprile 2009-5 ottobre 2009 n. 21191

Kaufland Warenhandel GmbH & Co. KG S.A.S. c. Cirio del Monte Italia s.p.a. in amministrazione straordinaria
(con commento di *Enrica Adobati*)

» 105

ATTI DELLE ISTITUZIONI EUROPEE

Accordi e pratiche concordate tra imprese restrittivi della concorrenza

Regolamento (Ue) n. 330/2010 della Commissione del 20 aprile 2010 relativo all'applicazione dell'art. 101, par. 3, del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea a categorie di accordi verticali e pratiche concordate

(con commento di *Gian Franco Simonini*)

» 117

DOCUMENTAZIONE

Il regime di tutela dei diritti di proprietà industriale nel sistema andino

Decision 486 - Régimen Común sobre Propiedad Industrial
(con commento di *Massimo Francesco Orzan*)

» 151

RECENSIONI

Ivo Van Bael & Jean-François Bellis, Competition Law of the European Community (*Fausto Capelli*) Pag. 199

Massimo Fragola, Il Trattato di Lisbona, che modifica il Trattato sull'Unione europea e il Trattato della Comunità europea. Versione ragionata e sistematica per una consultazione coordinata degli articoli alla luce dei Protocolli e delle Dichiarazioni (*Antonio Enrico Buonocore*) » 200

Hanno collaborato a questo numero » 203

Per facilitare la conoscenza della giurisprudenza comunitaria, la Corte di giustizia dell'Unione europea pubblica la

**RACCOLTA DELLA GIURISPRUDENZA DELLA CORTE DI GIUSTIZIA
E DEL TRIBUNALE DI PRIMO GRADO**

- La *Raccolta della giurisprudenza*, pubblicata nelle lingue ufficiali delle Comunità, è l'unica fonte autentica da cui possa citarsi la giurisprudenza della Corte e del Tribunale di primo grado.
- L'ultimo fascicolo annuale della Raccolta contiene l'indice cronologico delle decisioni pubblicate, l'indice delle cause per ordine numerico, l'indice alfabetico delle parti, l'indice degli articoli citati, l'indice alfabetico delle materie e, dal 1991, un nuovo indice analitico che contiene tutte le massime, accompagnate dalle corrispondenti serie di parole chiave, compilate per le decisioni pubblicate.

Gli ordini vanno indirizzati a www.bookshop.europa.eu.

La pubblicazione sopra indicata è posta in vendita in Italia dall'Ufficio delle pubblicazioni dell'Unione europea, L-2985 Lussemburgo, presso la

LICOSA Spa - Libreria Commissionaria Sansoni
Ufficio Organismi Internazionali
Via Duca di Calabria 1/1 - I-50125 FIRENZE
Tel.: centr. 055/64831 - Telefax 055/641257
www.licosa.com

La Corte di giustizia pubblica altresì la

BIBLIOGRAFIA GIURIDICA DELL'INTEGRAZIONE EUROPEA

- Pubblicazione annuale basata sulle acquisizioni di opere monografiche e sullo spoglio dei periodici durante l'anno di riferimento nel campo del diritto comunitario. A partire dall'edizione 1990 la bibliografia è divenuta una pubblicazione ufficiale delle Comunità europee. Essa contiene circa 6.000 riferimenti bibliografici, reperibili mediante indici analitici e mediante l'indice degli autori.
- È disponibile la pubblicazione *Bibliographie juridique de l'intégration européenne 2009*, in due volumi, pubblicata nel 2010.

Gli ordini vanno indirizzati a www.bookshop.europa.eu.

*Per ogni informazione, rivolgersi alla Corte di giustizia dell'Unione europea,
Divisione ricerca e documentazione, L-2925 LUSSEMBURGO.*

ARTICOLI

SIGNIFICATIVE APERTURE GIURISPRUDENZIALI NEI CONFRONTI DELLA CEDU: MA «IL FINE NON GIUSTIFICA I MEZZI»

Sommario: 1. *Premessa: dalle sentenze nn. 348-349/2007 della Corte costituzionale alle pronunce n. 1220/2010 del Consiglio di Stato e n. 11984/2010 del Tar Lazio* - 2. *Verso una nuova collocazione della CEDU nella gerarchia delle fonti dell'ordinamento giuridico italiano?* - 3. *Le non condivisibili argomentazioni svolte dai giudici amministrativi a sostegno della loro impostazione* - 4. *La vexata quaestio concernente la possibilità di riconoscere un'efficacia diretta alla norme contenute nella CEDU* - 4.1 *Segue: ... e l'irrisolto problema relativo alla invocabilità dei c.d. "controlimiti" da parte degli Stati firmatari della Convenzione europea* - 5. *Conclusioni. Maturi i tempi per "cambiar rotta" in materia di tutela dei diritti fondamentali dell'uomo.*

1. Premessa: dalle sentenze nn. 348-349/2007 della Corte costituzionale alle pronunce n. 1220/2010 del Consiglio di Stato e n. 11984/2010 del Tar Lazio

Il 24 ottobre 2007, con due importanti e assai discusse sentenze, la n. 348 e la n. 349¹, la Corte costituzionale italiana sembrava aver risolto defini-

¹ Sulle quali sia consentito rinviare, anche solo a fini bibliografici, 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 C. SALAZAR - A. SPADARO (a cura di), *Riflessioni sulle sentenze 348 e 349 del 2007 della Corte costituzionale* (Atti del seminario svoltosi a Reggio Calabria il 12 marzo 2008), Milano, Giuffrè, 2009, p. 103 ss. Cfr., inoltre, in *Dir. um. e dir. internaz.*, fasc. n. 2/2008, p. 291 ss., i lavori di S. BARTOLE, *Integrazione e separazione della tutela costituzionale e internazionale dei diritti umani*; L. CONDORELLI, *La Corte costituzionale e l'adattamento dell'ordinamento italiano alla CEDU o a qualsiasi obbligo internazionale?*; P. CARETTI, *Le norme della Convenzione europea dei diritti umani come norme interposte nel giudizio di legittimità costituzionale delle leggi: problemi aperti e prospettive*; G. CATALDI, *Convenzione europea dei diritti umani e ordinamento italiano. Una storia infinita?*; e M. L. PADELLETTI, *L'esecuzione delle sentenze della Corte europea dei diritti umani tra obblighi internazionali e rispetto delle norme costituzionali*. Ma, anche F. SORRENTINO, *Apologia delle "sentenze gemelle"* (Brevi note a margine delle sentenze nn. 348 e 349/2007 della Corte costituzionale), in *Dir. soc.*, 2009, p. 213 ss.; I. CARLOTTO, *I giudici comuni e gli obblighi interna-*

tivamente l'annosa questione concernente, da un lato, il rapporto tra norme (anche apicali) dell'ordinamento giuridico italiano e disposizioni della CEDU², e, dall'altro, le modalità concrete con cui quest'ultima debba estendere i propri effetti nel diritto nazionale³.

Dopo un'ampia ed articolata premessa ricostruttiva, la Consulta rilevava, sotto il primo profilo, che la Convenzione europea dei diritti dell'uomo si trova parificata, quanto a valore giuridico e collocazione nella gerarchia delle fonti italiane, a qualsiasi altro trattato di diritto internazionale, le cui norme sono prive di supremazia assoluta sulle disposizioni nazionali⁴ e, quantunque

zionali dopo le sentenze n. 348 e n. 349 del 2007 della Corte costituzionale: un'analisi sul seguito giurisprudenziale, in www.associazionedeicostituzionalisti.it; L. MONTANARI, *Il sistema integrato delle fonti: analisi e prospettive in relazione all'ordinamento italiano dopo l'intervento della Corte costituzionale con le sentenze 348 e 349 del 2007*, in <http://appinter.csm.it/incontri/relaz/18201.pdf>.

² Affrontano il delicato, ed irrisolto, problema del rapporto tra fonti, P. PERLINGIERI, *Leale collaborazione tra Corte costituzionale e Corti europee. Per un unitario sistema ordinamentale*, Quaderni della rivista *Rassegna di diritto pubblico europeo*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 2008; F. SALERNO, *La garanzia costituzionale della convenzione europea dei diritti dell'uomo*, in *Riv. dir. int.*, 2010, p. 637 ss.; 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, 2009, p. 437 ss.; E. GIANFRANCESCO, *Incroci pericolosi: CEDU, Carta dei diritti fondamentali e Costituzione italiana tra Corte costituzionale, Corte di Giustizia e Corte di Strasburgo*, in www.rivistaaic.it, p. 1 ss.; O. POLLICINO, *Corti europee e allargamento dell'Europa: evoluzioni giurisprudenziali e riflessi ordinamentali*, in *Dir. Un. Eur.*, 2009, p. 1 ss.; T. GIOVANNETTI, *L'Europa dei diritti. La funzione giurisdizionale nell'integrazione comunitaria*, Torino, Giappichelli, 2009; V. SCARABBA, *Tra fonti e corti. Diritti e principi fondamentali in Europa: profili costituzionali e comparati degli sviluppi sovranazionali*, Padova, Cedam, 2008; G. BRONZINI, *I diritti fondamentali nell'ordinamento integrato. Il ruolo della Corte di giustizia in Europa*, in www.europeanrights.eu; F. AMATO, *Dalla globalizzazione dell'economia alla globalizzazione delle tutele*, in www.appinter.csm.it/incontri/relaz/12746.pdf; A. BULTRINI, *I rapporti fra Carta dei diritti fondamentali e Convenzione europea dei diritti dell'uomo dopo Lisbona: potenzialità straordinarie per lo sviluppo della tutela dei diritti umani in Europa*, in *Dir. Un. Eur.*, 2009, p. 706 ss.; AA. VV. (a cura di G. BISOGNI - G. BRONZINI - V. PICCONE), *La Carta dei diritti dell'Unione europea. Casi e materiali*, Taranto, Chimienti, 2009; A. BONOMI, *Il "limite" degli obblighi internazionali nel sistema delle fonti*, Torino, Giappichelli, 2008; F. IUSI, *Il dialogo tra le due Corti europee*, in *Civitas Europa*, 2008, p. 263 ss.; S. VALAGUZZA, *Riflessioni sul primato attenuato del diritto CEDU e sui suoi possibili sviluppi: prospettive interpretative per il giudizio amministrativo*, in *Riv. it. dir. pubbl. comun.*, 2008, p. 1375 ss.; S. FILIPPI, *Immissioni intollerabili e risarcimento del danno non patrimoniale all'indomani della "comunitarizzazione" dei principi Cedu*, in *Resp. civ.*, 2010, p. 292 ss.; M. M. MUTARELLI, *Il ruolo potenziale dei diritti sociali fondamentali nel Trattato costituzionale dell'Unione Europea*, in aei.pitt.edu/13692/01/mutarelli_n54-2007int.pdf; A. ANDRIOPOULOU, *La Carta di Nizza del 2007. Le disposizioni che disciplinano l'interpretazione e l'applicazione della Carta*, in www.cittamobile.it; M. P. LARNÉ, *La protezione dei diritti umani: disposizioni costituzionali, trattati internazionali e giudizi di costituzionalità. Una prospettiva comparata fra ordinamenti europei e latinoamericani*, Livorno, Mediaprint, 2010; G. MARTINICO, *L'integrazione silente. La funzione interpretativa della Corte di giustizia e il diritto costituzionale europeo*, Napoli, Jovene, 2009; V. PICCONE, *I giudici e l'interpretazione fra diritto interno e diritto sovranazionale*, in *Quest. giust.*, 2010, p. 58 ss.; C. SALAZAR, *Corte costituzionale, Corte europea dei diritti dell'uomo, giudici: "affinità elettive" o "relazioni pericolose"?*, in C. SALAZAR - A. SPADARO (a cura di), *Riflessioni sulle sentenze 348 e 349, cit. supra*, nota 1, p. 49 ss.

³ Cfr. L. TOMASI - R. CAFARI PANICO, *Il futuro della CEDU tra giurisprudenza costituzionale e diritto dell'Unione*, in *Riv. it. dir. pubbl. comp.*, 2008, p. 186 ss.; U. VILLANI, *I rapporti tra la Convenzione europea dei diritti dell'uomo e la Costituzione nelle sentenze della Corte costituzionale del 24 ottobre 2007*, in *I Diritti dell'uomo: cronache e battaglie*, 2007, p. 46 ss.

⁴ Sull'annoso tema, relativo al valore da riconoscere alle norme della CEDU, si rinvia, tra i molti, a R. BIN - G. BRUNELLI - A. PUGIOTTO - P. VERONESI (a cura di), *All'incrocio tra Costitu-*

integrino «il parametro costituzionale», non possono essere considerate «immuni dal controllo di legittimità costituzionale», risultando comunque «necessario che esse siano conformi a Costituzione»⁵; e stabiliva, con riferimento al secondo, che, dovendosi attribuire alla CEDU la natura di «trattato internazionale multilaterale (...) da cui derivano "obblighi" per gli Stati contraenti, ma non l'incorporazione (...) in un sistema più vasto, dai cui organi deliberativi possano promanare norme vincolanti, omisso medio, per tutte le autorità interne degli Stati membri», va esclusa categoricamente la possibilità per il giudice comune di procedere «egli stesso a disapplicare la norma interna asseritamente non compatibile»⁶, e considerata, invece, ineludibile la necessità di interpretare quest'ultima «in modo conforme alla disposizione internazionale, entro i limiti nei quali ciò sia permesso dai testi delle norme»⁷.

Si era già rilevato altrove la debolezza di un siffatto orientamento, che, per un verso, riconosceva una primazia pressoché assoluta alle norme comunitarie (con il solo limite del c.d. "nucleo duro" della Costituzione⁸), esclu-

zione e Cedu. Il rango delle norme della Convenzione e l'efficacia interna delle sentenze di Strasburgo, Torino, Giappichelli, 2007; R. QUADRI, *Diritto internazionale pubblico*, Napoli, Liguori, 1968, p. 79; U. VILLANI, *Sul valore della Convenzione europea dei diritti dell'uomo nell'ordinamento italiano*, in AA. VV., *Studi in onore di Umberto Lanza*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2008, p. 7 ss.; e G. MELIS, *Vincoli internazionali e norme tributarie interne*, in www.judicium.it.

⁵ Così nel par. 4.7 della sentenza n. 348/2007.

⁶ Così nel par. 6.1 della decisione n. 349/2007, ove la Consulta chiarisce, inoltre, che «allo stato, nessun elemento relativo alla struttura e agli obiettivi della CEDU ovvero ai caratteri di determinate norme consente di ritenere che la posizione giuridica dei singoli possa esserne direttamente e immediatamente tributaria, indipendentemente dal tradizionale diaframma normativo dei rispettivi Stati di appartenenza, fino al punto da consentire al giudice la non applicazione della norma interna confliggente». Eppure, come ha evidenziato S. MIRATE, *Indennità di esproprio e risarcimento da occupazione acquisitiva: la Corte costituzionale inaugura il giudizio di "convenzionalità" ex art. 117 Cost.*, in *Resp. civ. e prev.*, 2008, p. 74, è difficile negare che la Convenzione europea dei diritti dell'uomo sia «un trattato *sui generis*, la cui funzione non si risolve nella mera proclamazione dei diritti (...) La Convenzione è un trattato assistito dal carattere di "giustiziabilità" dei diritti e delle libertà in esso proclamati». B. RANDAZZO, *Giudici comuni e Corte europea dei diritti*, in www.associazionedeicostituzionalisti.it, ricorda che «sull'impegno, che gli Stati si sono assunti, ex art. 46, §1, di conformarsi alle sentenze definitive della Corte vigila il Comitato dei Ministri (...) (art. 46, §2) (...): si tratta di un elemento veramente originale che non si riscontra in altri ambiti, ed in particolare in quello comunitario». Sul tema si rinvia a J. F. FLAUSS, *Faut-il transformer la Cour européenne des droits de l'homme en juridiction constitutionnelle?*, in *Le Dalloz*, 2003, n. 25, p. 1638 ss. Si consideri, peraltro, che, al fine di rafforzare ulteriormente le garanzie circa il rispetto dei diritti proclamati nella CEDU, l'art. 39 del regolamento della Corte di Strasburgo prevede addirittura la possibilità che questa autorità giudiziaria emetta un provvedimento cautelare che sospenda l'efficacia di una decisione nazionale dalle conseguenze irreparabili. Cfr. U. DRAETTA - M. FUMAGALLI MERAVIGLIA, *Il diritto delle organizzazioni internazionali. Parte speciale*, Milano, Giuffrè, 2005, p. 292 ss.

⁷ Così nel par. 6.2 della sentenza 349/2007.

⁸ Tesi mai accolta dai giudici dell'Unione europea, per i quali le norme in questione godono di una natura addirittura "sovra-costituzionale". Cfr. l'ordinanza del 22 giugno 1965 in causa n. 9/65, *Acciaierie San Michele*, in *Raccolta*, 1965, p. 31, *passim*; e le sentenze del 13 luglio 1972 in causa n. 48/71, *Commissione c. Italia*, in *Raccolta*, 1972, p. 529, punti 7-9 e in questa *Rivista*, 1972, p. 427; dell'8 ottobre 1986 in causa n. 234/85, *Keller*, in *Raccolta*, 1986, p. 2897, punto 7; del 21 maggio 1987 in causa n. 249/85, *Albako*, in *Raccolta*, 1987, p. 2345, punto 14; del 17 ottobre 1989 in cause riunite da n. 97/87 a n. 99/87, *Dow Chemical Ibérica*, in *Raccolta*, 1989, p. 3165, punto 38; del 2 luglio 1996 in causa n. C-473/93, *Commissione c. Granducato del Lussemburgo*,

dendola invece proprio per una fonte, come la CEDU⁹, considerata da sempre un limite interpretativo e applicativo, proprio per il diritto derivato¹⁰ e per le norme dei Trattati europei¹¹ (e perfino per le deroghe stesse che questi ultimi

in *Raccolta*, 1996, I, p. 3207, punto 38 e annotata in questa *Rivista*, 1996, p. 588; ed in particolare, del 17 dicembre 1970 in causa n. 11/70, *Internationale Handelsgesellschaft*, in *Raccolta*, 1970, p. 1125, punto 3 («il fatto che siano menomati vuoi i diritti fondamentali sanciti dalla Costituzione di uno Stato membro, vuoi i principi di una Costituzione nazionale, non può sminuire la validità di un atto della Comunità, né la sua efficacia nel territorio dello stesso Stato») (la sentenza è pubblicata anche in questa *Rivista*, 1970, p. 508); del 13 dicembre 1979 in causa n. 44/79, *Hauer*, in *Raccolta*, 1979, p. 3727, punto 14 («eventuali questioni relative alla violazione di diritti fondamentali mediante atti emanati dalle istituzioni della Comunità possono essere valutate unicamente alla stregua del diritto comunitario. Il richiamo a criteri di valutazione speciali, propri della legislazione o del sistema costituzionale di uno Stato membro, incrinerebbe inevitabilmente l'unità del mercato comune e comprometterebbe la coesione della Comunità, giacché menomerebbe l'unità e l'efficacia del diritto comunitario») (la sentenza è pubblicata anche in questa *Rivista*, 1980, p. 309 con commento di D. RINOLDI, *Comunità europee e diritti dell'uomo*, p. 324 ss.); e, più recentemente, del 2 aprile 2004 in causa n. T-231/02, *Gonnelli e AIFO*, punto 57, in *Raccolta*, 2004, II, p. 1051 («i ricorrenti non possono (...) sostenere nelle loro osservazioni (...) che (...) la Corte costituzionale italiana potrebbe non dare applicazione agli atti comunitari incompatibili con i diritti fondamentali contenuti nella costituzione nazionale, in quanto il diritto comunitario, secondo una giurisprudenza consolidata, prevale sul diritto nazionale»); del 7 settembre 2006 in causa n. C-81/05, *Anacleto Cordero Alonso*, in *Raccolta*, 2006, I, p. 7569, par. 41 («tenuto conto del fatto che il principio generale di uguaglianza e di non discriminazione è un principio del diritto comunitario, gli Stati membri sono vincolati da tale principio quale interpretato dalla Corte. Ciò vale altresì quando la normativa nazionale di cui trattasi, secondo la giurisprudenza costituzionale dello Stato membro interessato, è conforme a un diritto fondamentale analogo riconosciuto dall'ordinamento giuridico nazionale»); e dell'8 settembre 2010 in causa n. C-409/06, *Winner Wetten*, inedita in *Raccolta*, reperibile sul sito internet www.curia.europa.eu, par. 61 («è (...) inammissibile che norme di diritto nazionale, quando anche di rango costituzionale, possano menomare l'unità e l'efficacia del diritto dell'Unione»).

⁹ Sul punto, vedasi R. CONTI, *La Corte costituzionale viaggia verso i diritti CEDU: prima fermata verso Strasburgo*, in *Corr. giur.*, 2008, p. 211.

¹⁰ Cfr., tra le tante, le sentenze della Corte di giustizia del 4 marzo 2010 in causa n. C-578/08, *Rhimou Chakroun*, inedita in *Raccolta*, reperibile sul sito internet www.curia.europa.eu, par. 44 (nella quale si evidenzia che, in tema di ricongiungimento familiare, le disposizioni della direttiva disciplinanti la materia «devono essere interpretate alla luce dei diritti fondamentali e, più particolarmente, del diritto al rispetto della vita familiare sancito sia dalla CEDU sia dalla Carta») e del 3 settembre 2008 in cause riunite n. C-402/05 P e n. C-415/05 P, *Kadi e Al Barakaat*, in *Raccolta*, 2008, I, p. 6351, punto 284 (in cui si dà atto che «emerge (...) dalla giurisprudenza della Corte che il rispetto dei diritti dell'uomo rappresenta una condizione di legittimità degli atti comunitari e che nella Comunità non possono essere consentite misure incompatibili con il rispetto di questi ultimi»).

¹¹ Basti considerare quanto previsto nella sentenza dell'11 luglio 2002 in causa n. C-60/00, *Carpenter*, in *Raccolta*, 2002, I, p. 6279, par. 46 e annotata in questa *Rivista*, 2002, p. 528, nella quale, risolvendo un caso riguardante l'ambito di applicazione dell'art. 49 del Trattato, in particolare rispetto all'art. 8 della Convenzione del '50, la Corte di giustizia ha osservato che la disposizione CE va interpretata «alla luce del diritto fondamentale al rispetto della vita familiare» tutelato nella richiamata disposizione della CEDU. Per un'attenta analisi della pronuncia in parola, cfr., S. ACIERNO, *La sentenza Carpenter: i diritti fondamentali e limiti dell'ordinamento comunitario*, in *Dir. Un. Eur.*, 2002, p. 653 ss. Si rimanda, inoltre, alle sentenze della Corte di giustizia del 12 giugno 2003 in causa n. C-112/00, *Schmidberger*, in *Raccolta*, 2003, I, p. 5659, punto 74 (rispetto alla quale A. ARLOTTA, *I diritti della persona all'inizio del nuovo millennio: l'entrata in vigore del Trattato di Lisbona*, in www.mondogiuridico.com, ha immaginato «che l'effetto utile possa determinare anche un'immediata disapplicazione del diritto nazionale in contrasto con la CEDU») (la sentenza è annotata in questa *Rivista*, 2003, p. 558); del 18 dicembre 2007 in causa n. C-341/05, *Laval un Partneri Ltd*, inedita in *Raccolta*, reperibile sul sito internet www.curia.europa.eu, punti 93 e 94; e del 14 ottobre 2004 in causa n. C-36/02, *Omega*, in *Raccolta*, 2004, I, p. 9609; punto 35, in *Corr. giur.*, n. 4/2005, con nota di R. CONTI, *La dignità umana dinanzi alla Corte di Giustizia*, e annotata in questa *Rivista*, 2005, p. 87. Cfr., infine, E. PELLECCIA, *Il caso Omega: la dignità umana e il delicato rapporto tra diritti fondamentali e libertà (economiche)*

accordano agli Stati membri¹²) – e destinata a divenire presto anche un vero e proprio obbligo giuridicamente vincolante per tutte le istituzioni e gli organi dell'Unione¹³ – mentre, per un altro, negava, genericamente ed in modo categorico, alle norme scolpite nella Convenzione il potere di comportare effetti disapplicativi rispetto alle fonti nazionali¹⁴.

Il contenuto delle pronunce costituzionali, ribadito in diverse occasioni dal giudice delle leggi¹⁵ (a volte in modo rigido o fuorviante¹⁶, altre volte sci-

fondamentali nel diritto comunitario, in *Eur. e dir. priv.*, 2007, p. 181 ss. e G. PALMERI, *Spunti di riflessione su libera circolazione delle merci e diritti fondamentali a partire dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia*, in *Contr. e impr./Europa*, 2007, p. 774 ss.

¹² Servirà ricordare che, nei punti 43-45 della sentenza del 18 giugno 1991 in causa n. C-260/89, *ERT*, in *Raccolta*, 1991, I, p. 2925, la Corte di giustizia ha stabilito che «quando uno Stato membro invoca il combinato disposto degli artt. 56 e 66 per giustificare una normativa idonea a frapporre ostacolo all'esercizio della libera prestazione dei servizi, questa giustificazione (...) deve essere interpretata alla luce dei principi generali del diritto e, in particolare, dei diritti fondamentali (...) ivi compresa la libertà di espressione, sancita dall'art. 10 della CEDU».

¹³ Considerandola un complesso normativo destinato a dover prestare ossequio a tutte le norme costituzionali italiane, la Consulta attribuisce, in altre parole, alla Convenzione europea un valore sub-costituzionale (perfino meno rilevante, cioè, di quello riconosciuto alle fonti del diritto dell'Unione). Eppure, secondo alcuni autorevoli studiosi, i diritti dell'uomo, in quanto parte integrante dei principi generali dell'ordinamento comunitario, «assumono un rango equivalente alle norme del Trattato Ce (diritto comunitario "primario")». Così T. BALLARINO, *Diritti fondamentali (Diritto dell'Unione europea)*, in www.internet-law-digest.org. Conclusioni analoghe propone, già da tempo, G. GAJA, *Introduzione al diritto comunitario*, Roma-Bari, Laterza, 2007, p. 106.

¹⁴ Secondo A. ARLOTTA, *I diritti della persona all'inizio del nuovo millennio*, cit. *supra*, nota 11, «non v'è chi non veda come la diretta disapplicazione da parte del giudice nazionale costituisca il rimedio più rispettoso dei principi di "effettività di tutela" e di "giusto processo" (...) sanciti anche nella nostra Costituzione». L'Autore evidenzia che un'impostazione come quella avanzata dalla Consulta pone soprattutto il problema dell'atteggiamento che dovrà assumere una pubblica amministrazione, essendo priva del «potere di sollevare la questione di costituzionalità della norma da applicare», e risultando, malgrado ciò, passibile, almeno teoricamente, di sanzioni per infrazioni a disposizioni della CEDU. Cfr. l'art. 1, comma 1217 ss., della legge 27 dicembre 2006, n. 296 (legge finanziaria del 2007), in base al quale «lo Stato ha (...) diritto di rivalersi sulle regioni, le province autonome di Trento e di Bolzano, gli enti territoriali, gli altri enti pubblici e i soggetti equiparati, i quali si siano resi responsabili di violazioni delle disposizioni della Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali (...) e dei relativi Protocolli addizionali, degli oneri finanziari sostenuti per dare esecuzione alle sentenze di condanna rese dalla Corte europea dei diritti dell'uomo nei confronti dello Stato in conseguenza delle suddette violazioni». Cfr. A. COSSIRI, *Una norma di sistema nella finanziaria? La responsabilità delle autonomie locali per violazione CEDU, secondo la finanziaria 2007*, in R. BIN - G. BRUNELLI - A. PUGIOTTO - P. VERONESI (a cura di), *All'incrocio tra Costituzione e CEDU. Il rango delle norme della Convenzione e l'efficacia interna delle sentenze di Strasburgo. Atti del Seminario (Ferrara, 9 marzo 2007)*, Torino, Giappichelli, 2007, p. 83 ss.

¹⁵ Cfr., tra le tante, le sentenze (consultabili sul sito [internet www.giurcost.org](http://www.giurcost.org)) n. 39 del 27 febbraio 2008; n. 129 del 30 aprile 2008; n. 239 del 24 luglio 2009. Particolarmente significative sono apparse poi le pronunce n. 311 del 26 novembre 2009 e n. 317 del 4 dicembre 2009, commentate da A. RUGGERI, *Conferme e novità di fine anno in tema di rapporti tra diritto interno e CEDU (a prima lettura di Corte cost. nn. 311 e 317 del 2009)*, in www.forumcostituzionale.it, e richiamate da R. DICKMANN, *La legge d'interpretazione autentica viola il diritto al giusto processo di cui all'art. 6 della CEDU?*, in www.federalismi.it, e O. POLLICINO, *Margine di apprezzamento, art. 10, c. 1, Cost. e bilanciamento "bidirezionale": evoluzione o svolta nei rapporti tra diritto interno e diritto convenzionale nelle due decisioni nn. 311 e 317 del 2009 della Corte costituzionale?*, *ivi*. Interessanti sono, anche, le sentenze n. 187 del 28 maggio 2010; n. 196 del 4 giugno 2010; n. 227 del 24 giugno 2010; n. 236 del 7 luglio 2010; n. 265 del 21 luglio 2010; n. 271 del 22 luglio 2010; n. 281 del 23 luglio 2010; ma anche l'ordinanza n. 163 del 6 maggio 2010, e, soprattutto, la sentenza n. 93 del 12 marzo 2010. In quest'ultima, secondo R. CONTI, *Corte costituzionale*

volando in qualche marchiana imprecisione¹⁷), veniva definitivamente accolto anche dal Consiglio di Stato, dalla Suprema Corte¹⁸ e, perfino, dalle Sezioni Unite della Cassazione stessa¹⁹.

zionale e CEDU: qualcosa di nuovo all'orizzonte?, in *Corr. giur.*, 2010, p. 627, «i richiami alle due sentenze appaiono talmente sintetici da (...) lasciare l'impressione che non occorre (...) più riprodurli tanto si sono radicati nella giurisprudenza costituzionale (...) dopo le decisioni del novembre 2009». Un significativo rinvio alla Convenzione europea è rinvenibile, infine, nella sentenza della Corte costituzionale n. 138 del 15 aprile 2010, in materia di unioni tra persone dello stesso sesso, nella quale la Consulta, «prende in esame il contenuto precettivo dell'art. 9 della stessa, affiancandolo a quello dell'art. 12 della CEDU per poi inferirne l'esistenza di un principio comune». Così R. CONTI, *Corte costituzionale e CEDU, loc. cit.*, p. 634.

¹⁶ Si pensi alla decisione n. 39/2008, *cit. supra*, nota 15, la quale ha (incomprendibilmente) esteso il principio secondo cui il giudice nazionale non può procedere alla diretta disapplicazione delle norme nazionali contrastanti con la CEDU anche nel caso in cui si tratti di espungere dall'ordinamento italiano disposizioni statali preesistenti rispetto alla legge di ratifica della Convenzione europea. Per una serrata e condivisibile critica a tale impostazione, che sembra porre la CEDU su un piano addirittura inferiore rispetto a quello in cui vengono solitamente collocate le leggi ordinarie, si rinvia a R. MASTROIANNI, *La sentenza della Corte cost. n. 39 del 2008 in tema di rapporti tra leggi ordinarie e CEDU: anche le leggi cronologicamente precedenti vanno rimosse dalla Corte costituzionale?*, in www.forumcostituzionale.it; nonché a V. SCIARABBA, *Il problema dei rapporti tra (leggi di esecuzione di) vincoli internazionali e leggi precedenti nel quadro della recente giurisprudenza costituzionale*, *ivi*. Propone una lettura favorevole alla posizione della Consulta, invece, E. LAMARQUE, *Il vincolo alle leggi statali e regionali derivante dagli obblighi internazionali nella giurisprudenza comune*, in www.cortecostituzionale.it/informazione/file/lamarque_definitivo_6112009.pdf. Secondo la studiosa, la Corte costituzionale non avrebbe negato né «che le norme pattizie, se dotate di determinate caratteristiche (...), possano attribuire (...), diritti e obblighi in capo ai soggetti», né che esse «abbiano la capacità di abrogare o modificare leggi precedenti nel tempo», ma ha piuttosto «ritenuto che, una volta che il dubbio circa la compatibilità di una legge interna con una norma convenzionale posteriore sia stato rimesso (...) al suo giudizio, la soluzione (...) sia senz'altro di sua competenza», senza escludere la possibilità che un giudice «ritenga la norma interna abrogata, e di conseguenza giudichi la relativa questione di costituzionalità non rilevante».

¹⁷ Nella citata sentenza n. 271 del 2010, redatta da Sabino Cassese, si registra una clamorosa confusione tra CEDU e Carta di Nizza; non si comprende bene se legata alla tralatticia riproposizione di un, altrettanto grave, errore dell'organo giurisdizionale remittente (ma se così fosse, è difficile individuare la ragione per cui la Corte costituzionale non ha ritenuto utile segnalare l'errore commesso dal giudice *a quo*, o, comunque, riportare tra virgolette il testo della ordinanza di remissione – proprio come ha fatto in altri brani della sentenza –). Dopo aver richiamato gli «artt. 10, 11, 39 e 40 della Convenzione europea (...) dei diritti dell'uomo (...), ratificata e resa esecutiva con legge 4 agosto 1955, n. 848 (d'ora in avanti "CEDU")», la Consulta, per ben sette volte (a dimostrazione del fatto che non si tratta di un mero *lapsus calami*), rinvia «agli artt. 10, 11, 39 e 40 della CEDU [recte: della Carta dei Diritti Fondamentali dell'Unione europea], che sanciscono «il diritto di ciascun individuo di manifestare le proprie convinzioni e di godere dell'elettorato attivo e passivo per il Parlamento europeo» (...). Gli articoli a cui la pronuncia intende riferirsi sono, ovviamente, sanciti nella Carta di Nizza, proclamata 50 anni dopo la firma della CEDU!

¹⁸ Si pensi alla sentenza n. 14, della I Sezione Civile, del 3 gennaio 2008, rispetto alla quale si rinvia alle serrate critiche alla sentenza di M. DE STEFANO, *La grave irresponsabilità della Cassazione italiana rispetto alla Corte di Strasburgo*, in www.dirittiuomo.it.

¹⁹ Cfr. la pronuncia delle Sezioni Unite Penali, n. 60 del 31 gennaio 2008, reperibile sul sito www.cortedicassazione.it, ma anche le note sentenze gemelle delle Sezioni Unite Civili, nn. 26972-26975 dell'11 novembre 2008, nelle quali, occupandosi del controverso tema del danno non patrimoniale, di cui all'art. 2059 c.c. i giudici supremi hanno negato «il rango di diritti costituzionalmente protetti» ai «diritti predicati dalla Convenzione europea (...), ratificata con la legge n. 88 (*sic!*) del 1955 (...) poiché la Convenzione (...) non assume, in forza dell'art. 11 Cost., il rango di fonte costituzionale, né può essere parificata, a tali fini, all'efficacia del diritto comunitario nell'ordinamento interno». 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, p. 801 ss. e ID., *Il nuovo volto del danno non patrimoniale ed*

Di tal guisa che, in dottrina, si è giunti a parlare di «atteggiamenti preoccupanti della giurisprudenza italiana»²⁰, tendenti (in modo più o meno consapevole) a ridimensionare fortemente la funzione propria della CEDU (ossia la realizzazione di una uniforme – e particolarmente elevata – tutela dei diritti fondamentali all'interno dei territori europei)²¹; ed evidenziando la fragilità delle argomentazioni proposte dai giudici di unica, e di ultima, istanza²², si è da più parti sottolineato la necessità di abbandonare quella giurisprudenza da tutti (anche dallo stesso redattore della sentenza costituzionale n. 349/2007²³) considerata necessariamente «di transizione»²⁴.

In effetti, è bastato poco per confermare che la presa di posizione della Consulta non aveva affatto chiuso la *querelle*²⁵, ma semmai unicamente disegnato una nuova (e assolutamente transeunte²⁶) fase di un percorso simile a

il "diritto inquieto", in *Nuova Giur. Civ. Comm.*, 2010, p. 81 ss. Di integrazione tra disposizioni costituzionali e «norme della Convenzione europea (art. 6 § 1), quali interpretate dalla Corte di Strasburgo, secondo il procedimento di ingresso nell'ordinamento precisato dalla Corte costituzionale nella sentenza n. 348 del 2007», hanno poi ancor più recentemente parlato le Sezioni Unite (con l'ordinanza n. 6529 del 17 marzo 2010), occupandosi del problema relativo alla legittimità costituzionale della c.d. *autodichia* della Presidenza della Repubblica in materia di rapporti di lavoro. Sull'argomento, si rinvia al brillante lavoro di N. OCCHIOCUPO, *La Corte europea dei diritti dell'uomo dà il suo imprimatur all'autodichia della Camera dei deputati e degli altri organi costituzionali dello Stato italiano*, in *Dir. Un. Eur.*, 2010, p. 397 ss.

²⁰ B. CONFORTI, *Atteggiamenti preoccupanti della giurisprudenza italiana sui rapporti fra diritto interno e trattati internazionali*, in *Dir. um. e dir. intern.*, 2008, p. 581 ss.

²¹ Si noti che nella sentenza n. 129/2008, *cit. supra*, nota 15, la Consulta sembra voler "correggere il tiro" e rivolge «al legislatore un pressante invito ad adottare i provvedimenti ritenuti più idonei, per consentire all'ordinamento di adeguarsi alle sentenze della Corte europea dei diritti dell'uomo che abbiano riscontrato, nei processi penali, violazioni ai principi sanciti dall'art. 6 della CEDU».

²² Per un'ampia panoramica del dibattito dottrinale sul tema, sia consentito rinviare nuovamente ad A. FERRARO, *Recenti sviluppi in tema di tutela dei diritti*, *cit. supra*, nota 1, *passim*.

²³ G. TESAURO, *Costituzione e norme esterne*, in *Dir. Un. Eur.*, 2009, p. 213, ha sottolineato che l'orientamento della Corte costituzionale «va considerato come parte di un percorso e pertanto suscettibile di ulteriori aggiustamenti, com'è normale che sia rispetto ad un tema complesso ed in continua evoluzione, per il quale sono ben poche le soluzioni da considerare definitive». Secondo lo studioso, del resto, «sarebbe velleitario scoprire tutti insieme i nodi di una problematica così complessa; e altrettanto pretendere di scioglierli tutti insieme» (p. 228-229).

²⁴ A. RUGGERI, *La CEDU alla ricerca di una nuova identità, tra prospettiva formale-astratta e prospettiva assiologico-sostanziale d'inquadramento sistematico*, in www.forumcostituzionale.it. Identica è apparsa, immediatamente dopo l'emanazione delle sentenze gemelle del 2007, la visione di G. RAIMONDI, *Il Consiglio d'Europa e la Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, Milano, Giuffrè, 2008, p. 195. L'Autore è dell'avviso che «la questione non sia chiusa e resti nelle mani del giudice comune e quindi in ultima analisi della Corte di cassazione (...) che su questo punto non può dirsi vincolato dalla presa di posizione della Corte costituzionale».

²⁵ Cfr., al riguardo, F. ANGELINI, *L'incidenza della CEDU nell'ordinamento italiano alla luce di due recenti pronunce della Corte costituzionale*, in *Dir. Un. Eur.*, 2008, p. 489; G. GAJA, *Il limite costituzionale del rispetto degli "obblighi internazionali": un parametro definito solo parzialmente*, in *Riv. dir. int.*, 2008, p. 136; U. LEANZA, *Intervento*, in E. SCISO (a cura di), *Il rango interno della Convenzione europea dei diritti dell'uomo secondo la più recente giurisprudenza costituzionale*, Roma, Aracne, 2008, p. 53; E. LAMARQUE, *Il vincolo alle leggi statali e regionali*, *cit. supra*, nota 16; A. RUGGERI, *Ancora in tema di rapporti tra CEDU e Costituzione: profili teorici e questioni pratiche*, in *Pol. dir.*, 2008, p. 443.

²⁶ Del resto, come ha evidenziato A. RUGGERI, *Conferme e novità di fine anno*, *cit. supra*, nota 15, «alcune acquisizioni, specie laddove particolarmente ambiziose, hanno bisogno di tempo prima di giungere a maturazione (...) anzi, la Corte costituzionale sta procedendo, tutto sommato, in

quello tracciatosi (nelle forme di un vero e proprio "braccio di ferro" tra Corte costituzionale italiana e Corte di giustizia dell'Unione europea) in tema di rapporto tra norme nazionali e comunitarie²⁷.

Tuttavia, mentre in quest'ultimo caso sono occorsi molti anni (e un grande dispiego di energie da parte dei giudici di Lussemburgo) per "far comprendere" alla Consulta italiana come fosse opportuno applicare le fonti sovranazionali nell'ordinamento interno, con riferimento alla problematica relazione tra CEDU e disposizioni statali sembrerebbe che una nuova impostazione giurisprudenziale (per ora accolta solo dagli organi giurisdizionali amministrativi) si stia imponendo con una certa rapidità, e "non *ratione imperii*" (ossia in virtù di ripetute prese di posizione della Corte di Strasburgo in materia), "sed *imperio rationis*" (a ragione, cioè, di una, più o meno, avveduta lettura degli scenari politico-giuridici apertisi recentemente in Europa)²⁸.

L'entrata in vigore, il 1° dicembre 2009, del Trattato di Lisbona²⁹, e con

modo spedito lungo la via che porta a riconoscere alla CEDU il posto che le spetta, quale vera e propria Carta "costituzionale" dei diritti, capace di giocarsi (...) la partita alla pari con la Costituzione (ed altri documenti ancora), in vista della propria affermazione e, con essa, dell'appagamento (...) di bisogni elementari dell'uomo, sempre più diffusamente ed intensamente avvertiti».

²⁷ Cfr. M. MELI, *Giudicato interno, ruolo del giudice nazionale ed esecuzione delle sentenze della Corte EDU negli altri paesi aderenti alla Convenzione. L'esperienza spagnola e tedesca*, in appinter.csm.it; R. SESTINI, *Il Trattato di Lisbona ha reso la CEDU direttamente applicabile nell'ordinamento italiano?*, In *margini del Prof. Alfonso Celotto sulla sentenza n. 1220/2010 del Consiglio di Stato*, in www.giustamm.it; e A. FERRARO, *Recenti sviluppi in tema di tutela dei diritti*, *cit. supra*, nota 1, p. 103 ss.

²⁸ Come ha sottolineato O. POLLICINO, *Margini di apprezzamento*, *cit. supra*, nota 15, «ci si può aspettare che la prossima tappa (...) sia quella di ritornare sulle posizioni relative all' (...) inadeguatezza della CEDU ad essere compresa all'interno del raggio di azione dell'art. 11 Cost. (...) Se il fine era quello di sconfessare la prassi di quei giudici comuni che avevano applicato lo stesso trattamento a diritto CEDU e diritto comunitario (...) oggi (...) che (...) quella prassi "soversiva" è stata (...) arginata (...) perché non dare alla CEDU la copertura costituzionale che merita, differenziandola dagli altri accordi internazionali (...) in forza di quella particolarità del meccanismo convenzionale che la stessa Corte costituzionale (...) ha più volte ammesso?».

²⁹ La bibliografia sul Trattato di Lisbona, firmato il 13 dicembre 2007 (e ratificato dall'Italia con la legge n. 130 del 2 agosto 2008) è ormai vastissima. Cfr., *ex multis*, P. BILANCIA - M. E. D'AMICO (a cura di), *La nuova Europa dopo il Trattato di Lisbona*, Milano, Giuffrè, 2009; A. LUCARELLI - A. PATRONI GRIFFI (a cura di), *Dal Trattato costituzionale al Trattato di Lisbona. Nuovi studi sulla Costituzione Europea*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 2009; J. ZILLER, *Il nuovo trattato europeo*, Bologna, Il Mulino, 2007; M. C. BARUFFI, *Profili distintivi del trattato di Lisbona*, in *Guida al lavoro*, 2008, n. 1, p. 27 ss.; L. BATTISTOTTI, *Il Trattato di Lisbona: più efficacia, più trasparenza, più democrazia*, in *Sud in Europa*, 2009, p. 3 ss.; P. BILANCIA, *The Role and the Power of European and National Parliaments in the Dynamics of Integration*, in *Riv. it. dir. pubbl. comun.*, 2009, p. 273 ss.; G. BRONZINI, *Il Trattato di Lisbona: funzionerà il "Compromesso dilatorio"?*, in *Questione Giustizia*, 2008, p. 133 ss.; R. CAFARI PANICO, *Lo spazio di libertà, sicurezza e giustizia nel Trattato di riforma: le disposizioni generali*, in *Sud in Europa*, febbraio 2008, p. 19 ss.; R. CANGELOSI, *L'Europa allargata e la difesa degli equilibri del Trattato costituzionale*, in *La Comunità Internazionale*, 2007, p. 485 ss.; E. CANNIZZARO, *Il sistema delle fonti dell'Unione nel nuovo Trattato di riforma*, in *Sud in Europa*, febbraio 2008, p. 12 ss.; F. CAPELLI, *Riflessioni sul trattato di Lisbona*, in *Bulletin européen*, 2008, n. 694, p. 1 ss.; T. CORTHAUT, *Plus ça change, plus c'est la même chose? A Comparison with the Constitutional Treaty*, in *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, 2008, p. 21 ss.; L. DANIELE, *L'architettura dei due nuovi Trattati e i loro rapporti reciproci*, in *Sud in Europa*, febbraio 2008, p. 7 ss.; M. DE DONATIS, *L'Unione europea secondo la riforma di Lisbona*, in *Sud in Europa*, dicembre 2008, p. 5 ss.; M. DOUGAN, *The Treaty of Lisbon 2007: Winning Minds, not hearts*, *CMLR*, 2008, p. 617 ss.;

esso anche di una serie di disposizioni destinate ad incidere profondamente sull'intero sistema delle fonti vigenti nello "spazio giuridico europeo"³⁰ e a muovere verso il pieno riconoscimento dell'integrazione strutturale tra diritto interno e diritto sovranazionale³¹ (oltre che del primato di quest'ultimo³²), ha consentito di mettere definitivamente in luce la necessità di una complessiva rilettura del rapporto tra norme statali e regole di derivazione europea³³, a

U. DRAETTA, *La membership dell'Unione europea dopo il Trattato di Lisbona*, in *Dir. Un. Eur.*, 2008, p. 469 ss.; IDEM, *I principi democratici dell'Unione Europea nel Trattato di Lisbona*, in *Studi integr. eur.*, 2008, p. 513 ss.; P. KIEVER, *The Treaty of Lisbon, the National Parliaments and the Principle of Subsidiarity*, in *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, 2008, p. 77 ss.; A. MANZELLA, *Verso Lisbona Plus*, in *Quad. Cost.*, 2009, p. 707 ss.; B. NASCIBENE e A. LANG, *Il trattato di Lisbona: l'Unione europea a una svolta?*, in *Corr. giur.*, 2008, p. 137 ss.; M. PANEBIANCO, *L'Unione europea post costituzionale: verso il reform treaty*, in questa Rivista, 2007, p. 601 ss.; P. PASSAGLIA, *Il trattato di Lisbona: qualche passo indietro per andare avanti*, in *Foro it.*, 2008, c. 40 ss.; F. POCAR, *Gli obiettivi dell'Europa nel nuovo trattato: un compromesso tra luci e ombre*, in *Guida al diritto. Diritto comunitario e internazionale*, 2007, p. 8 ss.; P. PONZANO, *Le traité de Lisbonne: l'Europe sort de sa crise institutionnelle*, *RDUE*, 2007, n. 3, p. 569 ss.; L. S. ROSSI, *How Fundamentals Principles? Primacy and Fundamental Rights after Lisbon*, in *Yearbook of European Law*, 2008, p. 65 ss.; D. SIMON (sous la direction de), *Le traité de Lisbonne: oui, non, mais à quoi?*, in *Europe. Actualité du droit communautaire*, 2008, p. 24 ss.; G. TESAURO, *Un testo di revisione stilato a tempo di record che sacrifica partecipazione e valori condivisi*, in *Guida al diritto. Diritto comunitario e internazionale*, 2007, p. 8 ss.; J. ZILLER, *Il trattato modificativo del 2007: sostanza salvata e forma cambiata del trattato costituzionale del 2004*, in *Quad. cost.*, 2007, p. 875 ss.

³⁰ Nell'art. 4, par. 3, del Trattato UE 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. L'Ulisse incatenato e la tela di Penelope*, in *Contr. e impr./Europa*, 2009, p. 617. E. CALZOLAIO, *La violazione del diritto comunitario non è antigiuridica: l'illecito dello Stato al vaglio delle Sezioni Unite*, in *Contr. e impr.*, 2010, p. 99, occupandosi del tema, evidenzia, inoltre, la rilevanza assunta dalla cittadinanza europea «nell'evoluzione concreta dell'integrazione».

³¹ Particolarmente rilevante appare, del resto, il vincolo per gli Stati membri di stabilire «i rimedi giurisdizionali necessari per assicurare una tutela giurisdizionale effettiva nei settori disciplinati dal diritto dell'Unione». 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».

³² 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): «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».

³³ Lo stesso G. TESAURO, *Costituzione e norme esterne*, cit. supra, nota 23, p. 228, ha immaginato che «in futuro lo scenario» tracciato *ex cathedra* dalla Corte costituzionale possa «essere

fortiori nel delicato settore dei diritti fondamentali dell'uomo³⁴.

disegnato in modo diverso, specie in relazione all'ipotesi di una adesione dell'Unione alla Convenzione, prefigurata dal Trattato di Lisbona (...).» E S. FAGA, *Ancora sul rapporto tra diritto interno e Cedu: una "contaminazione virtuosa" delle due prospettive*, in *Giur. it.*, 2010, p. 1784, ha evidenziato che «Lisbona "deterà" alla Corte il seguito del capitolo cominciato con le sentenze nn. 348 e 349/2007». Sul tema, si rinvia a F. SORRENTINO, *I diritti fondamentali in Europa dopo Lisbona (considerazioni preliminari)*, in *Corr. giur.*, 2010, p. 145 ss.; ed U. DE SIERVO, *Costituzionalismo e diritto costituzionale negli Stati integrati d'Europa. Una introduzione generale*, in *Astrid Rassegna* di martedì 12 maggio 2009, n. 92 (anno 5, numero 9). Cfr., inoltre, M. C. BARUFFI, *I diritti fondamentali nel Trattato di Lisbona*, in *Sud in Europa*, 2008, p. 26 ss.; ID., *I diritti sociali nell'Unione Europea dopo il Trattato di Lisbona*, in *Guida al Lavoro*, 2010, n. 5, p. 44 ss.; M. G. BERNARDINI, *L'Europa dopo Lisbona: cosa cambia*, in www.federalismi.it; B. CARUSO, *I diritti sociali fondamentali dopo il Trattato di Lisbona (tanto tuonò che piovve)*, in www.lex.unict.it/eurolabor/ricerca/wp/int/caruso_n81-2010int.pdf; S. CATALANO, *Trattato di Lisbona e "adesione" alla CEDU: brevi riflessioni sulle problematiche comunitarie e interne*, in P. BILANCIA - M. E. D'AMICO (a cura di), *La nuova Europa dopo il Trattato di Lisbona*, cit. *supra*, nota 29, p. 233 ss.; P. SANDRO, *Alcune aporie e un mutamento di paradigma nel nuovo articolo 6 del Trattato sull'Unione europea*, in *Riv. it. dir. pubbl. comun.*, 2009, p. 907 ss.; L. DANIELE, *La protezione dei diritti fondamentali nell'Unione europea dopo il Trattato di Lisbona: un quadro d'insieme*, in *Dir. Un. Eur.*, 2009, p. 645 ss.; N. PARISI, *Funzione e ruolo della Carta dei diritti fondamentali nel sistema delle fonti alla luce del Trattato di Lisbona*, *ivi*, p. 653 ss.; A. GIANELLI, *L'adesione dell'Unione europea alla CEDU secondo il Trattato di Lisbona*, *ivi*, p. 678 ss.; A. BULTRINI, *I rapporti tra Carta dei diritti fondamentali*, cit. *supra*, nota 2, p. 700 ss.

³⁴ Servirà ricordare che, se già nel Preambolo della versione consolidata del Trattato sull'Unione europea viene evidenziato il legame dei Paesi membri «alle eredità culturali, religiose e umanistiche dell'Europa, da cui si sono sviluppati i valori universali dei diritti inviolabili e inalienabili della persona, della libertà, della democrazia, dell'uguaglianza e dello Stato di diritto», e confermato l'attaccamento degli Stati «ai diritti sociali fondamentali quali definiti nella Carta sociale europea firmata a Torino il 18 ottobre 1961 e nella Carta comunitaria dei diritti sociali fondamentali dei lavoratori del 1989», nell'art. 2 del medesimo Trattato è possibile leggere, tra l'altro, che «l'Unione si fonda sui valori del 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 (...)». La previsione generale di quest'ultima disposizione trova conferma nell'art. 3 TUE (ove vengono indicati complessivamente gli obiettivi dell'Unione europea), ed una sua più concreta e cogente formulazione nell'art. 6 TUE (cfr. P. SANDRO, *Alcune aporie e un mutamento di paradigma*, cit. *supra*, nota 33, p. 855 ss.), dal quale è possibile desumere che «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. Le disposizioni della Carta non estendono in alcun modo le competenze dell'Unione definite nei trattati. I diritti, le libertà e i principi della Carta sono interpretati in conformità delle disposizioni generali del titolo VII della Carta (...) e tenendo in debito conto le spiegazioni cui si fa riferimento nella Carta, che indicano le fonti di tali disposizioni. 2. L'Unione aderisce alla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali. Tale adesione non modifica le competenze dell'Unione definite nei trattati. 3. I diritti fondamentali, garantiti dalla Convenzione europea (...) e risultanti dalle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri, fanno parte del diritto dell'Unione in quanto principi generali». Confermata, nell'art. 7 TUE, la volontà di prevenire e, all'occorrenza, sanzionare le violazioni gravi da parte degli Stati membri di uno dei valori di cui all'art. 2 TUE, gli Stati membri si preoccupano di chiarire, nell'art. 21 TUE, che «l'azione dell'Unione sulla scena internazionale si fonda sui principi che ne hanno informato la creazione, lo sviluppo e l'allargamento e che essa si prefigge di promuovere nel resto del mondo: democrazia, Stato di diritto, universalità e indivisibilità dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, rispetto della dignità umana, principi di uguaglianza e di solidarietà e rispetto dei principi della Carta delle Nazioni Unite e del diritto internazionale» e che l'Unione «opera per assicurare un elevato livello di cooperazione in tutti i settori delle relazioni internazionali al fine di: a. salvaguardare i suoi valori (...); b. consolidare e sostenere la democrazia, lo Stato di diritto, i diritti dell'uomo e i principi del diritto internazionale»; e «nell'elaborazione e attuazione dell'azione esterna (...) rispetta i principi e persegue gli obiettivi di cui ai par. 1 e 2». Molto interessanti appaiono, inoltre, il Protocollo n. 8, «Relativo all'articolo 6, paragrafo 2 del trattato sull'Unione Europea sull'adesione dell'unione alla convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali», ed il Protocollo n. 24,

Coscienti di tutto ciò sono apparse, tra le prime, la IV Sezione del Consiglio di Stato e la II Sezione *bis* del Tar Lazio, le quali, rispettivamente, con la sentenza n. 1220 del 2 marzo 2010 e la pronuncia n. 11984 del 18 maggio 2010³⁵, hanno tentato di riassegnare alla CEDU la giusta collocazione nella

«Sull'asilo per i cittadini degli Stati membri dell'Unione europea»; ma anche le «Dichiarazioni relative a disposizioni dei trattati», ed in particolare la Dichiarazione n. 1, Relativa alla Carta di Nizza; la Dichiarazione n. 2, relativa all'art. 6, par. 2, del Trattato sull'Unione europea; nonché alcune «Dichiarazioni degli Stati membri», come la n. 53, della Repubblica ceca, sulla Carta di Nizza; le nn. 61 e 62, della Repubblica di Polonia, relative rispettivamente «alla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea» e al «protocollo sull'applicazione della carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea alla Polonia e al Regno Unito». Il Protocollo richiamato da quest'ultima Dichiarazione è il n. 30 («Sull'applicazione della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea alla Polonia ed al Regno Unito»). Nel suo art. 1. si legge che «la Carta non estende la competenza della Corte di giustizia dell'Unione europea o di qualunque altro organo giurisdizionale della Polonia o del Regno Unito a ritenere che le leggi, i regolamenti o le disposizioni, le pratiche o l'azione amministrativa della Polonia o del Regno Unito non siano conformi ai diritti, alle libertà e ai principi fondamentali che essa riafferma», e che «in particolare e per evitare dubbi, nulla nel titolo IV della Carta crea diritti azionabili dinanzi a un organo giurisdizionale applicabili alla Polonia o al Regno Unito, salvo nella misura in cui la Polonia o il Regno Unito abbiano previsto tali diritti nel rispettivo diritto interno». L'art. 2 stabilisce, invece, che «ove una disposizione della Carta faccia riferimento a leggi e pratiche nazionali, detta disposizione si applica alla Polonia o al Regno Unito soltanto nella misura in cui i diritti o i principi ivi contenuti sono riconosciuti nel diritto o nelle pratiche della Polonia o del Regno Unito». Si noti che, proprio da questo Protocollo, se per un verso è possibile desumere che i due Stati ora richiamati si sono riservati il potere di erigere delle barriere rispetto all'applicabilità nei loro confronti della Carta (ed in particolare del Titolo IV, concernente i diritti sociali), per un altro è possibile comprendere che il silenzio di tutti gli altri Paesi (compresa l'Italia) in ordine alla possibilità di limitare l'efficacia della Carta nei loro ordinamenti dovrebbe consequenzialmente comportare l'accettazione totale ed incondizionata delle norme adottate nel 2007 a Strasburgo (nel Protocollo stesso si riafferma che quest'ultimo «non pregiudica l'applicazione della Carta agli altri Stati membri» e si ribadisce che «l'applicazione della Carta deve essere rigorosamente conforme alle disposizioni del predetto art. 6 e del titolo VII della Carta medesima»); per cui, dovrebbe risultare preclusa ai restanti 25 Stati firmatari del Trattato di Lisbona la facoltà di invocare successivamente riserve o «controlimiti» nei confronti della Carta di Nizza. In materia di tutela dei diritti della persona, sono, infine, meritevoli di segnalazione alcune norme del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea, come quelle contenute nel Titolo II («Disposizioni di applicazione generale») della Parte I («Principi»), agli artt. 7-17; nella Parte II («Non discriminazione e cittadinanza»), in particolare negli artt. 18 e 19; nella Parte III (Politiche dell'Unione e azioni interne), e soprattutto nel Capo I («Disposizioni generali» – all'art. 67 anzitutto –), nel Capo II («Politiche relative ai controlli alle frontiere, all'asilo e all'immigrazione» – agli artt. 77-80 –), e nel Capo IV («Cooperazione giudiziaria in materia penale» – in particolare nell'art. 82 –) del Titolo V («Spazio di libertà, sicurezza e giustizia»); nel Titolo X («Politica Sociale»); soprattutto negli artt. 151, 153, 156 e 157; nel Titolo XIV («Sanità Pubblica»), all'art. 168; nel Titolo XV («Protezione dei consumatori»), all'art. 169; nel Titolo XX («Ambiente»), all'art. 191 ss.; e in una serie di disposizioni della Parte V («Azione esterna dell'Unione»), prima fra tutte quella contenuta nell'unico articolo (il 214) del Capo III («Aiuto umanitario») del Titolo III («Cooperazione con i Paesi terzi e aiuto umanitario»).

³⁵ Entrambe reperibili in <https://diritti-cedu.unipg.it/>, col commento di G. REPETTO, *Il Trattato di Lisbona ha attribuito alla CEDU un'efficacia diretta e prevalente nell'ordinamento interno? Consiglio di Stato e TAR Lazio alla ricerca di nuove (e discutibili) soluzioni*. Cfr., inoltre, G. BRONZINI, *Tar Lazio e disapplicazione di una normativa interna in contrasto con la CEDU*, in www.diritticomparati.it; A. CELOTTO, *Il Trattato di Lisbona ha reso la CEDU direttamente applicabile nell'ordinamento italiano?*, in www.giustamm.it; G. COLAVITTI - C. PAGOTTO, *Il Consiglio di Stato applica direttamente le norme CEDU grazie al Trattato di Lisbona: l'inizio di un nuovo percorso?*, in www.associazionedeicostituzionalisti.it; R. CONTI, *Occupazione acquisitiva: rilettura dei rapporti fra ordinamento interno e CEDU dopo il Trattato di Lisbona*, in *Urbanistica e appalti*, 2010, p. 1480 ss.; L. D'ANGELO, *"Comunitarizzazione" dei vincoli internazionali CEDU in virtù del Trattato di Lisbona? No senza una expressio causae*, in www.personaedanno.it; C. DOMENICALI, *La giurisprudenza costituzionale sul ruolo della CEDU nell'ordinamento italiano*, in www.forumcostituzionale.it; e L. INCOGNITO, *Tutela dei diritti fondamentali, Trattato di Lisbo-*

gerarchia delle fonti dell'ordinamento italiano ed il naturale potere di resistenza (e addirittura di disapplicazione³⁶) rispetto alle norme statali; e, pur apparendo poco convincenti quanto al "mezzo" utilizzato (ossia le argomentazioni proposte) per conseguire il risultato in questione, risultano particolarmente significative per il "fine" a cui conducono³⁷.

2. Verso una nuova collocazione della CEDU nella gerarchia delle fonti dell'ordinamento giuridico italiano?

Le sentenze, or ora citate, dei due Collegi amministrativi sembrano contravvenire, o assegnare nuovi sviluppi (almeno secondo i redattori delle pronunce), alla tesi sostenuta dalla Consulta, secondo cui la Convenzione europea dei diritti dell'uomo, non godendo della copertura costituzionale fornita dall'art. 11 della Costituzione³⁸, e non potendo contare neppure su di una in-

na, diretta applicabilità della Cedu: uno scenario in divenire, in www.ildirittoamministrativo.it; R. SESTINI, *Il Trattato di Lisbona ha reso la CEDU direttamente applicabile*, cit. *supra*, nota 27; e M. C. VILLANI, *La rinnovata battaglia dei giudici comuni a favore della diretta applicabilità della Cedu. Tra presunta "comunitarizzazione" dei vincoli convenzionali e crisi del tradizionale modello di controllo accentrato della costituzionalità*, in www.federalismi.it.

³⁶ Come suggerito da autorevoli studiosi. Cfr., per tutti, N. RONZITTI, *Introduzione al diritto internazionale*, Torino, Giappichelli, 2009, p. 240.

³⁷ Non la pensa esattamente così G. REPETTO, *Il Trattato di Lisbona ha attribuito alla CEDU un'efficacia diretta*, cit. *supra*, nota 35. Secondo l'Autore, «l'impressione è che, visti i non pochi dubbi che sollevano, esse rappresentino più un incidente di percorso che l'avvio di un nuovo orientamento giurisprudenziale».

³⁸ Dall'impostazione proposta dalla Consulta dovrebbe discendere che la disposizione costituzionale in questione darebbe copertura solo a quegli ordinamenti sovranazionali capaci di «produrre norme immediatamente efficaci in ambito interno. Come dire, insomma, una *norma-fotografia* (...) suscettibile di valere per il solo diritto comunitario (e non pure, ad esempio, per l'ONU (...))». Così A. RUGGERI, *La CEDU alla ricerca di una nuova identità*, cit. *supra*, nota 24. Come si è rilevato altrove, infatti, considerando che anche per l'ONU non è possibile parlare di un'organizzazione istitutiva di un *ordre juridique supranational* (simile a quello indicato nella recente ed *originalissima* interpretazione dell'art. 11 della Costituzione), dalle argomentazioni proposte dalla Corte costituzionale italiana – al fine di escludere il sistema politico-normativo sorto con il Consiglio d'Europa dal novero delle realtà internazionali capaci di limitare la sovranità statale italiana – dovrebbe derivare anche, e a maggior ragione, l'estromissione dell'Organizzazione delle Nazioni Unite dagli enti in questione (cfr. B. CONFORTI, *La Corte costituzionale e gli obblighi internazionali dello Stato in tema di espropriazione*, in *Giur. it.*, 2008, p. 570). Conseguenza tanto inevitabile quanto ingiustificabile e arbitraria, non foss'altro perché l'art. 11 Cost. «è stato concepito in sede di Assemblea costituente con preciso riferimento alla partecipazione dell'Italia alle Nazioni Unite, dal momento che soltanto l'ONU all'epoca costituiva un punto di riferimento tra le organizzazioni internazionali ed il processo di costruzione europea era ben lungi dall'essere avviato». Così S. MARCAZZAN, *La riforma del Titolo V della Costituzione: Il nuovo ruolo delle Regioni nei rapporti con lo Stato e con l'Unione europea*, in www.amministrazioneincammino.it. Dello stesso avviso è apparso C. DE FIORES, *Una guerra contro la Costituzione*, in www.costituzionalismo.it. L'Autore ha evidenziato che la formulazione della disposizione italiana in questione è stata ricavata «dal Costituente (...) direttamente dalla Carta dell'ONU». Del resto, la stessa Consulta ha in qualche occasione precisato che nell'art. 11 Cost. è possibile ravvisare «un chiaro e preciso indirizzo politico: il costituente si riferiva (...) all'adesione dell'Italia alla Organizzazione delle Nazioni Unite, ma si ispirava a principi programmatici di valore generale, di cui la Comunità economica e le altre Organizzazioni regionali europee costituiscono concreta attuazione». Così nella sentenza n. 183 del 1973, richiamata anche da R. CONTI, *La Corte costituzionale viaggia verso i*

diretta rilevanza di tale parametro costituzionale «per effetto della qualificazione, da parte della Corte di giustizia della Comunità europea, dei diritti fondamentali oggetto di disposizioni della CEDU come principi generali del diritto comunitario»³⁹, non può avere effetti diretti (e quindi giustificare interventi giudiziari di disapplicazione immediata) nell'ordinamento italiano⁴⁰.

Con la sentenza n. 1220/2010, il Consiglio di Stato, occupandosi di una complessa vicenda riguardante l'assai discusso istituto italiano dell'accessione invertita, affronta *incidenter tantum* la questione relativa al rapporto tra CEDU e norme nazionali, e, con una stringata, ma risolutiva, affermazione di principio (destinata evidentemente ad influenzare le successive prese di posizione dei giudici amministrativi in materia), ritiene utile, per la soluzione della controversia, fare «applicazione dei principi sulla effettività della tutela giurisdizionale, desumibili dall'articolo 24 della Costituzione e dagli articoli 6 e 13 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo (divenuti direttamente applicabili nel sistema nazionale, a seguito della modifica dell'art. 6 del Trattato, disposta dal Trattato di Lisbona [...])»⁴¹⁴².

Molto più chiara ed incisiva sembra essere, al riguardo, l'impostazione del Tar Lazio.

Richiamando la sentenza costituzionale n. 349/2007, ed immaginando, come si è già segnalato, di poter realizzare una sorta di prosecuzione ideale della tesi avanzata dalla Consulta in quell'occasione, i giudici amministrativi, nella pronuncia n. 11984/2010, evidenziano che «la questione giuridica in esame appare destinata a nuovi e ancor più incisivi sviluppi a seguito dell'entrata in vigore, lo scorso 1° dicembre 2009, del Trattato di Lisbona», il quale «fra le

diritti CEDU, cit. *supra*, nota 9, p. 210 ss. Per una corretta ricostruzione storica dell'elaborazione ed approvazione della disposizione costituzionale in questione, e per un'ampia panoramica bibliografica e giurisprudenziale sul tema, cfr. M. CARTABIA - L. CHIEFFI, *sub art. 11*, in R. BIFULCO - A. CELOTTO e M. OLIVETTI (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, vol. I, Torino, Giappichelli, 2006, p. 263 ss.; nonché A. CASSESE, *Lo Stato e la Comunità internazionale*, in G. BRANCA (a cura di), *Commentario della Costituzione*, Bologna, Zanichelli, 1975, p. 461 ss. Sul fondamento costituzionale di cui all'art. 11 Cost. delle carte internazionali a tutela dei diritti umani, cfr. G. SORRENTI, *Le Carte internazionali sui diritti umani: un'ipotesi di "copertura" costituzionale "a più facce"*, in *Pol. dir.*, 1997, n. 3, p. 371-376.

³⁹ Così nel par. 6.1 della sentenza n. 349 del 2007.

⁴⁰ Per una serrata critica a tale premessa, ritenuta «indimostrata e comunque discutibile», si rinvia ad A. RUGGERI, *La CEDU alla ricerca di una nuova identità*, cit. *supra*, nota 24.

⁴¹ Il Collegio ricorda che «per la pacifica giurisprudenza della Corte di Strasburgo (...), gli artt. 6 e 13 impongono agli Stati di prevedere una giustizia effettiva e non illusoria in base al principio "the domestic remedies must be effective". In base ad un principio applicabile già prima dell'entrata in vigore del Trattato di Lisbona, il giudice nazionale deve prevenire la violazione della Convenzione del 1950 (...) con la scelta della soluzione che la rispetti (...)».

⁴² G. COLAVITTI - C. PAGOTTO, *Il Consiglio di Stato applica direttamente le norme CEDU*, cit. *supra*, nota 35, hanno evidenziato che «il tono con cui la sentenza dà conto del fondamento giuridico della decisione è quello di un certo *understatement* (...) L'asserzione è addirittura inclusa tra parentesi, quasi che si trattasse di un dato scontato, con un effetto complessivo che pare sottolineare la perentorietà».

più rilevanti novità» prevede «l'adesione dell'Unione alla CEDU»⁴³; e, dopo aver ricordato che – ai sensi del novellato art. 6, comma 3, del Trattato UE – i diritti fondamentali, garantiti dalla Convenzione del 1950 e risultanti dalle tradizioni costituzionali comuni, fanno parte del diritto dell'Unione in quanto principi generali, asseriscono che tale «riconoscimento (...) ha immediate conseguenze di assoluto rilievo, in quanto le norme della Convenzione divengono immediatamente operanti negli ordinamenti nazionali degli Stati membri (...), e quindi nel nostro ordinamento nazionale, in forza del diritto comunitario, e quindi in Italia ai sensi dell'art. 11 della Costituzione»⁴⁴.

Da qui, l'emersione, secondo il Collegio laziale, di «inedite prospettive per la interpretazione conformativa, ovvero per la possibile disapplicazione (...) delle norme nazionali, statali o regionali, che evidenzino un contrasto con i diritti fondamentali garantiti dalla Convenzione europea (...), a maggior ragione quando (...) la Corte di Strasburgo sia [*rectius*: si *n.d.r.*] sia già pronunciata sulla questione»⁴⁵.

Mostrandosi molto più innovativa di quanto possa apparire ad una prima e rapida lettura, la sentenza del Tar afferma, sia pur in termini ancora solo ipotetici, che la CEDU di per sé, e non in quanto complesso di principi fatti propri dall'Unione, debba essere considerata come fonte idonea a produrre effetti di disapplicazione identici a quelli riconosciuti sino ad oggi alle norme *self executing* comunitarie⁴⁶.

3. Le non condivisibili argomentazioni svolte dai giudici amministrativi a sostegno della loro impostazione

Non occorrono grandi sforzi ermeneutici per comprendere che le ipotesi ricostruttive del problema suggerite dalle due pronunce dei giudici amministra-

⁴³ Par. 13. Così, prosegue il Tar Lazio, l'art. 6 UE nella sua «nuova formulazione», al comma 2 stabilisce che «l'Unione aderisce alla Convenzione europea (...) dei diritti dell'uomo (...)», mentre «nella vecchia formulazione conteneva un riferimento "mediato" alla Carta dei diritti fondamentali» (sintagma, quest'ultimo, infelicitemente adoperato, vista la confusione che può generare rispetto all'unica, vera Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, ossia la Carta di Nizza).

⁴⁴ Si concluderebbe così, secondo l'organo laziale, «l'ampia e decennale evoluzione giurisprudenziale che ha, infine, portato all'obbligo, per il giudice nazionale, di interpretare le norme nazionali in conformità al diritto comunitario, ovvero di procedere in via immediata e diretta alla loro disapplicazione in favore del diritto comunitario, previa eventuale pronuncia del giudice comunitario ma senza dover transitare per il filtro dell'accertamento della loro incostituzionalità sul piano interno» (par. 13).

⁴⁵ Par. 14.

⁴⁶ Si legge, infatti, *apertis verbis*, nella pronuncia (sempre nel par. 14) che «se le predette considerazioni sono esatte, ciò potrà avvenire in via generale per tutti i diritti fondamentali sanciti dalla Convenzione, e non più, come è finora avvenuto, solo nei casi in cui un diritto fondamentale della Convenzione abbia acquisito una specifica rilevanza nel diritto dell'Unione mediante il recepimento in una norma comunitaria, ovvero mediante il suo impiego, quale principio generale, in una decisione della Corte di Lussemburgo».

tivi risultano opinabili sotto vari punti di vista.

Anzitutto, esse sembrano trascurare che l'art. 6 UE (*post* Lisbona) contiene una formula non dissimile da quella utilizzata da una lunga giurisprudenza della Corte di giustizia⁴⁷ e recepita formalmente nel testo della disposizione «originaria del Trattato sull'Unione europea⁴⁸ (approvata nel 1992)»⁴⁹.

⁴⁷ Già a partire dagli anni Settanta, i giudici di Lussemburgo hanno riconosciuto che «i diritti fondamentali fanno parte integrante dei principi generali del diritto comunitario di cui la Corte garantisce l'osservanza», ispirandosi «alle tradizioni costituzionali comuni agli stati membri» e tenendo conto dei «Trattati internazionali relativi alla tutela dei diritti dell'uomo, cui gli Stati membri hanno cooperato o aderito». Così nel par. 13 della pronuncia del 14 maggio 1974 in causa n. 4/73, *Nold*, in *Raccolta*, 1974, p. 491. La sentenza riprende ed estende il contenuto delle decisioni della Corte di giustizia del 12 novembre 1969 in causa n. 29/69, *Stauder c. Città di Ulm*, in *Raccolta*, 1969, p. 419, nella quale i giudici comunitari hanno affermato che «la disposizione di cui è causa non rivela alcun elemento che possa pregiudicare i diritti fondamentali della persona, che fanno parte integrante dei principi generali del diritto comunitario, di cui la Corte garantisce l'osservanza» (così nel punto 7) e del 17 dicembre 1970 in causa n. 11/70, *Internationale Handels-gesellschaft*, *cit. supra*, nota 8, punto 4. Sul punto si rinvia anche alla sentenza *ERT*, *cit. supra*, nota 12, ove è possibile leggere che, in materia di diritti fondamentali, la Corte di giustizia «si ispira alle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri e alle indicazioni fornite dai trattati internazionali relativi alla tutela dei diritti dell'uomo a cui gli Stati membri hanno cooperato ed aderito. La Convenzione europea dei diritti dell'uomo riveste, a questo proposito, un particolare significato. Ne consegue che (...) nella Comunità non possono essere consentite misure incompatibili con il rispetto dei diritti dell'uomo in tal modo riconosciuti e garantiti». Partendo dall'assunto, più volte ribadito, secondo cui i diritti fondamentali fanno integralmente parte dei principi generali del diritto, i giudici di Lussemburgo hanno, in diverse occasioni, chiarito che lo stesso diritto dell'Unione europea deve essere applicato in modo tale da assicurare la salvaguardia dei diritti e delle libertà sanciti nella CEDU. Si è, così, sostenuto, ad esempio, che l'art. 15, lett. c. della direttiva n. 2004/83/Ce (relativa all'attribuzione, a cittadini di paesi terzi o apolidi, della qualifica di rifugiato o di persona altrimenti bisognosa di protezione internazionale) «deve essere interpretato nel rispetto dei diritti fondamentali come garantiti dalla CEDU» (sentenza del 17 febbraio 2009 in causa n. C-465/07, *M. e N. Elgafaji*, in *Raccolta*, 2009, I, p. 921), e che, nel dare attuazione alle direttive comunitarie, gli Stati membri devono avere «cura di fondarsi su un'interpretazione delle medesime tale da garantire un giusto equilibrio tra i diversi diritti fondamentali tutelati dall'ordinamento giuridico comunitario. Poi, in sede di attuazione delle misure di trasposizione delle direttive, le autorità e i giudici degli Stati membri devono non solo interpretare il loro diritto nazionale in modo conforme a tali direttive, ma anche evitare di fondarsi su un'interpretazione di esse che entri in conflitto con i detti diritti fondamentali o con gli altri principi generali del diritto comunitario, come il principio di proporzionalità» (sentenza del 29 gennaio 2008 in causa n. C-275/06, *Promusicae*, in *Raccolta*, 2008, I, p. 271 e annotata in questa *Rivista*, 2008, p. 499).

⁴⁸ A mente della quale, «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». M. C. VILLANI, *La rinnovata battaglia dei giudici comuni*, *cit. supra*, nota 35, invita a riflettere sulla circostanza che il Trattato di Lisbona ha, invero, «introdotta dei forti elementi di discontinuità rispetto al passato. In particolare, (...) il termine «rispettare», che si atteggiava per lo più a limite negativo esterno ed era collegato ai diritti fondamentali individuati indirettamente mediante un duplice rinvio («quali sono garantiti dalla Convenzione» e «quali risultano dalle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri»), viene sostituito ora con la più eloquente espressione «fanno parte del diritto dell'Unione».

⁴⁹ Così A. CELOTTO, *Il Trattato di Lisbona ha reso la CEDU direttamente applicabile*, *cit. supra*, nota 35. Dello stesso avviso è apparso G. STROZZI, *La tutela dei diritti fondamentali tra diritto comunitario e ordinamento degli Stati membri*, in AA. VV., *Scritti degli allievi in memoria di Giuseppe Barile*, Padova, Cedam, 1995, p. 737 ss. Secondo lo studioso, col Trattato di Maastricht la CEDU avrebbe acquisito finanche il rango di fonte formale dell'ordinamento comunitario. In senso assolutamente contrario è T. GROPPi, in R. BIFULCO - M. CARTABIA - A. CELOTTO (a cura di), *L'Europa dei diritti. Commento alla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea*, Bologna, Il Mulino, 2001, p. 357, la quale osserva che «se la Corte di giustizia ha ammesso che la CEDU costituisce una fonte di ispirazione privilegiata, essa non ha cessato di ribadire che "non

Per cui, se si accetta l'impostazione avanzata dalla Corte costituzionale negli ultimi anni, nulla parrebbe essere cambiato, almeno sino ad oggi, rispetto al passato: la CEDU, nelle materie disciplinate dal diritto comunitario (oggi diritto dell'Unione), e unicamente in esse, dovrebbe avere (proprio, e solo, per il tramite delle fonti europee), lo stesso valore vincolante che queste ultime hanno (pur con un atteggiarsi che differisce in dipendenza del tipo specifico di norma sovranazionale da applicare) nei confronti del diritto italiano⁵⁰.

È innegabile che «sarà sempre più difficile separare il diritto dell'Unione dal diritto nazionale per la crescente e tendenziale influenza del primo su tutto il secondo»⁵¹, ma, come ha osservato lo stesso giudice delle leggi (anche

applica la Convenzione", negando di poter valutare la conformità del diritto nazionale e comunitario alla CEDU». Secondo M. DE STEFANO, *La Triplice Alleanza delle Corti europee per la tutela dei diritti umani e fondamentali, dopo il Trattato di Lisbona*, in www.dirittiuomo.it/Bibliografia/2010/tripliceallenzabis.pdf, a partire dal 1° dicembre 2009, «sicuramente risulta ampliata la competenza della Corte di Giustizia (...), la quale può essere adita in sede di rinvio pregiudiziale (...), dal giudice nazionale per interpretare sia la portata delle norme della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, ma anche di quelle della Convenzione europea dei Diritti dell'Uomo, con riferimento alle altre norme comunitarie».

⁵⁰ Come hanno sottolineato G. COLAVITTI - C. PAGOTTO, *Il Consiglio di Stato applica direttamente le norme CEDU*, cit. *supra*, nota 35, «altro è che i precetti della CEDU siano divenuti direttamente applicabili nelle materie in qualche modo connesse con il diritto comunitario – il che circoscriverebbe in modo più intelligibile l'utilizzo in giudizio del Trattato di Lisbona – altro è che essi si considerino come parametro vincolante *tout court* per il giudice, e che quindi sia possibile darne applicazione a qualunque fattispecie». Secondo A. CELOTTO, *Il Trattato di Lisbona ha reso la CEDU direttamente applicabile*, cit. *supra*, nota 35, invece, l'adesione «non comporterà l'equiparazione della CEDU al diritto comunitario, bensì – semplicemente – una loro utilizzabilità quali "principi generali" del diritto dell'Unione al pari delle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri». Sul punto non pare si possa concordare con l'Autore, perché una simile impostazione equivarrebbe ad ammettere che, di fatto, l'adesione alla Convenzione del 1950 non comporterà alcuna novità per il diritto dell'Unione e si sostanzierà in una procedura inutile (e diseconomica). M. G. BERNARDINI, *L'Europa dopo Lisbona*, cit. *supra*, nota 33, ha fatto notare che, benché secondo qualcuno (e, segnatamente, A. GIANELLI, *L'adesione dell'Unione europea alla CEDU*, cit. *supra*, nota 33, p. 697 ss.) con l'adesione dell'Unione europea alla CEDU, la posizione di quest'ultima nel sistema UE «potrebbe divenire, paradossalmente, meno certa» (dal momento che il nuovo testo dell'art. 6 del TUE non prevede più in capo all'Unione l'obbligo di rispettare i diritti fondamentali come garantiti dalla CEDU, ma si limita ad affermare che i diritti e le libertà fondamentali garantiti nella Convenzione costituiscono principi generali per l'ordinamento giuridico dell'Unione), sarebbe sbagliato dimenticare quanto ha stabilito la Corte di giustizia, ossia che «l'obbligo di rispetto dei diritti fondamentali da parte degli atti comunitari è un principio costituzionale». Secondo l'autrice, inoltre, partendo da una triplice considerazione, ossia che l'art. 6 TUE attribuisce alla Carta di Nizza lo stesso valore giuridico dei trattati; che, ai sensi dell'art. 52, comma 3, della Carta stessa, ai diritti contenuti in quest'ultima, i quali risultino corrispondenti a quelli garantiti dalla CEDU, vanno attribuiti un significato ed una portata «eguali a quelli conferiti dalla suddetta convenzione» (salva la protezione più estesa che l'Unione possa accordare); e che nell'interpretazione ed applicazione della Carta occorre tenere in debito conto le Spiegazioni ad essa allegate, le quali indicano le fonti da cui sono state tratte le varie disposizioni; appare inconfutabile che «la CEDU e la giurisprudenza della Corte europea vengono a costituire assai spesso il parametro di interpretazione ed applicazione della Carta (...) e ne consegue che la CEDU continua ad assumere rilevanza primaria, sia in via immediata sia in via mediata».

⁵¹ V. ZAGREBELSKY, *La prevista adesione dell'Unione Europea alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, in www.europeanrights.eu. Dello stesso avviso si è mostrato A. PIZZORUSSO, *Il rapporto del Comitato Simitis*, in *Dir. pubbl. comp. eur.*, 1999, II, p. 558, per il quale «inevitabilmente diverrà insostenibile la concezione dell'Unione come istituzione dotata di funzioni tassativamente limitate sulla base di specifiche attribuzioni di competenza, giacché le materie sulle quali le norme sui diritti civili e sui diritti sociali incidono sono praticamente tutte».

se astenendosi dall'approfondire adeguatamente il tema), «la giurisprudenza è sì nel senso che i diritti fondamentali fanno parte integrante dei principi generali del diritto comunitario di cui il giudice comunitario assicura il rispetto, ispirandosi (...) in particolare alla Convenzione di Roma (...) tuttavia, tali principi rilevano esclusivamente rispetto a fattispecie alle quali tale diritto sia applicabile»^{52 53}.

È difficile comprendere, da questo punto di vista, per quale ragione il fatto di essere entrata a far parte (a tutti gli effetti, o definitivamente se si preferisce) dei principi generali dell'UE possa aver modificato genericamente (e non solo nei settori rilevanti ai fini dell'applicazione del diritto dell'Unione⁵⁴) il fondamento costituzionale del *Bill of Rights* del 1950⁵⁵.

⁵² Così nel par. 6.1 della sentenza n. 349/2007. Come ha evidenziato con toni polemi G. TESAURO, *Costituzione e norme esterne*, cit. supra, nota 23, p. 221-222, la circostanza che, «in base ad una consolidata giurisprudenza della Corte di giustizia e del Tribunale di primo grado, (...) i diritti fondamentali sono sì garantiti a livello comunitario conformemente alla CEDU ed alla giurisprudenza della Corte di Strasburgo, ma solo nei limiti in cui è applicabile il diritto comunitario», potrebbe apparire «a chi non ha familiarità con tale disciplina» come un trascurabile «dettaglio sofisticato del sistema», ma, «sta di fatto che il campo di azione delle norme comunitarie e del controllo giurisdizionale attribuito alla Corte di giustizia ed al Tribunale di primo grado dal Trattato trova un limite invalicabile nel principio delle competenze di attribuzione, ben definite dal Trattato e cardine fondamentale del sistema giuridico comunitario nel suo complesso». Lo studioso richiama una delle più significative sentenze con cui la Corte di giustizia si è pronunciata sul tema, ossia quella emessa il 29 maggio 1997 in causa n. C-299/95, *Kremzow*, in *Raccolta*, 1997, I, p. 2629 e annotata in questa *Rivista*, 1998, p. 178. Si rammenti che già prima di giungere a questa pronuncia, i giudici di Lussemburgo si erano dichiarati incompetenti a «sindacare la compatibilità con la Convenzione europea dei diritti dell'uomo di una normativa nazionale che non rientra nell'ambito del diritto comunitario». Così nella sentenza *ERT* del 1991, cit. supra, nota 12, par. 42 (nel quale si rinvia alle pronunce dell'11 luglio 1985 in cause riunite n. 60/84 e n. 61/84, *Cinéthèque*, in *Raccolta*, 1985, p. 2605, punto 26, e del 30 settembre 1987 in causa n. 12/86, *Demirel*, in *Raccolta*, 1987, p. 3719, punto 28 e in questa *Rivista*, 1989, p. 357 con commento di A. CECCHIERI, *Riflessioni sul caso Demirel*, p. 363 ss.). Cfr., sull'argomento, M. CONDINANZI, *Il livello comunitario di tutela dei diritti fondamentali dell'individuo*, in P. BILANCIA - G. DE MARCO (a cura di), *La tutela multilivello dei diritti*, Milano, Giuffrè, 2004, p. 35 ss.

⁵³ Sarà utile ricordare quanto evidenziato recentemente dalla seconda sezione del *Bundesverfassungsgericht* nella nota sentenza del 30 giugno 2009, *Lissabon Urteil*, reperibile sul sito www.astrid-online.it, la quale ha evidenziato con chiarezza «una serie di ambiti sensibili che contribuiscono a concretizzare il concetto di "identità costituzionale"». Così G. MARTINICO, *Il trattamento nazionale dei diritti europei: CEDU e diritto comunitario nell'applicazione dei giudici nazionali*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2010, p. 691 ss., p. 733. L'Autore richiama proprio questi settori dell'ordinamento nazionale nei quali dovrebbe essere esclusa categoricamente ogni forma di intervento normativo da parte dell'Unione europea. Sul tema, cfr. M. LUCIANI, *Il Bundesverfassungsgericht e le prospettive dell'integrazione europea*, in http://www.astrid-online.it/Riforma-de/Documenti/Corte-cost/Luciani_Relaz_Convegno-21_09_09.pdf; D. THYM, *In the name of sovereign statehood: A critical introduction to the Lisbon judgment of the German constitutional court*, *CMLR*, 2009, p. 1795 ss.; e L. VIOLINI, *Tra il vecchio e il nuovo. La sentenza Lissabon del Bundesverfassungsgericht alla luce dei suoi più significativi precedenti: Solange, Maastricht, Bananen*, in http://www.astrid-online.it/Riforma-de/Documenti/Corte-cost/La-sentenz/Violini_Relazione_Convegno-21_09_09.pdf.

⁵⁴ Come hanno rilevato G. COLAVITTI - C. PAGOTTO, *Il Consiglio di Stato applica direttamente le norme CEDU*, cit. supra, nota 35, con riferimento alla sentenza n. 1220/2010, «nel caso di specie non vi sono elementi che indichino un legame tra il contenzioso deciso dal Consiglio di Stato e l'applicazione di norme comunitarie, e dunque appare di tutta evidenza che l'orientamento espresso dal Consiglio di Stato andrebbe nella direzione di una piena utilizzabilità delle norme CEDU da parte del giudice, a prescindere dalla materia controversa e, soprattutto, a prescindere dalla insufficienza della normativa interna a risolvere la questione».

Non del tutto pertinente appare, del resto, sia ai fini della corretta individuazione della norma apicale interna che legittima la partecipazione dell'Italia al sistema di tutela dei diritti dell'uomo istituito dal Consiglio d'Europa, sia ai fini della identificazione delle modalità con cui dovrà operare il giudice nel caso di contrasto tra fonte statale ed internazionale, il rinvio effettuato dalla pronuncia del Tar Lazio all'adesione dell'Unione alla Convenzione europea⁵⁶.

Anzitutto, come è più agevole comprendere dalle versioni inglese e spagnola della disposizione in questione (le quali coniugano correttamente il verbo al futuro)⁵⁷, l'art. 6, comma 2, del Trattato UE si limita ad attribuire all'Unione europea il potere di negoziare l'adesione alla CEDU⁵⁸, conformemente a quanto previsto dal Protocollo n. 8 sull'art. 6, par. 2, del Trattato UE⁵⁹ e dall'art. 218 del TFUE⁶⁰; ferma restando la necessità che anche in se-

⁵⁵ Cfr. R. LUZZATTO, *Il diritto europeo e la Costituzione italiana dopo la riforma dell'art. 117*, in *Dir. Un. Eur.*, 2008, p. 17.

⁵⁶ Cfr. G. REPETTO, *Il Trattato di Lisbona ha attribuito alla CEDU un'efficacia diretta*, cit. *supra*, nota 35.

⁵⁷ Le quali, per A. SCHILLACI, *Il Consiglio di Stato e la CEDU*, in www.diritticomparati.it, non lascerebbero «margini interpretativi in ordine alla necessità di un trattato di adesione per l'incorporazione della Cedu» al diritto dell'Unione europea.

⁵⁸ V. ZAGREBELSKY, *La prevista adesione dell'Unione Europea*, cit. *supra*, nota 51, ha evidenziato che «la norma ora citata non menziona i Protocolli aggiuntivi alla Convenzione ed occorre ritenere che la decisione di aderire ad uno o più di essi debba essere presa eventualmente in seguito, dopo l'adesione alla Convenzione. Un aspetto specifico ai Protocolli è rappresentato dal fatto che non tutti gli Stati membri li hanno ratificati tutti. Merita menzione il fatto che nei Protocolli si trovano riconosciuti diritti di particolare rilievo in generale ed in particolare per il diritto dell'Unione: tra gli altri, il diritto di proprietà (art. 1, Protocollo 1) e l'interdizione generale di ogni discriminazione (Protocollo 12)». Secondo, A. SCHILLACI, *loc. cit.*, inoltre, «in sede di negoziati dovrà (...) sciogliersi il nodo gordiano relativo alle competenze delle due giurisdizioni (...) nel caso in cui uno degli Stati membri o l'Unione stessa non rispetti la Convenzione». M. G. BERNARDINI, *L'Europa dopo Lisbona*, cit. *supra*, nota 33, ha evidenziato, invece, che «per quanto concerne la forma dell'adesione, tra le soluzioni ipotizzate – un protocollo modificativo della Convenzione o un trattato di adesione – il Consiglio d'Europa sembra preferire il trattato di adesione, che presenterebbe il vantaggio di comprendere in uno strumento unico anche le norme di carattere amministrativo e tecnico».

⁵⁹ L'art. 1 del Protocollo in questione stabilisce che «l'accordo relativo all'adesione dell'Unione alla Convenzione europea (...) deve garantire che siano preservate le caratteristiche specifiche dell'Unione e del diritto dell'Unione, in particolare per quanto riguarda: *a.* le modalità specifiche dell'eventuale partecipazione dell'Unione agli organi di controllo della convenzione europea; *b.* i meccanismi necessari per garantire che i procedimenti avviati da Stati non membri e le singole domande siano indirizzate correttamente, a seconda dei casi, agli Stati membri e/o all'Unione». Secondo l'art. 2, invece, l'accordo in questione deve garantire «che l'adesione non incida né sulle competenze dell'Unione né sulle attribuzioni delle sue istituzioni» e che «nessuna disposizione dello stesso incida sulla situazione particolare degli Stati membri nei confronti della convenzione europea e, in particolare, riguardo ai suoi protocolli, alle misure prese dagli Stati membri in deroga alla convenzione europea ai sensi del suo art. 15 e a riserve formulate dagli Stati membri nei confronti della convenzione europea ai sensi del suo art. 57». L'art. 3 precisa, infine, che «nessuna disposizione dell'accordo di cui all'articolo 1 deve avere effetti sull'art. 344 del trattato sul funzionamento dell'Unione europea». Su questi, ed ulteriori, aspetti, legati all'adesione dell'Unione alla CEDU, si rinvia a B. NASCIBENE, *I confini del diritto dell'Unione europea prima e dopo il Trattato di Lisbona*, in <http://appinter.csm.it/incontri/relaz/20022.pdf>.

⁶⁰ Secondo tale disposizione, «6. Il Consiglio, su proposta del negoziatore, adotta una decisione relativa alla conclusione dell'accordo. Tranne quando l'accordo riguarda esclusivamente la po-

de di Consiglio d'Europa si attivi una procedura di formalizzazione di tale allargamento^{61 62}.

Inoltre, non si può concordare con chi ha sottolineato che «il Trattato di Lisbona abbia conferito al sistema giuridico CEDU (...) un nuovo *status* nel sistema delle fonti», facendo acquisire anche a «questo insieme normativo (...) il beneficio della *primauté* rispetto al diritto nazionale, finora appannaggio esclusivo delle norme comunitarie»⁶³; non foss'altro perché, come è stato

litica estera e di sicurezza comune, il Consiglio adotta la decisione di conclusione dell'accordo: *a.* previa approvazione del Parlamento europeo nei casi seguenti: (...) *ii.* accordo sull'adesione dell'Unione alla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali; 8. (...) Il Consiglio delibera all'unanimità anche per l'accordo sull'adesione dell'Unione alla Convenzione europea (...); la decisione sulla conclusione di tale accordo entra in vigore previa approvazione degli Stati membri, conformemente alle rispettive norme costituzionali (...) 10. Il Parlamento europeo è immediatamente e pienamente informato in tutte le fasi della procedura. 11. Uno Stato membro, il Parlamento europeo, il Consiglio o la Commissione possono domandare il parere della Corte di giustizia circa la compatibilità di un accordo previsto con i trattati. In caso di parere negativo della Corte, l'accordo previsto non può entrare in vigore, salvo modifiche dello stesso o revisione dei trattati».

⁶¹ Il Protocollo 14 modificativo della Convenzione, entrato in vigore grazie alla ratifica della Russia (avvenuta il 15 gennaio 2010), all'art. 17, emendando l'art. 59 della CEDU, consente l'adesione al *Bill of Rights* del 1950 da parte dell'Unione. Come ha rilevato V. ZAGREBELSKY, *La prevista adesione dell'Unione Europea*, cit. *supra*, nota 51, del resto, «l'adesione dell'Unione richiede qualche adattamento testuale della Convenzione (ad esempio in riferimento alle parole "nazionale" o "stato"), nonché previsioni amministrative e finanziarie». Per un'attenta e completa analisi delle più importanti questioni di carattere tecnico relative all'adesione dell'Unione alla CEDU, continua a rivestire una particolare importanza il Rapporto adottato nel giugno del 2002 dal *Comité directeur pour les droits de l'homme (CDDH) del Consiglio d'Europa: Etude des questions juridiques et techniques d'une éventuelle adhésion des CE/de l'UE à la Convention européenne des Droits de l'Homme*, reperibile sul sito www.coe.int. Cfr., inoltre, le riflessioni proposte sull'argomento dal Consiglio dell'Unione europea (<http://register.consilium.europa.eu>), dalla Commissione (www.europa.eu), dal Parlamento europeo (www.europarl.europa.eu), e dalla Corte di giustizia (www.curia.europa.eu).

⁶² Come ha ben evidenziato la terza sezione del Tar Lombardia, nella sentenza n. 5988 del 15 settembre 2010, in www.urbanisticaitaliana.it, «la proposizione "l'Unione aderisce alla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali" non può, evidentemente, aver comportato di per sé l'effetto costitutivo della inserzione dell'Unione europea nel quadro istituzionale della CEDU, per il quale occorrerà percorrere (...) una procedura "internazionalistica" di negoziazione articolata (...)». Pertanto, è risultato al collegio «prematurato (...) chiedersi se l'adesione alla CEDU comporterà l'equiparazione della Convenzione ai Trattati, ovvero se gli enunciati ivi contenuti conserveranno il rango intermedio dei principi generali, sia pure rilevanti autonomamente e non più tramite le decisioni della Corte di Giustizia (in quest'ultimo senso sembra deporre la differenza tra la previsione che attribuisce alla Carta dei diritti dell'Unione europea "lo stesso valore giuridico dei trattati", e l'art. 6.3, secondo cui i diritti CEDU vengono recepiti come principi generali del diritto comunitario)».

⁶³ Così G. COLAVITTI - C. PAGOTTO, *Il Consiglio di Stato applica direttamente le norme CEDU*, cit. *supra*, nota 35. Decisamente contrario ad una simile impostazione sembrerebbe essere A. CELOTTO, *Il Trattato di Lisbona ha reso la CEDU direttamente applicabile*, cit. *supra*, nota 35. Secondo lo studioso, «è evidente il diverso valore giuridico che vengono ad assumere la Carta di Nizza e la CEDU»; in particolare, solo «la prima acquisisce "lo stesso valore giuridico dei trattati"». In tal modo diviene diritto comunitario e comporta tutte le conseguenze del diritto comunitario in termini di prevalenza sugli ordinamenti nazionali». In altre parole, mentre «a seguito del Trattato di Lisbona (...) una legge interna che contrasta con una norma della Carta di Nizza ben potrà essere disapplicata dal giudice nazionale», una simile possibilità non dovrebbe esserci nel caso di conflitto con una disposizione contenuta nella CEDU. Dello stesso avviso sembra essere A. BULTRINI, *I rapporti tra Carta dei diritti fondamentali*, cit. *supra*, nota 2, p. 713 ss., per il quale è improbabile che l'entrata in vigore del Trattato di Lisbona comporti l'attribuzione alla CEDU della stessa copertura costituzionale riservata al diritto dell'Unione (è più facile immaginare, invece, che le

rilevato da qualche Autore, è l'Unione europea – organizzazione dotata secondo l'art. 47 Trattato UE (*post* Lisbona) di piena personalità giuridica di diritto internazionale⁶⁴ – che decide di impegnarsi ad «aderire alla CEDU in rappresentanza di se stessa e quale soggetto internazionale distinto dagli stati membri e dunque non appare corretto da ciò concludere per la erosione della sovranità negli ordinamenti interni degli stati appartenenti alla UE per il tramite di una asserita comunitarizzazione delle norme CEDU»⁶⁵.

A ciò si aggiunga che «proprio lo stesso art. 6 del Trattato UE, dopo aver previsto la possibilità per l'Unione di aderire alla CEDU, sottolinea che "tale adesione non modifica le competenze dell'Unione definite nei trattati"»⁶⁶.

Peraltro, «la tesi di una comunitarizzazione delle norme CEDU porterebbe, a rigore, a configurare le stesse come vincoli comunitari all'interno degli stati membri e come vincoli internazionali nei confronti della UE»⁶⁷. La

norme contenute nella Convenzione europea continuino ad avere il valore di norme interposte, e che interventi disapplicativi delle disposizioni nazionali possano esserci, ma solo in caso di aperto contrasto con diritti proclamati dalla Carta di Nizza). Prefigura, viceversa, la possibilità di una disapplicazione della fonte interna per contrasto con la CEDU (divenuta ormai a tutti gli effetti fonte di diritto dell'Unione), in virtù dell'art. 11 Cost., R. SESTINI, *Il Trattato di Lisbona ha reso la CEDU direttamente applicabile*, cit. *supra*, nota 27. Esclude, infine, che il problema del rapporto tra fonti (Carta di Nizza, CEDU e tradizioni costituzionali comuni degli Stati membri) debba essere risolto in termini gerarchici o di ripartizione delle competenze, e ricorda che esso va regolato piuttosto dal principio dello *standard* massimo di protezione, L. DANIELE, *La protezione dei diritti fondamentali nell'Unione europea*, cit. *supra*, nota 33, p. 652.

⁶⁴ Così L. D'ANGELO, "Comunitarizzazione" dei vincoli internazionali CEDU, cit. *supra*, nota 35, secondo il quale «le norme CEDU vengono in emersione nel Trattato di Lisbona quali precetti ai quali un "nuovo" soggetto internazionale (l'Unione Europea) con distinta e riconosciuta personalità giuridica ex art. 47 citato, intende uniformarsi per il tramite, appunto, di una "adesione" alla CEDU», per cui non si può «discettare di una limitazione di sovranità degli stati membri che formano la UE poiché appare problematico rinvenire in capo ad essi una volontà idonea ad "autorizzare" limitazioni di sovranità: intanto dette limitazioni appaiono legittime (...) in quanto l'Italia partecipa in "prima persona" ovvero in rappresentanza di se stessa ad un trattato internazionale riconducibile al citato art. 11».

⁶⁵ L. D'ANGELO, "Comunitarizzazione" dei vincoli internazionali CEDU, loc. cit. L'Autore evidenzia che non è dunque possibile «ricondurre l'art. 6 citato, seppure modificativo del Trattato UE, ad un "assenso" dell'Italia a quelle limitazioni di sovranità ex art. 11 Cost. (...) l'assenso alle cessioni di sovranità ex art. 11 Cost. non sembra "delegabile" al legislatore comunitario il quale se può aderire alla CEDU quale soggetto internazionale non può però "disporre", quale soggetto internazionale, della sovranità dei rispettivi stati membri». A conclusioni analoghe giunge E. GIANFRANCESCO, *Incroci pericolosi*, cit. *supra*, nota 2, p. 5 ss.

⁶⁶ L. D'ANGELO, "Comunitarizzazione" dei vincoli internazionali CEDU, loc. cit. Così come, d'altronde, a prescindere dal fatto che sia condivisibile o meno sul piano politico, da un punto di vista strettamente giuridico sembrerebbe da escludere al momento che l'entrata in vigore della Carta di Nizza possa essere di per sé «in grado di modificare i confini del diritto comunitario». A sostenerlo è R. CONTI, *Corte costituzionale e CEDU*, cit. *supra*, nota 15, p. 632. Lo studioso richiama, al riguardo, una serie di sentenze della Corte di giustizia e di conclusioni degli Avvocati Generali dell'Unione europea. Cfr., per tutte, la pronuncia del 17 marzo 2009 in causa n. C-217/08, *Mariano*, in *Raccolta*, 2009, I, p. 35, punto 29 e annotata in questa *Rivista*, 2010, p. 92; ma anche le ordinanze del 3 ottobre 2008 in causa n. C-287/08, *Crocefissa Savia*, in *Raccolta*, 2008, I, p. 136* Pub. somm., e del 26 marzo 2009 in causa n. C-535/08, *Maria Catena Rita Pignataro*, in *Raccolta*, 2009, I, p. 50* Pub. somm.

⁶⁷ Così, ancora, L. D'ANGELO, "Comunitarizzazione" dei vincoli internazionali CEDU, loc. cit., per il quale «ragioni di simmetria portano invece a considerare le norme della CEDU quali norme internazionali sempre e comunque».

distinzione potrebbe sembrare di poco momento, ma, in realtà, è bene riflettere sulla circostanza che considerare la Convenzione europea dei diritti dell'uomo come una fonte di diritto internazionale di per sé pienamente vincolante ha delle conseguenze ben diverse da quelle che si avrebbero nelle ipotesi in cui alla stessa si riconoscesse meramente il valore di *corpus* normativo recepito dal diritto dell'Unione europea e reso immediatamente obbligatorio per il tramite di quest'ultimo. Nel primo caso, nell'applicare la CEDU a livello nazionale non si potrà omettere di considerare che la competenza ad interpretare le norme convenzionali spetta all'organo giudicante istituito all'interno dell'organizzazione internazionale da cui quelle regole provengono (nella fattispecie la Corte europea dei diritti dell'uomo), nel secondo caso, invece, dovrà necessariamente riconoscersi un ruolo centrale nello svolgimento della funzione nomofilattica (anche rispetto alle disposizioni della Convenzione) all'autorità giudiziaria investita del compito di fornire l'interpretazione del diritto dell'Unione europea (*alias* la Corte di giustizia, benché indirettamente quest'ultima terrà in debito conto la giurisprudenza di Strasburgo)⁶⁸.

È pur vero che peculiari aporie potrebbero crearsi, se si decidesse di riconoscere alla CEDU un valore assolutamente differente – soprattutto per quel che concerne il tipo di efficacia (diretta o mediata) da attribuire alle norme convenzionali – a seconda dei settori in cui l'accordo del 1950 venga in rilievo a livello nazionale. E, ove si consideri, da un lato, che l'effetto diretto è stato attribuito (pur sempre nel rispetto delle stringenti condizioni previste dalla Corte di giustizia) anche a disposizioni contenute negli accordi

⁶⁸ Ben potrebbe darsi, peraltro, il caso che all'interno dell'Unione europea si venga a creare una prassi normativa (e giurisprudenziale) contrastante con quanto imposto dall'adesione alla CEDU, ed in tal caso (soprattutto nella fase in cui non sia – o non sia ancora – intervenuta una sentenza di condanna della Corte europea dei diritti dell'uomo), se non vi fosse una chiara linea di demarcazione tra i settori in cui lo Stato agisce in maniera concorrente rispetto all'Unione (per cui potrebbe ritenersi privo di colpe nell'aver male applicato la Convenzione, qualora si sia, in ipotesi, adeguato a quanto stabilito dalle istituzioni europee) e quelli in cui, invece, vi è competenza esclusiva dei Paesi membri (i quali saranno, quindi, liberi di giungere a scelte diametralmente diverse rispetto a quelle operate dall'UE, aderendo magari più fedelmente alle norme convenzionali e ai precedenti dei giudici di Strasburgo), la conseguenza sarebbe la possibile creazione, anche nei settori di competenza meramente nazionale, degli stessi orientamenti contrari alla Convenzione maturatisi in seno all'Unione europea. Del resto, vi è già il rischio che, nel caso in cui ci si trovi in una situazione come quella sin qui descritta, la Corte di giustizia, dovendo sindacare la compatibilità delle norme nazionali col diritto dell'Unione (e quindi anche con i principi generali di quest'ultimo – che come è noto includono i diritti scolpiti nella Convenzione europea del 1950 –), finisca per applicare (ma quantomeno solo nelle materie di competenza concorrente) la propria interpretazione (sbagliata) della CEDU. Problemi ermeneutici ed applicativi analoghi non si avrebbero, viceversa, con riferimento alla Carta di Nizza, poiché in questo caso sia l'Unione europea che gli Stati membri dovrebbero essere vincolati all'interpretazione fornita da un unico organo sovranazionale: la Corte di giustizia (anche per tale ragione limitare l'applicazione del documento normativo del 2000 negli ordinamenti nazionali ai soli settori in cui questi danno attuazione al diritto dell'Unione – come voluto da alcuni Paesi e come previsto dallo stesso art. 51 della Carta dei diritti – è apparso ad una serie di studiosi fortemente criticabile).

conclusi dall'Unione (un tempo dalla Comunità) con Paesi terzi⁶⁹, e, dall'altro, che in base al principio di leale cooperazione di cui all'art. 4, par. 3, TUE, «l'Unione e gli Stati membri si rispettano e si assistono reciprocamente nell'adempimento dei compiti derivanti dai trattati»⁷⁰, sarebbe singolare che, per il tramite del diritto dell'Unione, fossero riconosciuti effetti diretti alle norme convenzionali nelle sole materie interessate dai Trattati europei e al contempo venisse negata una identica efficacia alle disposizioni della CEDU nelle fattispecie di competenza esclusiva degli Stati.

Tuttavia, come si tenterà di dimostrare nelle prossime pagine, le singolari incongruenze sin qui menzionate troverebbero un'adeguata e razionale risoluzione se alla Convenzione europea in sé, e non in quanto complesso normativo cui ha deciso di aderire l'Unione, si riconoscesse (in costanza di alcune ben precise condizioni) un'efficacia diretta analoga a quella accordata ad alcune delle più importanti norme comunitarie (e lo si facesse senza attribuire alcun rilievo al fatto che le disposizioni convenzionali intervengano in settori rientranti nella competenza esclusiva degli Stati membri o in quella concorrente con l'Unione).

4. La *vexata quaestio* concernente la possibilità di riconoscere un'efficacia diretta alla norme contenute nella CEDU

Se si scegliesse di affrontare il problema relativo alla riconoscibilità di effetti diretti alle norme contenute nella Convenzione europea dei diritti dell'uomo senza peccare di "eccesso di chiusura", né, al contrario, scadere in una "incondizionata apertura", nei confronti delle norme esterne, si giungerebbe, forse, a comprendere che la possibilità di attribuire in modo generico ed assoluto alla CEDU efficacia diretta va, con ogni probabilità, esclusa, non tanto per una non meglio specificata, e verosimilmente indimostrabile, assenza di elementi idonei a provare la sussistenza di una limitazione della sovranità statale cagionata dall'appartenenza dell'Italia al Consiglio d'Europa⁷¹,

⁶⁹ Si rinvia, tra le tante, alla sentenza del 20 aprile 1994 in causa n. C-58/93, *Yousfi*, in *Raccolta*, 1994, I, p. 1353, nella quale, occupandosi dell'«Accordo di cooperazione tra la Comunità economica europea e il Regno del Marocco», firmato a Rabat il 27 aprile 1976 ed approvato a nome della Comunità con il regolamento (Cee) del Consiglio 26 settembre 1978, n. 2211 (in *Guce* n. L 264 del 27 settembre 1978, p. 1), la Corte di giustizia ha dichiarato che «l'art. 41, n. 1, dell'Accordo (...) impone un obbligo chiaro e preciso, la cui esecuzione o i cui effetti non sono subordinati all'adozione di alcun atto ulteriore per qualsiasi questione diversa da quelle che costituiscono oggetto dei nn. 2, 3 e 4 del medesimo articolo».

⁷⁰ Nel cui novero, come scrive A. ARLOTTA, *I diritti della persona all'inizio del nuovo millennio*, cit. *supra*, nota 11, «rientra anche l'obbligo del rispetto dei Trattati internazionali cui aderisce la UE».

⁷¹ Si rammenti che, secondo la Corte costituzionale, «con l'adesione ai Trattati comunitari, l'Italia è entrata a far parte di un "ordinamento" più ampio, di natura sopranazionale, cedendo parte della sua sovranità, anche in riferimento al potere legislativo». Così nel par. 3.3 della sentenza

quanto piuttosto per la natura stessa delle norme contenute nella Convenzione europea dei diritti dell'uomo.

Queste ultime, infatti, risultano formulate (per ovvie ragioni di natura politica) quali principi generali assolutamente vaghi ed indeterminati⁷², e

n. 349/2007. Si è già chiarito che, in realtà, una corretta interpretazione dell'art. 11 Cost. permette di comprendere le ragioni per cui non pare che l'impianto politico-normativo creato con la nascita del Consiglio d'Europa e con la firma della CEDU possa essere escluso dalla rosa dei sistemi giuridici nei cui confronti sarebbe legittimo riconoscere le limitazioni di sovranità nazionale previste dal costituente italiano. Si rinvia sul punto a C. ZANGHÌ, *La Corte costituzionale risolve un primo contrasto con la Corte europea dei diritti dell'uomo ed interpreta l'art. 117 della Costituzione: le sentenze n. 348 e 349 del 2007*, in <http://www.giurcost.org/studi/zanghi.htm>. Egli sostiene che «qualsiasi trattato internazionale, ed in specie la Convenzione europea, determina una parziale limitazione di sovranità, quale quella conseguente all'assunzione di obblighi internazionali, il cui rispetto dovuto limita la libertà dello Stato, nel senso che lo stesso non può assumere iniziative legislative o di altra natura che siano in contrasto con l'obbligo internazionale». Cfr., in senso analogo, G. REPETTO, *Diritti fondamentali e sovranità nello stato costituzionale chiuso*, in *Giur. it.*, 2008, p. 312; L. CONDORELLI, *La Corte costituzionale e l'adattamento dell'ordinamento italiano alla CEDU*, cit. supra, nota 1, p. 302 ss.; G. CATALDI, *Convenzione europea dei diritti umani e ordinamento italiano*, cit. supra, nota 1, p. 325 e A. GUZZAROTTI - A. COSSIRI, *La CEDU nell'ordinamento italiano: la Corte costituzionale fissa le regole*, in www.forumcostituzionale.it.

⁷² Del resto, anche la Carta di Nizza, nella sua nuova formulazione, prevede, all'art. 52, par. 5, che «le disposizioni della presente Carta che contengono dei principi possono essere attuate da atti legislativi e esecutivi adottati da istituzioni, organi e organismi dell'Unione e da atti di Stati membri allorché essi danno attuazione al diritto dell'Unione, nell'esercizio delle loro rispettive competenze. Esse possono essere invocate dinanzi a un giudice solo ai fini dell'interpretazione e del controllo di legalità di detti atti». Cfr. N. DI LEO, *Il Trattato di Lisbona, la disapplicazione e un ordine sistemico delle fonti nel sistema multilevel*, in *Il Lav. nella giur.*, 2010, p. 766. L'Autore stesso ricorda quanto chiarito dall'Avvocato Generale Sharpston, nelle sue conclusioni del 22 maggio 2008 al caso *Bartsch*, causa n. C-427/06, in *Raccolta*, 2008, I, p. 7245 ss. e reperibili sul sito internet www.curia.europa.eu, ossia che «il principio generale di uguaglianza e in particolare la parità di trattamento indipendentemente dall'età (...) non può ricevere applicazione (né verticale né orizzontale) a meno che e fino a quando il legislatore comunitario non abbia emanato le necessarie misure specifiche in forza dell'art. 13 CE e sia scaduto qualsiasi termine per l'attuazione. Una volta che questo sia avvenuto, il principio generale (...) verrà utilizzato come strumento per interpretare le normative di attuazione anziché essere applicato autonomamente» (par. 88). Decidendo la questione il 23 settembre 2008, la Corte di giustizia ha evidenziato che «il diritto comunitario non contiene un divieto di qualsiasi discriminazione fondata sull'età di cui i giudici degli Stati membri devono garantire l'applicazione allorché il comportamento eventualmente discriminatorio non presenta alcun nesso con il diritto comunitario. Un tale nesso non risulta dall'art. 13 CE né, in circostanze come quelle di cui alla causa principale, dalla direttiva n. 2000/78 già prima della scadenza del termine assegnato allo Stato membro di cui trattasi per il recepimento della direttiva stessa» (così nel par. 25). La regola viene ripresa e chiarita nella sentenza (adottata dalla Grande Sezione) del 19 gennaio 2010 in causa n. C-555/07, *Kücükdeveci*, inedita in *Raccolta*, reperibile sul sito internet www.curia.europa.eu, nella quale i giudici di Lussemburgo hanno chiarito (nei par. 20-24 e 50-53) che il principio della parità di trattamento, il quale «trova la sua fonte in vari strumenti internazionali e nelle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri» (e oggi anche nell'art. 21 della Carta di Nizza), pur non essendo direttamente sancito nella direttiva invocata nel procedimento sottoposto alla loro attenzione (ossia nella già citata direttiva n. 2000/78/Ce) – poiché «essa ha il solo obiettivo di stabilire, in dette materie, un quadro generale per la lotta alle discriminazioni fondate su diversi motivi, tra i quali rientra l'età» – grazie a tale fonte di diritto derivato trova «espressione concreta» ed impone, per tale via, che «il giudice nazionale, in presenza di una norma nazionale, rientrante nell'ambito di applicazione del diritto dell'Unione, che ritenga incompatibile con tale principio e per la quale risulti impossibile un'interpretazione conforme a quest'ultimo, deve disapplicare detta disposizione, senza che gli sia imposto né gli sia vietato di sottoporre alla Corte una domanda di pronuncia pregiudiziale». Sul complesso, e controverso, tema riguardante l'ambito di applicazione del principio generale in questione, si rinvia, *ex multis*, alle note sentenze del 22 novembre 2005 in causa n. C-144/04, *Mangold*, in *Raccolta*, 2005, I, p. 9981; del 7 gennaio 2004 in causa n. C-117/01, *K. B.*, in *Raccolta*, 2004, I, p. 541 e annotata in questa *Rivista*, 2004, p. 287; del 26 aprile 2006 in causa n. C-423/04,

quindi sprovviste in linea di massima di quel carattere specifico e dettagliato richiesto (anche dalla stessa Corte di giustizia con riferimento a tutte le fonti comunitarie ontologicamente prive della diretta applicabilità – ivi incluse le disposizioni dei trattati⁷³, e, oggi, della Carta di Nizza⁷⁴ –) per poter produrre effetti diretti⁷⁵.

La carenza endemica della natura *self executing* dei diritti consacrati nella CEDU non esclude, del resto, la possibilità che esse siano suscettibili di divenire successivamente «chiare, precise ed incondizionate» (per utilizzare un'espressione assai familiare ai giudici di Lussemburgo) e produrre quindi la stessa efficacia diretta (e disapplicativa) riconosciuta alle direttive negative, a quelle sufficientemente dettagliate, o a quelle riproduttive di norme già direttamente vincolanti contenute nei Trattati⁷⁶.

Ciò accadrà, in sostanza, se (e nel momento in cui) l'organo deputato a svolgere una funzione, non soltanto nomofilattica (come si è abituati a pensare nei sistemi di *civil law*), ma addirittura creativa del diritto (nomopoietica o para-legislativa si potrebbe dire⁷⁷), ossia la Corte europea dei diritti dell'uomo,

Richards, in *Raccolta*, 2006, I, p. 3585 e annotata in questa *Rivista*, 2006, p. 333; e del 1° aprile 2008 in causa n. C-267/06, *Tadao Maruko*, in *Raccolta*, 2008, I, p. 1757 e annotata in questa *Rivista*, 2008, p. 354; ma anche alle sentenze (e alle conclusioni degli Avvocati Generali) del 16 ottobre 2007 in causa n. C-411/05, *Palacios de la Villa*, in *Raccolta*, 2007, I, p. 8531, par. 87-97 e 132-138 delle conclusioni (la sentenza è annotata in questa *Rivista*, 2007, p. 756); dell'11 settembre 2007 in causa n. C-227/04 P, *Lindorfer*, in *Raccolta*, 2007, I, p. 6767, par. 52-58 delle conclusioni; dell'11 luglio 2006 in causa n. C-13/05, *Chacón Navas*, in *Raccolta*, 2006, I, p. 6467; par. 46-56 delle conclusioni (la sentenza è annotata in questa *Rivista*, 2006, p. 530); e del 17 febbraio 1998 in causa n. C-249/96, *Grant*, in *Raccolta*, 1998, I, p. 621, *passim*, e in questa *Rivista*, 1998, p. 596 con nota di E. ADOBATI, *Non sono ammesse agevolazioni di viaggio a favore di conviventi dello stesso sesso*, p. 608 e commento di P. PALLARO, *Il divieto di discriminazioni fondate sul sesso, fra transessualismo e libertà di orientamento sessuale*, p. 609 ss.

⁷³ Cfr. N. DI LEO, *Il Trattato di Lisbona*, cit. *supra*, nota 72, p. 768.

⁷⁴ Affronta il delicato problema E. GIANFRANCESCO, *Incroci pericolosi*, cit. *supra*, nota 2, p. 6. Secondo lo studioso, «dando per acquisita la *Drittwirkung* dei diritti della Carta, acquisisce rilievo l'"aggregazione" delle situazioni protette intorno sei poli – corrispondenti ai primi sei titoli – della Carta stessa, evocativi di valori fondanti dell'Unione. Sennonché, taluni diritti appaiono molto vicini al valore di riferimento, rispecchiandone l'ampiezza del fondamento assiologico, ma anche una certa debolezza di capacità prescrittiva (...) Si pensi all'ampiezza della tutela della dignità di cui all'art. 1, che sembra assunta dalla Carta più a principio oggettivo, direttamente espressivo di un valore supremo, che di un diritto soggettivo, ovvero ai diritti alla libertà e alla sicurezza di cui all'art. 6 che anche sembrano essere più facilmente inquadrabili in termini di principi-valore di natura oggettiva che di concrete situazioni di favore azionabili dall'individuo».

⁷⁵ Non sembra pensarla così M. C. VILLANI, *La rinnovata battaglia dei giudici comuni*, cit. *supra*, nota 35. L'autrice, richiamando sul punto R. CAFARI PANICO - L. TOMASI, *Il futuro della CEDU tra giurisprudenza costituzionale e diritto dell'Unione*, in *Dir. pubbl. comp. eur.*, 2008, p. 194, sostiene che «se l'effetto diretto di una norma dipende dal carattere preciso della stessa e dall'incondizionatezza degli obblighi in essa sanciti, riesce difficile negare tale caratteristica alle norme della CEDU» e che «non pare, poi, possibile mettere in discussione il carattere preciso delle disposizioni della CEDU in base al rilievo che esse consistono in prescrizioni sintetiche e non in una normazione compiuta di una data "materia"».

⁷⁶ Sull'argomento vedasi G. BENACCHIO, *Diritto privato dell'Unione europea*, Padova, Cedam, 2010, p. 103 ss.

⁷⁷ Cfr. O. POLLICINO - V. SCIARABBA, *La Corte europea dei diritti dell'uomo e la Corte di giustizia nella prospettiva della giustizia costituzionale*, in www.forumcostituzionale.it, *passim*.

conferirà alle norme in questione (interpretandole autorevolmente) quel carattere "particolareggiato"⁷⁸ idoneo ad eliminare ogni dubbio circa le modalità con cui esse dovranno essere applicate all'interno degli ordinamenti nazionali⁷⁹ (anche direttamente dai giudici comuni, nelle more di un più completo e generale intervento correttivo o demolitore dell'organo legislativo⁸⁰).

In assenza di una previa pronuncia dell'organo giurisdizionale europeo, sarebbe forse corretto affidare comunque all'autorità giudiziaria nazionale il delicato compito di individuare caso per caso l'esatta portata del conflitto tra norme e di valutare (anche rispetto alle norme della Convenzione europea del 1950, analogamente a quanto egli deve fare con riguardo alle fonti dell'Unione europea) «se la natura, lo spirito e la lettera della disposizione di cui trattasi consentano di riconoscerle efficacia immediata»⁸¹.

⁷⁸ Al pari di quanto solitamente viene realizzato, ad esempio, dai parlamenti nazionali quando danno concreta attuazione con atto legislativo ad un principio costituzionale.

⁷⁹ Come ha rilevato C. DOMENICALI, *La giurisprudenza costituzionale sul ruolo della CEDU*, cit. supra, nota 35, non va tuttavia trascurato di considerare che le stesse sentenze della Corte europea dei diritti dell'uomo creano «situazioni di difficoltà nell'applicazione, dovute al fatto che non sempre è facile ricostruire l'orientamento interpretativo della Corte europea sulla portata di una certa disposizione CEDU, non solo per le fisiologiche oscillazioni della giurisprudenza stessa, ma soprattutto per il fatto che il diritto vivente di Strasburgo è concreto, risolve sempre casi particolari e specifici, collocati in un determinato ordinamento nazionale: non è quindi facile, né talora possibile, farne discendere norme generali e astratte da trasporre direttamente nel nostro ordinamento» (ma, sul punto, cfr. anche M. CARTABIA, *Le sentenze «gemelle»: diritti fondamentali, fonti, giudici*, in *Giur. cost.*, 2007, p. 3573; F. DONATI, *La CEDU nel sistema italiano delle fonti del diritto alla luce delle sentenze della Corte costituzionale del 24 ottobre 2007*, in www.osservatoriosullefonti.it; e M. LUCIANI, *Alcuni interrogativi sul nuovo corso della giurisprudenza costituzionale in ordine ai rapporti fra diritto italiano e diritto internazionale*, in *Corr. giur.*, 2008, p. 204). Secondo l'autrice, dunque, occorre anzitutto verificare «se, e fino a che punto, l'interpretazione di una disposizione della CEDU fornita dalla Corte europea nell'ambito di una decisione resa nei confronti di altri Stati, possa assumere carattere vincolante per il nostro legislatore: si potrebbe sostenere che l'effetto *erga omnes* (...) debba essere graduato a seconda del fatto che la sentenza riguardi o meno l'Italia e di quanto la decisione data sconti in modo determinante il rapporto stretto con il caso concreto e con il diritto nazionale in cui è insorto». Per I. CARLOTTO, *I giudici comuni e gli obblighi internazionali*, cit. supra, nota 1, è «inevitabile che questa operazione di travaso rischi di essere eccessivamente approssimativa». Non è un caso che nella prassi giurisprudenziale stia prendendo sempre più piede «l'utilizzo di uno strumento riconducibile al *distinguishing*, che permette al giudice di sottrarsi alla soggezione a un determinato precedente vincolante dichiarando che il caso concreto (...) non presenta le stesse circostanze di fatto (...) La Corte costituzionale vi ha fatto ricorso in un'occasione per dichiarare manifestamente infondata una questione per diversità delle situazioni normative di partenza (ordinanza n. 143 del 2009), in un'altra per dichiarare inammissibile una questione propostale invitando i giudici *a quibus* a servirsi di questa tecnica per limitare l'applicazione dell'interpretazione della CEDU ai soli casi identici in tutti gli elementi (sentenza n. 239 del 2009, par. 3 del considerato in diritto)». Così C. DOMENICALI, *La giurisprudenza costituzionale sul ruolo della CEDU*, cit. supra, nota 35. Un'impostazione di questo tipo sembrerebbe alla studiosa ineccepibile, «anche perché avallato dalla stessa Corte europea, che ha salvato la normativa italiana (...) ricordando che rientra nel "margine di apprezzamento" di cui dispone ogni Stato parte della Convenzione la predisposizione di un meccanismo interno articolato "in maniera coerente con il proprio sistema giuridico e le sue tradizioni, in conformità con il livello di vita della sua nazione" (Corte eur. dir. uomo, 31 marzo 2009, *Simaldone c. Italia*, ric. n. 22644/03, par. 30)».

⁸⁰ Sull'argomento, si rinvia a C. ZANGHÌ, *La Corte costituzionale risolve un primo contrasto*, cit. supra, nota 71.

⁸¹ Esattamente come richiesto per le norme delle direttive comunitarie dalla Corte di giustizia nella nota sentenza del 4 dicembre 1974 in causa n. 41/74, *Van Duyn in Raccolta*, 1974, p. 1337, punto 12.

Così, ad esempio, benché difficilmente si potrà attribuire *sic et simpliciter* effetti diretti (e quindi un potere di immediata prevalenza sulle fonti nazionali contrastanti) agli artt. 8 e 14 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo⁸², potrebbe non apparire censurabile il comportamento di un giudice nazionale che (forte di quanto stabilito nella sentenza *S. H.*⁸³, con la quale l'Austria è stata condannata per il divieto di procreazione medicalmente assistita di tipo eterologo⁸⁴) ritenesse possibile accordare al c.d. "diritto vivente" formatosi attorno alle disposizioni in parola un'efficacia disapplicativa immediata rispetto a previsioni giuridiche analoghe a quelle rinvenibili nell'art. 4, comma 3, della legge n. 40/2004 (che preclude in modo generale ed assoluto il ricorso in Italia a tecniche di fecondazione artificiale di tipo non omologo)⁸⁵.

Lo stesso vale, del resto, con riferimento all'art. 9 della CEDU, così come interpretato dai giudici di Strasburgo con la nota sentenza *Lautsi*⁸⁶ (sempre che questa trovi conferma di fronte alla Grande Camera della Corte europea) nella parte in cui nega chiaramente la possibilità di esporre simboli religiosi nei luoghi pubblici; decisione, quest'ultima, che, quantunque poco condivisibile⁸⁷, impone obblighi dal contenuto talmente tanto chiaro e preciso da non lasciare margini interpretativi, e, soprattutto, da non richiedere (almeno per la sua – doverosa e improcrastinabile – attuazione immediata) un intervento del legislatore o della Corte costituzionale (fermo restando che questi ultimi, proprio in virtù di quanto stabilito dall'art. 117 Cost., dovranno comunque attivarsi repentinamente per eliminare in maniera definitiva lo stato di contrasto del diritto interno con i vincoli internazionali⁸⁸).

⁸² Gli articoli in questione si occupano, rispettivamente, del «diritto al rispetto della vita privata e familiare» e del «divieto di discriminazione».

⁸³ Si tratta della pronuncia *S. H. e altri c. Austria* (ricorso n. 57813/00), in www.echr.coe.int.

⁸⁴ La legge austriaca (*Artificial Protection Act* del 1992) vieta, in via generale, la fecondazione eterologa, ammettendola solo *in vivo*.

⁸⁵ Sarà interessante vedere quale risposta darà al problema la Corte costituzionale italiana, investita il 1° settembre 2010 (dalla Prima Sezione Civile del Tribunale di Firenze) della questione concernente la legittimità costituzionale dell'art. 4 della legge n. 40/2004 (norma che, secondo il giudice *a quo*, si porrebbe in contrasto, oltre con gli artt. 2, 3, 13 e 32 Cost., anche con l'art. 117, I comma, della Costituzione, in quanto cozzerebbe con la citata sentenza della Corte europea dei diritti dell'uomo). Sul complesso tema, si rinvia alle note, pubblicate in www.associazionedeicostituzionalisti.it, di S. CATALANO, *Ragionevolezza del divieto di procreazione assistita eterologa, fra ordinamento italiano e CEDU*; B. LIBERALI, *La decisione della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo e il giudice comune italiano: la non manifesta infondatezza della questione* e I. PELLIZZONE, *Fecondazione eterologa e Corte europea: riflessioni in tema di interpretazione convenzionalmente conforme e obbligo del giudice di sollevare la questione di legittimità costituzionale*.

⁸⁶ Si tratta della pronuncia del 3 novembre 2009, ricorso n. 30814/06, reperibile sul sito internet www.echr.coe.int.

⁸⁷ Ad avviso dello scrivente, ad esempio, una più corretta lettura delle norme in esame avrebbe dovuto condurre a riconoscere (e non a negare) a tutti i privati lo stesso diritto a manifestare (anche nei luoghi pubblici) la propria appartenenza (o non appartenenza) ad una determinata fede religiosa.

⁸⁸ Si è già segnalato in altra sede (cfr. A. FERRARO, *Recenti sviluppi in tema di tutela dei diritti*, cit. *supra*, nota 1, *passim*) che, nel tentativo di preservare il proprio ruolo centrale in tema di tutela dei diritti fondamentali, la Corte costituzionale, con la giurisprudenza inaugurata a partire

Ancor meno problematico sarà poi il riconoscimento di effetti diretti alle norme della Convenzione europea (rese immediatamente precettive dagli interventi interpretativi della Corte di Strasburgo⁸⁹) nei casi, come quello deciso dal Consiglio di Stato con la sentenza n. 1220/2010, in cui il giudice na-

dalle sentenze gemelle del 2007, finirà per consacrare la sua definitiva marginalizzazione nel circuito multilivello di protezione dei diritti fondamentali in Europa (sul tema, cfr. M. CARTABIA, *La Carta di Nizza, i suoi giudici e l'isolamento della Corte costituzionale italiana*, in AA. VV., *Riflessi della Carta europea dei diritti sulla giustizia e la giurisprudenza costituzionale: Italia e Spagna a confronto*, Milano, Giuffrè, 2003, p. 201 ss.; e T. GIUPPONI, *Corte costituzionale, obblighi internazionali e "controlimiti allargati": che tutto cambi perché tutto rimanga uguale?*, in www.costituzionalismo.it). Non va dimenticato, da questo punto di vista che – a differenza di quanto accadrà laddove si dovesse percorrere la via della conformazione giudiziale, in via interpretativa, delle norme statali alla CEDU – nel caso in cui si proceda immediatamente alla non applicazione delle disposizioni interne confliggenti (utilizzando in tal modo un rimedio di natura particolare inidoneo ad eliminare un eventuale stato di inadempimento degli obblighi internazionali o comunitari, soprattutto in un ordinamento, come quello italiano, in cui non vige il principio dello *stare decisis*), se il legislatore non interverrà tempestivamente per abrogare le norme "domestiche" già disapplicate, potrebbe rendersi comunque necessario un intervento del Giudice delle Leggi che dichiari l'illegittimità costituzionale delle fonti nazionali in questione (cfr. G. GAJA, *Introduzione al diritto comunitario*, cit. supra, nota 13, p. 102-103). Immaginando, invece, un «potere-dovere» (S. MIRATE, *Indennità di esproprio e risarcimento da occupazione acquisitiva*, cit. supra, nota 6, p. 72) dei giudici comuni di dare alle regole statali un'interpretazione convenzionalmente orientata, ben potrebbe venirsi a creare una totale esclusione (almeno nell'immediato) del Giudice delle Leggi, e a favorire semmai un forte coinvolgimento della Suprema Corte di cassazione. Quest'ultima sarà sempre più costantemente chiamata a pronunciarsi autorevolmente sulla corretta interpretazione da dare ad un certo testo normativo alla luce dei vincoli internazionali esistenti. E, considerato anche quanto previsto dalla stessa Corte costituzionale nelle sentenze n. 239, n. 311 e n. 317 del 2009 e n. 93 del 2010 (ossia l'attribuzione del duplice, e gravoso, obbligo per l'autorità remittente di estrapolare «partendo dal precedente specifico della Corte di Strasburgo (...) un principio di diritto» idoneo a «costituire il fondamento del dubbio di costituzionalità» e di esperire un tentativo di interpretazione conforme a CEDU, pena la inammissibilità della questione di legittimità costituzionale stessa), il più delle volte i giudici supremi preferiranno risolvere autonomamente le questioni relative al conflitto tra norme interne e disposizioni internazionali (creando magari una giurisprudenza assolutamente contraria ai dettami della Corte di Strasburgo), senza rivolgersi alla Consulta. La lettura di una serie di pronunce della Cassazione sarà sufficiente per rendersi conto che, perfino «di fronte a questioni di legittimità costituzionale particolarmente serie», sono state adottate «ordinanze di manifesta infondatezza (che, per altro, assomigliano a vere e proprie pronunce di costituzionalità)». Così S. CATALANO, *Ragionevolezza del divieto di procreazione assistita eterologa*, cit. supra, nota 85. Cfr., al riguardo, la giurisprudenza richiamata da E. LAMARQUE, *Il vincolo alle leggi statali e regionali*, cit. supra, nota 16; da B. RANDAZZO, *Giudici comuni e Corte europea dei diritti*, cit. supra, nota 6. Del resto, come ha evidenziato C. DOMENICALI, *La giurisprudenza costituzionale sul ruolo della CEDU*, cit. supra, nota 35, «il preventivo intervento della Corte di cassazione evita al giudice costituzionale di dover prendere decisioni definitive applicando i criteri formali: una volta assunta come vincolante l'interpretazione di Strasburgo, e posto che questa sia incompatibile con una norma interna (...) o la norma interna è dichiarata incostituzionale, o lo è la norma internazionale (...) l'autorità giudiziaria (...) in situazioni critiche (...) sceglie di procedere all'interpretazione della portata di quegli obblighi (...) evitando di chiedere alla Corte di decidere subito (...) se eliminare una delle due norme tra loro incompatibili». I rischi di un simile contegno giurisprudenziale sono facilmente intuibili. Come ha rilevato I. CARLOTTO, *I giudici comuni e gli obblighi internazionali*, cit. supra, nota 1, menzionando, in particolare, decine di sentenze della Suprema Corte (soprattutto in materia di indennizzo per irragionevole durata del processo), «si può riscontrare come l'orientamento della Cassazione sia quello di non seguire la giurisprudenza della Corte europea laddove questa sia ritenuta non in linea con la Costituzione, semplicemente ignorandone le decisioni, senza devolvere la questione alla Corte costituzionale».

⁸⁹ Ha riconosciuto la necessità di attribuire un simile potere di disapplicazione diffuso nei confronti di «disposizioni di leggi interne già puntualmente esaminate dalla Corte di Strasburgo, da questa ritenute espressamente incompatibili con la Convenzione, e ciononostante non abrogate o modificate dal legislatore», B. RANDAZZO, *Giudici comuni e Corte europea dei diritti*, cit. supra, nota 6.

zionale ha possibilità di «proclamare il principio di piena e diretta applicazione della CEDU senza dover disapplicare specifiche disposizioni di diritto interno antinomiche»⁹⁰.

Laddove non vi sia stato un intervento chiarificatore della Corte europea dei diritti dell'uomo e non pare ci siano le condizioni perché si possa riconoscere efficacia diretta ad una determinata norma della CEDU⁹¹ (si pensi alle ipotesi in cui quest'ultima intervenga nel delicato settore dei c.d. diritti sociali, o, sia più semplicemente invocata nell'ambito di controversie tra privati), in presenza di un aperto contrasto con una norma interna (non ancora sanato dall'intervento dell'organo legislativo o dal giudice delle leggi), sarà comunque necessario che le autorità giurisdizionali si attivino, e (come accade per le norme dell'Unione europea inidonee a produrre effetti diretti⁹²), pur non

⁹⁰ Così G. COLAVITTI - C. PAGOTTO, *Il Consiglio di Stato applica direttamente le norme CEDU*, cit. *supra*, nota 35. Secondo gli Autori, «in questo senso, dunque, la petizione di principio appare meno impegnativa, e quasi formulata *ad abundantiam*, tanto che, probabilmente, gli stessi risultati potevano essere raggiunti limitando il richiamo alla CEDU come riferimento ad un utile strumento interpretativo delle norme interne».

⁹¹ Si pensi alle norme in materia di proprietà contenute nell'art. 1 del Protocollo n. 1 della Convenzione europea e alla possibilità di procedere ad una diretta disapplicazione in Italia dell'art. 43 del dpr n. 327/2001 (il quale ha introdotto legalmente l'istituto della c.d. acquisizione sanante). Non essendo intervenuta una specifica sentenza da parte della Corte di Strasburgo in materia, la scelta di riconoscere effetti diretti di questo tipo alla disposizione convenzionale sarebbe stata probabilmente azzardata. Tuttavia, si consideri che, pur non fondando sul contrasto con gli obblighi convenzionali la sua pronuncia, proprio recentemente la Corte costituzionale, nel dichiarare l'illegittimità del citato art. 43 del Testo unico, per violazione dell'art. 76 Cost. (soluzione che ha determinato l'assorbimento della questione posta con riferimento all'art. 117, I comma, Cost.), ha osservato che «non giova dedurre, come sostenuto dall'Avvocatura dello Stato, che il legislatore delegato abbia inteso tenere conto delle censure mosse dalla giurisprudenza di Strasburgo alla pratica delle espropriazioni "indirette"». Secondo il giudice delle leggi, infatti, «indipendentemente (...) dal legittimo dubbio quanto alla idoneità della scelta realizzata con la norma di garantire il rispetto dei principi della CEDU, che in questa sede non è possibile sciogliere, quella prefigurata costituisce soltanto una delle molteplici soluzioni possibili. Il legislatore avrebbe potuto conseguire tale obiettivo e disciplinare in modi diversi la materia, ed anche espungere del tutto la possibilità di acquisto connesso esclusivamente a fatti occupatori, garantendo la restituzione del bene al privato, in analogia con altri ordinamenti europei. E neppure è mancato qualche rilievo in questo senso della Corte di Strasburgo, la quale, infatti, sia pure incidentalmente, ha precisato che l'espropriazione indiretta si pone in violazione del principio di legalità, perché non è in grado di assicurare un sufficiente grado di certezza e permette all'amministrazione di utilizzare a proprio vantaggio una situazione di fatto derivante da «azioni illegali», e ciò sia allorché essa costituisca conseguenza di un'interpretazione giurisprudenziale, sia allorché derivi da una legge – con espreso riferimento all'art. 43 del t.u. qui censurato –, in quanto tale forma di espropriazione non può comunque costituire un'alternativa ad un'espropriazione adottata secondo "buona e debita forma" (causa *Sciarrotta ed altri c. Italia* – Terza Sezione – sentenza 12 gennaio 2006 – ricorso n. 14793/02)». La Consulta ha quindi concluso che «anche considerando la giurisprudenza di Strasburgo (...) non è affatto sicuro che la mera trasposizione in legge di un istituto, in astratto suscettibile di perpetuare le stesse negative conseguenze dell'espropriazione indiretta, sia sufficiente di per sé a risolvere il grave *vulnus* al principio di legalità». Così nel par. 8.5 della sentenza n. 293 dell'8 ottobre 2010.

⁹² Sarà utile ricordare che, contrariamente a quanto proposto dalla Consulta con riferimento ai rapporti tra norme italiane e disposizioni della CEDU, nel contesto comunitario, la tecnica dell'interpretazione conforme viene elaborata dall'organo giurisdizionale di Lussemburgo, non già per proporre un *generale (ed esclusivo) strumento di composizione diffusa* delle antinomie (quale è quello immaginato dalla Corte costituzionale con riferimento ai conflitti tra norme interne e convenzionali), ma per garantire semmai un *meccanismo di tutela giudiziaria aggiuntiva* a favore dei

potendo operare una immediata disapplicazione delle norme nazionali, tentino quantomeno di interpretare queste ultime in maniera il più possibile conforme alla Convenzione europea⁹³.

Qualora neanche questo strumento di tutela sia in grado di garantire la posizione degli interessati – si considerino, ad esempio, i casi in cui in cui la norma interna non sia sufficientemente elastica da consentire interpretazioni, per così dire, "convenzionalmente orientate"⁹⁴, o addirittura le ipotesi in cui

cittadini, pensato proprio al fine di assicurare (comunque) l'effetto utile del diritto sovranazionale nei casi in cui non sia possibile ricorrere al più immediato ed efficiente mezzo pretorio di salvaguardia delle pretese (di derivazione comunitaria) dei ricorrenti, ossia l'efficacia diretta.

⁹³ Del resto, nonostante la Corte costituzionale abbia chiarito che il giudice comune deve interpretare la norma interna in modo conforme alla disposizione internazionale, «entro i limiti nei quali ciò sia permesso dai testi delle norme» (sentenze n. 349/2007, par. 6; n. 348/2007, par. 5; n. 239/2009, par. 3; e n. 311/2009, *cit. supra*, nota 15, par. 6) e «avvalendosi di tutti i normali strumenti di ermeneutica giuridica» (pronuncia n. 311/2009, *loc. cit.*, par. 6), non è facile comprendere «quali sono i limiti entro i quali il giudice comune può far da sé» (B. CONFORTI, *La Corte costituzionale e gli obblighi internazionali*, *cit. supra*, nota 38, p. 572); e appare, spesso, alquanto «sdruciolevole il confine tra estensioni analogiche conformi alla CEDU e disapplicazione» (D. MESSINEO, *La disapplicazione della legge in contrasto con la CEDU*, in E. CASTORINA, *Profili attuali e prospettive di diritto costituzionale europeo*, Torino, Giappichelli, 2007, p. 276). Proprio per questo, la negazione *a priori*, ed in modo assoluto, di interventi di diretta disapplicazione delle norme interne contrastanti con precisi vincoli sovranazionali potrebbe comportare la incontrollabile (e difficilmente censurabile) realizzazione di quelle che R. CONTI, *Corte costituzionale e CEDU*, *cit. supra*, nota 15, p. 631, ha felicemente definito come «operazioni mascherate di disapplicazione della norma interna in nome di predicate interpretazioni conformi». Anche perché «i risultati pratici cui si perviene con l'obbligo [dell'interpretazione conforme] (...) non sono molto diversi da quelli che si realizzerebbero con l'affermazione pura e semplice dell'effetto diretto (...) non a caso i giudici comunitari hanno talvolta trasformato il problema (...) dell'effetto diretto (...) in un problema di interpretazione conforme» (G. TESAURO, *Diritto comunitario*, Padova, Cedam, 2008, p. 193). E, come si è già rilevato altrove, a fronte di (più o meno) volontarie utilizzazioni abusive dello strumento dell'interpretazione conforme (a differenza di ciò che potrebbe accadere in presenza di errori giudiziari consistenti in ingiustificate mancate applicazioni della legge), verrebbe comunque in soccorso al giudice il regime di sostanziale immunità da responsabilità civile, previsto in Italia, a favore degli organi giurisdizionali, per quel che concerne lo svolgimento di attività meramente ermeneutiche (il tutto a discapito, ovviamente, del privato cittadino leso in un suo diritto fondamentale e a detrimento del generale interesse della collettività a vedere applicate, quanto più possibile in modo corretto, le norme vigenti nel proprio ordinamento). L'art. 2 della legge n. 117 del 1988, infatti, nel prevedere che un'autorità giudiziaria risponda in via aquiliana solo per danni cagionati con dolo o colpa grave nell'esercizio delle sue funzioni, esclude (nel suo 2° comma) la possibilità che una simile responsabilità derivi dall'interpretazione data ad un testo normativo. Per cui, mentre l'organo giurisdizionale potrebbe essere più facilmente chiamato a rispondere per cattivo uso dello strumento della disapplicazione (nei casi in cui sia ravvisabile una colpa grave in una simile scelta), meno agevolmente (*rectius*: in nessun caso, al momento) egli potrebbe risultare responsabile per aver negligenemente interpretato una norma nazionale (senza di fatto conformarla, ad esempio, o adattandola scorrettamente, al contenuto della CEDU). Sul tema, sia consentito un rinvio ad A. FERRARO, *L'illecito comunitario di un organo giurisdizionale supremo (II parte)*, in *Danno e resp.*, 6/2007, p. 629 ss. Peraltro, si consideri che già *ex ante* forme di controllo rispetto a "facili" ricorsi allo strumento della disapplicazione vi è per il semplice fatto che incombe sul giudicante «la necessità (...)», per rispettare le garanzie costituzionali di legalità e di motivazione dei giudizi (artt. 97 e 111 Cost.), di dare pienamente conto dell'*iter* logico giuridico che lo ha condotto alla scelta, in sé lacerante, di disapplicare le norme di legge nazionale per assicurare la prevalenza di (...) una disposizione CEDU». Così G. COLAVITTI - C. PAGOTTO, *Il Consiglio di Stato applica direttamente le norme CEDU*, *cit. supra*, nota 35.

⁹⁴ La stessa Corte costituzionale ha, del resto chiarito che la norma interna «non può essere forzata oltre il suo limite ermeneutico». Così N. DI LEO, *Il Trattato di Lisbona*, *cit. supra*, nota 72, p. 772, parafrasando le parole del giudice delle leggi.

(ma, l'ipotesi è veramente di scuola) non esista affatto una norma statale sulla quale intervenire in via ermeneutica⁹⁵ – non appare priva di ragionevolezza quella tesi, autorevolmente sostenuta in dottrina⁹⁶, che immagina la possibilità di riconoscere ai privati il diritto ad ottenere il risarcimento del danno per violazione della CEDU da parte dello Stato⁹⁷.

Negare un simile ventaglio di tutele a favore dei singoli, ancorandosi a posizioni di principio altamente discutibili⁹⁸, significherebbe, per ricorrere alle severe parole adoperate da uno studioso, «fare un'applicazione monca ed a conti fatti distorsiva della Costituzione»⁹⁹.

4.1. *Segue: ... e l'irrisolto problema relativo alla invocabilità dei c.d. "controlimiti" da parte degli Stati firmatari della Convenzione europea*

Anche alla luce di quanto sin qui evidenziato, appare poco convincente il *distinguo* operato dalla Corte costituzionale nella recente sentenza n. 227 del

⁹⁵ Ma, si pensi anche alle ipotesi in cui un'interpretazione conforme alla Convenzione si risolvesse in una *interpretatio contra legem* della norma interna: possibilità ritenuta inammissibile anche dalla stessa Corte di giustizia rispetto al diritto comunitario (cfr., per tutte, le sentenze dell'11 giugno 1987 in causa n. 14/86, *Pretore di Salò*, in *Raccolta*, 1987, p. 2545; del 26 settembre 1996 in causa n. C-168/95, *Arcaro*, in *Raccolta*, 1996, I, p. 4705; del 3 maggio 2005 in cause riunite n. C-387/02, n. C-391/02 e n. C-403/02, *Berlusconi e a.*, in *Raccolta*, 2005, I, p. 3565).

⁹⁶ Cfr. N. RONZITTI, *Introduzione al diritto internazionale*, cit. *supra*, nota 36, p. 242.

⁹⁷ Certamente, è probabile che un simile strumento di tutela possa essere utilizzato nelle ipotesi in cui la norma della CEDU violata sia invocata nell'ambito di una controversia in cui venga in rilievo il diritto dell'Unione europea. In passato, infatti, la Corte di giustizia ha ammesso in linea teorica la possibilità di riconoscere la responsabilità aquiliana di uno Stato per violazione di un principio generale del diritto comunitario (ed in particolare quello di parità di trattamento o non discriminazione). Cfr. la sentenza del 12 settembre 2006 in causa n. C-300/04, *Eman*, in *Raccolta*, 2006, I, p. 8055. Ove si consideri che già da tempo la CEDU è stata riconosciuta come fonte riconducibile allo *jus non scriptum* del diritto dell'Unione europea, è possibile immaginare che i giudici di Lussemburgo, opportunamente interrogati sul punto, si pronuncino circa l'esistenza di tutte le condizioni perché il privato leso in una sua pretesa inviolabile possa agire in giudizio facendo valere l'illecito del Paese trasgressore. Sarebbe interessante riflettere anche sulla possibilità di riconoscere ai privati la facoltà di rivolgersi alla Commissione europea per denunciare la violazione statale degli obblighi di tutelare i diritti sanciti nella CEDU e promuovere, per tale via, l'attivazione della procedura di cui all'art. 7 del Trattato UE (o addirittura di un ricorso per inadempimento ex artt. 258-260 TFUE). Sul variegato ventaglio di azioni potenzialmente esperibili per tutelare i diritti fondamentali all'interno dell'Unione europea, sia consentito rinviare ad A. FERRARO, *Le disposizioni finali della Carta di Nizza e la multiforme tutela dei diritti dell'uomo nello Spazio Giuridico Europeo*, in *Riv. it. dir. pubbl. comun.*, 2005, p. 503 ss.

⁹⁸ Come quelle adottate recentemente dalla Corte costituzionale nell'evidenziare che rispetto alla Convenzione europea non sarebbe «individuabile (...) alcuna limitazione della sovranità nazionale». Così nel citato punto 3.3 della pronuncia n. 349/2007.

⁹⁹ In questi termini A. RUGGERI, *Ancora in tema di rapporti tra CEDU e Costituzione*, cit. *supra*, nota 25. L'Autore stigmatizza severamente «la logica veterogarantista della separazione degli ordinamenti», propria di quella «giurisprudenza costituzionale» e di quella «comune dottrina» che, di fatto, finiscono per favorire una aperta violazione della identità stessa della Costituzione «(e, di riflesso, quella dell'intero ordinamento dalla stessa fondato)», identità che «si consegue e conferma solo aprendosi all'altro, al diritto internazionale e sovranazionale». Così ID., *Dimensione europea della tutela dei diritti fondamentali e tecniche interpretative*, in www.federalismi.it.

2010 – sia pur nel contesto di un giudizio in cui veniva in rilievo il solo diritto dell'Unione europea – tra obblighi derivanti dalla Costituzione ex art. 11 (vincolanti per tutti i poteri dello Stato) e ai sensi dell'art. 117 (coercitivi per il solo legislatore)¹⁰⁰. Una siffatta impostazione, che tradisce palesemente una certa visione di fondo del rapporto tra norme nazionali e fonti extrastatali, cozza in maniera evidente con il principio, proprio del diritto internazionale, di unicità dello Stato¹⁰¹, oltre a risultare incompatibile con quanto lo stesso giudice delle leggi ha più volte chiarito, nel proporre l'idea di una «visione ravvicinata e integrata» dei diritti fondamentali, da realizzare ad «opera del legislatore, del giudice delle leggi e del giudice comune, ciascuno nell'ambito delle proprie competenze»¹⁰².

¹⁰⁰ Nel par. 4 della pronuncia (redatta da uno dei più grandi studiosi italiani del diritto internazionale), si legge che «il limite all'esercizio della funzione legislativa imposto dall'art. 117, primo comma, Cost., è (...) solo uno degli elementi rilevanti del rapporto tra diritto interno e diritto dell'Unione europea (...) Restano, infatti, ben fermi (...) oltre al vincolo in capo al legislatore e alla relativa responsabilità internazionale dello Stato, tutte le conseguenze che derivano dalle limitazioni di sovranità che solo l'art. 11 Cost. consente, sul piano sostanziale e sul piano processuale, per l'amministrazione e i giudici». Da questo brano della sentenza sembrerebbe di poter ricavare due corollari (entrambi inaccettabili): ossia che, da un lato, lo Stato italiano potrà incorrere in «responsabilità internazionale» solo per un errore del legislatore, e, dall'altro, che, considerato quanto affermato dalla Consulta con riferimento alla CEDU (ossia l'assenza della copertura costituzionale fornita dall'art. 11 della Carta fondamentale), quest'ultima non produce alcuna limitazione di sovranità per i poteri diversi da quello legislativo. Vale la pena ricordare, da questo punto di vista, che, alla luce di quanto previsto nell'art. 101 Cost., il quale «collega la giurisdizione alla sovranità (la giustizia è amministrata in nome (...) di quello stesso popolo (...) titolare della sovranità ai sensi dell'art. 1) e assoggetta i nostri giudici alla sola legge (...) il vincolo dell'interpretazione del giudice internazionale è (...) un caso evidente di limitazione della sovranità (e di deroga al fondamentale principio del libero convincimento del giudice)». Così M. LUCIANI, *Alcuni interrogativi sul nuovo corso della giurisprudenza costituzionale*, cit. supra, nota 79, p. 203. Cfr., in senso analogo, A. RUGGERI, *La CEDU alla ricerca di una nuova identità*, cit. supra, nota 24. Secondo lo studioso, certamente l'obbligo di «dar seguito ai verdetti della Corte europea concreta una forma di limitazione di non secondaria incidenza». Dello stesso avviso si è mostrato O. POLLICINO, *Margine di apprezzamento*, cit. supra, nota 15, il quale, partendo dalla «scontata considerazione» che da sempre «il meccanismo giurisdizionale proprio della Convenzione» è stato ben «più intrusivo di quanto non lo fosse mai stato il sistema delle Nazioni Unite, cui i Padri costituenti, com'è notissimo, avevano inteso riferire quelle limitazioni di sovranità previste dall'art. 11 Cost.», si interroga sulla opportunità di continuare a ritenere, anche «alla luce delle trasformazioni dell'ultimo decennio tanto del sistema convenzionale (...), quanto della percezione del proprio ruolo che ha la Corte europea dei diritti dell'uomo, che lo Stato italiano non abbia ancora ceduto alcuna porzione di sovranità a Strasburgo».

¹⁰¹ 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 sovranazionale (C. ZANGHÌ, *La Corte costituzionale risolve un primo contrasto*, cit. supra, nota 71).

¹⁰² Così nel par. 7 della sentenza n. 317 del 2009. Appare, del resto, singolare che la Corte costituzionale richiami queste varie espressioni del potere statale proprio in un brano in cui si occupa dell'applicazione della dottrina del «margine di apprezzamento», quasi a voler significare (soprattutto ove questo passaggio della sentenza venga letto sistematicamente con quanto asserito nel citato par. 4 della sentenza n. 227/2010) che, mentre l'obbligo di dare attuazione alle regole sancite nella CEDU è rivolto solo al legislatore, quando si tratta di porre un limite all'ingresso delle norme della Convenzione, anche le autorità giurisdizionali statali hanno titolo ad intervenire, secondo le regole nazionali che ne definiscono le competenze. Discutibile sembrerebbe anche la conclusione cui perviene la Corte costituzionale, nello stesso paragrafo, dopo aver chiarito che «naturalmente, alla Corte europea spetta di decidere sul singolo caso e sul singolo diritto fondamentale»: la Consulta precisa che «appartiene alle autorità nazionali il dovere di evitare che la tutela di alcuni diritti fondamentali – compresi nella previsione generale ed unitaria dell'art. 2 Cost. – si sviluppi

Più che colmare una «lacuna prima esistente quanto alle norme che a livello costituzionale garantiscono l'osservanza degli obblighi internazionali pattizi»¹⁰³, l'art. 117 Cost., primo comma, nella lettura fornita (e ribadita anche recentemente) dalla Consulta italiana, finirebbe proprio per realizzare un vuoto che prima non c'era¹⁰⁴, ostacolando (e non assecondando certamente) una adeguata apertura del sistema italiano alle realtà interstatali cui ha (liberamente) scelto di aderire¹⁰⁵. E giungerebbe, inoltre, a favorire paradossalmente in Italia la realizzazione di disparità di trattamento, non solo nei confronti di organizzazioni internazionali (in chiara violazione di quanto solitamente accade, invece, nei rapporti interni fra queste ultime¹⁰⁶) e di soggetti privati appartenenti a Paesi di un'unica area continentale (sempre più orientata verso forme profonde di integrazione economica, politica e giuridica)¹⁰⁷, ma addirittura nei riguardi di cittadini italiani¹⁰⁸.

pi in modo squilibrato, con sacrificio di altri diritti ugualmente tutelati dalla Carta costituzionale e dalla stessa Convenzione europea». Quello stesso giudice comune, al quale viene negato il potere di applicare direttamente le norme della CEDU e forse perfino di ritenersi destinatario degli obblighi sanciti dalla Convenzione, viene chiesto di vigilare sul corretto *enforcement* dei diritti fondamentali, e finanche di effettuare un'opera di bilanciamento tra i vari diritti sanciti nella Costituzione e, addirittura, nella CEDU.

¹⁰³ Così nella sentenza n. 311/2009, par. 6, *cit. supra*, nota 15; e n. 227/2010, par. 4; ma, già in precedenza, nella sentenza n. 349/2007, par. 6.2. In realtà, la Consulta ha fatto propria l'espressione utilizzata per la prima volta dalla Corte di cassazione nella ordinanza di rimessione del 29 maggio 2006 (con la quale ha sollevato la questione di legittimità costituzionale dell'art. 5-bis del decreto-legge n. 333/1992), che ha condotto alla pronuncia n. 348/2007.

¹⁰⁴ Per decenni la CEDU ha, infatti, goduto in Italia di un basamento costituzionale ben più "solido" di quello previsto dalla Consulta, potendo contare, secondo una giurisprudenza costante, sulla copertura fornita dall'art. 11 Cost.

¹⁰⁵ Come ha evidenziato A. RUGGERI, *Dimensione europea della tutela dei diritti*, *cit. supra*, nota 99, «considerando per intero scoperti i patti internazionali dai principi fondamentali (e coperti unicamente dal I comma dell'art. 117 (...)), l'art. 11 risulterebbe privo di senso (...)».

¹⁰⁶ Basti citare la c.d. teoria della "protezione equivalente", adottata dalla Corte europea dei diritti dell'uomo, «nell'interesse della cooperazione internazionale, ritenendo che la soluzione (...) facilita la posizione degli Stati membri dell'Unione, limitando l'area in cui il conflitto tra lealtà diverse ha occasione di manifestarsi» (V. ZAGREBELSKY, *La prevista adesione dell'Unione Europea*, *cit. supra*, nota 51). Cfr., in particolare, le sentenze *Bosphorus c. Irlanda* (del 30 giugno 2005, ricorso n. 45036/98) e *Coöperatieve Producentenorganisatie c. Olanda* (del 20 gennaio 2009, ricorso n. 13645/05) – entrambe reperibili in www.echr.coe.int – nelle quali, per evitare di trovarsi nell'imbarazzante posizione di dover condannare uno Stato membro dell'Unione europea resosi responsabile di una violazione della CEDU nel dare attuazione al diritto comunitario (senza aver potuto disporre di alcun margine di discrezionalità nello svolgimento della propria attività legislativa), i giudici di Strasburgo hanno stabilito che, fatte salve insufficienze manifeste che emergano in un caso specifico, si debba presumere che uno Stato membro rispetti le esigenze della Convenzione, nelle ipotesi in cui si limiti ad eseguire obblighi giuridici risultanti dalla adesione all'Unione. Secondo M. G. BERNARDINI, *L'Europa dopo Lisbona*, *cit. supra*, nota 33, tuttavia, «se nello schema della *protezione equivalente* applicato ai rapporti diritto nazionale/diritto comunitario basta che l'equivalenza sia riconoscibile "in generale", così non può essere nei rapporti CEDU/diritto comunitario, in quanto la CEDU esige un rispetto puntuale ed integrale del livello minimo di protezione da essa garantito, che deve essere verificato caso per caso dalla Corte di Strasburgo».

¹⁰⁷ Si rinvia, sul punto, alle interessanti osservazioni proposte dalla Corte di giustizia, sin dal 1965 (sia pur con riferimento al diritto comunitario), nell'ordinanza *Acciaierie San Michele*, *cit. supra*, nota 8, *passim*.

¹⁰⁸ All'interno del quale è teoricamente possibile che la persona umana veda diversamente

In altre parole, in nome della difesa della Costituzione verrebbe ammessa (se non addirittura avallata) l'inosservanza di uno dei principi supremi della nostra Carta fondamentale, ossia quello di uguaglianza (leso sovente già a seguito della interazione tra norme nazionali e comunitarie¹⁰⁹), il quale finirebbe per essere violato proprio nella materia più delicata del diritto (ossia quella concernente gli interessi inviolabili dell'individuo).

Entrando a far parte del sistema CEDU, l'Italia non si è limitata a riconoscere un alto valore simbolico alle norme contenute nella Convenzione europea dei diritti dell'uomo e un importante primato alla interpretazione di esse da parte della Corte di Strasburgo¹¹⁰, ma a rispettare totalmente e senza ri-

protetti i suoi diritti fondamentali a seconda del settore in cui opera: se, in ipotesi, svolgerà un'attività commerciale di rilevanza europea, potrà invocare, a garanzia delle sue pretese inviolabili, le norme dell'Unione (e, quindi, eventualmente anche gli effetti diretti delle norme convenzionali); qualora, viceversa, agirà nella veste di piccolo imprenditore, non godrà di un'identica tutela. Si è già rilevato altrove (A. FERRARO, *Le disposizioni finali della Carta di Nizza*, cit. supra, nota 97, p. 522) che una simile "visione schizofrenica", paradossalmente favorita anche da disposizioni (come il citato art. 51 della Carta di Nizza) contenute in documenti normativi assai moderni, appare criticabile. Come ha recentemente evidenziato anche la Corte costituzionale, «la tutela dei diritti fondamentali deve essere sistemica e non frazionata in una serie di norme non coordinate ed in potenziale conflitto tra loro». Così nel par. 7 della sentenza n. 317/2009. L'Avvocato Generale Sharpston, nelle sue conclusioni presentate il 30 settembre 2010 in causa n. C-34/09, *Gerardo Ruiz Zambrano*, reperibili in www.curia.europa.eu, ha tuttavia rilevato, nel par. 162, che «il desiderio di promuovere un'adeguata tutela dei diritti fondamentali non deve portare ad un'usurpazione di competenza. Fino a quando i poteri dell'Unione europea resteranno basati sul principio di attribuzione, i diritti fondamentali dell'Unione debbono rispettare i limiti di tale attribuzione»; ed ha aggiunto (nei par. 163 ss.), argomentando ampiamente la propria tesi, che «a lungo andare, la regola più chiara sarebbe quella che rende la (...) tutela dei diritti fondamentali dell'Unione dipendente (...) dall'esistenza e dalla portata di una competenza materiale dell'Unione»; concludendo che, in tal modo, il cittadino sarebbe tutelato nei suoi diritti fondamentali di derivazione europea «anche se tale competenza non è stata ancora esercitata». Secondo l'*amicus curiae*, tuttavia, «un cambiamento di questo tipo (...) richiede (...) tanto un'evoluzione giurisprudenziale quanto un'affermazione inequivocabilmente politica da parte dei poteri costituenti dell'Unione (i suoi Stati membri)». Così nel par. 173.

¹⁰⁹ Per cui, le questioni interessate da quest'ultimo godono spesso di un trattamento differente, e sovente più favorevole, rispetto a quello riservato alle fattispecie "puramente interne". Sul tema delle c.d. "discriminazioni alla rovescia", sia consentito un rimando, anche a fini bibliografici, ad A. FERRARO, *La storia infinita del caso R. C. Auto, tra diritto italiano e diritto comunitario*, in questa Rivista, 2008, p. 107 ss. nonché ID., *L'illecito comunitario di un organo giurisdizionale supremo*, in *Danno e resp.*, 5/2007, p. 518 ss. e 6/2007, p. 629 ss. Cfr., inoltre, quanto rilevato nelle conclusioni al caso *Gerardo Ruiz Zambrano*, cit. supra, nota 108, *passim*.

¹¹⁰ Nell'affermare che «questa Corte non può sostituire la propria interpretazione di una disposizione della CEDU a quella della Corte di Strasburgo, con ciò uscendo dai confini delle proprie competenze, in violazione di un preciso impegno assunto dallo Stato italiano con la sottoscrizione e la ratifica, senza l'apposizione di riserve, della Convenzione» (così nella sent. n. 317, punto 7), il giudice delle leggi sembra trascurare che l'obbligo derivante dall'entrata a far parte (senza condizioni) nel sistema CEDU è ben più incisivo e penetrante per i Paesi aderenti. Come ha ben ricordato A. RUGGERI, *Dimensione europea della tutela dei diritti*, cit. supra, nota 99, «stabilendo la legge (...) che sia data "piena ed intera esecuzione" al trattato da essa richiamato, ove quest'ultimo non dovesse essere applicato così com'è inteso nell'ordinamento di appartenenza, sarebbe puramente e semplicemente violato». Assai discutibile appare, dunque, quanto indicato nel par. 6 della sentenza n. 311/2009, nella quale la Consulta, dopo aver ribadito che «ad essa è precluso di sindacare l'interpretazione della Convenzione europea fornita dalla Corte di Strasburgo, cui tale funzione è stata attribuita dal nostro Paese senza apporre riserve», ha ricordato che alla Corte costituzionale compete, invece, «di verificare se la norma della CEDU, nell'interpretazione data dalla Corte europea, non si ponga in conflitto con altre norme conferenti della nostra Costituzione. Il verificarsi di tale ipotesi, pure eccezionale, esclude l'operatività del rinvio alla norma internazio-

serve l'impegno assunto sul piano internazionale; con la sola facoltà, come è noto a tutti, di stabilire ed applicare garanzie dei diritti fondamentali più intense rispetto a quelle previste dalla CEDU (ma sempre partendo da parametri ben precisi, ancorché mobili¹¹¹, fissati ed interpretati a livello sovranazionale da una Corte, quale è quella di Strasburgo, chiamata, più che mai oggi, a dettare le linee-guida nell'individuazione di uno *standard* minimo di tutela non derogabile dagli Stati firmatari della Convenzione¹¹²).

Proprio per questo, una lettura del rapporto tra fonti come quella prospettata dalla Consulta negli ultimi anni sconta notevoli critiche, non foss'altro perché suffraga la vecchia dottrina, ormai non più giustificata, dei c.d. controlimiti: i quali, peraltro, nel caso in questione, e a differenza di quanto è accaduto laddove si è trattato di proteggere le norme costituzionali dalla "incursione" del diritto comunitario, parrebbero essere (anche se maldestramente) "mascherati"¹¹³ (oltre che, per così dire, "alla rovescia", come si è

nale (...); e, non potendosi evidentemente incidere sulla sua legittimità, comporta – allo stato – l'illegittimità, per quanto di ragione, della legge di adattamento».

¹¹¹ Come ha evidenziato V. ZAGREBELSKY, *La prevista adesione dell'Unione Europea, cit. supra*, nota 51, con specifico riferimento al rapporto tra Corte europea dei diritti dell'uomo e Corte di giustizia dell'Unione, «un sistema di diritti dell'uomo come quello europeo, sofisticato e ricco (...), il conflitto giurisprudenziale può facilmente sorgere quando più diritti si pongano in contrasto o concorrenza, senza che l'uno possa essere completamente sacrificato all'altro e con la necessità quindi di procedere a valutazioni di bilanciamento e proporzione». E sin troppo ovvio che, nelle relazioni tra Corti nazionali e Corte di Strasburgo, questa delicata opera di *balancing* debba essere effettuata nel rispetto della indiscussa supremazia della CEDU e del "diritto vivente" elaborato dai giudici europei; i quali, dal canto loro, ricorrendo al principio del «margine di apprezzamento», e richiamando sovente la previsione di cui all'art. 53 della CEDU, hanno dimostrato di non aver rinunciato, né di volerlo fare in futuro, a riconoscere ai Paesi firmatari della Convenzione spazi decisionali autonomi, spesso anche assai ampi, ma sempre compatibili con gli impegni assunti a livello interstatale (esattamente come accade, del resto, sul piano dei rapporti tra ordinamenti nazionali e diritti dell'Unione europea, allorché si consente agli Stati membri di invocare una serie di "regole di salvaguardia" o "clausole generali", come quelle dell'ordine pubblico, della moralità pubblica, *et similia*, per limitare l'ingresso indiscriminato di norme sovranazionali: cfr. G. TESAURO, *Diritto comunitario, cit. supra*, nota 93, p. 449 ss. e p. 519 ss.). È innegabile che, anche nell'ottica della Corte di Strasburgo, «il risultato complessivo dell'integrazione delle garanzie dell'ordinamento deve essere di segno positivo, nel senso che dall'incidenza della singola norma CEDU sulla legislazione italiana deve derivare un plus di tutela per tutto il sistema dei diritti fondamentali» (così nel par. 7 della sentenza n. 317/2009), ma pensare che l'ultima parola nell'individuazione della maggiore tutela possa spettare alle singole corti nazionali appare altamente discutibile.

¹¹² Servirà ricordare, a tal proposito, che l'art. 27 della Convenzione di Vienna sul diritto dei trattati del 1969 stabilisce chiaramente che «una parte non può invocare le disposizioni della propria legislazione interna per giustificare la mancata esecuzione di un trattato». E lo stesso G. TESAURO, *Costituzione e norme esterne, cit. supra*, nota 23, p. 198, ricorda l'esistenza di un «principio fondamentale che preclude agli Stati di far valere una norma interna, ancorché costituzionale, per giustificare una violazione del diritto internazionale», con il solo (e contraddittorio) limite (applicabile secondo lo studioso, ma non secondo le Corti sovranazionali) della «verifica di sintonia con i principi fondamentali dell'assetto costituzionale interno». L'Autore richiama, *in puncto*, l'art. 3 del Progetto definitivo approvato dalla Commissione del Diritto Internazionale delle Nazioni Unite sulla Responsabilità degli Stati («the characterization of an act of a State as internationally wrongful is governed by international law. Such characterization is not affected by the characterization of the same act as lawful by internal law») ed il relativo commento, in *Yearbook of the International Law Commission*, 2001, vol. II (Part Two).

¹¹³ Non del tutto pertinente, appare, da questo punto di vista, il rinvio al «margine di apprezzamento».

già tentato di evidenziare in altre occasioni¹¹⁴⁾¹¹⁵.

zamento» effettuato dalla Corte costituzionale proprio nel par. 7 della sentenza n. 317/2009, ossia nel brano in cui si tenta di spiegare la ragione per cui la Consulta può limitare l'ingresso di una norma CEDU al fine di garantire una più elevata tutela dei diritti fondamentali dell'uomo. In realtà, quando i giudici di Strasburgo richiamano la dottrina in questione, non pare che lo facciano perché immaginano un utilizzo di essa da parte di uno Stato finalizzato a garantire un *plus* di protezione nei confronti del privato, ma, al contrario, per dimostrare la loro totale disponibilità ad ammettere, entro limiti ben precisi, un parziale temperamento dei rigidi obblighi convenzionali, giustificato dalla necessità di fornire ai legislatori nazionali una certa (sia pur non illimitata) discrezionalità in materia. E ciò può concretizzarsi nella concessione di un più o meno ampio periodo di tempo ai Paesi firmatari della CEDU, indispensabile per conformare i propri ordinamenti a quelli che potrebbero essere considerati "diritti fondamentali in evoluzione" (come si è evidenziato nella recente sentenza *Schalk e Kopf c. Austria*, del 24 giugno 2010, ricorso n. 30141/04, reperibile in governo.it/Presidenza/CONTENZIOSO/comunicazione/notizie/20100625a.html, ove è stata esclusa la violazione degli artt. 12, 8 e 14 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo, da parte di una normativa, quale quella austriaca, che nega a due persone dello stesso sesso di contrarre matrimonio), ovvero, nel più generale riconoscimento del potere di discostarsi dal "diritto vivente" formatosi attorno alla CEDU, al fine di rispettare le proprie esigenze interne di particolare importanza (ad esempio di tipo economico e sociale). Emblematico appare, al riguardo, quanto evidenziato dalla Corte di Strasburgo nella citata sentenza *Simaldone c. Italia*, par. 78. I giudici europei, dopo aver ricordato che «dans le respect des exigences de la Convention, les Etats contractants jouissent d'une certaine marge d'appréciation quant à la façon de garantir aux individus le recours exigé par l'article 13 et de se conformer à l'obligation que leur fait cette disposition de la Convention. Elle a également insisté sur le principe de subsidiarité afin que les justiciables ne soient plus systématiquement contraints de lui soumettre des requêtes qui auraient pu être instruites d'abord et, selon elle, de manière plus appropriée, au sein des ordres juridiques internes», hanno concluso che «lorsqu'un Etat a fait un pas significatif en instituant un recours indemnitaire, la Cour se doit de lui laisser une plus grande marge d'appréciation pour qu'il puisse organiser ce recours interne de façon cohérente avec son propre système juridique et ses traditions, en conformité avec le niveau de vie du pays». Cfr. la nota di C. CIUFFETTI, *La legge n. 89 del 2001 a Strasburgo, tra luci della ribalta e prove di resistenza: dalla decisione Brusco c. Italia del 6 settembre 2001 alla sentenza Simaldone c. Italia del 31 marzo 2009*, in www.federalismi.it, n. 9, 2009; e l'interessante lavoro di G. MARTINICO, *Il trattamento nazionale dei diritti europei*, cit. *supra*, nota 53, spec. p. 708-709. Evidenza che la «dottrina del "margine di apprezzamento" (...) non può essere portata oltre un certo limite, tramutandosi, altrimenti, in un fattore di incertezza ed indecisione in una materia che non ha certo bisogno di ulteriori elementi di problematicismo», E. GIANFRANCESCO, *Incroci pericolosi*, cit. *supra*, nota 2, p. 3-4.

¹¹⁴ Sull'argomento, sia consentito rinviare ad A. FERRARO, *Le disposizioni finali della Carta di Nizza*, cit. *supra*, nota 97, p. 539.

¹¹⁵ Alla Corte costituzionale va, comunque, riconosciuto il merito di aver eliminato *in nuce* (soprattutto con le sentenze n. 311 e n. 317 del 2009) ogni dubbio circa la possibilità, ventilata dal Consiglio di Stato nella nota sentenza *Admenta Italia c. Federfarma* (Sez. V, 8 agosto 2005, n. 4207, in *Giur. cost.*, 2005, p. 3391, con commento di G. MORBIDELLI, *Controlimiti o contro la pregiudiziale comunitaria* e di C. DI SERI, *Un "tentativo" di applicazione dei "controlimiti"*), che sia il giudice comune a pronunciarsi direttamente con riferimento alla compatibilità delle norme di diritto internazionale con quelle italiane. Il Supremo organo amministrativo, in ossequio alla c.d. teoria "dei controlimiti", dopo aver rilevato che permane «uno spazio giuridico statale del tutto sottratto all'influenza del diritto comunitario (...) nel quale lo Stato continua ad essere interamente sovrano, vale a dire indipendente, e perciò libero di disporre delle proprie fonti normative», aveva, perfino, escluso che «il giudice nazionale in presenza di una statuizione della Corte costituzionale che lo vincola alla applicazione della norma appositamente modificata in funzione della tutela di un diritto fondamentale, possa prospettare alla Corte del Lussemburgo un quesito pregiudiziale della cui soluzione non potrà comunque tenere conto, perché assorbita dalla decisione della Corte italiana» (così nel par. 3.4). La sentenza ha suscitato commenti assai critici da parte di molti studiosi. Cfr., per tutti, O. POLLICINO, *Il difficile riconoscimento delle implicazioni della supremazia del diritto europeo: una discutibile pronuncia del Consiglio di Stato*, in *Riv. it. dir. pubbl. comun.*, 2005, p. 1939 ss.; A. BARONE, *A proposito della sentenza Federfarma: fra tutela comunitaria e tutela costituzionale dei diritti fondamentali il Consiglio di Stato smarrisce la retta via?*, in *Dir. Un. Eur.*, 2006, p. 201 ss.; V. CAPUANO, *Norme fondamentali del Trattato CE private dell'effetto diretto: la sentenza Admenta*, in *Riv. it. dir. pubbl. comun.*, 2006 p. 241 ss.

Nascondendosi dietro l'intento di garantire in Italia una tutela dei diritti fondamentali di intensità persino maggiore rispetto a quella assicurata dalla Convenzione europea¹¹⁶, il giudice delle leggi sembrerebbe voler invero evitare l'ingresso di norme sovranazionali (particolarmente innovative magari), nonostante esse, soprattutto a seguito della interpretazione fornita di volta in volta dalla Corte europea dei diritti dell'uomo, sono per definizione destinate ad implicare un *surplus* (giammai un *deficit*) di tutela¹¹⁷.

Per convincersene basterà ricordare che da un organo, di natura sempre meno "internazionale" e sempre più "sovranazionale"¹¹⁸, il cui unico compito (a differenza di quello proprio della Corte di giustizia ad esempio) è garantire a livello regionale una piena promozione dei diritti dell'uomo, non potranno che provenire pronunce dirette ad assicurare forme più elevate di tutela delle prerogative inviolabili della persona. Per cui, giusta la previsione di cui all'art. 53 della CEDU e considerata la facoltà per gli Stati membri di riservarsi un certo «margine di apprezzamento», se la Corte di Strasburgo giungerà a dichiarare l'avvenuta violazione di una norma della Convenzione europea dei diritti dell'uomo è perché quel determinato Paese non ha sufficientemente protetto l'individuo in un suo diritto fondamentale.

A fronte di una siffatta constatazione, occorrerebbe che lo Stato membro si adegasse rapidamente¹¹⁹ (e senza opporre sterili e controproducenti resi-

¹¹⁶ Nel par. 6 della sentenza n. 311/2009, si evidenzia che, una volta sollevata la questione di legittimità costituzionale, la Consulta dovrà verificare che «il contrasto sussista e (...) sia effettivamente insanabile attraverso una interpretazione plausibile, anche sistematica, della norma interna rispetto alla norma convenzionale, nella lettura datane dalla Corte di Strasburgo», ma anche che tale «contrasto sia determinato da un tasso di tutela della norma nazionale inferiore a quello garantito dalla norma CEDU, dal momento che la diversa ipotesi è considerata espressamente compatibile dalla stessa Convenzione europea all'art. 53».

¹¹⁷ Apprezzabilissimo appare quanto affermato dalla Corte costituzionale nella sentenza n. 317/2009, par. 5, ossia che «con riferimento ad un diritto fondamentale, il rispetto degli obblighi internazionali non può mai essere causa di una diminuzione di tutela rispetto a quelle già predisposte dall'ordinamento interno, ma può e deve, viceversa, costituire strumento efficace di ampliamento della tutela stessa»; non può tuttavia convincere il passaggio conclusivo della riflessione (nel quale si prospetta una sorta di obbligo per la Corte costituzionale di paralizzare l'efficacia nell'ordinamento italiano di «una norma di cui sia stato accertato il deficit di tutela riguardo ad un diritto fondamentale»), nella misura in cui attribuisce alla Consulta il compito di valutare se una disposizione della Convenzione europea appresti una protezione inferiore rispetto a quella garantita da una norma (costituzionale) interna, ed eventualmente di inibire l'applicazione della prima a vantaggio della seconda (magari pure in presenza di una sentenza della Corte di Strasburgo che abbia dichiarato la non conformità di quest'ultima rispetto al livello – minimo – di protezione imposto dalla CEDU).

¹¹⁸ Cfr. L. R. HELFER - A. M. SLAUGHTER, *Toward a theory of effective supranational adjudication*, in *Yale Law Journal*, 1997, p. 273 ss.

¹¹⁹ Nella sentenza *Scozzari e Giunta c. Italia*, del 13 luglio 2000, ricorsi n. 39221/98 e n. 41963/98, par. 249, in www.echr.coe.int, i giudici di Strasburgo, richiamando la pronuncia *Papamichalopoulos e a. c. Grecia*, del 31 ottobre 1995, ricorso n. 14556/89, (anch'essa reperibile sul sito istituzionale della Corte europea www.echr.coe.int) hanno autorevolmente chiarito il contenuto degli obblighi derivanti dalla previsione sancita nell'art. 46, primo comma, della CEDU: «l'Etat défendeur, reconnu responsable d'une violation de la Convention ou de ses Protocoles, est appelé non seulement à verser aux intéressés les sommes allouées à titre de satisfaction équitable, mais aussi à choisir, sous le contrôle du Comité des Ministres, les mesures générales et/ou, le cas

stenze¹²⁰) ai *desiderata* espressi dal consesso giudiziario europeo¹²¹.

5. Conclusioni. Maturi i tempi per "cambiar rotta" in materia di tutela dei diritti fondamentali dell'uomo

A conclusione di questo lavoro, appare utile ricordare che, come ha sottolineato del resto la stessa Consulta in tempi recenti, gli Stati membri hanno avuto la possibilità «di esercitare il diritto di riserva relativamente a questa o quella disposizione in occasione della ratifica, così come il diritto di denuncia successiva, sì che, in difetto dell'una e dell'altra, risulta palese la totale e consapevole accettazione del sistema e delle sue implicazioni»¹²².

Tale risulta essere la posizione dell'Italia rispetto alla CEDU.

Proprio per questo, un intervento giudiziale che sancisse la non vincolatività (sia pur solo parziale) della Convenzione del 1950 nell'ordinamento giuridico italiano equivarrebbe ad una grave (e difficilmente accettabile a livello

échéant, individuelles à adopter dans son ordre juridique interne afin de mettre un terme à la violation constatée par la Cour et d'en effacer autant que possible les conséquences».

¹²⁰ Salva ovviamente la possibilità di promuovere, entro tre mesi, ai sensi dell'art. 43 della CEDU, un ricorso alla Grande Camera. Rispetto alla pronuncia di quest'ultima, tuttavia, non sembrano legittimamente prospettabili forme di resistenza statale. Proprio per questo, non convince quanto affermato nel punto 7 della sentenza n. 317/2009, secondo cui la Consulta «può valutare come ed in qual misura il prodotto dell'interpretazione della Corte europea si inserisca nell'ordinamento costituzionale italiano»; e tutto ciò in forza del principio per il quale «la norma CEDU, nel momento in cui va ad integrare il primo comma dell'art. 117 Cost., da questo ripete il suo rango nel sistema delle fonti, con tutto ciò che segue, in termini di interpretazione e bilanciamento, che sono le ordinarie operazioni cui» il giudice delle leggi sarebbe chiamato «in tutti i giudizi di sua competenza».

¹²¹ La regola stessa, stabilita sempre nel par. 5 della sentenza n. 317/2009, secondo cui «l'accertamento dell'eventuale deficit di garanzia deve quindi essere svolto in comparazione con un livello superiore già esistente e giuridicamente disponibile in base (...) al primo comma dell'art. 117 Cost.» (per il tramite del quale la Corte costituzionale «non solo non può consentire che si determini (...) una tutela inferiore a quella già esistente in base al diritto interno, ma neppure può ammettere che una tutela superiore (...) rimanga sottratta ai titolari di un diritto fondamentale»), va declinata nel senso che, sino a quando non sia intervenuta una sentenza della Corte europea dei diritti dell'uomo atta a chiarire quale sia l'interpretazione da dare ad una specifica disposizione della CEDU (e quale, consequenzialmente, l'obbligo applicativo per gli Stati europei), spetterà agli organi giurisdizionali statali (ognuno secondo le proprie specifiche competenze) il compito di garantire l'osservanza dei dettami della Convenzione (rispettando i precedenti della Corte di Strasburgo, ed utilizzando, eventualmente, secondo la propria prudente valutazione la regola sancita nell'art. 53 della Convenzione ed il principio del «margine di apprezzamento»); nel momento in cui, tuttavia, i giudici europei interverranno con un proprio pronunciamento, nessuna Corte (neanche costituzionale o suprema) potrà legittimamente avanzare la pretesa di porvi un argine, appellandosi (strumentalmente) alla necessità di garantire forme di tutela più ampie. Se è vero, come ha rilevato A. RUGGERI, *Conferme e novità di fine anno, cit. supra*, nota 15, che il fulcro del problema risiede nella necessità «di stabilire dove si fissa il punto di (...) tutela più "intensa" (...) dell'intero patrimonio dei diritti e, ancora più largamente, dei beni meritevoli di protezione», sarebbe poco condivisibile pensare che l'individuazione di tale soglia di protezione più elevata possa essere rimessa alle singole autorità nazionali: ne risulterebbero compromesse la *ratio* e la funzione stessa di una Carta internazionale dei diritti.

¹²² Così nel par. 6.2 della decisione n. 349/2007.

internazionale) violazione di quello che «è stato considerato come uno strumento costituzionale dell'ordine pubblico europeo»¹²³.

E le conseguenze gravi cui potrebbe condurre un siffatto contegno sono evidenti: basti solo pensare al varco che si aprirebbe nel rispetto della CEDU da parte di tutti gli altri Paesi firmatari dell'accordo internazionale (i quali, dopo aver ratificato la Convenzione, ben potrebbero sentirsi legittimati ad ergersi a custodi delle proprie norme apicali nazionali), così di fatto rendendo la stessa emanazione del *Bill of Rights* del 1950 un mero *flatus vocis*¹²⁴.

È difficile, infatti, negare che, in presenza di una specifica sentenza (magari di condanna) dell'organo giurisdizionale di Strasburgo – la quale individui anche con esattezza gli aspetti di incompatibilità della fonte nazionale –, la eventuale scelta "paralizzante" di una qualsiasi autorità statale (quantunque giustificata dal fine di tutelare maggiormente – ma secondo il punto di vista meramente nazionale e non in conformità a quanto prescritto dalla CEDU stessa e dalla giurisprudenza di Strasburgo in materia – un particolare diritto fondamentale sancito in una delle costituzioni europee), rappresenterebbe un odioso oltraggio al Consiglio d'Europa, agli altri Paesi firmatari della Convenzione europea, e, in definitiva, allo stesso privato che, nel rivolgersi alla Corte dei diritti dell'uomo, ha legittimamente confidato nella possibilità di veder concretamente salvaguardata la sua posizione, grazie all'utilizzo di quella estrema forma di ricorso¹²⁵.

¹²³ V. ZAGREBELSKY, *Corte, convenzione europea dei diritti dell'uomo e sistema europeo di protezione dei diritti fondamentali*, in *Foro it.*, 2006, IV, c. 354. L'espressione, utilizzata per la prima volta dai giudici di Strasburgo nella sentenza *Loizidou c. Turchia*, del 23 marzo 1995, ricorso n. 15318/89, par. 75, in www.echr.coe.int, compare anche in una serie di documenti ufficiali del Consiglio d'Europa (tutti reperibili sul sito ufficiale di quest'ultimo), ossia nella Raccomandazione R (2002) 13, adottata dal Comitato dei ministri il 18 dicembre 2002, e nel Discorso tenuto dal Presidente della Corte europea M. Jean-Paul Costa in occasione della visita alla Corte costituzionale della Federazione russa del 10-11 maggio 2007. Di una vera e propria «Costituzione europea dei diritti dell'uomo» ha parlato la Corte di Strasburgo nel suo parere sulla riforma del sistema di controllo della CEDU. Cfr. l'*Avis sur la réforme du système de contrôle de la CEDH*, Doc. Cour (92) 14, in www.coe.int.

¹²⁴ Corretta appare da questo punto di vista la riflessione proposta da A. MOSCARINI, *Indennità di espropriazione e valore di mercato del bene: un passo avanti ed uno indietro della Consulta nella costruzione del patrimonio costituzionale europeo*, in www.federalismi.it, secondo cui «è evidente (...) che (...) la costruzione di linee comuni del costituzionalismo europeo non siano compatibili con la rivendicazione di eccezioni e di specificità nazionali (...) Le Corti europee devono poter svolgere un ruolo inclusivo ed allo stesso tempo di sintesi delle diverse esperienze nazionali, producendo effetti di omogeneità sulla giurisprudenza dei singoli Stati, e le Corti costituzionali, dal canto loro, non possono ergersi a custodi dei controlimiti». Sul tema, cfr. C. PINOTTI, *I controlimiti nel rapporto tra diritto comunitario e nazionale*, in questa *Rivista*, 2009, p. 211 ss. e A. RANDAZZO, *I controlimiti al primato del diritto comunitario: un futuro non diverso dal presente?*, in www.forumcostituzionale.it.

¹²⁵ Cfr., al riguardo, quanto evidenziato dalla stessa Corte di Strasburgo nella sentenza *United Communist Party of Turkey*, del 30 gennaio 1998, ricorso n. 19392/92, in www.echr.coe.int, par. 28 ss.: «le préambule à la Convention se réfère au "patrimoine commun d'idéal et de traditions politiques, de respect de la liberté et de prééminence du droit" (...), dont les constitutions nationales fournissent d'ailleurs souvent une première concrétisation. Par son système de garantie collective des droits qu'elle consacre (...), la Convention vient renforcer, conformément au principe de subsidiarité, la protection qui en est offerte au niveau national, sans jamais lui imposer de li-

Non è un caso che la Corte di Strasburgo, da un lato, nell'accusare, senza mezzi termini, alcuni Paesi, come l'Italia, di un difetto (strutturale e sistematico) di tutela di alcuni diritti inviolabili della persona¹²⁶, non si sia creata troppi scrupoli a costringere i legislatori nazionali a rivedere previsioni normative interne, anche apicali (e perfino principi fondamentali derivanti da

mites (...) Aussi l'organisation institutionnelle et politique des Etats membres doit-elle respecter les droits et principes inscrits dans la Convention. Il importe peu, à cet égard, que se trouvent en cause des dispositions constitutionnelles (...) ou simplement législatives (...) Dès lors que l'Etat concerné exerce par elles sa "juridiction", elles se trouvent soumises à la Convention». Degno di totale condivisione è, pertanto, il principio elaborato dalla Consulta (nel par. 5 della sentenza n. 317/2009), secondo cui «il confronto tra tutela convenzionale e tutela costituzionale dei diritti fondamentali deve essere effettuato mirando alla massima espansione delle garanzie, anche attraverso lo sviluppo delle potenzialità insite nelle norme costituzionali che hanno ad oggetto i medesimi diritti (...) e (...) il necessario bilanciamento con altri (...) diritti fondamentali che potrebbero essere incisi dall'espansione di una singola tutela»; ed appare anche corretto ritenere che il bilanciamento in questione debba trovare «nel legislatore il suo riferimento primario», senza negare l'importante ruolo spettante anche al giudice delle leggi «nella sua attività interpretativa delle norme costituzionali»; tuttavia, questo delicato compito degli organi nazionali, di cui parla la Corte costituzionale, incontrerà un suo limite nel momento in cui interverrà una sentenza della Corte di Strasburgo che chiarirà definitivamente come debba essere interpretata ed applicata una determinata disposizione (nel farlo, ovviamente, sarà sua cura tenere presente tutti gli interessi in gioco e valorizzare al massimo, come si è già più volte sottolineato, la regola sancita nell'art. 53 della CEDU, nonché il principio del «margine di apprezzamento»). Basterebbe leggere attentamente la sentenza *Lautsi* (ancorché non definitiva) per avvedersene. Il fatto che la Corte di Strasburgo abbia respinto le istanze della difesa italiana, negando la possibilità per le autorità nazionali di ricorrere al «margine di apprezzamento», a differenza di quanto ha fatto nel decidere i casi relativi al velo islamico (cfr. le pronunce *Sahin c. Turchia*, ricorso n. 44774/98, del 10 novembre 2005, e *Dahlab c. Svizzera*, ricorso n. 42393/98, del 15 febbraio 2001, entrambe reperibili in www.echr.coe.int, nelle quali è stata concessa agli Stati interessati la facoltà di restringere la libertà di religione dei privati per garantire il rispetto di altre esigenze nazionali), dimostra chiaramente come i giudici europei intendano riconoscere unicamente a sé stessi il potere di bilanciare tutti gli interessi in gioco e decidere se attribuire oppure no (ed in quale misura) spazi decisionali autonomi alle autorità nazionali nell'interpretazione ed applicazione della Convenzione. Considerando corretto quanto è stato evidenziato nel par. 8 della stessa sentenza n. 317/2009, ossia che «un incremento di tutela indotto dal dispiegarsi degli effetti della normativa CEDU certamente non viola gli articoli della Costituzione posti a garanzia degli stessi diritti, ma ne esplicita ed arricchisce il contenuto, innalzando il livello di sviluppo complessivo dell'ordinamento nazionale nel settore dei diritti fondamentali», dovrebbe apparire scontato che in presenza di una sentenza della Corte di Strasburgo, finalizzata a garantire ai cittadini di uno Stato europeo la tutela (minima inderogabile) di un loro diritto fondamentale (negatagli, evidentemente, in tutti i gradi di giudizio interni – diversamente, non si sarebbe giunti ad una pronuncia della Corte europea –), nessuna autorità (legislativa, giudiziaria o amministrativa) nazionale dovrebbe poter invocare l'applicabilità di norme interne contrastanti (neppure di rango costituzionale) per limitare l'ingresso della norma sancita a livello sovranazionale. E anche l'autonomia ermeneutica ed applicativa degli organi giurisdizionali statali (benché improntata a garantire la massima tutela a diritti sanciti nella Costituzione) dovrebbe necessariamente comprimersi, risultando questi chiamati ad agire come *longa manus* della Corte di Strasburgo, o (per ricorrere alle parole usate dalla stessa Consulta nella sentenza n. 349/2007, par. 6. e n. 311/2009, par. 6) quali «giudici comuni della Convenzione». Sull'argomento, cfr. G. TUCCI, *Nuovo pluralismo delle fonti, ruolo delle Corti e diritto privato*, in *Riv. dir. priv.*, 2010, p. 114.

¹²⁶ Basti pensare al problema della eccessiva durata del processo, che ha indotto il Comitato dei Ministri operante nell'ambito del Consiglio d'Europa ad emanare il 14 febbraio 2007 due risoluzioni relative all'esecuzione da parte dell'Italia delle sentenze di condanna della Corte di Strasburgo (entrambe reperibili in www.coe.int). Evidenziando l'esistenza di «migliaia di violazioni della CEDU da più di 20 anni», i documenti invitano lo Stato italiano a mantenere l'impegno politico «per risolvere il problema della lentezza delle procedure giudiziarie», trattandosi di un limite «"strutturale" della giustizia italiana», che «rappresenta un importante pericolo per il rispetto dello Stato di diritto» e che richiede l'adozione di «un'azione di carattere interdisciplinare (...) che coinvolga gli attori principali della giustizia e che sia coordinata al più alto livello politico».

consolidate tradizioni costituzionali¹²⁷), pur di garantire il pieno rispetto dei diritti affermati nella Convenzione¹²⁸, e, dall'altro, sia giunta in alcune occasioni ad imporre chiaramente il riconoscimento di effetti diretti alle disposizioni della CEDU¹²⁹, invitando i giudici nazionali a procedere all'applicazione immediata di esse in luogo delle norme nazionali confliggenti¹³⁰ (così come suggerito, del resto, in seno al Consiglio d'Europa, da una serie di prese di posizione dell'Assemblea parlamentare e del Comitato dei Ministri¹³¹).

¹²⁷ Si rinvia, sul punto, a D. SZYMCAK, *La Convention Européenne des droits de l'homme e le juge constitutionnel national*, Bruxelles, Bruylant, 2007, *passim*. Come hanno recentemente sottolineato gli stessi giudici di Strasburgo, «la Cour estime qu'un système basé sur la primauté de la Convention et de la jurisprudence y relative sur les droits nationaux est à même d'assurer au mieux le bon fonctionnement du mécanisme de sauvegarde mis en place par la Convention et ses protocoles additionnels». Le parole sono riprese dalla sentenza *Dumitru Popescu c. Romania*, del 26 aprile 2007, ricorso n. 71525/01, in www.echr.coe.int, par. 103. La Corte sottolinea, inoltre, che «il n'est pas dépourvu d'importance de rappeler à cet égard, que, dans sa Recommandation du 12 mai 2004 (Rec. (2004)6), le Comité des Ministres s'est félicité de ce que la Convention faisait partie intégrante de l'ordre juridique interne de l'ensemble des Etats parties». Cfr. P. TANZARELLA, *Gli effetti delle decisioni delle Corti dei diritti: Europa e America a confronto*, in *Quad. cost.*, 2009, p. 336 ss.

¹²⁸ Cfr. le sentenze (tutte reperibili in www.echr.coe.int) *Open Door and Dublin Well Woman*, del 29 ottobre 1992, ricorsi n. 14234-14235/88, par. 69; *Ruiz-Mateos c. Spagna*, del 23 giugno 1993, ricorso n. 12952/87, *passim*; *Vogt c. Germania*, del 26 settembre 1995, ricorso n. 17851/91, *passim*; *United Communist Party of Turkey, cit. supra*, nota 125, par. 27 ss.; *Buscarini e a. c. San Marino*, del 18 febbraio 1999, ricorso n. 24645/94, *passim*; *von Hannover c. Germania*, del 24 giugno 2004, ricorso n. 59320/00, *passim*; *Moreno Gomez c. Spagna*, del 16 novembre 2004, ricorso n. 4143/02, *passim*.

¹²⁹ Non sono, del resto, mancate negli ultimi anni sentenze con le quali, senza preoccuparsi troppo degli strumenti con cui debba realizzarsi concretamente il riconoscimento degli effetti diretti delle loro pronunce, i giudici di Strasburgo, abbandonando sempre più la prassi di fornire decisioni dal valore meramente dichiarativo, «hanno iniziato a specificare quale sia (...) l'unica misura possibile in grado di soddisfare pienamente l'interesse del ricorrente». A segnalarlo sono O. POLLICINO - V. SCIARABBA, *La Corte europea dei diritti dell'uomo e la Corte di giustizia, cit. supra*, nota 77, rinviando alle pronunce *Assanidze c. Georgia*, dell'8 aprile 2004, ricorso n. 71503/01, par. 203; *Ilaşcu e a. c. Moldavia e Russia*, dell'8 luglio 2004, Grande Camera, ricorso n. 48787/99; *Stoichkov c. Bulgaria*, del 3 marzo 2005, ricorso n. 9808/02; e *Abbasov c. Azerbaijan*, del 17 gennaio 2008, ricorso n. 24271/05, par. 35 ss.; tutte reperibili sul sito internet www.echr.coe.int.

¹³⁰ Basterebbe ricordare, a tal riguardo, quanto evidenziato nel par. 103 della citata sentenza *Dumitru Popescu c. Romania*, secondo la quale l'adesione alla CEDU «implique l'obligation pour le juge national d'assurer le plein effet de ses normes en les faisant au besoin passer avant toute disposition contraire qui se trouve dans la législation nationale, sans devoir attendre son abrogation par le législateur». La pronuncia, richiama, *mutatis mutandis*, la sentenza *Vermeire c. Belgique*, del 29 novembre 1991, ricorso n. 12849/87, in www.echr.coe.int, par. 26, nella quale la Corte di Strasburgo ha chiarito che «la liberté de choix reconnue à l'Etat quant aux moyens de s'acquitter de son obligation au titre de l'article 53 ne saurait lui permettre de suspendre l'application de la Convention en attendant l'aboutissement d'une pareille réforme». Sul tema, si rinvia, per le ampie e condivisibili osservazioni, ad E. LAMBERT, *Les effets des arrêts de la cour européenne des droit de l'homme*, Bruxelles, Bruylant, 1999, p. 199 ss.

¹³¹ La stessa parte privata, nel giudizio di legittimità costituzionale conclusosi con la sentenza n. 348/2007, ha richiamato la Risoluzione 1226(2000) dell'Assemblea Parlamentare del Consiglio d'Europa (nella quale si è sottolineata la necessità per gli Stati contraenti di garantire, all'occorrenza, un'applicazione diretta, da parte dei Giudici nazionali, della Convenzione e delle sentenze della Corte Europea che la interpretano e la applicano), ma anche le tre importanti decisioni (aventi un contenuto pressoché identico a quello della Risoluzione dell'Assemblea), adottate il 12 maggio 2004 dal Comitato dei ministri del Consiglio d'Europa, ossia la Risoluzione Res(2004)3 (relativa alle sentenze che accertano un problema strutturale sottostante alla violazione), la Raccomandazione Rec(2004)5 (relativa alla verifica di conformità dei progetti di legge, delle leggi vigenti e

Tutto ciò considerato, è auspicabile che si giunga presto a riconoscere alla CEDU un suo valore vincolante, ex art. 11 (ma anche in virtù dell'art. 2¹³² e, per certi aspetti, dell'art. 10, primo comma¹³³) della Costituzione, per la

della prassi amministrativa agli *standard* stabiliti dalla Convenzione), e la Raccomandazione Rec(2004)6 (ove si è ribadito l'obbligo per gli Stati contraenti, a seguito delle sentenze della Corte che individuano carenze di carattere strutturale o generale dell'ordinamento normativo o delle prassi nazionali applicative, di rivedere l'efficacia dei rimedi interni esistenti e, se necessario, di instaurare validi rimedi, al fine di evitare che la Corte venga adita per casi ripetitivi), tutte reperibili sul sito internet www.coe.int. Discutibile, appare, a tal proposito l'asserzione della Corte costituzionale (contenuta nel par. 3.3 della sentenza n. 348/2007), secondo cui tali misure «si indirizzano agli Stati contraenti e non possono né vincolare questa Corte, né dare fondamento alla tesi della diretta applicabilità delle norme CEDU ai rapporti giuridici interni».

¹³² Cfr., per tutti, F. GALGANO, *Danno non patrimoniale e diritti dell'uomo*, in *Contr. e impr.*, 2009, p. 891 ss. Sul punto sia consentito rinviare, inoltre, alle osservazioni proposte in A. FERRARO, *Recenti sviluppi in tema di tutela dei diritti*, cit. *supra*, nota 1, p. 135 ss.; R. CONTI, *Corte costituzionale e CEDU*, cit. *supra*, nota 15, p. 628, ha salutato, a tal proposito, con favore quanto evidenziato nel citato punto 7 della sentenza n. 317/2009, rilevando che «l'iniziale esclusione» del «parametro costituzionale», di cui all'art. 2 Cost., sembra «destinata a scomparire».

¹³³ Strada che andrebbe valorizzata maggiormente secondo V. ONIDA, *La Costituzione ieri e oggi*, Bologna, Il Mulino, 2008, p. 32 ss.; A. RUGGERI, *Sistema integrato di fonti, tecniche interpretative, tutela dei diritti fondamentali*, in www.associazionedeicostituzionalisti.it; e R. CONTI, *Corte costituzionale e CEDU*, cit. *supra*, nota 15, p. 629. Pur continuando ad apparire improbabile la possibilità di ricollegare *sic et simpliciter* la CEDU all'art. 10 della Costituzione in virtù del generale obbligo ricavabile da questa disposizione di rispettare gli accordi internazionali – così come immaginato, tra i primi, da R. QUADRI, *Diritto internazionale pubblico*, cit. *supra*, nota 4, p. 63 ss. – certamente l'apertura alla norma costituzionale in questione «come possibile punto di ingresso almeno di determinate disposizioni della Convenzione, è (...) esplicita. Sarebbe paradossale, infatti, che una norma generalmente riconosciuta del diritto internazionale non possa più beneficiare dell'adattamento automatico dal momento in cui, e soltanto perché, fosse ripetuta in un accordo bilaterale o multilaterale». Così G. TESAURO, *Costituzione e norme esterne*, cit. *supra*, nota 23, p. 214. Dello stesso avviso è apparso A. RUGGERI, *Dimensione europea della tutela dei diritti*, cit. *supra*, nota 99, per il quale, tuttavia, occorre di volta in volta verificare se le norme internazionali pattizie trovino una loro copertura nel I comma dell'art. 10, laddove si tratti di norme materialmente consuetudinarie; nell'art. 2, nelle ipotesi in cui si tratti di Carte dei diritti che ospitino diritti inviolabili dell'uomo; o nell'art. 11, qualora si possa dimostrare un collegamento «diretto, immediato e necessario (...) al valore della pace e della giustizia tra le Nazioni». Sul tema si rinvia a G. REPETTO, *Diritti fondamentali e sovranità*, cit. *supra*, nota 71, p. 310; a G. SORRENTI, *La Corte corregge il giudice a quo o piuttosto ... se stessa? In tema di copertura costituzionale della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, in *Giur. cost.*, 1999, p. 2301 ss.; e ad A. D'ATENA, *La nuova disciplina costituzionale dei rapporti internazionali e con l'Unione Europea*, in *Rass. parl.*, 2002, p. 913 ss. Una certa apertura verso la soluzione prospettata in dottrina è rinvenibile in alcune pronunce della stessa Corte costituzionale, la quale, ha sottolineato anche già nello stesso par. 6.1 della pronuncia n. 349/2007, che l'art. 10 Cost. riguarda anche «le norme contenute in accordi internazionali che (...) riproducano principi o norme consuetudinarie del diritto internazionale». Ma, sul punto, la giurisprudenza costituzionale è ormai ampia (e pressoché unanime). Cfr., per tutte, le sentenze n. 188 del 1980, n. 153 del 1987, n. 168 del 1994, n. 288 del 1997, n. 32 del 1999, n. 224 del 2005; nonché le ordinanze n. 143 del 1993 e n. 464 del 2005; e, più recentemente, la decisione n. 129 del 2008, cit. *supra*, nota 15, nella quale (al par. 4.2) il giudice delle leggi, pur negando la possibilità di includere il «principio di non colpevolezza» tra le norme del «diritto internazionale generalmente riconosciute», asserisce che «l'osservanza che a simili norme presta l'ordinamento internazionale, nel suo complesso, giustifica all'evidenza il postulato che ad esse si debba necessariamente conformare anche l'ordinamento "interno"; e ciò per evitare un intollerabile sfasamento circa la realizzazione "domestica" di principi universalmente affermati e, dunque, patrimonio comune delle genti»; ma, soprattutto, la sentenza n. 311/2009, cit. *supra*, nota 15, laddove la Consulta evidenzia (nel par. 6) che, qualora vi sia un contrasto, insanabile in sede interpretativa, tra norma nazionale e CEDU, il giudice «deve sollevare la questione di costituzionalità, con riferimento al parametro dell'art. 117, primo comma, Cost., ovvero anche dell'art. 10, primo comma, Cost., ove si tratti di una norma convenzionale ricognitiva di una norma del diritto internazionale generalmente riconosciuta». Soffermandosi sulla novità introdotta

sua stessa natura e non attraverso il diaframma obbligatorio del diritto dell'Unione europea, valorizzando anche la possibilità per il giudice nazionale di procedere ad una immediata applicazione delle regole stabilite nelle pronunce della Corte di Strasburgo (sia pur nel rispetto delle stesse, stringenti condizioni previste per il riconoscimento di effetti diretti alle norme dell'Unione).

La recente giurisprudenza amministrativa sembra costituire, da questo punto di vista, un utile precedente.

Benché, come si è tentato di spiegare, siano poco condivisibili nel percorso argomentativo proposto, gli orientamenti proposti dal Consiglio di Stato e dal Tar Lazio sono sintomatici di una sensibilità nuova (quantunque ancora in fase embrionale) rispetto alle norme della Convenzione europea¹³⁴.

Il tentativo di (ri-)assegnare alla CEDU il ruolo ed il potere che non le possono essere negati (e che, per volontà degli stessi organi decisionali dell'Unione europea, non sono minimamente sminuiti neppure dalla redazione ed entrata in vigore di una più moderna e completa Carta dei diritti, quale è quella proclamata a Nizza il 7 dicembre del 2000¹³⁵ e a Strasburgo il 12 dicem-

ta da questa enunciazione, O. POLLICINO, *Margine di apprezzamento*, cit. supra, nota 15, sottolinea come «per la prima volta la Corte costituzionale ammette espressamente (...) che idoneo ad offrire copertura costituzionale alla CEDU possa essere (...) anche l'art. 10, c. 1, Cost. (...) Si dirà che i casi in cui di fatto ciò avverrà saranno esigui (...) ci sarebbe poi da ragionare sull'ipotesi che l'art. 10, c. 1, Cost. possa offrire una copertura (...) anche al diritto consuetudinario di base regionale, la cui esistenza è stata peraltro espressamente ammessa dalla Corte internazionale di giustizia già nel 1950». Secondo l'Autore, «sarebbe difficile poter escludere categoricamente» il valore vincolante di «molte delle disposizioni della CEDU (...) anche quale diritto internazionale generalmente riconosciuto a livello regionale (europeo)».

¹³⁴ Come si è condivisibilmente evidenziato in dottrina, «la Costituzione (e l'intero ordine giuridico interno sulla stessa fondato) si volge, *naturalmente e necessariamente*, verso l'ordinamento internazionale e verso ordinamenti sovranazionali, nei quali si concretano la pace e la giustizia tra le nazioni (...) ma, più in genere e congiuntamente con queste, è l'intera tavola dei valori costituzionali che può essere ancora meglio servita proprio grazie all'apporto offerto *ab extra*». A. RUGGERI, *Ancora in tema di rapporti*, cit. supra, nota 25.

¹³⁵ Nella Relazione finale del Gruppo di lavoro II («Integrazione della Carta/adesione alla Convenzione») della Convenzione sul futuro dell'Europa (CONV. 354/02, 22 ottobre 2002) si legge che «l'incorporazione della Carta nei trattati e l'adesione dell'Unione alla CEDU non devono essere lette come alternative, bensì come misure complementari (...): così come l'esistenza della Carta non attenua in alcun modo i vantaggi derivanti dall'estensione del controllo esercitato dalla Corte di Strasburgo all'azione dell'Unione, l'adesione alla CEDU non sminuisce l'importanza che l'Unione si doti di un suo catalogo di diritti (...) Entrambe le misure condurrebbero ad una situazione analoga a quella degli Stati membri che prevedono nella loro Costituzione la tutela dei diritti fondamentali ma, al tempo stesso, si sottopongono al controllo supplementare esterno (...) previsto dal sistema di Strasburgo». Di una "fusione di orizzonti" nella tutela giurisdizionale dei diritti dell'uomo in Europa hanno parlato G. BRONZINI - V. PICCONE, *L'efficacia "anticipata" della Carta di Nizza: "ius receptum"?*, in *I diritti dell'uomo - cronache e battaglie*, 2007, p. 12 ss. Tra i più autorevoli studiosi, tuttavia, si registra una difformità di vedute sul tema. B. CONFORTI, *Note sui rapporti tra diritto comunitario e diritto europeo dei diritti fondamentali*, in *Riv. int. dir. uomo*, 2000, p. 423 ss., sostiene, ad esempio, che le convergenze tra le due Corti siano «più apparenti che reali». E secondo S. P. PANUNZIO, *I diritti fondamentali e le Corti in Europa*, in S. P. PANUNZIO (a cura di), *I diritti fondamentali e le Corti in Europa*, Napoli, Jovene, 2005, p. 42 ss., vi sarebbe, addirittura, una vera e propria «guerra delle due Corti già in atto per conquistare il ruolo di Corte costituzionale europea».

bre del 2007¹³⁶) dimostra che sono ormai maturi i tempi per "cambiar rotta" in materia di tutela della persona e dei suoi fondamentali diritti, potenziando maggiormente l'apertura del nostro sistema alle fonti internazionali¹³⁷.

Angelo Viglianisi Ferraro*

¹³⁶ Sulle modalità concrete con le quali la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea inciderà nella formazione degli atti legislativi, delegati e di esecuzione, cfr. A. RIETI, *La strategia europea per l'attuazione della Carta dei diritti fondamentali*, in *Sud in Europa*, n. 3/2010, p. 23 ss.

¹³⁷ Auspica, in materia, «ulteriori sviluppi della nostra giurisprudenza, tanto ordinaria quanto costituzionale», F. GALGANO, *Danno non patrimoniale e diritti dell'uomo*, cit. *supra*, nota 132, p. 892, rinviando alle esperienze esistenti in altri Paesi europei (ampiamente descritte da S. CASSESE, *I tribunali di Babele. I giudici alla ricerca di un nuovo ordine globale*, Roma, Donzelli, 2009). Del resto, si noti che anche chi, come E. GIANFRANCESCO, *Incroci pericolosi*, cit. *supra*, nota 2, p. 2, si dice «convinto della elevata fattura tecnica delle disposizioni costituzionali italiane in tema di protezione dei diritti fondamentali, che nulla hanno da invidiare alle previsioni o, almeno, a molte delle previsioni della Cedu (così come della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea)», alla fine, «per serietà di metodo», giunge alla «constatazione amara» secondo cui «soltanto la valorizzazione del vincolo esterno ha consentito di rimuovere disposizioni che la raffinata intelaiatura di protezione della Carta costituzionale italiana non era riuscita ad espungere dal nostro ordinamento».

* Ricercatore di diritto privato / Università "Mediterranea" di Reggio Calabria.

GIURISPRUDENZA COMUNITARIA

I. SENTENZE E COMMENTI

VIOLA IL DIRITTO DELL'UNIONE LA NORMATIVA NAZIONALE CHE SUBORDINA L'AZIONE DI RESPONSABILITÀ NEI CONFRONTI DELLO STATO MEMBRO ALL'ESAURIMENTO DEI RIMEDI INTERNI

Corte di giustizia

Sentenza del 26 gennaio 2010 in causa n. C-118/08*

Transportes Urbanos y Servicios Generales SAL c. Administración del Estado

Art. 234 CE (art. 267 TFUE) - Questione pregiudiziale - Ripetizione dell'indebito fiscale conseguente alla violazione di una norma dell'Unione europea - Responsabilità dello Stato membro per danni causati ai singoli - Diritto ad una tutela giurisdizionale interna effettiva - Atto amministrativo lesivo - Condizione del previo esaurimento dei rimedi interni - Obbligo di conformità delle norme processuali nazionali al diritto dell'Unione - Violazione.

Il diritto dell'Unione osta all'applicazione di una regola di uno Stato membro in forza della quale un'azione di responsabilità dello Stato fondata su una violazione di tale diritto da parte di una legge nazionale, constatata da una sentenza della Corte di giustizia delle Comunità europee pronunciata ai sensi dell'art. 226 CE, può avere esito positivo solo qualora il ricorrente abbia previamente esaurito tutti i rimedi interni diretti a contestare la validità dell'atto amministrativo lesivo adottato sulla base di tale legge, sebbene una regola siffatta non sia applicabile ad un'azione di responsabilità dello Stato fondata sulla violazione della Costituzione da parte di tale

* Inedita in *Raccolta*. Il testo integrale della sentenza è reperibile sul sito internet www.curia.europa.eu. In argomento v. *infra*, p. 51 ss., il commento di LAURA SALVI.

DIRITTO COMUNITARIO E DEGLI SCAMBI INTERNAZIONALI, FASC. 1/2011, PP. 45-49
© EDITORIALE SCIENTIFICA SRL

stessa legge, constatata dal giudice competente.

(Omissis) In diritto

1. La domanda di pronuncia pregiudiziale verte sull'interpretazione dei principi di effettività e di equivalenza per quanto riguarda talune regole applicabili nell'ordinamento giuridico spagnolo alle azioni di responsabilità nei confronti dello Stato per violazione del diritto dell'Unione.

2. Tale domanda è stata presentata nell'ambito di una controversia pendente tra la Transportes Urbanos y Servicios Generales SAL (in prosieguo: la «Transportes Urbanos») e l'Administración del Estado in merito al rigetto del ricorso proposto da tale società per far valere la responsabilità dello Stato spagnolo per violazione del diritto dell'Unione.

Contesto normativo (Omissis)

La controversia principale

9. Con sentenza 6 ottobre 2005, causa n. C-204/03, *Commissione c. Spagna* (in *Raccolta*, I, p. 8389), la Corte ha sostanzialmente dichiarato che le limitazioni della detraibilità dell'IVA previste dalla legge n. 37/1992 erano incompatibili con gli artt. 17, nn. 2 e 5, e 19 della sesta direttiva.

10. La Transportes Urbanos, che aveva effettuato talune autoliquidazioni per gli esercizi 1999 e 2000 conformemente alla legge n. 37/1992, non si è avvalsa del suo diritto di chiedere, in applicazione della legge fiscale generale n. 58/2003, la rettifica di tali autoliquidazioni. È infatti pacifico che tale diritto era prescritto alla data in cui la Corte ha pronunciato la citata sentenza *Commissione c. Spagna*.

11. La Transportes Urbanos ha quindi avviato un'azione di responsabilità dinanzi al Consiglio dei Ministri nei confronti dello Stato spagnolo. Nell'ambito di tale azione, essa sostiene di aver subito un danno pari a EUR 1.228.366,39 a causa della violazione, da parte del legislatore spagnolo, della sesta direttiva, violazione constatata alla Corte con la citata sentenza *Commissione c. Spagna*. Tale importo corrisponde ai versamenti dell'IVA indebitamente percepiti dall'amministrazione fiscale spagnola durante detti esercizi, nonché ai rimborsi che la società avrebbe potuto esigere per tali stessi esercizi.

12. Con decisione 12 gennaio 2007, il Consiglio dei Ministri ha respinto la domanda della Transportes Urbanos, considerando che la mancata presentazione nei termini, da parte di quest'ultima, della domanda di rettifica di dette autoliquidazioni aveva fatto venir meno il nesso di causalità diretto tra la violazione del diritto dell'Unione contestata allo Stato spagnolo ed il danno asseritamente subito da detta società.

13. La decisione di rigetto del Consiglio dei Ministri si fonda in particolare su due sentenze del Tribunal Supremo, del 29 gennaio 2004 e del 24 maggio 2005 (in prosieguo: la «giurisprudenza controversa»), secondo cui le azioni di responsabilità nei confronti dello Stato per violazione del diritto dell'Unione sono soggette ad una norma di previo esaurimento dei rimedi, amministrativi e giurisdizionali, nei confronti dell'atto amministrativo che arreca pregiudizio adottato in applicazione di una legge nazionale contraria a tale diritto.

14. Il 6 giugno 2007, la Transportes Urbanos ha proposto dinanzi al Tribunal Supremo un ricorso avverso detta decisione di rigetto del Consiglio dei Ministri.

La decisione di rinvio e la questione pregiudiziale (*Omissis*)

Sulla competenza della Corte (*Omissis*)

Sulla questione pregiudiziale

28. Con la sua questione, il giudice del rinvio chiede sostanzialmente se il diritto dell'Unione osti ad una regola di uno Stato membro in forza della quale le azioni di responsabilità dello Stato fondate su una violazione di tale diritto da parte di una legge nazionale siano subordinate ad una condizione di previo esaurimento dei rimedi contro l'atto amministrativo lesivo, sebbene le stesse azioni non siano subordinate ad una condizione siffatta qualora siano fondate su una violazione della Costituzione da parte della stessa legge.

Osservazioni preliminari

29. Per risolvere tale questione occorre preliminarmente ricordare che, secondo una costante giurisprudenza, il principio della responsabilità dello Stato per danni causati ai soggetti dell'ordinamento da violazioni del diritto dell'Unione ad esso imputabili è inerente al sistema dei trattati sui quali quest'ultima è fondata (v., in tal senso, sentenze 19 novembre 1991, cause riunite n. C-6/90 e n. C-9/90, *Francovich e a.*, in *Raccolta*, I, p. 5357, punto 35; 5 marzo 1996, cause riunite n. C-46/93 e n. C-48/93, *Brasserie du pêcheur e Factortame*, in *Raccolta*, I, p. 1029, punto 31, nonché 24 marzo 2009, causa n. C-445/06, *Danske Slagterier*, in *Raccolta*, I, p. 2119, punto 19).

30. A tal riguardo, la Corte ha dichiarato che ai soggetti lesi è riconosciuto un diritto al risarcimento purché siano soddisfatte tre condizioni, vale a dire che la norma giuridica dell'Unione violata sia preordinata a conferire loro diritti, che la violazione di tale norma sia sufficientemente qualificata e, infine, che esista un nesso causale diretto tra la violazione in parola e il danno subito dai soggetti lesi (v., in tal senso, sentenza *Danske Slagterier*, *cit.*, punto 20 e giurisprudenza *ivi* citata).

31. La Corte ha altresì avuto modo di precisare che, fatto salvo il diritto al risarcimento, che si fonda direttamente sul diritto dell'Unione qualora siano soddisfatte tali condizioni, è nell'ambito della normativa interna sulla responsabilità che lo Stato è tenuto a riparare le conseguenze del danno arrecato, restando inteso che le condizioni stabilite dalle legislazioni nazionali in materia di risarcimento dei danni non possono essere meno favorevoli di quelle relative ad analoghi reclami di natura interna (principio di equivalenza) e non possono essere congegnate in modo da rendere praticamente impossibile o eccessivamente difficile ottenere il risarcimento (principio di effettività) (v., in tal senso, sentenze 30 settembre 2003, causa n. C-224/01, *Köbler*, in *Raccolta*, I, p. 10239, punto 58, e 13 marzo 2007, causa n. C-524/04, *Test Claimants in the Thin Cap Group Litigation*, in *Raccolta*, I, p. 2107, punto 123).

32. Come ha rilevato il giudice del rinvio, è quindi alla luce di tali principi che dev'essere esaminata la questione sottoposta.

Sul principio di equivalenza

33. Per quanto riguarda il principio di equivalenza, va rammentato che, secondo una giurisprudenza costante, esso richiede che la complessiva disciplina dei ricorsi si applichi indistintamente ai ricorsi fondati sulla violazione del diritto dell'Unione e a quelli simili fondati sulla violazione del diritto interno (v., in tal senso, sentenze 15 settembre 1998, causa n. C-231/96, *Edis*, in *Raccolta*, I, p. 4951, punto 36; 1° dicembre 1998, causa n. C-326/96, *Levez*, in *Raccolta*, I, p. 7835, punto 41; 16 maggio 2000, causa C-78/98, *Preston e a.*, in *Raccolta*, I, p. 3201, punto 55, nonché 19 settembre 2006, cause riunite n. C-392/04 e n. C-422/04, *i-21 Germany e Arcor*, in *Raccolta*, I, p. 8559, punto 62).

34. Tuttavia, tale principio non può essere interpretato nel senso che esso obbliga uno Stato membro a estendere il suo regime nazionale più favorevole a tutte le azioni proposte in un certo ambito giuridico (sentenze *Levez*, *cit.*, punto 42; 9 febbraio 1999, causa n. C-343/96, *Dilexport*, in *Raccolta*, I, p. 579, punto 27, e 29 ottobre 2009, causa n. C-63/08, *Pontin*, non ancora pubblicata in *Raccolta*, punto 45).

35. Per verificare se il principio di equivalenza sia rispettato nella causa principale occorre quindi esaminare se, alla luce del loro oggetto e dei loro elementi essenziali, possano essere considerate simili tra loro l'azione di responsabilità avviata dalla Transportes Urbanos, fondata sulla violazione del diritto dell'Unione, e quella che tale società avrebbe potuto avviare fondandosi su un'eventuale violazione della Costituzione (v., in tal senso, sentenza *Preston e a.*, *cit.*, punto 49).

36. Orbene, per quanto riguarda l'oggetto delle due azioni di responsabilità menzionate al punto precedente, va rilevato che esse attengono esattamente allo stesso oggetto, cioè il risarcimento del danno subito dal soggetto leso a causa di un atto o di un'omissione dello Stato.

37. Quanto ai loro elementi essenziali, va rammentato che la regola del previo esaurimento di cui trattasi nella causa principale comporta una distinzione tra tali azioni, in quanto esige che il ricorrente abbia previamente esaurito i rimedi contro l'atto amministrativo lesivo solo allorquando l'azione di responsabilità sia fondata sulla violazione del diritto dell'Unione da parte della legge nazionale in applicazione della quale tale atto è stato adottato.

38. Orbene, occorre rilevare che, contrariamente a quanto sembrano suggerire taluni sviluppi della giurisprudenza controversa rammentati al punto 20 della presente sentenza, il risarcimento del danno causato da una violazione del diritto dell'Unione da parte di uno Stato membro non è subordinato alla condizione che l'esistenza di una violazione siffatta risulti da una sentenza pronunciata dalla Corte in via pregiudiziale (v., in tal senso, sentenze *Brasserie du pêcheur e Factortame*, *cit.*, punti 94-96; 8 ottobre 1996, cause riunite n. C-178/94, n. C-179/94 e da n. C-188/94 a n. C-190/94, *Dillenkofer e a.*, in *Raccolta*, I, p. 4845, punto 28, nonché *Danske Slagterier*, *cit.*, punto 37).

39. Si deve tuttavia constatare che, nella causa principale, la Transportes Urbanos ha espressamente fondato la sua azione di responsabilità sulla citata sentenza *Commissione c. Spagna*, pronunciata in forza dell'art. 226 CE, in cui la Corte ha constatato la violazione della sesta direttiva da parte della legge n. 37/1992.

40. Risulta inoltre dalla decisione di rinvio che la Transportes Urbanos ha inve-

stito di tale azione il Consiglio dei Ministri, in quanto i termini per la presentazione di una domanda di rettifica delle autoliquidazioni effettuate per gli esercizi 1999 e 2000 erano scaduti alla data in cui è stata pronunciata la detta sentenza *Commissione c. Spagna*.

41. Cionondimeno, come riportato ai punti 12 e 13 della presente sentenza, detta azione è stata respinta dal Consiglio dei Ministri proprio in considerazione del fatto che la Transportes Urbanos non aveva chiesto la rettifica delle sue autoliquidazioni prima di avviare tale azione.

42. Se invece, secondo la decisione di rinvio, la Transportes Urbanos avesse potuto fondare la propria azione di responsabilità su una sentenza del Tribunal Constitucional che dichiara la nullità di detta legge per violazione della Costituzione, tale azione avrebbe potuto avere esito positivo, indipendentemente dal fatto che detta società non avesse chiesto la rettifica di tali autoliquidazioni prima della scadenza dei termini previsti a tal fine.

43. Dalle considerazioni che precedono emerge che, nel particolare contesto all'origine della causa principale come descritto nella decisione di rinvio, l'unica differenza esistente tra le due azioni menzionate al punto 35 della presente sentenza consiste nella circostanza che le violazioni di diritto su cui esse si fondano sarebbero constatate, per una di esse, dalla Corte in una sentenza pronunciata in forza dell'art. 226 CE e, per l'altra, da una sentenza del Tribunal Constitucional.

44. Orbene, tale unica circostanza, in mancanza di qualsiasi menzione, nella decisione di rinvio, di altri elementi che consentano di concludere nel senso dell'esistenza di altre differenze tra l'azione di responsabilità dello Stato effettivamente avviata dalla Transportes Urbanos e quella che quest'ultima avrebbe potuto avviare sul fondamento di una violazione della Costituzione constatata dal Tribunal Constitucional, non può essere sufficiente per constatare una distinzione tra tali due azioni alla luce del principio di equivalenza.

45. In una situazione siffatta, occorre rilevare che le due azioni sopramenzionate possono essere considerate simili tra loro ai sensi del punto 35 della presente sentenza.

46. Ne consegue che, considerate le circostanze descritte nella decisione di rinvio, il principio di equivalenza osta all'applicazione di una regola come quella di cui trattasi nella causa principale.

47. Tenuto conto di tale conclusione, non è necessario esaminare la regola del previo esaurimento dei rimedi in questione alla luce del principio di effettività.

48. Emerge da quanto precede che la questione sollevata dev'essere risolta dichiarando che il diritto dell'Unione osta all'applicazione di una regola di uno Stato membro in forza della quale un'azione di responsabilità dello Stato fondata su una violazione di tale diritto da parte di una legge nazionale, constatata da una sentenza della Corte pronunciata ai sensi dell'art. 226 CE, può avere esito positivo solo qualora il ricorrente abbia previamente esaurito tutti i rimedi interni diretti a contestare la validità dell'atto amministrativo lesivo adottato sulla base di tale legge, sebbene una regola siffatta non sia applicabile ad un'azione di responsabilità dello Stato fondata sulla violazione della Costituzione da parte di tale stessa legge, constatata dal giudice competente.

(*Omissis*)

AUTONOMIA PROCEDURALE E AZIONE DI RESPONSABILITÀ NEI CONFRONTI DELLO STATO SECONDO LA CORTE DI GIUSTIZIA: NON C'È OBBLIGO DI ESAURIRE I RIMEDI INTERNI

Sommario: *Introduzione - 1. Cenni sulla tematica della responsabilità extracontrattuale degli Stati membri - 2. Il risarcimento del danno subito in materia di ripetizione di indebito fiscale - 3. Il caso n. C-118/08 Transportes Urbanos y Servicios Generales, SAL c. Administración del Estado: l'origine della controversia - 4. Segue: La pronuncia della Corte di giustizia e le conclusioni dell'Avvocato Generale - 5. Rilievi conclusivi.*

Introduzione

Nel processo di integrazione tra diritto comunitario e diritti nazionali si è progressivamente accentuata, soprattutto grazie all'opera della giurisprudenza della Corte di giustizia, anche l'incidenza del diritto comunitario sul diritto processuale dei vari Stati membri e, parimenti, sulla materia della tutela giurisdizionale interna¹.

Come è stato osservato, il rapporto fra diritto comunitario e diritto processuale civile nazionale ha vissuto una dialettica non facile fra autonomia e attrazione; tuttora, si assiste, da un lato, all'impiego del diritto dell'Unione come chiave interpretativa del diritto nazionale, in particolare di norme interne di per sé rientranti a pieno titolo nella sfera di autonomia dei singoli ordinamenti, dall'altro, a resistenze degli ordinamenti nazionali rispetto al feno-

¹ La tematica è stata oggetto di un'attenta analisi, seppur in tempi recenti, da parte della dottrina, tra cui v. A. SAGGIO, *Incidenza della giurisprudenza della Corte di giustizia sulle norme processuali*, in *Corr. giur.*, n. 1/2001, p. 114; A. BIONDI, *The European Court of Justice and certain National Procedural Limitations: not such a tough relationship*, *CMLR*, 1999, p. 1271; R. CARANTA, *Judicial Protection against Member States: a new jus commune takes shape*, *CMLR*, 1995, p. 703; S. PRECHAL, *Community Law in National Courts: the lessons from van Schijndel*, *CMLR*, 1998, p. 681; P. OLIVER, *Le droit communautaire et les voies de recours nationales*, in *Cah. dr. eur.*, 1992, p. 348; W. VAN GERVEN, *Bridging the gap between Community and National laws: towards a principle of Homogeneity in the field of Legal Remedies?*, *CMLR*, 1995, p. 679; M. HOSKINS, *Tilting the balance: Supremacy and National Procedural Rules*, in *EL Rev.*, 1996, p. 365; L. DANIELE, *Forme e conseguenze dell'impatto del diritto comunitario sul diritto processuale interno*, in *Dir. Un. Eur.*, 2001, p. 61 ss.

meno di allineamento delle disposizioni interne sul processo civile al diritto dell'Unione europea², segno questo della propensione degli Stati membri a voler conservare la propria sovranità difendendola da un'erosione strisciante che il processo di integrazione europea sta determinando³.

A fronte della mancata espressa previsione da parte del Trattato della nozione di autonomia procedurale⁴, è stata la Corte di giustizia a plasmare il concetto per cui, in materia processuale, i singoli ordinamenti nazionali possono scegliere le soluzioni che preferiscono, purché non sussistano specifiche previsioni di fonte comunitaria e a condizione che la tutela dei diritti che discendono dall'ordinamento comunitario sia di livello almeno pari a quella degli altri diritti senza essere, in ogni caso, eccessivamente difficile da realizzare⁵. Si parla dunque di un'autonomia procedurale "condizionata"⁶, in quanto sottoposta a taluni correttivi, derivanti dal necessario coordinamento dell'ordinamento interno con quello dell'Unione, rappresentati dai principi di equivalenza ed effettività⁷.

Una significativa incidenza sul diritto processuale degli Stati membri è esercitata, dunque, dal principio della tutela giurisdizionale effettiva delle situazioni giuridiche derivanti dal diritto dell'Unione, tutela che deve essere garantita negli ordinamenti nazionali in quanto funzionale rispetto alla corretta

² Cfr. P. BIAVATI, *Diritto comunitario e diritto processuale civile italiano fra attrazione, autonomia e resistenza*, in *Dir. Un. Eur.*, 2000, p. 717. L'A. analizza il duplice rapporto di influenza reciproca fra diritto giudiziario europeo e i diritti processuali civili nazionali, nell'ambito di un più generale scambio culturale reciproco fra i due livelli ordinamentali.

³ V., per tale profilo, G. TESAURO, *Sovranità degli Stati e integrazione comunitaria*, in *Dir. Un. Eur.*, 2006, p. 235.

⁴ Sul punto si vedano, fra gli altri, G. C. RODRÍGUEZ IGLESIAS, *Sui limiti dell'autonomia procedimentale e processuale degli Stati membri nell'applicazione del diritto comunitario*, in *Riv. it. dir. pubbl. comun.*, 2001, p. 5 ss.; C. N. KAKOURIS, *Do the Member States possess judicial procedural «autonomy»?*, *CMLR*, 1997, p. 1389 ss.

⁵ Tra le pronunce della Corte di giustizia in tema di autonomia procedurale degli Stati membri si vedano le sentenze del 16 dicembre 1976 in causa n. C-33/76, *Rewe-Zentralfinanz EG e Rewe-Zentral AG c. Landwirtschaftskammer Fuer das Saarland*, in *Raccolta*, 1976, p. 1989; del 16 dicembre 1976 in causa n. C-45/76, *Comet BV c. Produktschap Voor Siergewassen*, in *Raccolta*, 1976, p. 2043 e in questa *Rivista*, 1977, p. 123; del 9 novembre 1983 in causa n. C-199/82, *Amministrazione delle Finanze dello Stato c. Spa San Giorgio*, in *Raccolta*, 1983, p. 3595 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 24 marzo 1988 in causa n. C-104/86, *Commissione delle Comunità Europee c. Repubblica italiana*, in *Raccolta*, 1986, p. 1799; del 14 dicembre 1995 in causa n. C-312/93, *Peterbroeck, Van Campenhout & Cie SCS c. Stato belga*, in *Raccolta*, 1995, I, p. 4599.

⁶ Cfr. M. GRANDINETTI - S. MONZANI, *L'effettività della tutela giurisdizionale nell'ottica comunitaria: riflessioni in ordine alla tutela cautelare e alla restituzioni di tributi riscossi in violazione del diritto comunitario*, in *Riv. it. dir. pubbl. comun.*, 2008, p. 927 ss.

⁷ In virtù del principio di equivalenza le modalità procedurali di tutela delle posizioni giuridiche soggettive protette dal diritto comunitario non devono essere meno favorevoli di quelle previste per le analoghe situazioni giuridiche soggettive protette dal diritto interno; inoltre, in ossequio al principio di effettività, tali modalità procedurali non devono rendere impossibile o anche solo eccessivamente difficile l'esercizio dei diritti conferiti dall'ordinamento giuridico comunitario, fondando, in caso contrario, l'obbligo dei giudici nazionali di interpretare le disposizioni interne in modo conforme alle esigenze del diritto comunitario ovvero di disapplicarle.

applicazione del diritto dell'Unione⁸. Un diritto, quello volto a conseguire l'effettività della tutela, che si esplica anche attraverso il diritto del cittadino di ricorrere al c.d. rinvio pregiudiziale interpretativo, al fine di ottenere una pronuncia sulla compatibilità o meno della normativa nazionale con quella comunitaria, nonché attraverso l'azione di risarcimento dei danni nei confronti dello Stato a fronte della lesione da parte di questo di una posizione giuridica soggettiva tutelata dal diritto dell'Unione europea.

1. Cenni sulla tematica della responsabilità extracontrattuale degli Stati membri

Il diritto dei singoli al risarcimento del danno derivante dalla violazione del diritto comunitario da parte degli Stati membri non ha mai trovato riconoscimento espresso nel Trattato; è stato configurato per via giurisprudenziale dalla Corte di giustizia, la quale si è richiamata, a tal fine, sia ad un'estensione analogica, sia all'interpretazione sistematica del Trattato e dei suoi principi generali⁹.

Il principio della responsabilità dello Stato per violazione del diritto comunitario è stato consacrato con la sentenza *Francovich* del 1991¹⁰. La Corte,

⁸ Cfr. A. ADINOLFI, *La tutela giurisdizionale nazionale delle situazioni soggettive individuali conferite dal diritto comunitario*, in *Dir. Un. Eur.*, 2001, p. 41 ss.

⁹ La Corte ha fatto ricorso al principio contenuto nell'art. 288, 2° comma, del Trattato (ora art. 340, 2° comma, TFUE), che stabilisce la responsabilità aquiliana della Comunità nei confronti dei singoli individui, e la Corte di giustizia ha applicato il suddetto principio nel caso in cui i singoli abbiano sofferto un danno per atti illegittimi degli Stati membri arrivando – come si dirà anche in seguito – ad una vera e propria uniformazione dei due regimi di responsabilità. Si veda, per tali profili, L. TRIFONE, *La responsabilità degli Stati in diritto comunitario: le sentenze nelle cause Brasserie du Pêcheur, Factortame III e Hedley Lomas*, in questa Rivista, 1997, p. 63 ss.

¹⁰ Sentenza della Corte di giustizia del 19 novembre 1991 in cause riunite n. C-6/90 e n. C-9/90, *Andrea Francovich e altri c. Repubblica italiana*, in *Raccolta*, 1991, I, p. 5357 e in questa Rivista, 1992, p. 81. Rispetto alle precedenti sentenze, che non si pronunciavano sulla configurabilità di una responsabilità degli Stati membri per i danni cagionati nello svolgimento di attività legislativa, ovvero per l'omissione di tale attività in violazione degli obblighi comunitari, la sentenza *Francovich* prende posizione al riguardo, con specifico riferimento alla mancata adozione di misure legislative interne imposte ai fini dell'attuazione di una direttiva comunitaria. Nel caso concreto, lo Stato italiano non aveva trasposto la direttiva n. 80/987 (in *Guce* n. L 283 del 28 ottobre 1980, p. 23 ss.), concernente il ravvicinamento delle legislazioni degli Stati membri relative alla tutela dei lavoratori subordinati in caso di insolvenza del datore di lavoro e che imponeva agli Stati membri di istituire un meccanismo di garanzia per i crediti retributivi maturati. La portata innovativa della sentenza fu da subito messa in rilievo dalla dottrina; fra gli innumerevoli commenti si vedano F. CAPELLI, *Un pungolo per i Paesi inadempienti*, in questa Rivista, 1992, p. 91 ss.; A. CAMPESAN - A. DAL FERRO, *La responsabilità dello Stato per la violazione degli obblighi ad esso incombenti in forza del diritto comunitario alla luce della sentenza Francovich*, in *Riv. dir. eur.*, 1992, p. 313; O. PORCHIA, *La responsabilità dello Stato membro per danni derivanti ai singoli della mancata attuazione del diritto comunitario*, in questa Rivista, 1993, p. 129 ss.; G. TESAURO, *Responsabilité des Etats membres pour violation du droit communautaire*, *RMUE*, 1996, 3, p. 15. Sull'applicazione dei principi della sentenza *Francovich* da parte della giurisprudenza italiana e sulla questione della natura della tutela da accordare ai singoli, nell'ordinamento italiano, contro l'inadempimento dello Stato, v. S. MARINAI, *Aspetti applicativi del principio di responsabilità dello Stato per violazione del diritto comunitario*, in questa Rivista, 2002, p. 689 ss.

in tale pronuncia, ha statuito che «il principio della responsabilità dello Stato per danni causati ai singoli da violazioni del diritto comunitario ad esso imputabili è inerente al sistema del Trattato»¹¹, in particolare al principio della leale cooperazione¹², e ha subordinato tale responsabilità al soddisfacimento di alcune specifiche condizioni. Tre sono i requisiti, tutti egualmente necessari, che devono ricorrere affinché si possa configurare una responsabilità dello Stato: che «il risultato prescritto dalla direttiva implichi l'attribuzione di diritti a favore dei singoli»; che «il contenuto di tali diritti possa essere individuato sulla base delle disposizioni della direttiva»; infine, che ricorra «un nesso di causalità tra la violazione dell'obbligo a carico dello Stato ed il danno subito dai soggetti lesi»¹³.

È tuttavia, soprattutto, con la sentenza resa nei casi *Brasserie du Pêcheur* e *Factortame*¹⁴, che il giudice comunitario ha definito e precisato i presupposti concreti della responsabilità dello Stato¹⁵. Recependo le istanze di uniformazione dei regimi di responsabilità extracontrattuale della Comunità, da un

¹¹ V. sentenza *Francovich*, cit. supra, nota 10, punti 35 e 36.

¹² Il principio, prima riconducibile all'art. 10 del TCE, si ritrova oggi esplicitamente affermato nell'art. 4 del nuovo TUE, il quale dispone che, nell'ottica del rispetto e dell'assistenza reciproci, gli Stati membri sono tenuti ad adottare tutte le misure di carattere generale o particolare atte ad assicurare l'esecuzione degli obblighi derivanti dai trattati o conseguenti agli atti delle istituzioni dell'Unione, facilitare l'assolvimento dei compiti dell'Unione e astenersi dal porre in essere misure che possano compromettere la realizzazione degli scopi dell'Unione. Come osservato da E. SCODITTI, *La responsabilità dello Stato per violazione del diritto comunitario*, in *Danno e Resp.*, 2005, p. 5 ss., il principio di responsabilità dello Stato si collocherebbe, in questo quadro, nel più generale principio di effettività del diritto comunitario; come ricorda lo stesso giudice comunitario, infatti, «sarebbe messa a repentaglio la piena efficacia delle norme comunitarie e sarebbe infirmata la tutela dei diritti da esse riconosciuti se i singoli non avessero la possibilità di ottenere un risarcimento ove i loro diritti siano lesi da una violazione del diritto comunitario imputabile ad uno Stato membro», possibilità che è indispensabile qualora «la piena efficacia delle norme comunitarie sia subordinata alla condizione di un'azione da parte dello Stato e, di conseguenza, i singoli, in mancanza di tale azione, non possano far valere dinanzi ai giudici nazionali i diritti loro riconosciuti dal diritto comunitario» (sentenza *Francovich*, cit. supra, nota 10, punti 33-34).

¹³ V. sentenza *Francovich*, cit. supra, nota 10, punti 38-40.

¹⁴ Sentenza della Corte di giustizia del 5 marzo 1996 in cause riunite n. C-46/93 e n. C-48/93, *Brasserie du Pêcheur SA c. Bundesrepublik Deutschland e The Queen c. Secretary of State for Transport*, ex parte: *Factortame Ltd e altri*, in *Raccolta*, 1996, I, p. 1029. Nel caso di specie, riguardante due leggi, dello Stato tedesco e dello Stato britannico, giudicate in contrasto con gli artt. 30 e 52 TCE nella precedente formulazione, la Corte di giustizia ha affermato il principio della responsabilità dello Stato per violazione ad opera del legislatore, e ciò sia nell'ipotesi di emanazione di leggi interne in contrasto con norme del Trattato, sia in caso di impreciso recepimento di una direttiva. Per un commento alla sentenza, si veda, fra gli altri, F. CAPELLI, *L'obbligo degli Stati a risarcire i danni per violazione delle norme comunitarie*, in questa *Rivista*, 1997, p. 52.

¹⁵ Nella sentenza, inoltre, il giudice comunitario oltre a ribadire che il principio della responsabilità dello Stato trova fondamento nell'esigenza di effettività dei rimedi giurisdizionali messi a disposizione dagli Stati a protezione dei diritti attribuiti ai singoli da norme comunitarie (punto 31), ha precisato che tale responsabilità trova riconoscimento a fronte di qualsiasi ipotesi di violazione del diritto comunitario, quale che sia l'organo dello Stato la cui azione od omissione abbia dato origine a tale violazione (punto 42); una statuizione che ha poi trovato, per la prima volta, conferma e completamento nel riconoscimento della responsabilità dello Stato membro – conseguente ad un comportamento di un organo giurisdizionale supremo – nella sentenza *Köbler* (sentenza della Corte di giustizia del 30 settembre 2003 in causa n. C-224/01, *Gerhard Köbler c. Republik Österreich*, in *Raccolta*, 2003, I, p. 10239 e massimata in questa *Rivista*, 2004, p. 55).

lato, e degli Stati membri dall'altro, emerse all'indomani della sentenza *Francovich*¹⁶, la Corte ne ha ripreso e sviluppato i principi, e ha quindi stabilito che «i presupposti del sorgere della responsabilità dello Stato per danni cagionati ai singoli in conseguenza della violazione del diritto comunitario non debbono essere diversi, in mancanza di specifica giustificazione, da quelli che disciplinano la responsabilità della Comunità in circostanze analoghe» e ha individuato tali presupposti nelle seguenti circostanze: che la norma giuridica violata sia preordinata a conferire diritti ai singoli; che la violazione sia sufficientemente caratterizzata; infine, che vi sia un nesso causale diretto tra la violazione dell'obbligo comunitario dello Stato ed il danno¹⁷. Con riguardo al requisito della «violazione sufficientemente grave e manifesta» la giurisprudenza non è stata peraltro univoca¹⁸; talora, si è ritenuto sussistere questa violazione a fronte della mancata o tardiva attuazione nei termini di una direttiva in grado di conferire diritti ai singoli¹⁹, talaltra, invece, si è sancito che l'accertamento della mancata attuazione fosse insufficiente al fine di configurare una violazione grave e manifesta, postulando la necessità di valutare anche la maggiore o minore chiarezza del testo della direttiva non trasposta nonché il comportamento concreto tenuto dalle autorità nazionali inadempienti²⁰.

¹⁶ V. A. BARTOLINI, *Il risarcimento del danno tra giudice comunitario e giudice amministrativo. La nuova tutela del c.d. interesse legittimo*, Torino, Giappichelli, 2005.

¹⁷ Sentenza *Brasserie du Pêcheur*, cit. supra, nota 14, punto 51.

¹⁸ Osserva M. FRAGOLA, *La responsabilità dello Stato nei confronti dei singoli nella recente giurisprudenza della Corte di giustizia*, in questa *Rivista*, 1999, p. 751 ss., come l'ambigua previsione di una «violazione sufficientemente grave e manifesta» quale requisito per il sorgere della responsabilità dello Stato sarebbe giustificabile con l'esigenza di evitare che gli Stati, attesa la loro generale riluttanza a conformarsi nei termini al diritto (derivato) dell'Unione, invochino a loro difesa l'insufficiente caratterizzazione dell'inadempimento.

¹⁹ Nella sentenza della Corte di giustizia dell'8 ottobre 1996 in cause riunite n. C-178/94, n. C-179/94, n. C-188/94, n. C-189/94 e n. C-190/94, *Erich Dillenkofer e altri c. Bundesrepublik Deutschland*, in *Raccolta*, 1996, I, p. 4845. Nel caso di specie, oggetto della vicenda era la tardiva attuazione da parte dello Stato tedesco della direttiva del Consiglio n. 90/314/Cee del 13 giugno 1990, in *Guce* n. L 158 del 23 giugno 1990, p. 59 ss., concernente i viaggi, le vacanze ed i circuiti "tutto compreso". La questione si è poi ripresentata alla Corte nel caso *Rechberger e altri c. Repubblica d'Austria* (sentenza del 15 giugno 1999 in causa n. C-140/97, in *Raccolta*, 1999, I, p. 3499 e in questa *Rivista*, 1999, p. 737 ss.), in cui la Corte, ribadendo la posizione assunta nella precedente pronuncia, ha individuato nella mancata adozione (da parte dello Stato austriaco) dei provvedimenti necessari al recepimento della direttiva in questione una violazione grave e manifesta del diritto comunitario, idonea a creare il diritto al risarcimento in capo ai singoli. Per un commento alle due sentenze si vedano, rispettivamente, S. FURLAN, *Il risarcimento dei danni causati dalla mancata attuazione di una direttiva: la sentenza Dillenkofer*, in *Dir. Un. Eur.*, 1997, p. 463 ss.; M. FRAGOLA, *Il caso Rechberger tra problemi di trasposizione della direttiva sui viaggi "tutto compreso" e responsabilità dello Stato*, in questa *Rivista*, 1999, p. 751 ss.

²⁰ Cfr. sentenza della Corte di giustizia del 24 settembre 1998 in causa n. C-319/96, *Brinkmann Tabakfabriken GmbH c. Skatteministeriet*, in *Raccolta*, 1998, I, p. 5255 e in questa *Rivista*, 1999, p. 241. Per alcuni rilievi critici rispetto a quest'ultima pronuncia, v. M. VALCADA, *Una sentenza particolare in materia di responsabilità extracontrattuale dello Stato e ordinamento comunitario*, in questa *Rivista*, 1999, p. 249 ss.; sul punto, cfr. altresì L. TRIFONE, *La responsabilità extracontrattuale degli Stati membri e delle istituzioni comunitarie in diritto comunitario: un confronto*, in questa *Rivista*, 1998, p. 557 ss.

Ad ogni modo, attraverso l'aggancio al dato normativo rappresentato dall'allora art. 288 del Trattato CE, la Corte ha sancito un parallelo tra le condizioni in presenza delle quali la Comunità è chiamata a risarcire i danni cagionati ai singoli e quelle in base alle quali, per i medesimi motivi, si configura la responsabilità dello Stato²¹.

Sia nella sentenza *Francovich* che nella sentenza *Brasserie du Pêcheur e Factortame*, le cui statuizioni sono poi state riprese e confermate da una serie di altre pronunce²², il giudice comunitario, dopo aver precisato le condizioni per il sorgere della responsabilità dello Stato, ha affermato che «è nell'ambito delle norme del diritto nazionale relative alla responsabilità che lo Stato è tenuto a riparare le conseguenze del danno provocato dalla violazione del diritto comunitario ad esso imputabile, fermo restando che le condizioni stabilite dalla normativa nazionale per il risarcimento del danno non possono essere meno favorevoli di quelle che riguardano reclami analoghi di natura interna né essere tali da rendere praticamente impossibile o eccessivamente difficile ottenere

²¹ V., sul punto, F. CAPELLI, *Responsabilità della Comunità europea e degli Stati membri per violazione del diritto comunitario: rimedi e risarcimento dei danni*, in questa *Rivista*, 1998, p. 769 ss., il quale osserva come, nella pratica, tuttavia, il giudice comunitario si sia dimostrato piuttosto indulgente nei confronti della Comunità, assumendo invece una posizione rigorosa nei confronti degli Stati membri, per i quali la responsabilità è stata riconosciuta molto più agevolmente. La necessità di stabilire un effettivo parallelismo tra i due regimi di responsabilità extracontrattuale – e garantire così una più efficace tutela dei diritti dei singoli – si lega ad un'altra esigenza, ovvero quella di distinguere fra atti normativi ed atti amministrativi della Comunità; questa, infatti, è stata di rado riconosciuta responsabile per i danni cagionati ai singoli poiché il suo comportamento è stato quasi sempre fatto ricadere nell'ambito dell'attività normativa di politica economica, rispetto alla quale veniva riconosciuta un'ampia discrezionalità delle Istituzioni e un sindacato giurisdizionale limitato. Si veda, a riguardo, L. TRIFONE, *La responsabilità extracontrattuale degli Stati membri e delle istituzioni comunitarie*, cit. supra, nota 20; ID., *La responsabilità extracontrattuale della Comunità europea: la sentenza Schröder*, in questa *Rivista*, 1998, p. 353 ss.

Si osservi, peraltro, che la distinzione tra atti normativi ed esecutivi, a lungo e da più parti invocata, sembrerebbe oggi potersi rinvenire all'interno dell'ordinamento dell'Unione; a seguito delle modifiche introdotte con il Trattato di Lisbona, infatti, l'art. 289 TFUE prevede, per gli atti vincolanti di diritto derivato (regolamenti, direttive, decisioni), la distinzione formale tra atti legislativi e atti non legislativi a seconda della procedura con la quale essi sono adottati; gli artt. 290 e 291 TFUE a loro volta introducono una distinzione fra atti (della Commissione) di normazione delegata e atti (della stessa Commissione) di esecuzione, con controllo da parte degli Stati membri attraverso le nuove procedure di comitato che sono state determinate con il Regolamento (Ue) n. 182/2011 del Parlamento europeo e del Consiglio del 16 febbraio 2011 che stabilisce le regole e i principi generali relativi alle modalità di controllo da parte degli Stati membri dell'esercizio delle competenze di esecuzione attribuite alla Commissione, in *Gu-Ue* n. L 55 del 28 febbraio 2011, p. 13 ss. Sarà quindi interessante vedere se e in che termini tali previsioni incideranno sulla giurisprudenza comunitaria in materia di responsabilità extracontrattuale dell'Unione europea per il fatto delle Istituzioni, portando ad una effettiva uniformazione dei regimi di responsabilità statale, da un lato, e dell'Unione dall'altro.

²² V., ad esempio, sentenze della Corte di giustizia del 26 marzo 1996 in causa n. C-392/93, *The Queen c. H. M. Treasury, ex parte British Telecommunications plc.*, in *Raccolta*, 1996, I, p. 1631; del 23 maggio 1996 in causa n. C-5/94, *The Queen c. Ministry of Agriculture, Fisheries and Food, ex parte: Hedley Lomas (Ireland) Ltd*, in *Raccolta*, 1996, I, p. 2553 e in questa *Rivista*, 1997, p. 56 con commento di L. TRIFONE, *La responsabilità degli Stati in diritto comunitario*: cit. supra, nota 9; *Dillenkofer*, cit. supra, nota 19; *Brinkmann Tabakfabriken*, cit. supra, nota 20; del 24 marzo 2009 in causa n. C-445/06, *Danske Slagterier c. Repubblica Federale di Germania*, in *Raccolta*, 2009, I, p. 2119, reperibile anche sul sito internet <http://www.curia.europa.eu>.

il risarcimento»²³. Da tale affermazione si deduce la chiara volontà della Corte di limitare, anche in questo settore, il campo di applicazione dell'autonomia procedurale degli Stati membri, che trova, appunto, la "riserva" del rispetto delle condizioni sancite a livello comunitario per il sorgere della responsabilità, nonché il limite rappresentato dall'operatività dei principi di effettività ed equivalenza²⁴.

Come già accennato, i principi di equivalenza ed effettività fungono da criteri cui il giudice nazionale deve far riferimento nel valutare la conformità al diritto dell'Unione delle norme processuali nazionali; essi, in quanto limiti – peraltro cumulativi – all'autonomia procedurale degli Stati membri, sarebbero conseguenza dell'intersecarsi nella giurisprudenza della Corte di giustizia di due diversi obiettivi: assicurare l'applicazione effettiva del diritto dell'Unione e garantire il rispetto del fondamentale principio della tutela giurisdizionale²⁵. I principi di equivalenza ed effettività avrebbero realizzato, dunque, una "comunitarizzazione" del regime giuridico della responsabilità degli Stati membri per violazione del diritto comunitario²⁶, o meglio, un reciproco adattamento fra ordinamento comunitario ed ordinamento nazionale nella disciplina della fattispecie di responsabilità, trovando la responsabilità di fonte comunitaria il proprio limite, sul piano degli effetti, nella disciplina interna, ma dovendo questa rispettare uno *standard* comunitario minimo di tutela.

2. Il risarcimento del danno subito in materia di ripetizione di indebito fiscale

Uno dei campi di maggiore interesse nel confronto fra norme processuali interne e diritto dell'Unione europea, e in cui trova applicazione la ricostruzione in termini generali del diritto al risarcimento del danno e del correlativo

²³ Si vedano, *ex multis*, sentenza *Francovich*, cit. *supra*, nota 10, punti 42-43; sentenza *Brasserie du Pêcheur e Factortame*, cit. *supra*, nota 14, punto 74; sentenza del 10 luglio 1997 in causa n. C-261/95, *Rosalba Palmisani c. Istituto nazionale della previdenza sociale (INPS)*, in *Raccolta*, 1997, I, p. 4025, punto 27; sentenza del 17 aprile 2007 in causa n. C-470/03, *A.G.M.-COS.MET S.r.l. c. Suomen Valtio (Stato finlandese) e Tarmo Lehtinen*, in *Raccolta*, 2007, I, p. 2749, punto 96.

²⁴ Come osservato da L. TRIFONE, *La responsabilità extracontrattuale degli Stati membri e delle istituzioni comunitarie*, cit. *supra*, nota 20, p. 569, se la devoluzione al diritto interno della disciplina delle modalità di attuazione del risarcimento fosse stata attuata in pieno, ciò avrebbe comportato una differenziazione nel trattamento risarcitorio a seconda della disciplina predisposta dai diversi ordinamenti statali nonché, in presenza di limiti eccessivamente cogenti, una negazione del risarcimento. Per una generale ed esaustiva analisi dei principi di equivalenza ed effettività, v., fra gli altri, G. PASCAL, *Les principes d'équivalence et d'effectivité: encadrement ou désencadrement de l'autonomie procédurale des Etats membres?*, in *Rev. trim. dr. eur.*, 2002, p. 75 ss.

²⁵ Cfr. A. ADINOLFI, *La tutela giurisdizionale nazionale*, cit. *supra*, nota 8, p. 45. Obiettivi, questi, che la Corte riconosce appunto soddisfatti attraverso la presenza delle condizioni per il sorgere della responsabilità statale fissate nella propria giurisprudenza. V. sentenza *Brasserie du Pêcheur e Factortame*, cit. *supra*, nota 14, punto 52.

²⁶ Cfr. G. PASCAL, *Les principes d'équivalence et d'effectivité*, cit. *supra*, nota 24, p. 88.

obbligo incombente allo Stato membro cui è imputabile la violazione del diritto dell'Unione europea²⁷, è rappresentato dalla materia della ripetizione dell'indebito fiscale conseguente alla violazione di norme dell'Unione²⁸, materia in cui la sovranità statale è strettamente legata all'attuazione concreta del diritto del singolo al rimborso di quanto indebitamente versato²⁹.

Nel quadro del riconoscimento, da parte della Corte di giustizia, di un generale diritto dei singoli alla tutela delle proprie posizioni soggettive in rapporto agli obblighi derivanti dal Trattato e dal diritto comunitario derivato, il diritto al rimborso per tributi riscossi in violazione della normativa comunitaria è stato considerato come «la conseguenza e il complemento dei diritti attribuiti ai singoli dalle disposizioni comunitarie nell'interpretazione datane dalla Corte»³⁰, con il conseguente riconoscimento in capo allo Stato dell'obbligo di rimborso dei tributi riscossi in violazione del diritto comunitario³¹.

²⁷ Cfr. A. COMPASSI, *L'evoluzione del diritto comunitario in materia di ripetizione di tributi indebitamente versati e domanda per il risarcimento del danno*, in questa Rivista, 2007, p. 701 ss.

²⁸ Sulla tematica, si vedano, in dottrina, A. MARZANO, *La restituzione di somme indebitamente riscosse come forma di risarcimento rilevante nell'ambito dell'ordinamento comunitario*, in *Rass. Avv. Stato*, 1980, I, p. 534 ss.; L. DANIELE, *La restituzione dell'indebito in diritto comunitario*, in *Riv. dir. eur.*, 1981, p. 425 ss.; S. ZARRILLI, *La ripetizione dell'indebito nel diritto comunitario*, in questa Rivista, 1983, p. 483 ss.; G. CASERTANO, *La restituzione delle tasse riscosse in violazione del diritto comunitario*, in *Fisco*, 1993, p. 7078 ss.; A. CASTALDO, *Il rimborso dei tributi assolti in attuazione di obblighi di legge contrari all'ordinamento comunitario*, in *Dir. prat. trib.*, 1998, II, p. 567 ss.; F. AMATUCCI, *I vincoli posti dalla giurisprudenza comunitaria nei confronti della disciplina nazionale del rimborso d'imposta*, in *Riv. dir. trib.*, 2000, p. 291 ss.; L. DEL FEDERICO, *Azioni e termini per il rimborso dei tributi incompatibili con l'ordinamento comunitario*, in *Giur. Imp.*, 2003, p. 275 ss.; E. FRIXIONE, *Sui tributi incompatibili con il diritto comunitario e la ripetizione dell'indebito*, in *Dir. e prat. trib.*, 2003, II, p. 987 ss.; M. VALCADA, *Il recupero di importi percepiti dallo Stato in violazione del diritto comunitario*, in questa Rivista, 2004, p. 325 ss.; V. MERCURIO, *La ripetizione dei tributi riscossi in violazione del diritto comunitario tra "diritto vivente" e principio di effettività*, in *Riv. dir. trib.*, 2004, p. 85 ss.; F. MONTANARI, *Evoluzione del principio di effettività e rimborso dei tributi incompatibili con il diritto comunitario*, in *Riv. it. dir. pubbl. comun.*, 2009, p. 89 ss.

Numerose e significative sono le pronunce del giudice comunitario intervenute su vicende in cui si trattava di restituzione di tributi corrisposti alle Autorità nazionali in violazione del diritto comunitario: cfr. sentenze *Rewe* e *Comet*, entrambe cit. *supra*, nota 5; del 27 febbraio 1980 in causa n. C-68/79, *Hans Just I/S c. Ministero Danese delle imposte ed accise*, in *Raccolta*, 1980, p. 501; *San Giorgio*, cit. *supra*, nota 5; del 2 febbraio 1988 in causa n. C-309/85, *Bruno Barra e altri c. Città di Liegi*, in *Raccolta*, 1988, p. 355; del 29 giugno 1988 in causa n. C-240/87, *Christian Deville c. Administran des impots*, in *Raccolta*, 1988, p. 3513; del 17 novembre 1998 in causa n. C-228/96, *Aprile Srl in liquidazione c. Amministrazione delle Finanze dello Stato*, in *Raccolta*, 1998, I, p. 7141; dell'8 marzo 2001 in cause riunite n. C-397/98 e n. C-410/98, *Metallgesellschaft Ltd e altri (n. C-397/98), Hoechst AG e Hoechst (UK) Ltd (n. C-410/98) c. Commissioners of Inland Revenue e HM Attorney General*, in *Raccolta*, 2001, I, p. 1727; del 9 dicembre 2003 in causa n. C-129/00, *Commissione delle Comunità europee c. Repubblica italiana*, in *Raccolta*, 2003, I, p. 14637 e annotata in questa Rivista, 2004, p. 534.

²⁹ Sulla questione si sofferma A. COMPASSI, *L'evoluzione del diritto comunitario*, cit. *supra*, nota 27, p. 705 ss.

³⁰ V. sentenza della Corte di giustizia del 12 dicembre 2006 in causa n. C-446/04, *Test Claimants in the FII Group Litigation c. Commissioners of Inland Revenue*, in *Raccolta*, 2006, I, p. 11753, punto 202 e in questa Rivista, 2007, p. 695 con commento di A. COMPASSI, *L'evoluzione del diritto comunitario*, cit. *supra*, nota 27; sentenza *Metallgesellschaft Ltd*, cit. *supra*, nota 28, punto 84; sentenza *San Giorgio*, cit. *supra*, nota 5, punto 12; sentenza del 9 febbraio 1999 in causa

La problematica di maggior rilievo, si è sottolineato, consisterebbe nel fatto che, in assenza di una disciplina a livello europeo, i procedimenti di rimborso dei tributi sono regolati in modo difforme nei singoli ordinamenti, con conseguente diversità sotto il profilo del grado di tutela offerto ai singoli contribuenti dei vari Stati membri³². Fin dalle prime pronunce intervenute in questa materia, la Corte ha affermato che «in mancanza di una specifica disciplina comunitaria, è l'ordinamento giuridico di uno Stato membro che designa il giudice competente e stabilisce le modalità procedurali delle azioni intese a garantire la tutela dei diritti dei singoli, in forza delle norme comunitarie aventi efficacia diretta». Tali modalità, tuttavia, non devono risultare meno favorevoli di quelle previste per casi analoghi concernenti violazioni di norme interne e rendere praticamente impossibile o eccessivamente difficile l'esercizio di diritti che i giudici nazionali sono tenuti a tutelare³³.

I principi di effettività e di equivalenza, dunque, assumono particolare rilevanza per la materia tributaria sia per quanto riguarda i tipi di azione esperibili da parte dei singoli all'interno dei rispettivi ordinamenti nazionali, sia relativamente ai termini a disposizione del contribuente per il rimborso di tributi nazionali dichiarati incompatibili con il diritto comunitario dalla Corte di giustizia. I numerosi interventi del giudice comunitario in questo settore hanno avuto ad oggetto, inizialmente, provvedimenti o misure fiscali interne contrastanti con le disposizioni del Trattato in materia di libertà di circolazione delle merci³⁴ e misure fiscali interne discriminatorie³⁵, per poi estendersi, più

n. C-343/96, *Dilexport Srl c. Amministrazione delle Finanze dello Stato*, in *Raccolta*, 1999, I, p. 579, punto 23 e annotata e in questa *Rivista*, 1999, p. 475.

³¹ V., *ex multis*, sentenza *Test Claimants*, cit. *supra*, nota 30, punto 202; sentenza *Metallgesellschaft*, cit. *supra*, nota 28, punto 84; sentenza *Dilexport*, cit. *supra*, nota 30, punto 12. Come è stato sottolineato, cfr. A. COMPASSI, *L'evoluzione del diritto comunitario*, cit. *supra*, nota 27, p. 727, sebbene dalla giurisprudenza in materia emerga un'alternatività tra l'azione di ripetizione dell'indebito e l'azione di responsabilità nei confronti dello Stato membro, per cui allorché il diritto del singolo al rimborso sia soddisfatto non sorge alcuna pretesa per i danni dallo stesso subiti, sembrerebbe farsi strada una sorta di ipotetica cumulabilità dei due rimedi, di modo da poter avanzare una pretesa per il risarcimento del danno allorché si sia in presenza di un danno effettivo e diverso rispetto a quello rappresentato dall'indebito, ma pur sempre ad esso legato.

³² Sul punto L. DANIELE, *L'effettività della Giustizia Amministrativa nell'applicazione del diritto comunitario europeo*, in *Riv. it. dir. pubbl. comun.*, 1996, p. 1385; F. AMATUCCI, *I vincoli posti dalla giurisprudenza comunitaria*, cit. *supra*, nota 28, il quale, in particolare, postula la necessità di elaborare dei principi generali comuni al fine di garantire un'interpretazione più uniforme possibile del diritto comunitario in materia di ripetizione di indebito.

³³ V. sentenza *Rewe*, cit. *supra*, nota 5, punto 5 e sentenza *Comet*, cit. *supra*, nota 5, punto 13; vedi, inoltre, sentenza del 27 marzo 1980 in causa n. C-61/79, *Amministrazione delle Finanze dello Stato c. Denavit Italiana srl*, in *Raccolta*, 1980, p. 1205, punto 25. L'Avvocato Generale Reischl, nelle conclusioni al caso *Denavit* da ultimo citato, in *Raccolta*, 1980, p. 1230, ha peraltro sottolineato che «l'efficacia diretta del diritto comunitario implica che le prestazioni riscosse ingiustamente vanno in linea di massima rimborsate, giacché altrimenti l'efficacia pratica del diritto comunitario potrebbe essere ostacolata dal fatto che uno Stato membro riscuota tributi trasgredendo le disposizioni comunitarie».

³⁴ Così nelle sentenze *Rewe* e *Comet*, entrambe cit. *supra*, nota 5.

³⁵ V., ad esempio, sentenza *Just*, cit. *supra*, nota 28.

recentemente, all'imposta sul valore aggiunto (IVA) relativamente alla limitazione della detrazione operata dalla disciplina interna in violazione della normativa comunitaria.

3. Il caso n. C-118/08 *Transportes Urbanos y Servicios Generales, SAL c. Administración del Estado*: l'origine della controversia

Nello scenario fin qui descritto si inserisce a pieno titolo la recente pronuncia della Corte di giustizia, sopra riportata, resa nel caso n. C-118/08, *Transportes Urbanos y Servicios Generales, SAL c. Administración del Estado*³⁶. Essa trae origine dalla domanda di pronuncia pregiudiziale proposta dal *Tribunal Supremo* spagnolo e riguarda, appunto, la questione del rapporto tra il principio dell'autonomia procedurale degli Stati membri nella disciplina dell'azione di responsabilità per violazione del diritto dell'Unione ed i principi di equivalenza ed effettività, specificatamente applicati nella materia tributaria.

La questione posta alla Corte di giustizia era sorta nell'ambito di una controversia tra la società *Transportes Urbanos y Servicios Generales SAL* e l'Amministrazione spagnola, la quale aveva respinto l'azione della società diretta a far valere la responsabilità dello Stato spagnolo per una legge contraria al diritto comunitario. Si trattava, nella specie, della legge spagnola n. 37 del 28 dicembre 1992 che limitava il diritto di un soggetto passivo alla detraibilità dell'IVA³⁷ e che era stata dichiarata incompatibile con gli artt. 17, n. 2, e 19 della sesta direttiva IVA³⁸ da una precedente pronuncia della Corte di giustizia del 6 ottobre 2005 nella causa *Commissione c. Spagna*³⁹.

³⁶ V. sentenza della Corte di giustizia del 26 gennaio 2010 in causa n. C-118/08, *Transportes Urbanos y Servicios Generales, SAL c. Administración del Estado*, riportata *supra*, p. 45 ss., non ancora pubblicata in *Raccolta*, consultabile sul sito internet <http://curia.europa.eu>.

³⁷ La legge spagnola n. 37/1992 prevede altresì l'obbligo del contribuente di presentare dichiarazioni periodiche contenenti il calcolo degli importi dell'IVA da esso dovuti, c.d. autoliquidazioni, che, conformemente alla legge fiscale generale n. 53 del 17 dicembre 2003, il soggetto passivo ha il diritto di rettificare chiedendo, eventualmente, il rimborso dei versamenti non dovuti entro un termine di quattro anni dal giorno successivo a quello in cui il versamento non dovuto è stato effettuato ovvero a quello della scadenza del termine per la presentazione dell'autoliquidazione.

³⁸ Direttiva del Consiglio n. 77/388/Cee del 17 maggio 1977, in materia di armonizzazione delle legislazioni degli Stati membri relative alle imposte sulla cifra di affari, sistema comune di imposta sul valore aggiunto: base imponibile uniforme, in *Guce* n. L 145 del 13 giugno 1977, p. 1, come modificata dalla direttiva del Consiglio n. 95/7/Ce del 10 aprile 1995, in *Guce* n. L 102 del 5 maggio 1995, p. 18. L'art. 19, n. 1, secondo trattino, di tale direttiva disciplina il calcolo del prorata di deduzione per sovvenzioni non rientranti nel prezzo del bene o del servizio fornito e non facenti parte della base imponibile dell'IVA; esso rinvia espressamente all'art. 17, n. 5, della medesima direttiva, disposizione che, in relazione ai beni e servizi utilizzati da un soggetto passivo sia per operazioni che danno diritto a detrazione che per operazioni che non conferiscono tale diritto, ammette la detrazione soltanto per il prorata dell'imposta sul valore aggiunto relativo alla prima categoria di operazioni.

³⁹ Sentenza della Corte di giustizia del 6 ottobre 2005 in causa n. C-204/03, *Commissione delle*

A fronte della domanda della *Transportes Urbanos*, che chiedeva il risarcimento del danno assertivamente subito a causa della violazione della sesta direttiva da parte del legislatore spagnolo, corrispondente all'importo dei versamenti dell'IVA indebitamente percepiti dall'amministrazione fiscale spagnola e ai rimborsi che la società stessa avrebbe potuto esigere, l'Amministrazione spagnola aveva argomentato nel senso che la mancata presentazione, da parte della società, delle proprie autoliquidazioni nel termine quadriennale previsto, aveva interrotto il nesso di causalità diretta tra la contestata violazione del diritto comunitario e il danno subito. A giustificazione del rigetto della domanda, l'Amministrazione spagnola aveva richiamato due sentenze del Tribunal Supremo, del 29 gennaio 2004 e del 24 maggio 2005, secondo cui le azioni di responsabilità nei confronti dello Stato per violazione del diritto dell'Unione sono soggette alla regola del previo esaurimento dei mezzi di ricorso, amministrativi e giurisdizionali, da esperirsi contro l'atto amministrativo lesivo che applica una legge nazionale contraria a tale diritto⁴⁰.

Una condizione siffatta, come ha ricordato nella propria decisione di rin-

Comunità europee c. Regno di Spagna, in *Raccolta*, 2005, I, p. 8389. La controversia aveva ad oggetto un ricorso promosso dalla Commissione europea volto a far constatare l'inadempimento dello Stato spagnolo, che, limitando il diritto alla detrazione dell'IVA per taluni soggetti passivi, nonché prevedendo un prorata di detrazione dell'IVA da essi dovuta, si riteneva essere venuto meno agli obblighi comunitari derivanti dagli artt. 17, n. 2 e 5, e 19 della sesta direttiva. La Corte di giustizia, precisato che qualsiasi limitazione del diritto alla detrazione incide sul livello dell'imposizione fiscale e deve applicarsi in modo analogo in tutti gli Stati membri, essendo consentite deroghe nei soli casi espressamente contemplati dalla direttiva, ha statuito nel senso che la norma generale contenuta nella legge spagnola n. 37 del 1992, ampliando la limitazione del diritto a detrazione ai soggetti passivi "completi", laddove invece l'art. 17, n. 5, si riferisce solo al caso di soggetti passivi "misti", viola le disposizioni della sesta direttiva (punti 23-26). Per un commento alla sentenza, v. M. GUICHARD - W. STEMMER, *Subventions et droit à déduction de la TVA: dura Lex, sed Lex*, in *Rev. dr. fisc.*, 2005, p. 1921 ss.; A. SANTI, *Spettano le detrazioni IVA anche per gli acquisti sovvenzionati*, in *Riv. giur. trib.*, 2006, p. 745 ss.

⁴⁰ La questione del previo esaurimento dei rimedi interni si è posta, a livello comunitario, nell'ambito della disciplina della responsabilità extracontrattuale della Comunità (artt. 268 e 340, secondo comma, TFUE, già artt. 235 e 288, secondo comma, TCE), con riferimento alle ipotesi in cui il danno di cui il privato chiede il risarcimento derivi da vicende non per intero imputabili all'amministrazione nazionale o a quella comunitaria. Da un iniziale orientamento volto ad ammettere l'esperibilità dell'azione di responsabilità nei confronti della Comunità solo dopo il previo e vano esaurimento dei rimedi giurisdizionali interni allo Stato, secondo dunque un principio di sussidiarietà del ricorso per responsabilità rispetto ai mezzi giurisdizionali interni, la giurisprudenza comunitaria è in seguito giunta ad ammettere che la ricevibilità dell'azione di danni possa essere subordinata all'esaurimento dei rimedi giurisdizionali interni ai fini dell'annullamento della decisione nazionale, tuttavia solamente a condizione che tali rimedi siano in grado di garantire in maniera efficace la tutela dei singoli interessati che ritengano di essere stati lesi dagli atti delle Istituzioni comunitarie. Il coordinamento tra competenza nazionale e comunitaria in questo settore è stato quindi fondato sul c.d. criterio della competenza efficiente, in base al quale la causa va devoluta alle giurisdizioni interne ogniquale volta esse siano in grado di statuire utilmente nei confronti dei singoli e di garantire in modo efficace i loro diritti. Sul criterio della competenza efficiente e, più in generale, sulla regola del previo esaurimento dei rimedi interni, si vedano, fra gli altri, M. CONDINANZI, *Commento all'art. 235 CE*, in A. TIZZANO, *Trattati dell'Unione Europea e della Comunità Europea*, Milano, Giuffrè, 2004; L. TRIFONE, *La responsabilità extracontrattuale degli Stati membri e delle istituzioni comunitarie*, cit. *supra*, nota 20; M. MIGLIAZZA, *La responsabilità extracontrattuale della Comunità europea nella giurisprudenza comunitaria*, in AA. Vv., *Comunicazione e studi*, vol. XXI, p. 727 ss.; G. TESAURO, *Diritto dell'Unione Europea*, Padova, Cedam, 2010.

vio il Tribunal Supremo, dinnanzi al quale la Transportes Urbanos aveva presentato ricorso avverso la decisione dell'Amministrazione spagnola, non opera, invece, con riferimento all'esercizio di un'azione di responsabilità nei confronti dello Stato fondata sul carattere incostituzionale di una legge. Tale differenza di trattamento troverebbe ragion d'essere nel fatto che la legge nazionale gode di una presunzione di legittimità costituzionale tale per cui si presumono legittimi anche gli atti amministrativi adottati in conformità di tale legge. Poiché, alla luce di questa presunzione, l'annullamento di tali atti amministrativi può avvenire solo a seguito di una dichiarazione di incostituzionalità della legge da parte del Tribunal Constitucional – resa sulla base di un'azione la cui iniziativa non spetta direttamente ai singoli – imporre a questi, laddove pregiudicati da una legge ritenuta incostituzionale, l'onere di esperire previamente i rimedi amministrativi e giudiziari nei confronti dell'atto amministrativo lesivo rappresenterebbe una soluzione sproporzionata e dalle conseguenze inaccettabili. Diversa si prospetterebbe la situazione di fronte ad un atto amministrativo adottato in applicazione di una legge incompatibile con il diritto dell'Unione, perché in questo caso le competenti autorità amministrative o giudiziarie sarebbero tenute, in conformità alla costante giurisprudenza della Corte di giustizia, a disapplicare tale legge e gli atti amministrativi adottati in base ad essa, con la conseguente possibilità, da parte del singolo, di chiedere direttamente a detta autorità l'annullamento dell'atto amministrativo lesivo ed ottenere, per tale via, un risarcimento completo⁴¹.

È proprio con riferimento a tale contesto giuridico, prospettato dalla giurisprudenza spagnola controversa, che il giudice *a quo* si interroga, arrivando a chiedere in via pregiudiziale alla Corte di giustizia «*se risulti contraria ai principi di equivalenza e di effettività l'applicazione di una diversa disciplina, elaborata dal Tribunal Supremo (nella "giurisprudenza controversa"), ai casi riguardanti ricorsi diretti a far valere la responsabilità patrimoniale dello Stato legislatore*⁴², in funzione del fatto che i detti ricorsi si fondano su atti amministrativi adottati in applicazione di una legge dichiarata incostituzionale ovvero di una norma dichiarata contraria al diritto comunitario».

⁴¹ V. sentenza *Transportes Urbanos*, cit. *supra*, nota 36, punti 17-19.

⁴² Per un'analisi del regime di responsabilità patrimoniale dello Stato per il fatto del legislatore nell'ordinamento spagnolo, v. C. DI SÈRI, *La responsabilità dello Stato per gli atti amministrativi «anticomunitari» in materia di I.v.a.*, in *Rass. Avv. Stato*, n. 3/2009, p. 51 ss., nonché la dottrina ivi richiamata, tra cui, a livello italiano, A. LAZARI, *Modelli e paradigmi della responsabilità dello Stato*, Torino, Giappichelli, 2005, p. 173 ss. e ID., *Lotta contro le immunità o contro i mulini a vento? Profili comparatistica della responsabilità oggettiva dello Stato*, in *Riv. it. dir. pubbl. comun.*, 1998, p. 315 ss.

4. *Segue: La pronuncia della Corte di giustizia e le conclusioni dell'Avvocato Generale*

La Corte di giustizia, nel pronunciarsi sulla questione pregiudiziale posta dal Tribunal Supremo, affronta preliminarmente l'eccezione avanzata dal Governo spagnolo in merito alla ricevibilità della questione da parte della stessa Corte. La parte resistente, in particolare, sosteneva che la Corte fosse incompetente a pronunciarsi sulla conformità al diritto dell'Unione di decisioni giudiziarie quali quelle del Tribunal Supremo spagnolo oggetto di discussione, essendo tali decisioni modificabili dallo stesso giudice nazionale allorché ritenute incompatibili con l'ordinamento comunitario.

La Corte ricorda, innanzitutto, che se è pur vero che essa non è competente a valutare, nell'ambito di un rinvio pregiudiziale, la compatibilità delle disposizioni nazionali con le norme del diritto dell'Unione, ben può, come ripetutamente affermato nella sua stessa giurisprudenza, fornire al giudice del rinvio tutti gli elementi di interpretazione di tale diritto che gli consentano di valutare detta compatibilità per addivenire alla definizione più corretta della causa per cui è stato adito. La natura delle disposizioni nazionali di cui si deve valutare la conformità al diritto dell'Unione – prosegue la Corte – non incide in alcun modo sulla competenza del giudice comunitario a statuire sulla domanda di pronuncia pregiudiziale, ben potendo tali disposizioni essere di origine giurisprudenziale⁴³, come nel caso di specie, in cui «si chiede alla Corte (...) di fornire al giudice del rinvio elementi di interpretazione dei principi di effettività e di equivalenza, per consentirgli di valutare se, ai sensi del diritto dell'Unione, esso sia tenuto a disapplicare norme nazionali relative alle azioni di responsabilità nei confronti dello Stato per violazione di tale diritto da parte di una legge nazionale»⁴⁴.

Affermata la propria competenza, la Corte passa ad analizzare il merito. Nell'ambito di alcune osservazioni preliminari, richiama innanzitutto la pro-

⁴³ V. sentenza *Transportes Urbanos*, cit. supra, nota 36, punti 23-24, nonché punti 12-13 delle conclusioni, in cui viene richiamato il caso *Köbler* (cit. supra, nota 27) come esempio di pronuncia resa in via pregiudiziale sulla conformità della giurisprudenza al diritto comunitario.

⁴⁴ Ivi, punto 26; v. altresì sentenza della Corte di giustizia del 18 luglio 2007 in causa n. C-119/05, *Ministero dell'Industria, del Commercio e dell'Artigianato c. Lucchini Siderurgica SpA*, in *Raccolta*, 2007, I, p. 6199, richiamata dalla stessa Corte. La sentenza è pubblicata anche in questa *Rivista*, 2007, p. 729 con commento di M. T. STILE, *La sentenza Lucchini sui limiti del giudicato: un traguardo inaspettato?*, p. 733. Viene inoltre precisato, in merito all'affermazione contenuta nella giurisprudenza spagnola controversa per cui l'esistenza di una violazione del diritto dell'Unione che può comportare la responsabilità dello Stato dovrebbe essere accertata da una pronuncia pregiudiziale della Corte, che «nell'ambito della cooperazione tra la Corte e i giudici nazionali stabilita dall'art. 267 TFUE (ex art. 234 TCE) spetta esclusivamente al giudice nazionale, cui è stata sottoposta la controversia e che deve assumersi la responsabilità dell'emananda decisione giurisdizionale, valutare (...) sia la necessità di una pronuncia pregiudiziale per essere in grado di pronunciare la propria sentenza sia la rilevanza delle questioni che sottopone alla Corte», e che su tale questione essa è tenuta a statuire (punto 25).

pria giurisprudenza in materia di responsabilità dello Stato per danni causati ai singoli da violazioni del diritto dell'Unione ad esso imputabili e l'affermazione in essa contenuta per cui l'istituto della responsabilità extracontrattuale dello Stato è inerente il sistema dei trattati⁴⁵; sottolinea, inoltre, come, fatto salvo il diritto al risarcimento in presenza delle condizioni enunciate da suddetta giurisprudenza, è nell'ambito della normativa interna sulla responsabilità che lo Stato è tenuto a riparare le conseguenze del danno arrecato, fermo restando che le condizioni stabilite dalle legislazioni nazionali in materia di risarcimento devono rispondere ai principi di equivalenza ed effettività⁴⁶.

Quanto al principio di equivalenza, la Corte ricorda che, secondo quanto costantemente affermato nella propria giurisprudenza, «*esso richiede che la complessiva disciplina dei ricorsi si applichi indistintamente ai ricorsi fondati sulla violazione del diritto dell'Unione e a quelli simili fondati sulla violazione del diritto interno*», fermo restando che uno Stato membro non è tenuto ad estendere a tutte le azioni proposte in un certo ambito giuridico il proprio regime nazionale più favorevole⁴⁷.

Al fine di stabilire se, nel caso di specie, sussista o meno una violazione del principio di equivalenza, la Corte procede ad una comparazione tra l'azione di responsabilità avviata dalla Transportes Urbanos, fondata sulla violazione del diritto dell'Unione, e quella che la società avrebbe potuto avviare fondandosi su un'eventuale violazione della Costituzione. Accertata la comunanza dell'oggetto tra le due azioni, rappresentato dal risarcimento del danno, e ribadito che il risarcimento del danno causato da una violazione del diritto dell'Unione da parte di uno Stato membro non è subordinato alla condizione che l'esistenza di siffatta violazione sia stata accertata da una sentenza pronunciata dalla Corte in via pregiudiziale⁴⁸, il giudice comunitario rileva che

⁴⁵ Cfr. le sentenze *Francovich*, *Brasserie du Pêcheur e Factortame* e successive, v. *supra*, nota 22.

⁴⁶ Vedi *supra*, par. 1.

⁴⁷ V. sentenza *Transportes Urbanos*, cit. *supra*, nota 36, punto 33 e punto 42 delle conclusioni; cfr., inoltre, sentenze della Corte di giustizia del 1° dicembre 1998 in causa n. C-326/96, *B.S. Levez c. T. H. Jennings (Harlow Pools) Ltd*, in *Raccolta*, 1996, I, p. 7835, punti 41 e 42 e annotata e in questa *Rivista*, 1999, p. 71; del 15 settembre 1998 in cause riunite n. C-279/96, n. C-280/96 e n. C-281/96, *Ansaldo Energia SpA c. Amministrazione delle Finanze dello Stato, Amministrazione delle Finanze dello Stato c. Marine Insurance Consultants Srl, GMB Srl e altri c. Amministrazione delle Finanze dello Stato*, in *Raccolta*, 1998, I, p. 5025, punto 29; del 15 settembre 1998 in causa n. C-231/96, *Edilizia Industriale Siderurgica Srl (Edis) c. Ministero delle Finanze*, in *Raccolta*, 1998, I, p. 4951, punto 36; sentenza *Dilexport*, cit. *supra*, nota 30, punto 27; del 29 ottobre 2009 in causa n. C-63/08, *Virginie Pontin c. T-Comalux SA*, in *Raccolta*, 2009, I, p. 10467 e annotata e in questa *Rivista*, 2009, p. 783.

⁴⁸ *Ivi*, punto 38. La Corte, che nell'affermare ciò smentisce espressamente la tesi prospettata dal giudice *a quo*, non si sofferma tuttavia specificatamente sull'argomento, sostenuto da parte resistente, secondo il quale gli effetti di una sentenza pronunciata dalla Corte ex art. 267 TFUE sarebbero diversi rispetto a quelli di una sentenza del Tribunal Constitucional.

La superfluità di una preventiva declaratoria di inadempimento dello Stato membro rispetto alla possibilità da parte del singolo di promuovere un'azione risarcitoria è stata più volte affermata dalla Corte di giustizia (v. sentenze *Brasserie du Pêcheur e Factortame*, cit. *supra*, nota 14, punto 94-96; *Dillenkofer*, cit. *supra*, nota 19; punto 28; *Danske Slagterier*, cit. *supra*, nota 22, punto 37);

«l'unica differenza esistente tra le due azioni [...] consiste nella circostanza che le violazioni di diritto su cui esse si fondano sarebbero constatate, per una di esse, da una sentenza della Corte pronunciata in forza dell'art. 226 CE, [la precedente pronuncia Commissione c. Spagna] e, per l'altra, da una sentenza del Tribunal Constitucional»⁴⁹; una circostanza, questa, non ritenuta sufficiente dalla Corte per poter considerare le due azioni come distinte, con la conseguenza che la previsione di modalità procedurali differenti per l'esercizio di tale azioni è da ritenersi contraria al principio di equivalenza⁵⁰.

Alla stessa conclusione – seppur sviluppando uno schema argomentativo molto più articolato – era giunto l'Avvocato Generale *Poiarès Maduro* nelle proprie conclusioni⁵¹ che, a differenza della Corte, ha affrontato la questione della compatibilità della contestata condizione posta dalla giurisprudenza del Tribunal Supremo spagnolo rispetto al principio di effettività. L'Avvocato Generale sottolinea, al riguardo, come la condizione del previo esaurimento dei rimedi amministrativi e giurisdizionali avverso l'atto amministrativo lesivo prevista per l'ipotesi di ricorso per responsabilità extracontrattuale dello Stato per violazione del diritto dell'Unione non sia contraria al principio di effettività. Tale condizione risponderebbe ad un principio generale comune agli ordinamenti giuridici degli Stati membri secondo cui la determinazione del danno risarcibile da parte del giudice nazionale può dipendere dalla ragionevole diligenza manifestata dalla persona lesa nel limitare la portata del danno, cioè dal fatto che abbia tempestivamente esperito tutti i rimedi giuridici a sua disposizione per evitare il danno o limitarne l'entità⁵². Rilevato, inoltre,

ciò sulla base dell'argomento secondo cui una siffatta condizione si porrebbe in contrasto con il principio dell'azionabilità diretta delle norme del Trattato e di diritto derivato. Sul punto, cfr. L. TRIFONE, *La responsabilità degli Stati in diritto comunitario*, cit. supra, nota 9, p. 76 ss.

⁴⁹ Ivi, punto 39-43.

⁵⁰ Ivi, punto 44.

⁵¹ Conclusioni dell'Avvocato Generale M. Poiarès Maduro presentate il 9 luglio 2009 nella causa n. C-118/08, consultabili sul sito internet <http://curia.europa.eu>.

⁵² La giurisprudenza comunitaria ha riconosciuto a tale regola il valore di principio generale comune agli ordinamenti giuridici a partire dalla sentenza del 19 maggio 1992 in cause riunite n. C-104/89 e n. C-37/90, *Mulder II*, in *Raccolta*, 1992, I, p. 3061, in cui, relativamente alla problematica del calcolo del danno risarcibile in riferimento ad ipotesi di responsabilità extracontrattuale della Comunità, si è affermato che costituisce un principio generale comune agli ordinamenti giuridici degli Stati membri l'onere da parte della persona lesa, al fine di evitare di doversi accollare il pregiudizio, di dimostrare di aver agito con ragionevole diligenza onde limitare l'entità del danno (punto 33). Sulla tematica dei principi generali comuni agli ordinamenti degli Stati membri, cui rinvia la normativa in materia di responsabilità extracontrattuale della Comunità – ora, dell'Unione – (art. 340, 2° comma, TFUE), si vedano, ad esempio, G. CASSONI, *I principi generali comuni agli ordinamenti degli Stati membri quale fonte sussidiaria del diritto applicato dalla Corte di giustizia delle Comunità europee*, in *Dir. int.*, 1959, p. 437; K. ZWIEGERT, *Les principes généraux du droit des Etats membres*, in W. GANSCHOF VAN DER MEERSCH - M. WELBROECK, *Les Nouvelles. Droit des Communautés européennes*, Bruxelles, Larciér, 1969; B. DU BAN, *Les principes généraux communs et la responsabilité non contractuelle de la communauté*, in *Cah. dr. eur.*, 1977, p. 398; G. VENTURINI, *La responsabilità extracontrattuale delle Comunità europee*, Milano, Giuffrè, 1980; F. FINES, *Etude de la responsabilité extracontractuelle de la Communauté économique européenne*, Paris, L.G.D.J., 1990.

che la predetta condizione è affermata nella giurisprudenza della Corte in materia di responsabilità extracontrattuale della Comunità⁵³ e che nella stessa giurisprudenza è stato affermato altresì il principio per cui le condizioni in presenza delle quali sorge la responsabilità dello Stato per i danni cagionati a singoli a fronte di una violazione del diritto comunitario non devono differire da quelle disciplinanti la responsabilità della Comunità in circostanze analoghe⁵⁴, l'Avvocato Generale afferma che, nel caso di specie una simile condizione non risulterebbe essere contraria al principio di effettività: la società spagnola, contestando tempestivamente – cioè nel termine di quattro anni previsto dalla normativa nazionale⁵⁵ – la validità dell'atto amministrativo lesivo e chiedendo, quindi, la rettifica delle proprie autoliquidazioni nonché il rimborso dell'IVA indebitamente versata, avrebbe potuto ottenere efficacemente la riparazione dell'intero danno asserito⁵⁶.

Appurata la mancata violazione del principio di effettività, l'analisi dell'Avvocato Generale si concentra, dunque, sul principio di equivalenza.

Rispetto agli argomenti richiamati dal giudice *a quo* al fine di giustificare la differenza di trattamento procedurale per l'azione di responsabilità extracontrattuale dello Stato, a seconda che alla base vi sia una violazione del diritto dell'Unione oppure della Costituzione⁵⁷, l'Avvocato Generale si esprime in senso critico. Sottolinea innanzitutto come, in forza di una consolidata giurisprudenza, sia pacificamente riconosciuta alle pronunce pregiudiziali di inter-

⁵³ V. *supra*, nota 40; tra le sentenze più rilevanti in merito: 24 ottobre 1973 in causa n. C-43/72, *Merkur-Aussenhandels-GmbH c. Commissione*, in *Raccolta*, 1973, p. 791; 26 febbraio 1986 in causa n. C-175/84, *Krohn & Co. Import-Export (GmbH & Co. KG) c. Commissione*, in *Raccolta*, 1986, p. 753; 12 aprile 1984 in causa n. C-281/82, *Società a responsabilità limitata Unifrex c. Commissione e Consiglio*, in *Raccolta*, 1989, p. 1969; 29 settembre 1987 in causa n. C-81/86, *De Boer Buizen BV c. Consiglio e Commissione*, in *Raccolta*, 1987, p. 3677; 30 maggio 1989 in causa n. C-20/88, *Roquette Frères S.A. c. Commissione*, in *Raccolta*, 1989, p. 1553, punto 15. Il giudice comunitario, inoltre, come ricorda l'Avvocato Generale, ha sancito l'irricevibilità dell'azione per risarcimento danni nei confronti della Comunità allorché diretta ad ottenere lo stesso risultato patrimoniale del ricorso di annullamento dell'atto dell'Istituzione che arreca pregiudizio – ossia l'azione di ripetizione dell'indebito – che il soggetto leso ha omissso di esperire tempestivamente ma attraverso il quale avrebbe potuto ottenere la riparazione del danno in modo adeguato (c.d. sviamento di procedura); situazione, questa, che si riscontrerebbe nel caso di specie, e che quindi legittimerebbe la subordinazione dell'azione di responsabilità all'esperimento dell'azione di ripetizione dell'indebito di cui la ricorrente avrebbe potuto avvalersi (cfr. punto 23 delle conclusioni).

⁵⁴ V. *supra*, par. 1.

⁵⁵ L'Avvocato Generale, in particolare (punti 25-27 delle conclusioni), considera tale termine compatibile con il principio di effettività, e ciò sulla scorta di quella giurisprudenza della Corte che ha dichiarato ragionevole, in materia di ripetizione dell'indebito, un termine nazionale di decadenza di tre anni (cfr. sentenza *Edis*, *cit. supra*, nota 47, punti 39 e 49).

⁵⁶ Cfr. punto 22 delle conclusioni.

⁵⁷ V. sentenza *Transportes Urbanos*, *cit. supra*, nota 36, punti 17-19. Il giudice del rinvio, in particolare, sosteneva che – alla luce del differente effetto delle pronunce pregiudiziali interpretative della Corte di giustizia e delle sentenze del Tribunal Constitucional che dichiarano l'incostituzionalità di una legge, essendo solo queste in grado di determinare la nullità della legge censurata con effetti retroattivi – subordinare l'azione di responsabilità per i danni derivanti da un atto amministrativo adottato in conformità ad una legge incostituzionale alla previa contestazione dell'atto comporterebbe un'eccessiva compressione della tutela giurisdizionale del privato.

pretazione un'efficacia retroattiva tale per cui la norma, di cui viene chiarito e precisato il significato e la portata, dovrà essere applicata anche a rapporti giuridici sorti e costituiti prima della sentenza della Corte⁵⁸.

Con riferimento, poi, alle possibilità di mettere in discussione dinnanzi al giudice nazionale della causa principale la costituzionalità della legge o la sua compatibilità con il diritto dell'Unione europea, l'Avvocato Generale rileva come esse non siano molto differenti tra loro: da un lato, il rinvio pregiudiziale alla Corte dipende, entro limiti determinati, da una valutazione sulla pertinenza e sulla necessità di detto rinvio da parte del giudice nazionale, e, dall'altro, la decisione del giudice, in specie quello spagnolo, di rimettere una questione di costituzionalità della legge interna è pure sottoposta a limiti⁵⁹.

Altro profilo oggetto di analisi è quello della presunzione di legittimità costituzionale della legge considerata dalla giurisprudenza controversa. «Il rispetto della legge nazionale che l'amministrazione deve osservare nell'ambito dell'ordinamento costituzionale interno – osserva l'Avvocato Generale – non può essere puramente e semplicemente trasposto nell'ambito delle relazioni tra tale ordinamento giuridico e l'ordinamento giuridico comunitario»; questo perché mentre la presunzione di costituzionalità della legge nazionale trova fondamento ed è esclusivamente conseguenza della separazione dei poteri inerente all'ordinamento costituzionale interno, «quando l'amministrazio-

⁵⁸ Tra le prime affermazioni giurisprudenziali, in questo senso, v. sentenza *Denkavit*, cit. *supra*, nota 33, punto 16; cfr., inoltre, sentenze del 13 gennaio 2004 in causa n. C-453/00, *Kühne & Heitz NV c. Produktschap voor Pluimvee en Eieren*, in *Raccolta*, 2004, I, p. 837, punto 22 e in questa *Rivista*, 2004, p. 485 con commento di G. GATTINARA, *Il ruolo comunitario delle amministrazioni nazionali alla luce della sentenza Kühne & Heitz*, p. 489; del 6 marzo 2007 in causa n. C-292/04, *Wienand Meilicke and Others c. Finanzamt Bonn-Innenstadt*, in *Raccolta*, 2007, I, p. 1835 e annotata in questa *Rivista*, 2007, p. 515, punto 34; del 12 febbraio 2008 in causa n. C-2/06, *Willy Kempter KG c. Hauptzollamt Hamburg-Jonas*, in *Raccolta*, 2008, I, p. 411, punti 35 e 36 e annotata in questa *Rivista*, 2008, p. 463. In merito alla problematica della validità ed efficacia delle sentenze interpretative della Corte di giustizia in materia tributaria si veda, fra gli altri, G. D'ANGELO, *Sentenze interpretative della Corte di Giustizia ad efficacia limitata nel tempo e restituzione del tributo incompatibile*, in *Rass. trib.*, 2005, p. 1907 ss.; V. MASTROIACOVO, *I limiti alla retroattività nel diritto tributario*, Milano, Giuffrè, 2005, p. 309; R. MICELI - G. MELIS, *Le sentenze interpretative della Corte di giustizia delle Comunità europee nel diritto tributario: spunti dalla giurisprudenza relativa alle direttive sull'"imposta sui conferimenti" e sull'Iva*, in *Riv. dir. trib.*, 2003, p. 111 ss. L'Avvocato Generale, inoltre, a prescindere dalla qualificazione dell'effetto della pronuncia sulla legge, evidenzia l'analogia delle conseguenze sull'atto amministrativo, in quanto la nullità della legge incostituzionale non determina automaticamente la nullità degli atti amministrativi adottati sulla base di quest'ultima, spettando al giudice cui è sottoposta la controversia determinare nel caso specifico la portata della nullità della legge incostituzionale (cfr. punto 34 delle conclusioni).

⁵⁹ Cfr. punto 36 delle conclusioni. Con riferimento al rinvio pregiudiziale da parte di un giudice nazionale supremo viene richiamata la teoria dell'*acte clair* sancita dal giudice comunitario nella sentenza del 6 ottobre 1982 in causa 283/81, *Srl Cilfit e Lanificio di Gavardo Spa c. Ministero della Sanità*, in *Raccolta*, 1982, p. 3415 e in questa *Rivista*, 1983, p. 135, secondo la quale, in determinati casi e a determinate condizioni, non sussiste obbligo per il giudice nazionale supremo di rimettere la decisione al giudice comunitario. Quanto, invece, alla discrezionalità del giudice spagnolo nel rinvio di una questione di costituzionalità della legge e ai suoi limiti, l'Avvocato Generale richiama l'istituto del *recurso de amparo* previsto dalla normativa costituzionale e ordinaria spagnola per cui, di fronte alla contestazione della costituzionalità di una legge dinnanzi al giudice investito della causa principale, questo sarebbe costretto ad un previo esame ed, eventualmente, alla rimessione di una questione di costituzionalità della legge al Tribunal Constitucional.

ne deve dirimere un conflitto tra norme nazionali e comunitarie, essa non agisce più esclusivamente nell'ambito del proprio ordinamento costituzionale interno», ma deve, al contrario, confrontarsi «con due volontà legislative opposte, provenienti da due ordinamenti giuridici differenti sebbene integrati, e che si vedono riconoscere delle presunzioni di validità differenti»⁶⁰. La differenza che, comunque, consegue a tale presunzione di legittimità della legge nazionale e dei suoi atti attuativi, e consistente nel fatto che il soggetto leso godrebbe nei confronti dell'amministrazione – stante l'obbligo di disapplicazione su di essa gravante – di una protezione avverso la legge contraria al diritto comunitario di cui non gode, invece, nei confronti della legge incostituzionale, non sarebbe tuttavia idonea a giustificare la condizione di subordinazione al previo esaurimento dei mezzi di ricorso amministrativi e giurisdizionali postulata dalla «giurisprudenza controversa»⁶¹.

Riprendendo il ragionamento e gli argomenti sviluppati dall'Avvocato Generale, seppur non soffermandosi sull'analisi del principio di effettività, la Corte di giustizia arriva a concludere che *«il diritto dell'Unione osta all'applicazione di una regola di uno Stato membro in forza della quale un'azione di responsabilità dello Stato fondata su una violazione di tale diritto da parte di una legge nazionale, constatata da una sentenza della Corte pronunciata ai sensi dell'art. 226 CE, può avere esito positivo solo qualora il ricorrente abbia previamente esaurito tutti i rimedi interni diretti a contestare la validità dell'atto amministrativo lesivo adottato sulla base di tale legge, sebbene*

⁶⁰ Cfr. punto 38 delle conclusioni. Precisa ulteriormente l'Avvocato Generale che l'obbligo per l'amministrazione nazionale di non applicare quelle norme interne che si rivelino incompatibili con il diritto comunitario non deriva da un'ipotetica presunzione di incompatibilità del diritto nazionale con il diritto comunitario, ma piuttosto da una presunzione di validità degli atti comunitari pari a quella di cui godono le leggi nazionali interne, a fronte della quale è previsto come criterio per dirimere il conflitto tra i due ordini di fonti il principio del primato del diritto comunitario. Pare opportuno rilevare, peraltro, come l'Avvocato Generale, parlando di «ordinamenti giuridici differenti, benché integrati» sembrerebbe qui utilizzare un'espressione non del tutto in sintonia con l'impostazione monista, tradizionalmente accolta dalla Corte di giustizia, sul tema dei rapporti tra diritto comunitario e diritto interno, e secondo cui il primo si integra negli ordinamenti giuridici nazionali in virtù di una forza propria e della sua specificità (vedi le note sentenze del 15 luglio 1964 in causa n. 6/64, *Costa c. Enel*, in questa *Rivista*, 1964, p. 165 e del 9 marzo 1978 in causa n. 106/77, *Simmenthal*, in questa *Rivista*, 1978, p. 285 con commento di F. CAPELLI, *Conflitto fra Corte di Giustizia di Lussemburgo e Corte Costituzionale italiana*, p. 289), ed avvicinarsi invece ad una costruzione teorica dualista, che concepisce i rapporti tra i due ordinamenti in termini di separazione. Una concezione, questa, cui si è ispirata per lungo tempo – e che pare tuttora dominare – la giurisprudenza della Corte costituzionale italiana. Questa, infatti, seppur nel quadro di un progressivo avvicinamento alla posizione del giudice comunitario, è rimasta sostanzialmente ancorata ad una concezione dei rapporti tra diritto comunitario e diritti nazionali che li vede come «ordinamenti autonomi e distinti, benché coordinati» (v. sentenza *Granital*, n. 170/84). Per una ricostruzione della dialettica tra Corte di giustizia e Corte costituzionale italiana e, in generale, sui rapporti tra diritto comunitario e diritto interno, si vedano, fra gli altri, C. PINOTTI, *I controlimiti nel rapporto tra diritto comunitario e nazionale*, in questa *Rivista*, 2009, p. 211 ss.; G. TESAURO, *Diritto dell'Unione Europea*, cit., supra, nota 40; L. DANIELE, *Diritto dell'Unione Europea: sistema istituzionale, ordinamento, tutela giurisdizionale, competenze*, Milano, Giuffrè, 2008; M. CONDINANZI, *L'adattamento al diritto comunitario e dell'Unione europea*, Torino, Giappichelli, 2003 e l'ampia bibliografia ivi citata.

⁶¹ Cfr. punti 39 e 40 delle conclusioni.

una regola siffatta non sia applicabile ad un'azione di responsabilità dello Stato fondata sulla violazione della Costituzione da parte di tale stessa legge, constatata dal giudice competente»⁶².

La Corte di giustizia ha dunque ribadito, con questa pronuncia, che l'autonomia procedurale degli Stati membri trova un limite nel rispetto del principio di equivalenza, oltre che in quello di effettività; tale equivalenza "procedurale" impone, nel quadro della tutela giurisdizionale dei singoli prevista nell'Unione europea, che le condizioni previste per l'esercizio di azioni a tutela di situazioni giuridiche soggettive derivanti dal diritto dell'Unione europea non siano meno favorevoli rispetto a quelle previste per azioni disciplinate dal diritto interno a protezione di situazioni giuridiche di analoga natura.

In quest'ottica, il previo esaurimento dei rimedi interni, giurisdizionali e amministrativi, laddove previsto come presupposto per l'esercizio dell'azione di responsabilità extracontrattuale nei confronti dello Stato che abbia violato il diritto dell'Unione, e non invece nell'ipotesi in cui si tratti di violazione di norme costituzionali, si pone in contrasto con il principio di equivalenza e, quindi, con il principio di effettività della tutela giurisdizionale sanciti nel diritto dell'Unione europea.

5. Rilievi conclusivi

L'impatto del diritto dell'Unione europea sul diritto processuale degli Stati membri è, come già ricordato, opera della giurisprudenza della Corte di giustizia che non solo provvede all'applicazione e all'interpretazione delle norme dell'Unione, ma anche all'elaborazione dei principi generali che portano ad una crescente integrazione ed interdipendenza tra il procedimento comunitario ed i modelli procedurali previsti per l'attuazione del diritto dell'Unione europea negli Stati membri⁶³.

Tra essi figurano i principi di effettività ed equivalenza, le cui dinamiche applicative sono rivelatrici delle difficoltà di articolazione tra i due piani ordinamentali: essi fungono da limiti all'autonomia procedurale degli Stati, da sempre considerata espressione tipica della loro sovranità, al fine di garantire la tutela giurisdizionale dei singoli per diritti loro riconosciuti dal diritto dell'Unione europea.

⁶² Cfr. sentenza *Transportes Urbanos*, cit. supra, nota 36, punto 48.

⁶³ In questo senso cfr. C. CALIFANO, *Principi comuni e procedimento tributario: dalle tradizioni giuridiche nazionali alle garanzie del contribuente*, in *Riv. dir. trib.*, 2004, p. 993 ss. Sull'argomento dei principi generali del diritto comunitario, si vedano, fra gli altri, A. SAGGIO, *Incidenza della giurisprudenza della Corte di giustizia sulle norme processuali nazionali*, in *Corr. giur.*, 2001, p. 116 ss.; F. TORIELLO, *I principi generali del diritto comunitario: il ruolo della comparazione*, Milano, Giuffrè, 2000; A. TRABUCCHI, *Regole di diritto e principi generali del diritto nell'ordinamento comunitario*, in *Riv. dir. civ.*, 1991, p. 511 ss.

Oltre a permanere una forte differenziazione nel livello di protezione esistente nei vari Stati membri, va anche considerato che i criteri di valutazione della compatibilità delle norme processuali nazionali con il diritto dell'Unione implicano uno spazio di discrezionalità per la Corte di giustizia che comporta una certa variabilità nel suo orientamento, peraltro accentuata dalla circostanza che il principio di equivalenza deve essere valutato dal giudice in concreto alla luce del risultato al quale l'applicazione della norma processuale conduce. Tale variabilità porta ad un ampio ricorso, da parte dei giudici nazionali, allo strumento del rinvio pregiudiziale di interpretazione⁶⁴, che ha peraltro assunto sempre maggiore rilevanza anche nel contenzioso tributario nazionale; accanto ad esso, nel quadro degli strumenti di tutela giurisdizionale, come si è detto, si ritrova l'azione risarcitoria esperibile dal cittadino che lamenti la lesione di una propria situazione soggettiva garantita dal diritto dell'Unione europea.

Nell'ottica di assicurare l'effettività della tutela giurisdizionale, principio generale del diritto dell'Unione sancito espressamente anche dagli artt. 6 e 13 della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali⁶⁵, nonché previsto nella Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea proclamata a Nizza⁶⁶, il nuovo Trattato sull'Unione europea, come modificato da ultimo dal Trattato di Lisbona, prevede all'art. 19, par. 1, che gli Stati membri stabiliscano i rimedi giurisdizionali necessari per assicurare una tutela effettiva nei settori disciplinati dal diritto dell'Unione⁶⁷.

Anche alla luce delle recenti innovazioni del quadro giuridico europeo, rimane di assoluto rilievo il problema dell'integrazione tra ordinamento dell'Unione e ordinamenti degli Stati membri; i principi di pienezza e di effettività della tutela giurisdizionale delle posizioni giuridiche soggettive dei

⁶⁴ Cfr. A. ADINOLFI, *La tutela giurisdizionale nazionale*, cit. *supra*, nota 8, p. 60.

⁶⁵ Tali articoli prevedono, rispettivamente, il diritto «ad un'equa e pubblica udienza entro un termine ragionevole, davanti ad un tribunale indipendente e imparziale costituito per legge (...)», e «il diritto a un ricorso effettivo davanti a un'istanza nazionale».

⁶⁶ L'art. 47 della Carta, cui il Trattato di Lisbona riconosce il carattere giuridicamente vincolante, stabilisce che «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».

⁶⁷ Nello stesso senso si pone anche l'ampliamento dell'ambito oggettivo di impugnazione degli atti delle Istituzioni; il nuovo art. 263, par. 4, TFUE (già art. 230, par. 4) riconosce infatti ad ogni persona fisica o giuridica la legittimazione a proporre ricorso, oltre che contro gli atti adottati nei suoi confronti o che la riguardino direttamente e individualmente, anche «contro gli atti regolamentari che la riguardano direttamente e che non comportano alcuna misura d'esecuzione». Viene inoltre aggiunto all'articolo un quinto comma a norma del quale «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». Sul piano delle novità procedurali riguardanti gli Stati, poi, il nuovo art. 260, par. 3, TFUE prevede la possibilità della Corte di comminare sanzioni pecuniarie già nel corso di una procedura di infrazione allo Stato membro che abbia omissso di comunicare le misure di attuazione di una direttiva approvata in via legislativa. Affrontano questi profili, ad esempio, M. GRANDINETTI - S. MONZANI, *L'effettività della tutela giurisdizionale*, cit. *supra*, nota 6, p. 927 ss.

privati, attraverso la giurisprudenza comunitaria, hanno finito per pesare sui sistemi processuali nazionali, sia in modo diretto in occasione dell'applicazione del diritto comunitario, sia indirettamente attraverso l'avvicinamento dei meccanismi interni di protezione agli *standard* processuali di tutela previsti a livello europeo⁶⁸.

Tutto ciò, dunque, comporta, nell'ottica dell'integrazione, la disponibilità degli Stati membri a rinunciare a parte della loro sovranità in alcune materie, tra cui anche quella tributaria, e ad evitare di essere poi chiamati a rispondere nei confronti dei singoli per non aver rispettato quegli *standard* minimi di tutela che il diritto dell'Unione impone di garantire.

Laura Salvi*

⁶⁸ Cfr. D. DE PRETIS, *La tutela giurisdizionale amministrativa europea e i principi del processo*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2002, p. 683 ss.

* Dottoranda di ricerca in Diritto dell'Unione europea / Università degli Studi di Ferrara.

SANZIONI PENALI APPLICATE IN BASE AL DIRITTO NAZIONALE PER VIOLAZIONI NON PREVISTE DAL DIRITTO COMUNITARIO

Corte di giustizia

Sentenza del 24 giugno 2010 in causa n. C-375/08*

Procedimento penale a carico di *Luigi Pontini e altri*

Art. 234 CE (art. 267 TFUE) - Questione pregiudiziale - Regolamento (Ce) n. 1254/1999, artt. 4 e 13 - Concessione di premi speciali ai bovini maschi e ai pagamenti per l'estensivizzazione - Presupposti per la concessione: utilizzazione effettiva dei terreni destinati al pascolo; esistenza dei capi di bestiame dichiarati; irrilevanza della produzione di un titolo giuridico di occupazione della superficie foraggera - Normativa nazionale impositiva dell'obbligo di produzione di detto titolo - Margine di discrezionalità degli Stati membri - Compatibilità.

La normativa comunitaria, ed in particolare il regolamento (Ce) del Consiglio 17 maggio 1999, n. 1254, relativo all'organizzazione comune dei mercati nel settore delle carni bovine, 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.

* Inedita in *Raccolta*. Il testo integrale della sentenza è reperibile sul sito internet www.curia.europa.eu. In argomento v. *infra*, p. 79 ss., il commento di *FAUSTO CAPELLI*.

(*Omissis*) **In diritto**

Sulla questione pregiudiziale

46. Con la questione sollevata il giudice del rinvio domanda, in sostanza, se le pertinenti disposizioni della normativa comunitaria relativa alle domande di aiuti per animale e, in particolare, il regolamento n. 1254/1999 impongano che una domanda di premi speciali ai bovini maschi o di pagamenti per l'estensivizzazione sia corredata di un titolo giuridico valido che giustifichi il diritto del richiedente di utilizzare le superfici foraggiere oggetto della domanda.

47. Occorre preliminarmente rilevare che, come risulta dall'udienza svoltasi dinanzi alla Corte, i fatti di causa sono oggetto di vivaci contestazioni. In particolare, è controverso se gli imputati, o alcuni di loro, abbiano falsificato e presentato contratti di comodato per ottenere i premi comunitari, nonché se le superfici oggetto delle domande di aiuti in discussione nella causa principale possano per la maggior parte essere qualificate come superfici foraggiere disponibili ai sensi del regolamento n. 1254/1999.

(*Omissis*)

57. Come correttamente osserva la Commissione, occorre esaminare se la normativa comunitaria, in particolare, il regolamento n. 1254/1999, imponga, quale condizione di ammissibilità per l'erogazione dei premi speciali ai bovini maschi e dei pagamenti per l'estensivizzazione, l'obbligo di produrre un titolo giuridico valido che giustifichi l'utilizzazione delle superfici foraggiere oggetto della domanda di aiuti e, in caso negativo, se la normativa comunitaria osti a che gli Stati membri impongano un tale obbligo nella loro normativa nazionale.

58. Secondo una costante giurisprudenza, ai fini dell'interpretazione delle disposizioni di diritto comunitario si deve tener conto non soltanto del loro tenore letterale, ma anche del loro contesto e degli scopi perseguiti dalla normativa di cui esse fanno parte (sentenze 1° marzo 2007 in causa n. C-34/05, *Schouten*, in *Raccolta*, I, p. 1687, punto 25, e 24 maggio 2007 in causa n. C-45/05, *Maatschap Schonewille-Prins*, in *Raccolta*, I, p. 3997, punto 30).

59. Per quanto riguarda anzitutto il tenore letterale delle disposizioni comunitarie in esame, l'art. 3, lett. *b.*, del regolamento n. 1254/1999 definisce l'azienda come il complesso delle unità di produzione gestite dal produttore e situate nel territorio dello Stato membro.

60. L'art. 12, n. 1, di tale regolamento stabilisce che il numero totale dei capi che possono beneficiare del premio speciale di cui all'art. 4, n. 1, viene limitato applicando un coefficiente di densità dei capi detenuti nell'azienda, che è variato, nel corso degli anni cui si riferisce il procedimento principale, da 2 a 1,8 UBA per ettaro e per anno civile di riferimento.

61. Come emerge dall'art. 12, n. 2, lett. *a.* e *b.*, del citato regolamento, tale coefficiente di densità corrisponde a una frazione avente al numeratore il numero di capi per i quali sono state presentate domande di premio e al denominatore la superficie foraggera dell'azienda disponibile durante tutto l'anno civile per l'allevamento dei bovini e degli ovini e/o dei caprini. Di conseguenza, tanto più grande è la superficie foraggera adibita all'allevamento dei bovini nel corso dell'anno, quanto più elevato

sarà il numero di animali per i quali si può richiedere il premio speciale.

62. Né la definizione di azienda di cui all'art. 3, lett. *b.*, del regolamento n. 1254/1999 né il riferimento alla «superficie dell'azienda disponibile» di cui all'art. 12, n. 2, lett. *b.*, di tale regolamento consentono di dedurre che il produttore, allorché presenta una domanda di aiuti, debba, in forza del citato regolamento e per fruire dei premi di cui trattasi, produrre un atto giuridico valido, idoneo a dimostrare che è proprietario della superficie di cui trattasi oppure che ha diritto di utilizzarla ad altro titolo.

63. Come sostiene la Commissione, tali disposizioni non escludono che la mera utilizzazione effettiva di una superficie foraggera per tutto l'anno civile di riferimento possa integrare gli estremi della disponibilità di tale superficie ai sensi del regolamento n. 1254/1999.

64. Emerge sia dall'art. 12, n. 2, ultimo comma, del regolamento n. 1254/1999 sia dall'art. 2, n. 1, lett. *b.*, del regolamento n. 3887/92 che le superfici foraggere oggetto di una domanda di aiuti possono essere utilizzate in comune. Conformemente all'art. 5, n. 1, lett. *b.*, del regolamento n. 2419/2001, che si applica alle domande di aiuti presentate in riferimento alle campagne di commercializzazione o ai periodi di erogazione dei premi a decorrere dal 1° gennaio 2002, in caso di utilizzazione in comune di superfici foraggere le competenti autorità possono procedere alla ripartizione virtuale delle medesime tra gli imprenditori interessati proporzionalmente alla loro utilizzazione di tali superfici o al loro diritto di utilizzazione.

65. Quanto all'art. 22 del regolamento n. 2419/2001, rubricato «Determinazione delle superfici», esso stabilisce che la determinazione della superficie delle parcelle agricole si effettua con qualsiasi mezzo appropriato e che, se la superficie totale di una parcella agricola non è presa in considerazione perché quest'ultima non è stata utilizzata nel suo complesso, viene considerata la superficie realmente utilizzata.

66. Come risulta dalle summenzionate disposizioni, l'erogazione dei premi in parola è determinata sulla scorta, da un lato, delle superfici foraggere effettivamente utilizzate e, dall'altro, del numero di animali detenuti su tali superfici nel corso dell'anno civile di cui trattasi, e non dipende dalla produzione di un titolo giuridico valido che giustifichi l'utilizzazione di dette superfici.

67. Inoltre, per quanto riguarda gli obiettivi perseguiti con il regolamento n. 1254/1999, dal quarto e dal tredicesimo *considerando* di quest'ultimo emerge che una delle sue finalità è di arginare la tendenza all'intensificazione della produzione di carne bovina, dovuta al fatto che i produttori detengono un numero di bovini continuamente crescente nelle loro aziende senza che le superfici aumentino e siano dunque sufficienti per nutrire tali animali (sentenza *Schouten, cit.*, punto 28).

68. Il coefficiente di densità stabilito dall'art. 12 del citato regolamento è quindi diretto a far sì che i premi siano concessi soltanto per gli animali detenuti in aziende la cui superficie sia sufficiente a nutrirli. Come giustamente sostiene la Commissione, il calcolo del coefficiente di densità sulla base della superficie foraggera disponibile si riferisce quindi al potenziale foraggero effettivo dell'azienda e al controllo dell'utilizzazione effettiva di tale potenziale, e non al potenziale foraggero formalmente o legalmente disponibile, ma non effettivamente utilizzato, di tale superficie.

69. Come sostengono gli imputati, il conseguimento di tale obiettivo del regolamento n. 1254/1999 non postula, come condizione per l'erogazione dei premi di cui trattasi, la previa produzione di un titolo giuridico valido che giustifichi l'utiliz-

zazione delle superfici foraggiere oggetto della domanda di aiuti, essendo sufficiente a tal fine la prova dell'utilizzazione effettiva di tali superfici.

70. Da quanto precede risulta che l'art. 12 del regolamento n. 1254/1999 non subordina l'ammissibilità di una domanda di aiuti alla produzione di un titolo giuridico valido che giustifichi il diritto del richiedente di utilizzare le superfici foraggiere oggetto della domanda. Le pertinenti disposizioni del regolamento n. 1254/1999, il contesto in cui esse si inseriscono nonché le finalità perseguite in particolare da questo regolamento indicano che è l'utilizzazione effettiva della superficie foraggera a costituire una delle condizioni di ammissibilità per l'erogazione dei premi in parola.

71. Tuttavia, benché una condizione siffatta non sia imposta dalla normativa comunitaria, si deve esaminare, come risulta dal punto 57 della presente sentenza, se tale normativa osti a che gli Stati membri prevedano nella propria normativa nazionale un obbligo di produrre un titolo giuridico valido che giustifichi il diritto del richiedente di utilizzare le superfici foraggiere oggetto della sua domanda di aiuti.

72. Occorre a tal proposito esaminare la natura e gli obiettivi del SIGC istituito dalla normativa comunitaria relativa ai regimi di aiuti comunitari e determinare quale sia il margine di discrezionalità concesso agli Stati membri in ordine al controllo del rispetto delle condizioni previste per l'erogazione degli aiuti nell'ambito del SIGC.

73. Conformemente agli artt. 1 e 2 del regolamento n. 3508/92, ogni Stato membro deve istituire un SIGC, che comprenda una base di dati informatizzata, un sistema di identificazione delle parcelle agricole, un sistema di identificazione e di registrazione degli animali, domande di aiuti e un sistema integrato di controllo.

74. La finalità del SIGC, conformemente al settimo e al nono *considerando* del regolamento n. 3887/92, è quella di controllare in modo efficace il rispetto delle disposizioni in materia di aiuti comunitari e di adottare disposizioni intese a prevenire e punire efficacemente le irregolarità e le frodi (v., in tal senso, sentenze 17 luglio 1997 in causa n. C-354/95, *National Farmers' Union e a.*, in *Raccolta*, I, p. 4559, punto 51; 16 maggio 2002 in causa n. C-63/00, *Schilling e Nehring*, in *Raccolta*, I, p. 4483, punto 25, nonché 1° luglio 2004 in causa n. C-295/02, *Gerken*, in *Raccolta*, I, p. 6369, punto 41).

75. Dalla normativa comunitaria relativa al SIGC, alla tutela degli interessi finanziari delle Comunità e al finanziamento della PAC emerge chiaramente che gli Stati membri devono prendere i provvedimenti atti a garantire la corretta attuazione del SIGC e che sono tenuti segnatamente ad adottare le misure necessarie per accertare se le operazioni finanziate dalle Comunità in generale, e dal FEAOG in particolare, siano reali e regolari, nonché per prevenire e perseguire le irregolarità.

76. Emerge altresì dalla disamina delle pertinenti disposizioni della normativa comunitaria in tema di regimi di aiuti comunitari e di SIGC che gli Stati membri, in sede di attuazione di tali regimi e di scelta dei provvedimenti nazionali che reputano necessari per prevenire e sanzionare efficacemente le irregolarità e le frodi, godono di un margine di discrezionalità.

77. In tal senso, l'art. 6, n. 1, del regolamento n. 3508/92 dispone che, per essere ammesso a fruire dei regimi di aiuti comunitari soggetti alle disposizioni di tale regolamento, ciascun imprenditore deve presentare, per ciascun anno civile, una domanda di aiuto per superficie che indichi le parcelle agricole, comprese le superfici foraggiere, ed eventualmente «qualsiasi altra informazione necessaria prevista dai regolamenti re-

lativi ai [detti] regimi [di aiuti] comunitari, o dallo Stato membro interessato».

78. Analogamente, l'art. 4, n. 1, del regolamento n. 3887/92 stabilisce che una domanda di aiuto per superficie deve contenere tutte le informazioni necessarie e, in particolare, gli elementi atti a identificare tutte le parcelle agricole dell'azienda, la loro superficie, ubicazione e utilizzazione.

79. Il margine discrezionale di cui godono gli Stati membri in merito al controllo delle domande di aiuti risulta altresì dal regolamento n. 2419/2001. Come risulta dal *considerando* 48 di tale regolamento, gli Stati membri devono adottare ogni ulteriore misura volta ad assicurare l'adeguata applicazione del regolamento stesso. Ai sensi del suo art. 4, gli Stati membri devono garantire che le parcelle agricole siano identificate in modo attendibile, esigendo, in particolare, che le domande di aiuto per superficie siano corredate degli elementi o dei documenti definiti dalle competenti autorità, al fine di localizzare e misurare ciascuna parcella agricola. Conformemente all'art. 22, n. 3, del medesimo regolamento, lo Stato membro verifica l'ammissibilità delle parcelle agricole con qualsiasi mezzo appropriato e a tal fine può essere richiesta, se necessario, la presentazione di prove supplementari.

80. Peraltro, l'art. 7 del regolamento n. 1259/1999 dispone che nell'ambito dei regimi di aiuti disciplinati da tale regolamento non sarà effettuato alcun pagamento a favore di beneficiari per i quali sia accertato che hanno creato artificialmente le condizioni necessarie per ottenere i pagamenti in questione al fine di trarre un vantaggio contrario agli obiettivi del regime di sostegno di cui trattasi.

81. Inoltre, i provvedimenti menzionati al punto 75 della presente sentenza, che gli Stati membri sono tenuti ad adottare per accertare se le operazioni finanziate dalle Comunità siano reali e regolari, come risulta dall'art. 8, n. 1, del regolamento n. 2988/95 e dall'art. 8, n. 1, del regolamento n. 1258/1999 devono essere adottati in conformità delle disposizioni legislative, regolamentari ed amministrative nazionali.

82. Emerge chiaramente dall'insieme delle menzionate disposizioni della normativa comunitaria in materia di regimi di aiuti e di modalità di applicazione del SIGC che gli Stati membri dispongono di un margine di discrezionalità per quanto riguarda i documenti giustificativi e le prove che si possono pretendere dal richiedente in merito alle superfici foraggere oggetto della sua domanda di aiuti. Tenuto conto di tale discrezionalità, gli Stati membri sono legittimati ad introdurre precisazioni quanto alle prove da fornire a sostegno di una domanda di aiuti facendo riferimento, in particolare, alle prassi abituali sul loro territorio nel settore dell'agricoltura relative al godimento e all'utilizzazione delle superfici foraggere nonché ai titoli da produrre a proposito di tale utilizzazione.

83. Occorre tuttavia rammentare che questo margine di discrezionalità è soggetto a taluni limiti.

84. Come emerge infatti dal quindicesimo *considerando* del regolamento n. 1254/1999, gli Stati membri sono tenuti ad usare i loro poteri discrezionali esclusivamente in base a criteri oggettivi, in modo da salvaguardare pienamente il principio della parità di trattamento e da evitare distorsioni del mercato e della concorrenza. Sebbene il requisito della produzione di un titolo giuridico valido costituisca, in via di principio, un criterio oggettivo, spetta nondimeno al giudice del rinvio il compito di verificare se esso sia imposto a tutti i richiedenti l'aiuto di cui trattasi che si trovino in situazioni analoghe.

85. Risulta parimenti dall'art. 8, nn. 1 e 2, del regolamento n. 2988/95 che le misure di controllo adottate dagli Stati membri per assicurare la regolarità e l'effettività delle operazioni che coinvolgono gli interessi finanziari delle Comunità, come le operazioni finanziate dal FEAOG, devono essere adeguate alle specificità di ciascun settore e proporzionate agli obiettivi perseguiti.

86. Di conseguenza, l'esercizio da parte degli Stati membri della discrezionalità di cui dispongono in materia di prove che devono essere fornite a sostegno di una domanda di aiuti, in particolare allorché esso si risolve nell'imporre al richiedente l'obbligo di produrre un titolo giuridico valido che giustifichi il suo diritto di utilizzare le superfici foraggere oggetto della sua domanda, deve rispettare gli obiettivi perseguiti dalla normativa comunitaria in materia e i principi generali del diritto comunitario, in particolare il principio di proporzionalità.

87. Come la Corte ha dichiarato, quest'ultimo principio, che esige che i mezzi approntati da una disposizione comunitaria siano idonei a realizzare l'obiettivo perseguito e non vadano oltre quanto è necessario per raggiungerlo, deve essere rispettato sia dal legislatore comunitario sia dai legislatori e giudici nazionali che applicano il diritto comunitario (v., in tal senso, sentenza 17 gennaio 2008 in cause riunite n. C-37/06 e n. C-58/06, *Viamex Agrar Handel e ZVK*, in *Raccolta*, I, p. 69, punto 33). Tale principio deve pertanto essere rispettato dalle competenti autorità nazionali in sede di applicazione delle disposizioni del regolamento n. 1254/99 e di quelle relative al SIGC.

88. Come emerge dal punto 75 della presente sentenza, la normativa comunitaria relativa al SIGC, alla tutela degli interessi finanziari delle Comunità e al finanziamento della PAC esige l'emanazione di provvedimenti nazionali atti a garantire la corretta attuazione del SIGC, nonché l'effettività e la regolarità dei regimi di aiuti finanziati dalla Comunità. Una normativa come quella applicabile alla fattispecie, la quale, come risulta dal punto 56 della presente sentenza, è diretta segnatamente a impedire che gli allevatori possano abusivamente sfruttare terreni altrui al fine di eludere la normativa comunitaria relativa a detti regimi, cerca di rispettare tali obiettivi. L'obbligo imposto da siffatta normativa quanto alla produzione di un titolo giuridico valido sembra conforme al principio di proporzionalità.

89. Spetta tuttavia al giudice *a quo* verificare se tale principio sia stato rispettato nella circostanze di cui al procedimento principale.

90. Alla luce di quanto precede, la questione sollevata dev'essere risolta dichiarando che la normativa comunitaria, ed in particolare il regolamento n. 1254/1999, 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.

(*Omissis*)

**LA SENTENZA DELLA CORTE DI GIUSTIZIA NON DEVE
LIMITARSI A FORNIRE L'INTERPRETAZIONE CORRETTA
DELLA NORMATIVA APPLICABILE, MA DEVE ANCHE
ESSERE DI AUSILIO PER IL GIUDICE NAZIONALE TENUTO
A RISOLVERE IL CASO CONCRETO**

La sentenza sopra riportata¹ è incompleta e contraddittoria, come sono spesso le sentenze interpretative della Corte di giustizia emesse senza essere state precedute dalle conclusioni dell'Avvocato Generale.

Abbiamo avuto modo di segnalare i difetti di tali sentenze in altre occasioni e in particolare nel commento dedicato alla sentenza pronunciata nella causa *Bag in the Box*² che ugualmente era stata emessa senza le conclusioni scritte dell'Avvocato Generale³.

Le conclusioni dell'Avvocato Generale approfondiscono, generalmente in modo efficace, le diverse problematiche sottoposte al giudizio della Corte di giustizia, mettendo in evidenza anche gli aspetti sui quali, spesse volte, la sentenza è costretta purtroppo a sorvolare.

La ragione è nota: l'Avvocato Generale risponde solo a se stesso ed è libero di pensare e di scrivere ciò che ritiene utile ed opportuno.

Essendo invece la Corte composta da giudici diversi, essa non può emettere la sentenza senza ottenere il consenso della maggioranza dei giudici che, di volta in volta, la compongono, con la conseguenza che i punti controversi, sui quali il consenso dei giudici non può essere raggiunto in modo completo, o sono sostanzialmente trascurati oppure vengono considerati nella sentenza in modo insoddisfacente sotto il profilo giuridico.

Questi inconvenienti si verificano soprattutto nelle cause rimesse alla Corte di giustizia in via pregiudiziale, nel corso delle quali le parti hanno sol-

¹ Su tale sentenza v. S. BOLOGNINI, *La nozione di «superficie foraggera disponibile» nell'erogazione dei premi speciali ai bovini maschi e ai pagamenti per l'estensivizzazione tra normativa europea e nazionale: quando la lotta alle frodi a danno dell'Unione europea rischia di trasformarsi in una caccia alle streghe*, in *Riv. giur. agr. alim. amb.*, 2011, p. 40 ss.

² Sentenza della Corte di giustizia del 7 settembre 2006 in causa n. C-489/2004, *Jehle c. Land Baden-Württemberg*, in *Raccolta*, 2006, I, p. 7509.

³ Cfr. F. CAPELLI, *La sentenza della Corte di giustizia sul sistema di vendita «bag in the box» per l'olio di oliva: una pronuncia incompleta per il carente apporto del giudice nazionale e per il mancato intervento dell'Avvocato generale*, in questa *Rivista*, 2007, p. 499.

tanto la possibilità di presentare in giudizio un'unica memoria senza la possibilità di replicare.

Soprattutto in queste cause (pregiudiziali) l'intervento dell'Avvocato Generale, con le sue conclusioni scritte, può essere provvidenziale e consente spesso volte alla Corte di giustizia di avere una visione completa e imparziale di tutte le questioni trattate in causa.

E questo non soltanto è utile per agevolare l'emissione di sentenze che apportino una corretta interpretazione della normativa comunitaria, ma anche per rendere possibile un'applicazione corretta nell'ordinamento interno, da parte del giudice nazionale, della stessa normativa comunitaria, così come interpretata dalla Corte di giustizia.

Ed è appunto su questo secondo fronte che si possono muovere le critiche alla sentenza della Corte di giustizia qui brevemente commentata.

La Corte fornisce, infatti, un'interpretazione indubbiamente corretta della normativa applicabile, ma poi inserisce nella sentenza alcuni *distinguo* che, a loro volta, rendono problematica, per il giudice nazionale, l'applicazione, alla fattispecie concreta, della normativa comunitaria anche se correttamente interpretata.

Il contenuto di tali critiche riesce di più facile comprensione se si ha piena conoscenza dei fatti di causa.

Il procedimento, cui si riferisce la sentenza qui commentata, prende avvio dalla rimessione in Corte di giustizia degli atti di una causa penale, pendente davanti al Tribunale di Treviso, nella quale era stato contestato l'ottenimento, da parte di allevatori agricoli italiani operanti in Veneto, di aiuti comunitari (premi) erogati per favorire l'allevamento non intensivo di capi di bestiame (bovini maschi) destinati alla produzione di carne.

La normativa comunitaria applicabile in materia, contenuta essenzialmente nel Regolamento Ce n. 1254/1999⁴, allo scopo di consentire l'utilizzo di aree foraggere per l'allevamento non intensivo di bovini maschi, prevede l'erogazione di aiuti (premi) a favore degli allevatori che, in mancanza di tali aiuti, potrebbero trovare più conveniente l'allevamento del bestiame unicamente all'interno delle stalle.

La normativa comunitaria stabilisce le modalità che gli allevatori devono osservare per ottenere gli aiuti, preoccupandosi unicamente che l'allevamento degli animali avvenga in modo che gli stessi possano effettivamente pascolare su aree foraggere poste a disposizione degli allevatori.

Di contro, la normativa comunitaria non richiede che gli allevatori siano proprietari delle aree foraggere o che debbano munirsi di titoli giuridici precisi in grado di provare il loro diritto ad utilizzare le aree medesime.

La normativa comunitaria si preoccupa però, ovviamente, che gli Stati

⁴ In *Guce* n. L 160 del 26 giugno 1999.

membri effettuino i necessari controlli, sulla base degli strumenti ritenuti più opportuni, per evitare che gli allevatori riescano ad ottenere l'erogazione degli aiuti comunitari in modo indebito.

Diversamente dalla normativa comunitaria, la normativa interna, che ha reso possibile l'applicazione in Italia della disciplina comunitaria appena descritta, ha imposto l'osservanza di regole supplementari specifiche a carico degli allevatori.

È da notare che tali regole supplementari sono contenute in circolari emesse dall'*Agenzia per le erogazioni in Agricoltura*⁵, in base alle quali è stata data attuazione alla normativa nazionale applicabile⁶.

Orbene, in una di tali circolari⁷ viene espressamente previsto che se l'allevatore non è proprietario delle aree agricole che intende utilizzare per il pascolo dei propri animali, è obbligato a presentare un titolo giuridico valido in base al quale deve provare il diritto di utilizzare le aree foraggiere medesime.

Sulla base delle normative, comunitaria e nazionale, appena descritte, la Procura della Repubblica di Treviso, competente per territorio, avendo ritenuto che nella fattispecie del procedimento penale da essa avviato, gli allevatori non disponessero di un titolo idoneo per utilizzare le aree foraggiere per l'allevamento dei propri bovini, si è convinta che gli stessi allevatori avessero ottenuto, in modo indebito, il pagamento degli aiuti grazie alla presentazione *«in allegato alle domande, di contratti di comodato d'uso delle superfici foraggiere utilizzate dalle aziende dei richiedenti che sarebbero stati creati all'insaputa dei proprietari dei terreni di cui trattasi»*⁸.

⁵ Cfr. punto n. 35 della sentenza qui commentata: «L'Agenzia Veneta per i Pagamenti in Agricoltura – AVEPA (in prosieguo: l'"AVEPA"), l'organismo di pagamento per la Regione Veneto, fa presente che il decreto n. 503/1999 è stato attuato mediante una serie di circolari adottate dall'Agenzia per le Erogazioni in Agricoltura, tra le quali la circolare 24 aprile 2001, n. 35, che dispone quanto segue: "B) Adempimenti specifici per le domande [relative alla PAC; in prosieguo: le "domande PAC"] seminativi: ai fini di migliorare la gestione della presentazione di una domanda PAC seminativi, l'interessato è invitato a produrre copia delle certificazioni catastali aggiornate, riferite ai terreni indicati in domanda. Qualora il produttore che presenta domanda sia soggetto diverso dal proprietario cui si riferiscono le certificazioni catastali di cui al comma 1, deve comprovare il titolo di conduzione dei terreni (ad esempio nel caso di affitto, di comodato, di usufrutto, di enfiteusi, ecc.) in questione, fornendo: copia autentica del titolo regolarmente registrato ai sensi della normativa vigente. (...) Nell'ipotesi che il produttore che sottoscrive la domanda non sia in condizione di produrre la documentazione relativa ai suddetti titoli di conduzione e/o in ipotesi di contratto verbale, è tenuto a produrre autocertificazione del rapporto contrattuale sottostante con impegno ad assolvere gli obblighi di cui alla legge [23 dicembre 1998, n. 448]; tale autocertificazione deve attestare che il produttore è il legittimo conduttore dei terreni, nonché gli estremi anagrafici del proprietario, la data di inizio, fine del contratto e superfici e oggetto del contratto, specificando sotto la propria responsabilità il titolo di conduzione ed i motivi per cui è necessario ricorrere all'autocertificazione"».

⁶ Cfr. in particolare il dpr n. 503 del 1° dicembre 1999.

⁷ Cfr. Circolare n. 35 del 24 aprile 2001.

⁸ Cfr. punto n. 37 della sentenza: «Dall'ordinanza di rinvio emerge che, secondo l'accusa, gli imputati avrebbero posto in essere atti simulati o fraudolenti al fine di indurre in errore le competenti autorità nazionali e di procurare a sé o ad altri un ingiusto profitto. L'accusa muove dal presupposto che i premi speciali per bovini maschi e i pagamenti per l'estensivizzazione siano stati fraudolentemente percepiti mediante la presentazione, in allegato alle domande, di contratti di co-

Di conseguenza il Tribunale di Treviso si è rivolto alla Corte di giustizia per far risolvere una questione pregiudiziale di interpretazione del diritto comunitario così formulata: «*[Q]uali siano i presupposti per l'ammissione ai premi per bovini maschi ed ai pagamenti per l'estensivizzazione ed in particolare se sia sufficiente il requisito della utilizzazione di superfici foraggere, indipendentemente dall'esistenza di un valido titolo giuridico che la legittimi*».

Il Tribunale penale di Treviso, pertanto, ha chiesto che la Corte di giustizia, interpretando la normativa comunitaria applicabile, stabilisca se l'allevatore dei bovini debba obbligatoriamente provare, sulla base di un valido titolo giuridico, il proprio diritto ad utilizzare le aree foraggere destinate all'allevamento dei bovini, ovvero se sia sufficiente, per legittimare l'ottenimento dell'aiuto, il requisito dell'utilizzazione effettiva delle superfici foraggere indipendentemente da qualsiasi titolo.

Orbene, alla questione posta dal giudice italiano, la Corte di giustizia fornisce, in modo chiarissimo, la risposta al punto n. 70 della sentenza, precisando:

«*Da quanto precede risulta che l'art. 12 del regolamento n. 1254/1999 non subordina l'ammissibilità di una domanda di aiuti alla produzione di un titolo giuridico valido che giustifichi il diritto del richiedente di utilizzare le superfici foraggere oggetto della domanda. Le pertinenti disposizioni del regolamento n. 1254/1999, il contesto in cui esse si inseriscono nonché le finalità perseguite in particolare da questo regolamento indicano che è l'utilizzazione effettiva della superficie foraggera a costituire una delle condizioni di ammissibilità per l'erogazione dei premi in parola*».

Da tale risposta, che non si presta ad alcun'equivoca interpretazione, risulta in modo evidente che l'allevatore deve soltanto fornire la prova dell'«utilizzazione effettiva della superficie foraggera», per essere legittimato a presentare la domanda di erogazione dell'aiuto (premio).

Dopo aver fornito la predetta interpretazione, la Corte di giustizia, se avesse tenuto presente le esigenze del giudice penale italiano, nel contesto della fattispecie concreta da decidere, avrebbe certo potuto completare la propria risposta con osservazioni integrative, ma non certo espresse nei termini risultanti dal dispositivo sopra riportato.

Se, infatti, la finalità perseguita dalla normativa comunitaria è quella di ottenere l'*effettiva utilizzazione* della superficie foraggera, appare ovvio che le disposizioni ulteriormente imposte dalla stessa normativa, concernenti i controlli da effettuare, dovevano essere interpretate nel senso di permettere agli Stati membri di accertare, con sicurezza, l'avvenuta *effettiva* utilizzazione delle superfici foraggere.

Orbene, la condizione supplementare imposta agli allevatori dalle circolari

modato d'uso delle superfici foraggere utilizzate dalle aziende dei richiedenti che sarebbero stati creati all'insaputa dei proprietari dei terreni di cui trattasi».

interne, di fornire obbligatoriamente un titolo giuridico in grado di legittimare l'utilizzo delle superfici foraggere, non può essere considerata una condizione indispensabile per l'acquisizione dell'aiuto, diversamente tale condizione sarebbe stata inserita direttamente nella normativa comunitaria: ciò che, invece, non è avvenuto come la Corte di giustizia ha espressamente riconosciuto.

Di conseguenza la Corte di giustizia avrebbe dovuto precisare, nella sua sentenza, che alla predetta condizione supplementare, imposta dalla circolare italiana, doveva essere fatto riferimento unicamente nel caso in cui, senza la sua osservanza, non sarebbe stato possibile provare l'effettiva utilizzazione della superficie foraggera.

Diversamente, come già ricordato, si sarebbe trattato di una condizione aggiuntiva, non prevista dalla normativa comunitaria e, pertanto, disapplicabile dal giudice nazionale.

Essendo, infatti, l'intera materia disciplinata dalla normativa comunitaria direttamente applicabile, appare evidente che l'inserimento, in sede nazionale, di una condizione non prevista da tale normativa, comporterebbe pregiudizi agli operatori italiani, discriminandoli rispetto ai loro concorrenti degli altri Stati membri.

Se poi si pone mente che, in conseguenza dell'inosservanza della circolare qui considerata, possono essere avviati, nei confronti degli operatori, procedimenti penali per associazione a delinquere e frode aggravata per indebita acquisizione di aiuti comunitari, ci si rende conto come la Corte di giustizia debba redigere con molta attenzione le sue sentenze interpretative.

Per questo, come è stato agli inizi auspicato, sarebbe stato opportuno che l'Avvocato Generale fosse intervenuto nella presente causa con le sue osservazioni scritte. Tali conclusioni avrebbero potuto evitare la contraddizione nella quale la Corte di giustizia è caduta.

In ogni caso, tutte le indagini che il Tribunale penale deve svolgere devono consentire di scoprire se vi sia stata un'effettiva utilizzazione della superficie foraggera.

Va da sé che se, nel corso delle indagini, dovessero essere accertate violazioni specifiche (falsi, evasioni fiscali, etc.), le stesse dovranno essere punite in base alle relative norme che le disciplinano, ma tali violazioni non hanno niente a che vedere con il diritto degli allevatori ad ottenere gli aiuti comunitari, se gli stessi sono in grado di provare l'effettivo utilizzo della superficie foraggera nel rispetto della normativa comunitaria applicabile⁹.

Fausto Capelli

⁹ Cfr. S. BOLOGNINI, *La nozione di «superficie foraggera disponibile»*, cit. *supra*, nota 1, pp. 48-49.

II. MASSIMARIO ANNOTATO*

LA CORTE DI GIUSTIZIA SI PRONUNCIA SULLA TUTELA DELLA RISERVATEZZA DELLE COMUNICAZIONI TRA CLIENTI E AVVOCATI D'IMPRESA INTERNI ALL'AZIENDA

Corte di giustizia

Sentenza del 14 settembre 2010 in causa n. C-550/07 P

Akzo Nobel Chemicals Ltd c. Commissione

Art. 234 CE (art. 267 TFUE) - Questione pregiudiziale - Impugnazione - Politica di concorrenza - Provvedimenti istruttori - Ricerca di prove relative a pratiche anticoncorrenziali - Poteri di controllo della Commissione - Tutela della segretezza delle comunicazioni tra avvocati e clienti - Scambio di corrispondenza tra un avvocato (interno, membro del servizio giuridico) e l'impresa - Scambi di messaggi di posta elettronica - Violazione del principio della certezza del diritto - Rigetto.

(...) la Corte di giustizia ha osservato, (...), che l'esigenza relativa alla situazione ed alla qualifica di avvocato indipendente, che devono essere proprie del legale dal quale proviene la corrispondenza atta ad essere protetta, deriva dalla concezione della funzione dell'avvocato come collaborazione all'amministrazione della giustizia e attività intesa a fornire, in piena indipendenza e nell'interesse superiore della giustizia, l'assistenza legale di cui il cliente ha bisogno. Questa tutela ha come contropartita la disciplina professionale, imposta e controllata nell'interesse generale. La Corte di giustizia ha, inoltre, indicato (...) che una siffatta concezione risponde alle tradizioni giuridiche comuni degli Stati membri e si riscontra anche nell'ordinamento giuridico dell'Unione, come risulta dall'art. 19 dello Statuto della Corte di giustizia¹.

L'impugnazione è respinta².

* A cura di *ENRICA ADOBATI*.

¹⁻² L'Akzo Nobel Chemicals Ltd (di seguito denominato: Akzo) e l'Akcros Chemicals Ltd (di seguito denominato: Akcros) hanno chiesto alla Corte di giustizia l'annullamento della sentenza del Tribunale di primo grado delle Comunità europee del 17 settembre 2007 (ora Tribunale dell'Unione europea) in cause riunite n. T-125/03 e n. T-253/03, *Akzo Nobel Chemicals e Akcros Chemicals c. Commissione* nella parte in cui il Tribunale ha respinto la richiesta di tutela della riservatezza della corrispondenza con il consulente legale interno dell'Akzo.

La Commissione, in data 10 febbraio 2003, ha adottato la decisione n. C(2003)559/4, con la quale è stato imposto all'Akzo e all'Akcros, nonché alle loro rispettive associate, di sottoporsi ad accertamenti volti alla ricerca di prove relative ad eventuali pratiche anticoncorrenziali. Gli accertamenti sono stati eseguiti da funzionari della Commissione assistiti da rappresentanti dell'autorità britannica garante della concorrenza.

I rappresentanti delle ricorrenti hanno segnalato ai funzionari della Commissione che taluni documenti potevano beneficiare della tutela della riservatezza delle comunicazioni tra avvocati e clienti. La discussione in merito all'esame dei documenti è sorta, in particolare, in merito alla corrispondenza intercorsa tra il direttore generale della Akros e un avvocato iscritto all'Ordine forense olandese, membro del servizio giuridico della Akzo. Le ricorrenti, sostenendo che tali documenti fossero tutelati dalla riservatezza hanno presentato una domanda per la tutela dei documenti controversi (sotto il profilo della riservatezza) alla Commissione, respinta con decisione dell'8 maggio 2003. Contro tale decisione le ricorrenti hanno presentato due ricorsi dinanzi al Tribunale, ricorsi che sono stati rigettati con la sentenza sopra citata.

Le ricorrenti hanno, innanzitutto, sostenuto che il Tribunale avrebbe dovuto interpretare correttamente il principio della riservatezza e concludere che le comunicazioni controverse erano coperte da tale principio (cfr. sentenza del 18 maggio 1982 in causa n. 155/79, *AM & S Europe c. Commissione*, in *Raccolta*, 1982, p. 1575). Al riguardo, da un lato, la Corte di giustizia ha precisato che lo scambio di corrispondenza (nel caso di specie messaggi di posta elettronica) con l'avvocato deve essere connesso all'esercizio del «diritto alla difesa del cliente» e, dall'altro, si deve trattare di uno scambio proveniente da «avvocati indipendenti», vale a dire «avvocati non legati al cliente da un rapporto d'impiego». In sostanza, l'attività fornita dal legale deve avvenire in assoluta indipendenza e deve essere fornita nell'interesse superiore della giustizia.

A parere della Corte, che ha concluso affermando che il Tribunale non ha commesso alcun errore di diritto, la tutela in base al principio della riservatezza non si estende agli scambi di informazioni all'interno di un'impresa o di un gruppo con avvocati interni alle stesse.

La Corte ha, poi, affermato che un'interpretazione siffatta non viola il principio della parità di trattamento per la diversità di situazioni in cui si trovano gli avvocati interni rispetto a quelli esterni all'azienda (cfr. sentenze del 10 gennaio 2006 in causa n. C-344/04, *ATA ed ELFAA*, in *Raccolta*, 2006, I, p. 403; del 3 maggio 2007 in causa n. C-303/05, *Advocaten voor de Wereld*, in *Raccolta*, 2007, I, p. 3633 nonché del 16 dicembre 2008 in causa n. C-127/07, *Arcelor Atlantique et Lorraine e a.*, in *Raccolta*, 2008, I, p. 9895).

Sull'evoluzione dei sistemi giuridici nazionali sostenuta dalle ricorrenti, la Corte ha rilevato come, contrariamente alle tesi sostenute dalle ricorrenti, il regime giuridico dei Paesi Bassi non evidenzia una tendenza tale da giustificare un riconoscimento agli avvocati interni del beneficio della tutela della riservatezza.

Sull'eventuale diminuzione del livello della tutela dei diritti della difesa delle imprese sostenuta dalle ricorrenti, la Corte ha richiamato la propria costante giurisprudenza sul rispetto dei diritti della difesa (ora, peraltro, sancito anche all'art. 48, n. 2 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione) (cfr. sentenze del 2 ottobre 2003 in causa n. C-194/99 P, *Thyssen Stahl c. Commissione*, *Raccolta*, 2003, I, p. 10821; del 29 giugno 2006 in causa n. C-289/04 P, *Showa Denko c. Commissione*, in *Raccolta*, 2006, I, p. 5859 e annotata in questa *Rivista*, 2006, p. 743 nonché dell'8 febbraio 2007 in causa n. C-3/06 P, *Groupe Danone c. Commissione*, in *Raccolta*, 2007, I, p. 1331 e annotata in questa *Rivista*, 2007, p. 115). Sul punto, la Corte ha affermato che il ricorso ad avvocati interni, quali dipendenti di un'impresa, non esclude determinate restrizioni relative all'esercizio della professione, senza che ciò possa recare un pregiudizio ai diritti della difesa.

Da ultimo, e così definitivamente la Corte respinge l'impugnazione delle ricorrenti sul

mancato rispetto del principio della certezza del diritto (cfr. sentenze del 14 aprile 2005 in causa n. C-110/03, *Belgio c. Commissione*, in *Raccolta*, 2005, I, p. 2801; del 7 giugno 2007 in causa n. C-76/06 P, *Britannia Alloys & Chemicals c. Commissione*, in *Raccolta*, 2007, I, p. 4405 e del 14 gennaio 2010 in causa n. C-226/08, *Stadt Papenburg*, inedita in *Raccolta*), ha chiaramente sottolineato come tale principio costituisca un principio generale del diritto dell'Unione e che, nel caso di specie, l'aver limitato la tutela della riservatezza negli scambi di comunicazioni con gli avvocati esterni delle ricorrenti non ne ha costituito violazione.

POSSIBILITÀ DI UTILIZZO DELLA PUBBLICITÀ COMPARATIVA

Corte di giustizia

Sentenza del 18 novembre 2010 in causa n. C-159/09

LIDL SNC c. Vierzon Distribution SA

Art. 234 CE (art. 267 TFUE) - Questione pregiudiziale - Direttive n. 84/450/Cee e n. 97/55/Ce - Pubblicità ingannevole e comparativa - Condizioni di liceità della pubblicità comparativa - Raffronto di prezzi relativi ad una scelta di prodotti alimentari commercializzati da due catene di supermercati concorrenti - Beni che soddisfano le medesime necessità o si propongono gli stessi obiettivi - Pubblicità ingannevole - Paragone riguardante una qualità dimostrabile - Ammissibilità.

L'art. 3 bis, n. 1, lett. b., della direttiva del Consiglio del 10 settembre 1984, n. 84/450/Cee, concernente la pubblicità ingannevole e comparativa, quale modificata dalla direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio del 6 ottobre 1997, n. 97/55/Ce, deve essere interpretato dichiarando che la mera circostanza che i prodotti alimentari si differenzino quanto alla loro commestibilità e quanto al piacere da essi procurato al consumatore, in funzione delle condizioni e del luogo della loro produzione, dei loro ingredienti e dell'identità del loro produttore, non è tale da escludere che il confronto di tali prodotti possa rispondere al requisito sancito dalla predetta disposizione, in base al quale essi devono soddisfare gli stessi bisogni o proporsi gli stessi obiettivi, vale a dire presentare tra loro un sufficiente grado di intercambiabilità¹.

L'art. 3 bis, n. 1, lett. a., della direttiva n. 84/450/Cee, quale modificata dalla direttiva n. 97/55/Ce, deve essere interpretato nel senso che una pubblicità, come quella in esame nella causa principale, può rivestire carattere ingannevole, segnatamente:

- se viene accertato, tenuto conto di tutte le circostanze rilevanti del caso di specie e, in particolare, delle indicazioni o omissioni che accompagnano tale pubblicità, che la decisione di acquisto di un numero significativo di consumatori, cui essa si rivolge, può essere presa nell'erronea convinzione che la selezione di prodotti compiuta dall'operatore pubblicitario sia rappre-

sentativa del livello generale dei prezzi di quest'ultimo rispetto a quelli praticati dal suo concorrente e che, di conseguenza, tali consumatori realizzeranno risparmi di entità uguale a quella vantata da detta pubblicità effettuando regolarmente i propri acquisti di beni di consumo corrente presso l'operatore pubblicitario piuttosto che presso detto concorrente o, ancora, nell'erronea convinzione che tutti i prodotti dell'inserzionista siano meno cari di quelli del suo concorrente, o

- se viene accertato che, ai fini del confronto effettuato esclusivamente sotto il profilo dei prezzi, sono stati selezionati prodotti alimentari che presentano tuttavia differenze tali da condizionare sensibilmente la scelta del consumatore medio, senza che dette differenze emergano dalla pubblicità di cui trattasi².

L'art. 3 bis, n. 1, lett. c., della direttiva n. 84/450/Cee, quale modificata dalla direttiva n. 97/55/Ce, deve essere interpretato nel senso che la condizione di verificabilità, sancita dalla predetta disposizione, richiede, per quanto riguarda una pubblicità come quella in esame nella controversia principale, che mette a confronto i prezzi di due assortimenti di beni, che i beni di cui trattasi possano essere individuati con precisione in base alle informazioni contenute in detta pubblicità³.

¹⁻³ La questione pregiudiziale sull'interpretazione dell'art. 3 bis della direttiva del Consiglio n. 84/450/Cee (in *Guce* n. L 250 del 1984, p. 17), quale modificata dalla direttiva n. 97/55/Ce (in *Guce* n. L 290 del 1997, p. 18) è stata sollevata nell'ambito di una controversia tra la LIDL SNC e la Vierzon Distribution SA in merito ad una pubblicità diffusa a mezzo stampa per conto di quest'ultima società.

La LIDL gestisce sul territorio francese una catena di supermercati, insieme a quelli della Vierzon Distribution che commercializza sotto l'insegna Leclerc. Nel settembre 2003 la Vierzon Distribution pubblicava su un giornale locale una pubblicità comparativa tra i prezzi di alcuni prodotti LIDL e quelli dei prodotti Leclerc dalla quale emergeva chiaramente la maggior convenienza dei secondi invitando, pertanto, il consumatore all'acquisto dei prodotti Leclerc.

In sostanza, la pubblicità controversa si riferiva ad un numero limitato di prodotti, in prevalenza alimentari, individuati per mezzo di denominazioni generiche accompagnate, ove necessario, da indicazioni relative al peso o al volume, figuranti sugli scontrini di cassa provenienti da ciascuno di questi due esercizi e dai quali, oltre al prezzo individuale di ciascuno dei prodotti interessati, emerge l'importo totale pagato per l'acquisto dell'assortimento così composto. Tale pubblicità contiene, peraltro, *slogan* generici che vantano l'asserita maggiore convenienza dei prodotti dell'operatore pubblicitario, dal cui scontrino di cassa, in tal modo riprodotto, emerge un costo complessivo inferiore a quello praticato dal suo concorrente.

Lidl ha così adito il Tribunale commerciale di Bourges chiedendo che Vierzon venisse condannata al risarcimento dei danni per concorrenza sleale, il giudice adito ha sospeso il procedimento e si è rivolto alla Corte di giustizia al fine di chiarire se è lecita una pubblicità comparativa tra prezzi di prodotti che soddisfano gli stessi bisogni o si propongono gli stessi obiettivi (cfr. art. 3 bis, n. 1, lett. a.-c.; sentenza del 18 giugno 2009 in causa n. C-487/07, *L'Oréal e a.*, in *Raccolta*, 2009, I, p. 5185).

Il giudice del rinvio chiede sostanzialmente se l'art. 3 bis, n. 1, lett. a.-c., della direttiva n. 84/450/Cee vieti una prassi pubblicitaria, come quella sopra descritta, che attua una comparazione tra prezzi relativi ad un paniere di prodotti alimentari, commercializzati da due supermercati concorrenti, in particolare tenuto conto delle differenze esistenti tra i prodotti

alimentari confrontati, per quanto riguarda il loro modo e luogo di produzione, i loro ingredienti e l'identità del loro produttore, giacché tali differenze comportano segnatamente che i medesimi prodotti si differenzino sotto il profilo della loro commestibilità e del piacere derivante dal loro consumo. La Corte di giustizia, soffermandosi sulla portata dell'art. 3 *bis*, n. 1, ha sottolineato come l'obiettivo della direttiva sia quello di stimolare la concorrenza tra i fornitori di beni e di servizi nell'interesse dei consumatori, consentendo ai concorrenti di mettere in evidenza in maniera trasparente i vantaggi dei vari prodotti e vietando al tempo stesso prassi che possano comportare una distorsione della concorrenza, svantaggiare i concorrenti e avere un'incidenza negativa sulla scelta dei consumatori.

Ne consegue, a parere della Corte, che le condizioni enumerate dal citato art. 3 *bis*, n. 1, da un lato, devono consentire le pubblicità che mettono a confronto oggettivamente le caratteristiche di beni o servizi, assicurando, nello stesso tempo, che la pubblicità comparativa non sia utilizzata in modo sleale e negativo per la concorrenza o in modo da arrecare pregiudizio agli interessi dei consumatori. Ed è proprio muovendo da queste premesse che la Corte ha statuito, in primo luogo, sull'art. 3 *bis*, n. 1, lett. *b*., della direttiva n. 84/450/Cee che subordina la liceità della pubblicità comparativa alla condizione che essa metta a confronto beni o servizi che soddisfano gli stessi bisogni o si propongono gli stessi obiettivi affermando che ritenere non comparabili, ai sensi della disposizione sopra citata, due prodotti alimentari per la ragione che non non sono identici, tenderebbe di fatto ad escludere qualsiasi tipo di pubblicità comparativa sull'intera categoria dei prodotti alimentari.

In secondo luogo, sull'art. 3 *bis*, n. 1, lett. *a*., della direttiva n. 84/450/Cee che subordina la liceità di una pubblicità comparativa al presupposto che la stessa non sia ingannevole, la Corte di giustizia ha sottolineato che è compito del giudice del rinvio accertare, caso per caso, l'eventuale ingannevolezza di una pubblicità. Qualora il giudice nazionale, per esempio, dovesse rilevare che sono stati selezionati prodotti alimentari che in realtà presentano differenze obiettive tali da condizionare la scelta del consumatore e se il giudice dovesse evidenziare che la pubblicità in questione ingenera nel consumatore medio l'erronea convinzione che tutti i prodotti del concorrente siano meno cari e che effettuare regolarmente la spesa presso di esso costituisca un vantaggio economico si dovrebbe propendere per il carattere ingannevole di una pubblicità.

Infine, anche sull'art. 3 *bis*, n. 1, lett. *c*., della direttiva n. 84/450/Cee che subordina la liceità di una pubblicità comparativa alla condizione che la stessa metta a confronto oggettivamente una o più caratteristiche essenziali, pertinenti, verificabili e rappresentative, compreso eventualmente il prezzo, di tali beni e servizi, la Corte di giustizia ha precisato che spetta al giudice del rinvio verificare se la descrizione dei prodotti confrontati, quale emerge dalla pubblicità controversa, sia sufficientemente precisa per consentire al consumatore di individuare i prodotti che costituiscono l'oggetto della comparazione, al fine di verificare l'esattezza dei prezzi indicati dalla pubblicità considerata.

LA CORTE DI GIUSTIZIA PRECISA LA NOZIONE DI «ESPERIENZA PROFESSIONALE» AI SENSI DELLA DIRETTIVA N. 89/48/CEE

Corte di giustizia

Sentenza del 2 dicembre 2010 in cause riunite n. C-422/09, n. C-425/09 e n. C-426/09

Vassiliki Stylianiou Vadorou (n. C-422/09), Vasilios Alexandrou Giankoulis (n. C-425/09), Ioannis Georgiou Askoxilakis (n. C-426/09) c. Ypourgos Ethnikis Paideias kai Thriskevmaton

Art. 234 CE (art. 267 TFUE) - Questione pregiudiziale - Artt. 39 CE e 43 CE (artt. 45 TFUE e 49 TFUE) - Libera circolazione dei lavoratori - Libertà di stabilimento - Direttiva n. 89/48/Cee - Direttiva n. 2005/36/Ce - Mutuo riconoscimento di diplomi - Nozione di «esperienza professionale» - Differenze sostanziali nella formazione professionale conseguita.

Un'autorità nazionale incaricata del riconoscimento di qualifiche professionali acquisite in un altro Stato membro è tenuta, in virtù degli artt. 39 CE e 43 CE, a prendere in considerazione, in sede di determinazione di eventuali misure compensative dirette a colmare le differenze sostanziali tra la formazione seguita da un richiedente e la formazione richiesta nello Stato membro ospitante, qualsiasi esperienza pratica idonea a coprire, in tutto o in parte, tali differenze¹.

¹ Le questioni pregiudiziali scaturite nei procedimenti n. C-422/09, n. C-425/09 e n. C-426/09 hanno riguardato l'interpretazione degli artt. 1, lett. e., e 4, n. 1, lett. b., della direttiva n. 89/48/Cee (in *Guce* n. L 19 del 1989, p. 16) e sono state sollevate nell'ambito di controversie tra la signora Vandorou nonché i signori Giankoulis e Askoxilakis e l'Ypourgos Ethnikis Paideias kai Thriskevmaton (il Ministro della Pubblica Istruzione e dei Culti). Tali questioni riguardano la legittimità alcune decisioni emanate dal Consiglio, responsabile del riconoscimento dell'equipollenza dei diplomi di istruzione superiore (di seguito denominato: il Consiglio), che subordinano il diritto dei richiedenti di cui alle cause principali di esercitare in Grecia le loro professioni (che essi sono abilitati ad esercitare in altri Stati membri) a misure compensative, vale a dire dopo il superamento di una prova attitudinale o di un tirocinio di adattamento.

Come è noto, la direttiva n. 89/48/Cee, ha istituito un sistema generale di riconoscimento dei diplomi di istruzione superiore concernenti la formazione professionale della durata minima di tre anni mentre la direttiva n. 92/51/Ce del 18 giugno 1992, ha dato vita ad un secondo sistema generale di riconoscimento della formazione professionale, che ha integrato la direttiva n. 89/48/Cee. Successivamente, il Consiglio europeo di Stoccolma del 23-24 marzo 2001 ha invitato la Commissione a presentare agli organi competenti proposte specifiche per introdurre un regime più uniforme, trasparente e flessibile di riconoscimento delle qualifiche. Si è arrivati così all'emanazione della direttiva n. 2005/36/Ce (in *Gu-Ue* n. L 255 del 2005, p. 22) del 7 settembre 2005 che consolida in un unico testo le direttive n. 89/48, n. 92/51, nonché la direttiva n. 1999/42. La direttiva consolida, inoltre, le dodici direttive settoriali relative agli infermieri (n. 77/452 e n. 77/453), ai dentisti (n. 78/686 e n. 78/687), ai veterinari (n. 78/1026 e n. 78/1027), alle ostetriche (n. 80/154 e n. 80/155), ai farmacisti (n. 85/432 e n. 85/433), agli architetti (n. 85/384) nonché ai medici (n. 93/16).

La signora Vandorou otteneva, dopo aver seguito corsi ed esami tra il settembre 1994 e il febbraio 1997, presso la London-Guidhall con sede nel Regno Unito il titolo di *Master of Business Administration*. Successivamente, mentre lavorava presso una società di revisione contabile, otteneva il titolo di revisore contabile giurato. La ricorrente presentava, così, in Grecia una domanda al Consiglio affinché le venisse riconosciuto il diritto di esercitare in tale Paese la professione di contabile fiscale.

Il Consiglio, sostenendo che la professione di contabile era una professione regolamentata sia in Grecia sia nel Regno Unito, ha ritenuto di dover sottoporre la signora Vandorou a misure compensative in ragione delle differenze sostanziali esistenti nel suo programma di studi rispetto alla formazione dei contabili in Grecia. Inoltre, il Consiglio ha sostenuto che non poteva essere presa in considerazione l'esperienza di lavoro maturata in Grecia perché era antecedente all'ottenimento dell'abilitazione ad esercitare la professione di contabile in Grecia.

Il Symvoulio tis Epikrateias, dinanzi al quale la ricorrente si è rivolta, ha deciso di sospendere il procedimento e di rivolgersi alla Corte di giustizia.

Nel procedimento n. C-425/09 il signor Giankoulis, titolare di un diploma di laurea del Dipartimento di ingegneria della Scuola di applicazioni tecniche del Technologiko Ekpaideftiko Idryma di Kavala (Grecia), nonché di un diploma post-universitario (*Master of Science*) dell'Istituto di tecnologia di Cranfield (Regno Unito), presentava al Consiglio una domanda di riconoscimento del diritto di esercitare in Grecia la professione di ingegnere meccanico. Anche in questo caso, il Symvoulio tis Epikrateias, dinanzi al quale il ricorrente si era rivolto, si è posto il problema se l'esperienza professionale acquisita dal signor Giankoulis, dopo il conseguimento del suo titolo di studio, potesse costituire un'esperienza professionale ai sensi dell'art. 4, n. 1, lett. b. della direttiva n. 89/48/Cee.

Anche nel procedimento n. C-426/09 si è posta la medesima questione. Il signor Askoxilakis in possesso di un diploma di laurea in fisica della Facoltà di Fisica dell'Università di Creta (Grecia), nonché di un diploma di studi *post-universitari* con specializzazione in ingegneria delle telecomunicazioni della Facoltà di Ingegneria elettronica e Informatica dell'Università di Monaco (Germania) era stato autorizzato ad esercitare in Germania attività professionali regolamentate nel settore dell'ingegneria delle telecomunicazioni.

I tre procedimenti, aventi tutti ad oggetto la richiesta dei ricorrenti di esercitare in Grecia la propria professione avendo essi ottenuto l'abilitazione all'esercizio in un altro Stato membro, sono stati riuniti dalla Corte di giustizia.

Il giudice del rinvio ha cercato, sostanzialmente, di sapere in che misura un'autorità nazionale incaricata del riconoscimento di qualifiche professionali ottenute in altri Stati membri debba prendere in considerazione – stabilendo eventuali misure compensative dirette a colmare differenze sostanziali tra la formazione seguita da un richiedente e la formazione richiesta nello Stato membro ospitante – un'esperienza pratica idonea a coprire, in tutto o in parte, dette differenze.

L'esperienza pratica acquisita, in ambito lavorativo, dai richiedenti di cui alle cause principali non è risultata, secondo le informazioni fornite alla Corte, idonea a costituire un'«esperienza professionale» ai sensi dell'art. 1, lett. e., della direttiva n. 89/48/Cee.

Infatti, tale espressione si riferisce all'esercizio di attività professionali regolamentate il cui esercizio appare normalmente subordinato, mediante disposizioni legislative, regolamentari o amministrative, al possesso di un «diploma» ai sensi di detto art. 1, lett. a.

A parere della Corte di giustizia, l'esperienza pratica acquisita dai richiedenti di cui alle cause principali prima dell'ottenimento del diploma non poteva essere qualificata come esperienza professionale ai sensi della direttiva.

Dall'art. 4, n. 1, lett. b., secondo comma, della direttiva n. 89/48/Cee non deriva alcun obbligo di prendere in considerazione un'esperienza pratica, come quella dei richiedenti nella causa principale, che non costituisca un'«esperienza professionale» ai sensi dell'art. 1, lett. e., della medesima direttiva.

È compito delle autorità nazionali verificare se le conoscenze acquisite da un soggetto, inclusa l'esperienza pratica maturata nello Stato membro ospitante, siano valide ai fini dell'accertamento del possesso delle conoscenze richieste da quest'ultimo (cfr., in tal senso, sentenze del 7 maggio 1991 in causa n. C-340/89, *Vlassopoulou c. Ministerium für Justiz, Bundes und Europaangelegenheiten Baden-Württemberg*, in *Raccolta*, 1991, I, p. 2357 e in questa *Rivista*, 1992, p. 663 con commento di C. POMA, *La libera circolazione dei professionisti e il riconoscimento dei titoli di studio*, p. 669; dell'8 luglio 1999 in causa n. C-234/97, *Teresa Fernández de Bobadilla c. Museo Nacional del Prado e a.*, in *Raccolta*, 1999, I, p. 4773 e annotata in questa *Rivista*, 2000, p. 107; del 13 novembre 2003 in causa n. C-313/01, *Morgenbesser*, in *Raccolta*, 2003, I, p. 13467 e annotata in questa *Rivista*, 2003, p. 771 nonché del 10 dicembre 2009 in causa n. C-345/08, *Pešla*, in *Raccolta*, 2009, I, p. 11677 e annotata in questa *Rivista*, 2009, p. 787).

A parere della Corte, il fatto di applicare la normativa sul reciproco riconoscimento dei diplomi non esime lo Stato dall'obbligo di considerare l'intera l'esperienza del richiedente nella sua globalità (cfr., in tal senso, sentenze del 14 settembre 2000 in causa n. C-238/98, *Hocsman*, in *Raccolta*, 2000, I, p. 6623; del 16 maggio 2002 in causa n. C-232/99, *Commissione c. Spagna*, in *Raccolta*, 2002, I, p. 4235 e annotata in questa *Rivista*, 2002, p. 524).

**LA CORTE DI GIUSTIZIA RITORNA SUL PROBLEMA
DELL'ESERCIZIO DELLA PROFESSIONE DI AVVOCATO
E SU QUELLO DEL RICONOSCIMENTO DEI DIPLOMI**

I

Corte di giustizia

Sentenza del 2 dicembre 2010 in causa n. C-225/09

Edyta Joanna Jakubowska c. Alessandro Maneggia

Art. 234 CE (art. 267 TFUE) - Questione pregiudiziale - Norme dell'Unione relative all'esercizio della professione di avvocato - Direttiva n. 98/5/Ce - Art. 8 della direttiva – Esercizio nell'ambito di un rapporto subordinato - Prevenzione dei conflitti d'interessi - Legge nazionale che vieta l'esercizio parallelo della professione forense e di un lavoro come dipendente pubblico a tempo parziale - Stato membro diverso da quello in cui è stata acquistata la qualifica - Cancellazione dell'iscrizione all'albo degli avvocati.

Gli artt. 3, n. 1, lett. g., CE, 4 CE, 10 CE, 81 CE e 98 CE non ostano ad una normativa nazionale che neghi ai dipendenti pubblici impiegati in una relazione di lavoro a tempo parziale l'esercizio della professione di avvocato, anche qualora siano in possesso dell'apposita abilitazione, disponendo la loro cancellazione dall'albo degli avvocati¹.

L'art. 8 della direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio del 16 febbraio 1998, n. 98/5/Ce, volta a facilitare l'esercizio permanente della professione di avvocato in uno Stato membro diverso da quello in cui è stata acquistata la qualifica, dev'essere interpretato nel senso che lo Stato membro ospitante può imporre agli avvocati ivi iscritti che siano impiegati – vuoi a tempo pieno vuoi a tempo parziale – presso un altro avvocato, un'associazione o società di avvocati oppure un'impresa pubblica o privata, restrizioni all'esercizio concomitante della professione forense e di detto impiego, sempreché tali restrizioni non eccedano quanto necessario per conseguire l'obiettivo di prevenzione dei conflitti di interesse e si applichino a tutti gli avvocati iscritti in detto Stato membro².

II

Corte di giustizia

Sentenza del 22 dicembre 2010 in causa n. C-118/09

Robert Koller

Art. 234 CE (art. 267 TFUE) - Questione pregiudiziale - Mutuo riconoscimento dei diplomi - Direttiva n. 89/48/Cee - Direttiva n. 2005/36/Ce - Pro-

fessione di avvocato - Iscrizione all'albo dell'Ordine professionale di uno Stato membro diverso da quello in cui il diploma è stato omologato - Accesso alla professione di avvocato - Superamento di una prova attitudinale - Richiesta di autorizzazione a sostenere la prova attitudinale - Abuso di diritto.

Al fine di accedere, previo superamento di una prova attitudinale, alla professione regolamentata di avvocato nello Stato membro ospitante, le disposizioni della direttiva del Consiglio del 21 dicembre, 1988, n. 89/48/Cee, relativa ad un sistema generale di riconoscimento dei diplomi di istruzione superiore che sanzionano formazioni professionali di una durata minima di tre anni, nel testo di cui alla direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio del 14 maggio 2001, n. 2001/19/Ce, possono essere fatte valere dal possessore di un titolo rilasciato in detto Stato membro e attestante il compimento di un ciclo di studi post-secondari di oltre tre anni, nonché di un titolo equivalente rilasciato in un altro Stato membro, a seguito di una formazione complementare di durata inferiore a tre anni e che abilita detto possessore ad accedere, in quest'ultimo Stato, alla professione regolamentata di avvocato, professione che egli effettivamente vi esercitava al momento della richiesta di autorizzazione ad essere ammesso alla prova attitudinale³.

La direttiva n. 89/48/Cee, nel testo di cui alla direttiva n. 2001/19/Ce, deve essere interpretata nel senso che essa osta a che le autorità competenti dello Stato membro ospitante neghino ad una persona, che si trovi in una situazione come quella del ricorrente nella causa principale, l'autorizzazione a sostenere la prova attitudinale per l'accesso alla professione di avvocato in mancanza della prova del compimento del tirocinio richiesto dalla normativa di tale Stato membro⁴.

III

Corte di giustizia

Sentenza del 3 febbraio 2011 in causa n. C-359/09

Donat Cornelius Ebert c. Budapesti Ügyvédi Kamara

Art. 234 CE (art. 267 TFUE) - Questione pregiudiziale – Esercizio della professione di avvocato - Direttiva n. 89/48/Cee - Direttiva n. 2005/36/Ce – Riconoscimento dei diplomi di istruzione superiore che sanzionano formazioni professionali di una durata minima di tre anni - Direttiva n. 98/5/Ce - Esercizio stabile della professione di avvocato in uno Stato membro diverso da quello in cui è stata acquisita la qualifica - Impiego del titolo professionale dello Stato membro ospitante - Presupposti per l'iscrizione all'albo di un Ordine professionale da parte di avvocati dello Stato membro ospitante - Obbligatorietà dell'iscrizione.

Né la direttiva del Consiglio 21 dicembre 1988, n. 89/48/Cee, relativa ad un sistema generale di riconoscimento dei diplomi di istruzione superiore che sanzionano formazioni professionali di una durata minima di tre anni, come modificata dalla direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio del 14 maggio 2001, n. 2001/19/Ce, né la direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio del 16 febbraio 1998, n. 98/5/Ce, volta a facilitare l'esercizio permanente della professione di avvocato in uno Stato membro diverso da quello in cui è stata acquistata la qualifica, ostano ad una normativa nazionale che, ai fini dell'esercizio dell'attività forense con il titolo di avvocato dello Stato membro ospitante, istituisca l'obbligo di essere membro di un organismo quale un Ordine degli avvocati⁵.

Le direttive n. 89/48/Cee e n. 98/5/Ce si completano instaurando, per gli avvocati degli Stati membri, due modalità d'accesso alla professione d'avvocato in uno Stato membro ospitante con il titolo professionale di quest'ultimo⁶.

¹⁻⁶ La Corte di giustizia, con le tre sentenze sopra massimate, torna ad interpretare la normativa dell'Unione relativa all'esercizio della professione forense, da parte di un cittadino comunitario, in uno Stato membro diverso da quello di origine. Nella causa *Jakubowska c. Maneggia* (causa n. C-225/09) il Giudice di Pace di Cortona si è rivolto alla Corte nell'ambito di una controversia tra la signora Jakubowska e il signor Maneggia in merito ad una domanda di risarcimento danni per il fatto che, a carico degli avvocati che rappresentavano la ricorrente Jakubowska veniva emanata una delibera di cancellazione dall'albo degli avvocati di Perugia.

In sostanza, si è posto il problema della compatibilità dell'esercizio dell'avvocatura con la qualifica di dipendente pubblico *part-time*. Infatti, gli avvocati della ricorrente Jakubowska (che la rappresentavano dinanzi al Giudice di pace di Cortona) erano dipendenti pubblici con impiego a tempo parziale (rientranti pertanto nell'ambito di applicazione della legge n. 662/96). Successivamente all'entrata in vigore della legge n. 339/2003, il Consiglio dell'Ordine degli Avvocati di Perugia disponeva la loro cancellazione dall'albo degli avvocati. Il Giudice di Pace di Cortona, adito dalla signora Jakubowska, ha deciso di sospendere il procedimento e di sottoporre alla Corte alcune questioni pregiudiziali volte a chiarire se contrasti con la normativa comunitaria (artt. 3, n. 1, lett. g., CE, 4 CE, 10 CE, 81 CE e 98 CE) la normativa nazionale (artt. 1 e 2 della l. n. 339/2003), che nega ai dipendenti pubblici impiegati *part-time*, pur in possesso di un'abilitazione all'esercizio della professione forense, l'esercizio di tale professione, disponendone la cancellazione dall'albo degli avvocati.

La Corte, sul punto, ha concluso nel senso che la normativa nazionale in questione non impone, né agevola accordi in contrasto con l'art. 81 CE (art. 101 TFUE).

Infine, il giudice del rinvio ha chiesto alla Corte di chiarire se l'art. 8 della direttiva n. 98/5/Ce ai sensi del quale «L'avvocato iscritto nello Stato membro ospitante con il titolo professionale di origine può esercitare la professione come lavoratore subordinato di un altro avvocato, di un'associazione o società di avvocati, di un ente pubblico o privato, qualora lo Stato membro ospitante lo consenta agli avvocati iscritti con il titolo professionale che esso rilascia» possa trovare applicazione anche nei confronti degli avvocati che vogliono esercitare la professione solamente a tempo parziale. La Corte, rispondendo alla questione sottoposta ha osservato come l'obiettivo della direttiva n. 98/5/Ce sia quello di porre fine alle disparità tra le norme nazionali relative ai requisiti di iscrizione come avvocato (cfr. sentenza del 19 settembre 2006 in causa n. C-506/04, *Wilson*, in *Raccolta*, 2006, I, p. 8613 e annotata in questa *Rivista*, 2006, p. 542) e proceda ad un'armonizzazione completa dei requisiti preliminari per l'iscrizione presso l'autorità competente dello Stato membro ospitante.

A parere della Corte, il divieto imposto dalla legge n. 339/2003 agli avvocati, iscritti in Italia, di essere impiegati, anche solo *part-time*, di un ente pubblico rientra nelle regole di

cui all'art. 8 della direttiva n. 98/5/Ce, almeno qualora la limitazione concerna l'esercizio concomitante della professione forense e di un impiego presso un'impresa pubblica. La direttiva in questione si applica a tutti gli avvocati iscritti in tale Stato membro, a prescindere dal fatto che essi esercitino con il titolo professionale ottenuto nello stesso Stato o con quello ottenuto in un altro Stato membro. La Corte ha concluso nel senso che la normativa nazionale controversa non dà vita ad una discriminazione alla rovescia (trovando applicazione anche nei confronti degli avvocati italiani). La Corte ha precisato che gli avvocati presi in considerazione dalla legge sono quelli interessati ad esercitare un impiego presso enti soggetti a tutela o a vigilanza della Repubblica italiana o dei suoi enti locali e gli avvocati iscritti all'albo di uno degli ordini degli avvocati della Repubblica italiana sui quali incombe, quindi, il divieto di esercizio concomitante di un tale impiego possono essere non solo cittadini italiani, bensì anche cittadini di altri Stati membri.

Come è noto, con la sentenza *Consiglio Nazionale degli Ingegneri c. Ministero della Giustizia*, nota anche come sentenza *Cavallera* (del 29 gennaio 2009 in causa n. C-311/06, in *Raccolta*, 2009, I, p. 415, e annotata in questa *Rivista*, 2009, p. 89), il giudice del rinvio aveva chiesto alla Corte di giustizia di interpretare la direttiva n. 89/48/CEE chiarendo se fosse ammissibile che un cittadino comunitario che abbia seguito la totalità della propria formazione accademica nel Paese di origine, l'Italia, e che, mediante un'omologazione del proprio titolo italiano in Spagna, ha ottenuto un diploma che gli consente di accedere alla professione di ingegnere meccanico in tale Paese, possa beneficiare del riconoscimento reciproco del diploma spagnolo in Italia per esercitare tale professione in Spagna (Paese d'origine) anche se ivi non ha né seguito una formazione accademica né acquisito un'esperienza professionale. La Corte aveva concluso nel senso che le disposizioni della direttiva n. 89/48/Cee non possono essere invocate, al fine di accedere ad una professione regolamentata in uno Stato membro ospitante, da parte del titolare di un titolo rilasciato da un'autorità di un altro Stato membro che non contempli alcuna formazione prevista dal sistema di istruzione di tale Stato membro e non si fondi né su di un esame né su di un'esperienza professionale acquisita in detto Stato membro.

Con la sentenza *Koller* (causa n. C-118/09), la Corte di giustizia giunge ad una diversa ed opposta conclusione (dando ragione agli *Abogados*).

La controversia dalla quale è scaturita la sentenza in esame ha visto contrapposti, da un lato, il signor Koller e, dall'altro lato, la Commissione competente in ordine all'esame di accesso alla professione di avvocato della Corte di appello di Graz (di seguito denominata: Commissione superiore disciplinare) relativamente al rifiuto da parte di quest'ultima di autorizzare il ricorrente a sostenere la prova attitudinale per l'esercizio della professione in Austria.

Il signor Koller, cittadino austriaco conseguiva nel corso dell'anno 2002 presso l'Università austriaca di Graz il titolo di «Magister der Rechtswissenschaften», un diploma che sancisce un ciclo di studi universitari in giurisprudenza di durata pari ad almeno otto semestri. Nel 2004 il Ministero per l'Educazione e la Scienza Spagnolo riconosceva l'equivalenza del titolo conseguito con quello di «Licenciado en Derecho» avendo il signor Koller sostenuto esami complementari previsti dalla procedura di omologazione e, nel 2005, l'Ordine degli avvocati di Madrid lo autorizzava ad avvalersi del titolo di «Abogado». Koller, tornato in Austria, chiedeva l'autorizzazione a sostenere la prova attitudinale alla professione forense e chiedeva la dispensa per tutte le materie oggetto della prova attitudinale.

Successivamente, la Commissione superiore disciplinare respingeva la domanda del ricorrente a sostenere la prova attitudinale con una decisione che veniva impugnata dinnanzi alla Commissione superiore disciplinare degli avvocati la quale respingeva tutte le richieste del signor Koller. Il signor Koller si rivolgeva quindi alla Corte costituzionale austriaca che annullava la decisione di rigetto. La Commissione superiore disciplinare si è, così, rivolta alla Corte di giustizia per far chiarire se, alla luce degli obiettivi della direttiva n. 89/48/Cee, sia ammissibile che un cittadino comunitario che abbia seguito la formazione universitaria nel proprio Paese di origine, l'Austria, e che, per effetto di un'omologazione del titolo di studio austriaco in Spagna, abbia ottenuto un diploma che gli consenta di accedere alla professione di avvocato in tale Paese, possa beneficiare del riconoscimento reciproco del suo diploma spagnolo in Austria al fine di esercitare tale professione nello Stato di origine, pur non avendo acquisito in Spagna il livello di esperienza professionale richiesto in Austria.

Nella propria sentenza, la Corte di giustizia ha sottolineato, *in primis*, come il diploma previsto dall'art. 1, lett. a. della direttiva n. 89/48/Cee possa essere costituito da un insieme di titoli (cfr. sentenza del 29 gennaio 2009 in causa n. C-311/06, *Consiglio Nazionale degli Ingegneri*, cit.).

La Corte di giustizia ha poi argomentato nel senso che il requisito previsto dall'art. 1, lett. a., della direttiva è soddisfatto dal ricorrente in quanto egli ha seguito un ciclo di studi *post* secondari della durata minima di tre anni presso l'Università di Graz. Il signor Koller è, pertanto, titolare di un diploma ai sensi della direttiva: la direttiva, infatti, non prevede che il ciclo di studi *post* secondario sia eseguito in uno Stato diverso da quello ospitante. Infine, la Corte di giustizia ha sottolineato come l'Austria non possa negare al signor Koller l'autorizzazione a sostenere la prova per il fatto che il soggetto non ha effettuato il tirocinio richiesto dalla normativa austriaca perché scopo della prova attitudinale è proprio quello di consentire la verifica dell'idoneità ad esercitare la professione regolamentata in un altro Stato membro.

Ne consegue che l'Austria, quale Stato d'origine ove il signor Koller ha ottenuto il diploma di laurea, è tenuta ad applicare la direttiva sul riconoscimento dei diplomi e a riconoscere conseguentemente il titolo ottenuto in Spagna ove sono stati conseguiti alcuni esami aggiuntivi che certificano una formazione supplementare (che, nell'ambito della procedura di omologazione rappresentano un ciclo di studi autonomo, cfr. conclusioni dell'Avvocato Generale Trstenjak del 2 giugno 2010). Il signor Koller, quindi, non sarà obbligato allo svolgimento del tirocinio quinquennale – così come richiesto dalla normativa austriaca ai fini dell'esercizio della professione forense – ma sarà tenuto solamente allo svolgimento di una prova attitudinale per l'accesso alla professione al fine di colmare eventuali lacune tenendo conto proprio della peculiarità della professione legale che implica conoscenze giuridiche approfondite.

Infine, con la sentenza *Ebert* (causa n. C-359/09) la Corte di giustizia si è pronunciata sull'obbligo di iscrizione presso l'Ordine degli avvocati dello Stato ospitante affermandone la compatibilità con il diritto dell'Unione.

La questione pregiudiziale sull'interpretazione delle direttive n. 89/48/Cee e 98/5/Ce (in *Guce* n. L 77 del 1998, p. 36) è scaturita da una controversia che ha visto contrapposti, da un lato, il signor Ebert, cittadino tedesco e avvocato iscritto all'Ordine degli avvocati del foro tedesco di Düsseldorf con il titolo di Rechtsanwalt e, dall'altro lato, l'Ordine degli avvocati del foro ungherese di Budapest relativamente al diritto rivendicato dal ricorrente di utilizzare il titolo di avvocato in Ungheria "ügyvéd" senza essere iscritto al relativo Ordine professionale.

Il signor Ebert, dopo aver svolto in Germania i propri studi e aver conseguito il titolo di Rechtsanwalt, si è trasferito in Ungheria ove ha compiuto ulteriori studi presso l'Università di Miskolc conseguendo il titolo di dottore in giurisprudenza. Successivamente, dopo aver avviato un proprio studio professionale in Ungheria, regolarmente registrato in tale Stato, si iscriveva all'albo dei giuristi europei e chiedeva al Tribunale Municipale di Budapest di poter utilizzare il titolo di «ügyvéd» senza essere membro dell'Ordine degli avvocati. La Corte d'appello di Budapest, dinanzi alla quale il ricorrente ha presentato appello avverso la decisione di diniego del Tribunale Municipale di Budapest, ha deciso di sospendere il procedimento e di rivolgersi alla Corte di giustizia al fine di chiarire se le direttive sopra menzionate si completino (e non si escludano) con la conseguenza che per gli avvocati degli Stati dell'Unione si presentano due modalità di accesso alla professione d'avvocato in uno Stato membro ospitante con il titolo professionale di quest'ultimo. Sul punto, la Corte ha precisato che, ai sensi dell'art. 10, n. 1 e 3, della direttiva n. 98/5/Ce, il signor Ebert che esercita con il proprio titolo professionale d'origine e che ha svolto per almeno tre anni un'attività effettiva e regolare nello Stato membro ospitante è dispensato dalle condizioni richieste all'art. 4, n. 1, lett. b. della direttiva n. 89/48/Cee (tirocinio di adattamento o prova attitudinale).

L'avvocato non è privato, ai sensi della direttiva n. 98/5/Ce – previa dimostrazione di aver effettuato un'attività effettiva e regolare per un periodo di almeno tre anni nello Stato membro ospitante – della possibilità di accedere alla professione di avvocato con il titolo dello Stato membro invocando la direttiva n. 89/48/Cee.

Infine, la Corte ha concluso affermando che le direttive in questione, attuando due modalità di accesso alla professione di avvocato, non impediscono l'applicazione delle disposi-

zioni nazionali di carattere legislativo, regolamentare o amministrativo giustificate dal pubblico interesse in tema di organizzazione, deontologia, controllo e responsabilità (cfr. sentenza del 30 novembre 1995 in causa n. 55/94, *Gebhard*, in *Raccolta*, 1995, I, p. 4165 e in questa *Rivista*, 1996, p. 287 con nota di E. ADOBATI, *Differenza tra libera prestazione di servizi e libertà di stabilimento per l'esercizio della professione forense secondo la sentenza della Corte di giustizia nel caso Gebhard*, p. 293 ss. e commento di A. BARANI, *Il caso Gebhard: un avvocato tedesco in Italia*, p. 301 ss.).

È compito, pertanto, del giudice del rinvio verificare, nel caso di specie, se il Consiglio dell'Ordine degli avvocati di Budapest ha applicato la normativa nazionale in conformità al diritto dell'Unione e, soprattutto, in conformità al principio di non discriminazione (cfr. sul punto, le sentenze del 31 marzo 1993 in causa n. C-19/92, *Kraus*, in *Raccolta*, 1993, I, p. 1663 e in questa *Rivista*, 1995, p. 87 con commento di E. ADOBATI, *Laurea ed accesso alla libera professione nell'Unione europea*, p. 91 nonché dell'11 giugno 2009 in causa n. C-564/07, *Commissione c. Austria*, in *Raccolta*, 2009, I, p. 100). L'avvocato Ebert, infine, che esercita in Ungheria con il proprio titolo d'origine, deve a sua volta sottoporsi alle medesime regole professionali e deontologiche cui sono sottoposti gli avvocati che esercitano con il corrispondente titolo di tale Stato membro e l'Ordine professionale ungherese può imporre a coloro che esercitano la professione di avvocato il rispetto di tutte le norme nazionali.

RISERVARE L'ACCESSO AI LOCALI CHE FORNISCONO STUPEFACENTI SOLTANTO AI CITTADINI OLANDESI RESIDENTI NON COSTITUISCE UNA VIOLAZIONE DEL DIRITTO COMUNITARIO

Corte di giustizia

Sentenza del 16 dicembre 2010 in causa n. C-137/09

Marc Michel Josemans c. Burgemeester van Maastricht

Art. 234 CE (art. 267 TFUE) - Questione pregiudiziale - Art. 49 CE (art. 56 TFUE) - Libera prestazione dei servizi - Artt. 23 ss CE (art. 28 TFUE) - Libera circolazione delle merci - Art. 12 CE (art. 18 TFUE) - Principio di non discriminazione - Normativa olandese sugli stupefacenti - Provvedimento di un'autorità pubblica locale che riserva l'accesso ai *coffee-shop* ai soggetti residenti olandesi - Regolamento generale del Comune di Maastricht - Obblighi che incombono agli Stati membri in forza degli artt. 4 TUE e 72 TFUE - Commercio di droghe c.d. "leggere" - Vendita di bevande analcoliche e di alimenti - Obiettivo diretto ad ostacolare il turismo della droga e i disturbi da esso causati - Tutela dell'ordine pubblico - Tutela della sanità pubblica - Coerenza - Proporzionalità - Tutela dell'ordine pubblico nazionale e dell'ordine pubblico europeo - Regolamentazione comunale - Insussistenza.

Nell'ambito della sua attività consistente nella commercializzazione di stupefacenti non rientranti nel circuito rigorosamente sorvegliato dalle competenti autorità in vista dell'uso per scopi medici o scientifici, un gestore di coffeeshop non può avvalersi degli artt. 12 CE, 18 CE, 29 CE ovvero 49 CE per opporsi a una regolamentazione comunale, quale quella di cui trattasi nella causa principale, che vieta l'ammissione di persone non residenti nei Paesi Bassi a tali locali. Riguardo all'attività consistente nella commercializzazione di bevande analcoliche e di alimenti in tali medesimi locali, gli artt. 49 CE ss. possono essere utilmente invocati da un tale gestore¹.

L'art. 49 CE deve essere interpretato nel senso che una regolamentazione, quale quella di cui trattasi nella causa principale, rappresenta una limitazione alla libera prestazione dei servizi sancita dal Trattato CE. Tale limitazione è tuttavia giustificata dall'obiettivo diretto a contrastare il turismo della droga e il disturbo da esso provocato².

¹⁻² Con la sentenza, sopra massimata, la Corte di giustizia si è trovata ad affrontare questioni molto delicate, ossia se il principio della libera prestazione dei servizi contemplato dal TFUE sia applicabile anche alla vendita di sostanze stupefacenti e se un distributore di tali sostanze possa invocare tale principio per essere autorizzato ad esercitare la propria attività. Ed inoltre, se un cittadino di uno Stato dell'Unione possa avvalersi della libertà suddetta per fare uso di droga, nonché per acquistarla in un altro Stato membro. Si precisa che le questioni sono sorte a seguito dell'inasprimento della politica di tolleranza adottata dal Regno dei Paesi Bassi riguardo alla vendita di *cannabis* nei *coffeeshop*.

Le questioni pregiudiziali sottoposte alla Corte sull'interpretazione delle norme dell'Unione sulla libera prestazione di servizi, sulla libera circolazione delle merci e sul principio di non discriminazione, sono sorte nell'ambito di una controversia che ha visto contrapposti, da un lato, il signor Josemans gestore di un *coffeeshop* denominato Easy Going e, dall'altro lato, il Sindaco del Comune di Maastricht in merito alla chiusura temporanea, disposta dal Sindaco, del locale del ricorrente in seguito ad alcuni accertamenti effettuati all'interno del locale stesso, che hanno evidenziato la presenza di persone provenienti da altri Stati, ossia non residenti nei Paesi Bassi, in violazione delle norme vigenti nel Comune di Maastricht.

Si precisa che la norma olandese sugli stupefacenti vieta la detenzione, il commercio, la coltivazione, il trasporto, la fabbricazione, l'importazione e l'esportazione di stupefacenti, ivi compresa la *cannabis* e i suoi derivati. Tuttavia, il Regno dei Paesi Bassi, operando una distinzione tra droghe pesanti (definite inaccettabili) e droghe leggere (definite a rischio) applica una politica di tolleranza per la vendita e il consumo, in quantità rigorosamente limitate, della sostanza denominata *cannabis*. Tale politica ha portato all'apertura dei c.d. *coffee-shop* che rientrano nella categoria degli esercizi di ristorazione, ove la *cannabis* è venduta e consumata al pari degli alimenti e delle bevande analcoliche e ove (da notare!) è rigorosamente vietata la vendita di bevande alcoliche. Le autorità locali possono autorizzare l'apertura di siffatti locali nel rispetto di alcuni criteri molto rigorosi.

Al fine di ridurre il fenomeno del turismo della droga, e soprattutto in considerazione delle ripercussioni transfrontaliere di tale politica, il Sindaco del Comune di Maastricht ha introdotto il criterio della residenza, ossia il titolare di un *coffeeshop* deve impedire l'accesso nel proprio locale ai non residenti. Ciò costituirebbe un ostacolo alla libertà di circolazione garantita dal Trattato se riguardasse i locali di ristorazione destinati alla vendita di prodotti "legali". L'attività dei *coffeeshop*, invece, è basata prevalentemente sulla vendita di sostanze stupefacenti la cui commercializzazione è vietata in tutti gli Stati membri.

Come sopra precisato, il Comune di Maastricht, avendo il signor Josemans agito in violazione delle susesposte disposizioni comunali, ha disposto la chiusura temporanea del locale Easy Going. Il Raad Van State, adito in ultima istanza, si è rivolto alla Corte di giustizia al fine di chiarire se una regolamentazione comunale che vieta l'ammissione di persone non

residenti nei Paesi Bassi ai *coffeeshop* situati nel Comune di Maastricht, contrasti con la normativa dell'UE. In particolare, se il signor Josemans, in qualità di gestore di un *coffeeshop* possa invocare la normativa dell'UE per opporsi alle norme comunali, sopra citate. Il ricorrente ha sostenuto che esse sono contrarie al principio di non discriminazione in base alla nazionalità.

La Corte ha precisato che, a causa della nocività degli stupefacenti, compresa anche la *cannabis*, la loro commercializzazione è vietata in tutti gli Stati membri, fatta eccezione per un commercio rigorosamente controllato unicamente per scopi medici e scientifici (cfr. sentenze del 5 febbraio 1981 in causa n. 50/80, *Horvath*, in *Raccolta*, 1981, p. 385; del 26 ottobre 1982 in causa n. 221/81, *Wolf*, in *Raccolta*, p. 3681 e annotata in questa *Rivista*, 1985, p. 83; del 26 ottobre 1982 in causa n. 240/81, *Einberger*, *Raccolta*, p. 3699; del 28 febbraio 1984 in causa n. 294/82, *Einberger*, in *Raccolta*, 1984, p. 1177 e annotata in questa *Rivista*, 1985, p. 84; del 5 luglio 1988 in causa n. 269/86, *Mol*, in *Raccolta*, 1988, p. 3627 e, da ultimo, la sentenza del 5 luglio 1988 in causa 289/86, *Vereniging Happy Family Rustenburgerstraat c. Inspecteur der Omzetbelasting*, in *Raccolta*, 1988, p. 3655). Ne deriva, a parere della Corte di giustizia, che per gli stupefacenti presenti sul mercato al di fuori del sistema di controllo medico e scientifico, vige il divieto assoluto di commercializzazione in tutti gli Stati membri.

La Corte ha osservato come la commercializzazione di bevande analcoliche e di alimenti nei *coffeeshop* costituisca un'attività di ristorazione e perciò la regolamentazione controversa deve essere esaminata alla luce delle pertinenti norme sulla libera prestazione di servizi (cfr. sentenze del 24 marzo 1994 in causa n. C-275/92, *Schindler*, in *Raccolta*, 1994, I, p. 1039 e annotata in questa *Rivista*, 1994, p. 374; del 25 marzo 2004 in causa n. C-71/02, *Karner*, in *Raccolta*, 2004, I, p. 3025 e annotata in questa *Rivista*, 2004, p. 538; del 14 ottobre 2004 in causa n. C-36/02, *Omega*, in *Raccolta*, 2004, I, p. 9609 e annotata in questa *Rivista*, 2005, p. 87; del 3 ottobre 2006 in causa n. C-452/04, *Fidium Finanz*, in *Raccolta*, 2006, I, p. 9521 e annotata in questa *Rivista*, 2006, p. 752 nonché del 1° luglio 2010 in causa n. C-233/09, *Dijkman e Dijkman-Laveleije*, inedita in *Raccolta*). A parere della Corte, il gestore di un *coffeeshop* può invocare l'art. 49 CE (art. 56 TFUE) unicamente in relazione all'attività di commercializzazione di bevande analcoliche e di alimenti.

La limitazione della libera prestazione di servizi è giustificata dall'obiettivo costituito dalla lotta al turismo della droga e ai disturbi da esso provocati soltanto se essa sia idonea a garantire la realizzazione di tale obiettivo e non eccedano quanto necessario per conseguirlo (cfr. sentenze dell'11 dicembre 2007 in causa n. C-438/05, *International Transport Workers' Federation e Finnish Seamen's Union*, in *Raccolta*, 2007, I, p. 10779 nonché del 14 febbraio 2008 in causa n. C-244/06, *Dynamic Medien*, in *Raccolta*, 2008, I, p. 505 e annotata in questa *Rivista*, 2008, p. 350).

Il fatto di vietare ai non residenti l'accesso ai *coffeeshop* costituisce un provvedimento idoneo a limitare sostanzialmente il turismo della droga e a ridurre, conseguentemente, i problemi da esso causati (è stato provato nel corso del procedimento che le persone non residenti effettuavano acquisti di *cannabis* nell'ottica di un'esportazione illegale della droga in altri Stati membri).

Ne consegue – e così conclude la Corte di giustizia – che, data l'impossibilità di adottare provvedimenti meno restrittivi per l'attuazione della libera prestazione di servizi, la regolamentazione comunale controversa non contrasta con il diritto dell'UE perché è idonea a garantire l'obiettivo diretto a contrastare il turismo della droga e le gravi conseguenze da essa provocate e non eccedendo quanto necessario per raggiungerlo.

**IN GRECIA L'ESENZIONE DALL'IMPOSTA SULLE CESSIONI
IN OCCASIONE DEL PRIMO ACQUISTO DI UN BENE IMMOBILE
DEVE ESSERE RICONOSCIUTA ANCHE AI CITTADINI
DI ALTRI STATI MEMBRI**

Corte di giustizia

Sentenza del 20 gennaio 2011 in causa n. C-155/09

Commissione europea c. Repubblica Ellenica

Art. 226 CE (art. 258 TFUE)- Inadempimento di uno Stato membro - Artt. 12 CE (art. 18 TFUE), 18 CE (art. 21 TFUE), 39 CE (art. 45 TFUE) e 43 CE (art. 49 TFUE) - Artt. 4, 28 e 31 dell'Accordo sullo Spazio economico europeo - Normativa tributaria - Presupposti per l'esenzione dall'imposta sui trasferimenti/cessioni in occasione del primo acquisto di un bene immobile - Esonero riservato ai soli soggetti residenti nel territorio nazionale, nonché ai cittadini di origine greca che non risiedono in quest'ultimo alla data dell'acquisto dell'immobile - Sussistenza.

La Repubblica ellenica: esentando dall'imposta sulle cessioni di beni immobili, in applicazione dell'art. 1, nn. 1 e 3, 1° comma della legge n. 1078/1980, unicamente i residenti permanenti sul territorio nazionale, mentre i non residenti che hanno l'intenzione di installarsi in futuro su tale territorio non sono esentati dall'imposta in parola, e esentando, a determinate condizioni, dalla medesima imposta unicamente i cittadini greci o le persone di origine greca in occasione dell'acquisto di una prima residenza sul territorio nazionale, è venuta meno agli obblighi incombenti ai sensi degli artt. 12 CE, 18 CE, 39 CE e 43 CE nonché degli artt. 4, 28 e 31 dell'Accordo sullo Spazio economico europeo (Accordo SEE) del 2 maggio 1992¹.

¹ La Commissione europea ha chiesto alla Corte di giustizia di dichiarare che la Grecia, prevedendo un'esenzione dall'imposta sulle cessioni di beni immobili solo per i cittadini residenti senza esentare dalla medesima imposta i non residenti che hanno l'intenzione di stabilirsi in futuro nel Paese, e prevedendo l'esenzione solamente per i propri cittadini in occasione dell'acquisto della prima casa in Grecia è contravvenuta agli obblighi che le incombono ai sensi del Trattato e, in particolare agli artt. 18 CE (art. 21 TFUE), 39 CE (art. 45 TFUE) e 43 CE (art. 49 TFUE), letti alla luce del principio di non discriminazione.

La Commissione, dopo aver esaurito la fase precontenziosa, ha deciso di proporre il ricorso per inadempimento ex art. 226 CE (art. 258 TFUE). La normativa nazionale controversa esclude dal beneficio dell'esenzione fiscale i non residenti che acquistano in Grecia una prima residenza ai fini della loro futura installazione in questo Stato. Tale disparità di trattamento implicherebbe, secondo la Commissione, un trattamento discriminatorio tra i residenti attuali e futuri. Inoltre, sempre secondo la Commissione, disposizioni nazionali che impediscano di fatto al cittadino di uno Stato membro di lasciare il proprio Paese per esercitare il diritto di libera circolazione, o che lo dissuadano dal farlo, costituiscono ostacoli a tale libertà anche se si applicano indipendentemente dalla cittadinanza dei lavoratori interes-

sati (cfr. sentenze del 15 settembre 2005 in causa n. C-464/02, *Commissione c. Danimarca*, in *Raccolta*, 2005, I, p. 7929 nonché del 13 novembre 2003 in causa n. C-209/01, *Shilling e Fleck-Schilling*, in *Raccolta*, 2003, I, p. 13389 e annotata in questa *Rivista*, 2004, p. 65).

In primis, la Corte di giustizia, ha osservato che la materia delle imposte dirette rientra nella competenza degli Stati membri ma questi ultimi devono esercitare tale competenza nel rispetto del diritto comunitario (cfr. sentenze del 4 marzo 2004 in causa n. C-334/02, *Commissione c. Francia*, in *Raccolta*, 2004, I, p. 2229; del 18 gennaio 2007 in causa n. C-104/06, *Commissione c. Svezia*, in *Raccolta*, 2007, I, p. 671 e del 17 gennaio 2008 in causa n. C-152/05, *Commissione c. Germania*, in *Raccolta*, 2008, I, p. 39).

In secondo luogo, la Corte ha affermato che le disposizioni nazionali così come interpretate ed applicate sfavoriscono le persone non residenti in Grecia che acquistano una prima residenza ai fini della loro futura installazione in tale Stato membro dal momento che non consentano loro di beneficiare dell'esenzione dall'imposta dovuta all'atto dell'acquisto di una prima abitazione, mentre le persone già residenti in Grecia le quali acquistano un primo alloggio possono godere dell'esenzione stessa. Ciò costituisce una violazione degli artt. 39 e 43 CE (art. 49 TFUE).

Le disposizioni nazionali potrebbero ciononostante essere giustificate qualora perseguissero un obiettivo di interesse generale, fossero idonee ad assicurare la realizzazione dello stesso e non eccedessero quanto risulta necessario per raggiungerlo.

Sul punto, la Corte di giustizia ha osservato che gli argomenti addotti dalla Repubblica ellenica, giustificati dalla necessità di limitare la frode fiscale e ad evitare gli abusi consistenti nell'elusione dell'obiettivo dell'esenzione (ad esempio chiedendo il beneficio dell'esenzione per l'acquisto di diversi beni immobili), non sono in grado di giustificare che le disposizioni discusse siano necessarie per raggiungere l'obiettivo perseguito, ossia di istituire un vantaggio fiscale di dimensione sociale a favore delle persone rientranti nelle classi sociali meno abbienti. Esistono, infatti, meccanismi meno coercitivi tali da permettere alle autorità greche di proteggersi affinché l'acquirente di un bene immobile rispetti tutte le condizioni richieste per fruire dell'esenzione dall'imposta, verificando in particolare che non sia proprietario di un altro bene immobile in Grecia, come, ad esempio, l'iscrizione nel registro fiscale o nel catasto, l'obbligo di dichiarazioni fiscali o l'attuazione di controlli adeguati da parte delle autorità tributarie, completate da dichiarazioni rilasciate sotto giuramento dagli acquirenti.

Sulla censura relativa alla discriminazione fondata sulla cittadinanza, la Commissione ha sottolineato come un'esenzione del genere non sarebbe riconosciuta ai cittadini di Stati membri diversi dalla Repubblica ellenica costituendo conseguentemente una discriminazione basata sulla nazionalità. La Corte di giustizia, in proposito, ha rilevato come, secondo una propria costante giurisprudenza, il divieto di discriminazione (ex art. 12 CE [art. 18 TFUE] o ex artt. 39 CE [art. 45 TFUE] o 43 CE [art. 49 TFUE]), impone di non trattare situazioni analoghe in maniera differente e situazioni diverse in maniera uguale. Una giustificazione di un siffatto trattamento discriminatorio potrebbe sussistere solamente se fondata su considerazioni oggettive, indipendenti dalla cittadinanza delle persone interessate e adeguatamente commisurate allo scopo legittimamente perseguito (cfr., in tal senso, sentenze del 5 giugno 2008 in causa n. C-164/07, *Wood*, in *Raccolta*, 2008, I, p. 4143 e del 16 dicembre 2008 in causa n. C-524/06, *Huber*, in *Raccolta*, 2008, I, p. 9705). Il fatto che solamente i cittadini greci o le persone di nazionalità greca fruiscano dell'esenzione in questione è stato quindi considerato come una discriminazione diretta e a nulla sono valse le ragioni addotte dalla Repubblica ellenica.

Il diverso trattamento, infatti, a parere della Corte di giustizia, non può essere giustificato in base a motivi volti, da un lato, a facilitare l'acquisto di un alloggio da parte degli emigranti greci e delle persone di origine greca, nonché ad incoraggiarne il ritorno, per il fatto che tale Stato membro ha subito una forte diminuzione della popolazione a causa di una massiccia emigrazione all'estero. In ogni caso, l'esenzione prevista dalla disposizione nazionale non può neppure essere giustificata per motivi di politica sociale, nel senso che consentirebbe di preservare i legami tra i greci emigrati ed il loro Paese d'origine.

**RIPARTIZIONE DELLE SPESE CONCERNENTI L'AUDIZIONE
DI UN TESTE IN UN ALTRO STATO MEMBRO: IL PAESE
RICHIEDENTE NON DEVE SOSTENERE ALCUNA SPESA**

Corte di giustizia

Sentenza del 17 febbraio 2011 in causa n. C-283/09

Werynski c. Mediatel 4B spółka z o.o.

Art. 234 CE (art. 267 TFUE) - Questione pregiudiziale - Regolamento (Ce) n. 1206/2001 - Cooperazione giudiziaria in materia civile - Assunzione delle prove - Semplificazione e miglioramento della cooperazione - Audizione di un testimone da parte dell'autorità giudiziaria richiesta su domanda dell'autorità giudiziaria richiedente - Indennità per i testimoni - Assunzione transfrontaliera delle prove - Obbligatorietà del versamento di un anticipo a copertura delle spese - Rimborso delle spese - Autorità giudiziaria richiedente non è obbligata a versare un anticipo.

Gli artt. 14 e 18 del regolamento (Ce) del Consiglio del 28 maggio 2001, n. 1206, relativo alla cooperazione fra le autorità giudiziarie degli Stati membri nel settore dell'assunzione delle prove in materia civile o commerciale, devono essere interpretati nel senso che un'autorità giudiziaria richiedente non è tenuta, nei confronti dell'autorità giudiziaria richiesta, al versamento di un anticipo ovvero al successivo rimborso dell'indennità riconosciuta al testimone interrogato¹.

¹ La questione pregiudiziale dalla quale è scaturita la sentenza, sopra massimata, riguarda l'interpretazione del regolamento n. 1206/2001 (in *Guce* n. L 174 del 2001, p. 1). In sostanza, la Corte è stata chiamata a chiarire se l'autorità giudiziaria richiesta possa subordinare l'audizione di un testimone al versamento di un'indennità da parte dell'autorità giudiziaria richiedente.

Si ricorda che l'obiettivo del regolamento n. 1206/2001 è quello di contribuire a semplificare e accelerare le procedure giudiziarie in materia civile o commerciale. Presupposto per l'efficienza di tali procedure è che la trasmissione e l'esecuzione della richiesta di esecuzione dell'assunzione delle prove avvenga in modo diretto e con il mezzo più rapido tra le autorità giudiziarie degli Stati membri.

Il signor Werynski presentava ricorso dinanzi al Sąd Rejonowy dla Warszawy Śródmieścia contro il suo ex datore di lavoro, la Mediatel 4B spółka z o.o., per ottenere il risarcimento dei danni per violazione di un patto di non concorrenza. Nell'ambito di tale procedimento, il giudice chiedeva, ai sensi del regolamento n. 1206/2001, l'audizione di un testimone in Irlanda da parte del giudice irlandese, la Dublin Metropolitan District Court che subordinava tale richiesta al pagamento di un anticipo sulla base della legge irlandese in materia di spese giudiziali nelle cause civili che consente a un testimone di chiedere il rimborso delle spese connesse alla sua comparizione in giudizio. L'autorità giudiziaria polacca veniva così invitata al suddetto pagamento. Il giudice del rinvio ha contestato la fondatezza di tale richiesta e si è rivolto alla Corte di giustizia per far chiarire se, ai sensi del regolamento oggetto di interpretazione, l'autorità giudiziaria irlandese potesse chiedere all'autorità giudiziaria polacca un anticipo o il rimborso dell'indennità per l'assunzione della testimonianza o

se l'indennità dovesse essere coperta con risorse finanziarie proprie.

L'audizione di un testimone è indicata esplicitamente in tale regolamento all'art. 4, n. 1, lett. e., come oggetto di una richiesta.

In forza dell'art. 10, n. 2, del regolamento n. 1206/2001 l'autorità giudiziaria richiesta deve dare esecuzione alla richiesta applicando le leggi del proprio Stato membro. In base al diritto irlandese, un testimone è obbligato a comparire dinnanzi ad un'autorità giudiziaria solo se gli viene versata una previa indennità per le spese di viaggio («viaticum»). Nella fattispecie in esame, la questione era diretta ad accertare se l'obbligo di farsi carico di tale indennità incombesse all'autorità giudiziaria richiesta (irlandese) o all'autorità giudiziaria richiedente (polacca).

L'art. 14 del regolamento n. 1206/2001 indica i motivi tassativi per il rifiuto di una richiesta di assunzione di testimoni. Da essi si evince che l'autorità giudiziaria richiesta non ha il diritto di subordinare lo svolgimento di un'audizione di testimoni al previo versamento di un anticipo dell'indennità per i testimoni. L'autorità giudiziaria richiedente non era, di conseguenza, tenuta a pagare l'anticipo.

Infine, la Corte di giustizia, dopo aver ricordato che l'art. 18, n. 1, del regolamento n. 1206/2001 dispone che per l'esecuzione di una richiesta di esecuzione dell'assunzione delle prove non può essere chiesto il rimborso di tasse o spese, ha osservato come le indennità versate ad un testimone, sentito dall'autorità giudiziaria richiesta, rientrino nella nozione di spese ai sensi dell'art. 18, n. 1, del regolamento n. 1206/2001.

L'assunzione, da parte dell'autorità giudiziaria di uno Stato membro, di prove, da espletarsi in un altro Stato membro, non deve causare un rallentamento dei procedimenti nazionali. L'obbligo di rimborsare le spese imposto all'autorità giudiziaria richiedente può sussistere unicamente nel caso in cui ricorra una delle eccezioni previste nel regolamento che, in generale, stabilisce soltanto il rimborso dei compensi versati ai periti o agli interpreti: le indennità per i testimoni non sono menzionate. Ne consegue che tale voce di spesa non va rimborsata.

Anche applicando la Convenzione dell'Aja, così ha precisato la Corte di giustizia che ha operato un raffronto tra le disposizioni della Convenzione dell'Aja e quelle del citato art. 18 del regolamento, non vi è nessun obbligo di rimborso delle spese a favore dei testimoni che possa essere imposto dall'autorità che procede all'audizione del teste.

LA CORTE DI GIUSTIZIA INTERPRETA LA DIRETTIVA N. 2004/113/CE E STATUISCE CHE NON SI DEVE CONSIDERARE IL SESSO DELL'ASSICURATO QUALE FATTORE DI RISCHIO NEI CONTRATTI DI ASSICURAZIONE SULLA VITA

Corte di giustizia

Sentenza del 1° marzo 2011 in causa n. C-236/09

Association Belge des Consommateurs Test-Achats ASBL e altri

Art. 234 CE (art. 267 TFUE) - Questione pregiudiziale - Direttiva n. 2004/113/Ce - Art. 5, n. 2 - Deroga non sottoposta a limiti temporali - Diritti fondamentali dell'Unione europea - Lotta contro le discriminazioni - Parità di trattamento tra uomini e donne - Accesso a beni e servizi e loro fornitura - Premi e prestazioni assicurative - Fattori di carattere demografico o attuariali - Probabilità di morte, probabilità di vita o esistenza

in vita - Sesso dell'assicurato - Fattori per la valutazione dei rischi assicurativi - Contratti privati di assicurazione sulla vita - Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea - Artt. 21 e 23 - Invalidità.

L'art. 5, n. 2, della direttiva del Consiglio del 13 dicembre 2004, n. 2004/113/Ce, che attua il principio della parità di trattamento tra uomini e donne per quanto riguarda l'accesso a beni e servizi e la loro fornitura, è invalido con effetto alla data del 21 dicembre 2012¹.

¹ Nella predisposizione di contratti di assicurazione privati non deve essere considerato, quale fattore di rischio, il sesso dell'assicurato. Questa è, in sostanza, la conclusione a cui è giunta la Corte di giustizia nella sentenza, sopra massimata, interpretando la direttiva n. 2004/113/Ce (in *Gu-Ue* n. L 373 del 2004, p. 37) nell'ambito di una controversia tra l'Association belge des Consommateurs Test-Achats ASBL e due consumatori contro il Conseil des ministres del Regno del Belgio, per l'annullamento della legge belga di trasposizione della direttiva oggetto di interpretazione per la lotta contro le discriminazioni tra donne e uomini, per quanto riguarda la rilevanza dell'appartenenza ad un determinato sesso in materia assicurativa.

Si precisa che l'art. 5, n. 2, della direttiva n. 2004/113 riconosce agli Stati membri la facoltà di permettere differenziazioni correlate al sesso riguardo ai premi e alle prestazioni assicurative, qualora il sesso costituisca un fattore di rischio determinante e tale circostanza sia supportata da accurati e aggiornati dati attuariali e statistici. Numerosi Stati membri hanno fatto uso di tale facoltà derogatoria in riferimento ad uno o più tipi di contratti assicurativi.

I ricorrenti, nel proporre un ricorso dinanzi alla Cour constitutionnelle, hanno ritenuto che la deroga prevista dalla disposizione, sopra citata, fosse contraria al principio della parità tra donne e uomini. Il giudice adito si è rivolto alla Corte di giustizia al fine di chiarire se la norma nazionale evidenzia una qualsiasi forma di discriminazione. Sul punto, la Corte di giustizia ha richiamato l'art. 6, n. 2 UE; gli artt. 21 e 23 della Carta dei diritti fondamentali (che, a partire dal 1° dicembre 2009, con l'entrata in vigore del Trattato di Lisbona, ha lo stesso valore giuridico dei Trattati) (cfr. sentenza del 9 novembre 2010 in cause riunite n. C-92/09 e n. C-93/09, *Volker und Markus Schecke e Eifert*, inedita in *Raccolta*); l'art. 157, n. 1, TFUE sulla parità di retribuzione tra lavoratori di sesso maschile e lavoratori di sesso femminile e l'art. 19, n. 1, TFUE sull'azione del Consiglio volta ad eliminare eventuali esclusioni sociali o discriminazioni.

Dal momento che all'entrata in vigore della direttiva n. 2004/113/Ce era frequente che venissero utilizzati fattori attuariali correlati al sesso, all'art. 5, n. 1, della stessa direttiva, veniva disposto che le differenze nei premi e nelle prestazioni risultanti dall'utilizzo del sesso come fattore nel calcolo dei medesimi dovevano essere abolite entro e non oltre il 21 dicembre 2007 e all'art. 5, n. 2 veniva prevista la deroga, sopra citata.

Tale facoltà derogatoria sarà riesaminata cinque anni dopo il 21 dicembre 2007 (così recita il testo della direttiva), alla luce di una relazione della Commissione sull'argomento. Dal momento però che la direttiva n. 2004/113/Ce non contiene una norma in merito alla durata di applicazione di tali differenze, gli Stati membri che hanno fatto uso della facoltà derogatoria sono autorizzati a consentire agli assicuratori di applicare tale differente trattamento senza limiti di tempo. Sul punto, la Corte di giustizia ha rilevato la possibilità che il rischio di permettere una deroga alla parità di trattamento a tempo indefinito nella conclusione dei contratti assicurativi contrasta certamente con il principio della parità di trattamento tra uomini e donne e deve perciò, a parere della Corte di giustizia, essere considerata invalida a partire dal 21 dicembre 2012.

GIURISPRUDENZA ITALIANA E STRANIERA

**LA CORTE DI CASSAZIONE A SEZIONI UNITE SI PRONUNCIA
SUL FORO COMPETENTE A DECIDERE LE CONTROVERSIE
IN MATERIA DI COMPRAVENDITA DI BENI TRA OPERATORI
DI STATI MEMBRI DIVERSI**

**Corte di cassazione, Sezioni Unite civili
Ordinanza del 7 aprile-5 ottobre 2009 n. 21191***

Carbone, *Presidente* - Travaglino, *Relatore*

Kaufland Warenhandeln Gmbh & Co. KG Sas c. Cirio del Monte Italia
S.P.A. in Amministrazione straordinaria

Istanza di regolamento preventivo - Giurisdizione - Regolamento n. 44/2001 art. 5.1 - Compravendita internazionale - Luogo di consegna - Competenza per tutte le controversie - Controversia relativa al pagamento del prezzo - Giudice del luogo in cui è avvenuta la consegna al vettore - Competenza - Individuazione del luogo di consegna - Luogo di destinazione finale della merce - Prevalenza del Regolamento n. 44/2001 sulla Convenzione di Vienna.

In tema di compravendita internazionale di cose mobili, individuato il luogo di consegna in quello ove la prestazione caratteristica deve essere eseguita, e riconosciuto come luogo di consegna principale quello ove è convenuta l'esecuzione della prestazione ritenuta tale in base a criteri economici (e

* In argomento v. *infra*, p. 111 ss., il commento di *ENRICA ADOBATI*.

cioè il luogo di recapito finale della merce, ove i beni entrano nella disponibilità materiale e non soltanto giuridica dell'acquirente), sarà dinanzi al giudice di quello Stato che tutte le controversie sorte in tema di esecuzione del contratto, ivi compresa, quella relativa al pagamento dei beni alienati, andranno legittimamente introdotte e conseguentemente dibattute (a prescindere dal luogo in cui il vettore eventualmente incaricato prenda in consegna la merce stessa).

Va pertanto affermato, in tema di vendita internazionale di cose mobili, il principio della prevalenza del Regolamento comunitario n. 44/01 – così come interpretato da questa Corte in tema di individuazione del giudice competente a conoscere delle questioni sorte in ordine all'obbligazione di pagamento – sulle disposizioni dettate, in subiecta materia, dalla Convenzione di Vienna. L'identificazione del "luogo di consegna" in ipotesi di merci da trasportare va compiuta, pertanto, sulla scorta del medesimo criterio (economico) unificante del luogo "finale" di destinazione delle merci con riferimento a tutte le obbligazioni reciprocamente nascenti dal contratto (ivi inclusa quella di pagamento), onde l'art. 31 della suddetta Convenzione deve essere oggi interpretato nel senso che esso contiene (quanto alla disposizione relativa alla consegna al vettore) una regola iuris idonea a disciplinare i rapporti obbligatori tra le parti sotto il profilo della valutazione dell'eventuale dies inadimpleti contractus, ma non (anche) una regola di giurisdizione, così come una regola di giurisdizione non contiene (per i motivi già esposti) la pur citata disposizione di cui all'art. 57 della Convenzione (a mente della quale, se l'acquirente non è tenuto a pagare il prezzo in un altro luogo particolare, dovrà pagare il venditore: a. presso la sede di affari di quest'ultimo, ovvero, b. se il pagamento deve essere fatto al momento della consegna delle merci o dei documenti, nel luogo di tale consegna).

(Omissis) In diritto

1. Con il primo (e *valido*) motivo, la ricorrente deduce, a sostegno della propria tesi volta alla dichiarazione di difetto di giurisdizione del giudice italiano, l'esistenza, tra le parti, di un (accordo e di un) rapporto di fornitura di merci deperibili, rinnovato di anno in anno, in forza del quale le consegne sarebbero state effettuate presso il magazzino centrale della società (ovvero presso singole filiali ubicate in diversi Paesi europei), sito in (...), luogo, pertanto, della fornitura principale, da ritenersi, per l'effetto, (...) (luogo di adempimento) anche della connessa obbligazione di pagamento. Ai sensi e per gli effetti dell'art. 5, comma 1, lett. b. del Regolamento Ce n. 44 del 2001 (applicabile alla fattispecie *ratione temporis*, essendo l'atto di citazione stato notificato il 31 dicembre 2004), pertanto, il giudice competente andava identificato con quello del luogo ove l'obbligazione dedotta in giudizio era stata o doveva essere eseguita, luogo che, per la compravendita internazionale di merci, coincideva con quello nel quale i beni erano stati o avrebbero dovuto essere consegnati in base agli accordi negoziali.

In replica, la controricorrente Cirio assume che una corretta individuazione del giudice competente a conoscere della controversia (in base al diritto sostanziale del Paese ove la prestazione caratteristica – *id est*, la fornitura di merci – doveva essere eseguita) non poteva prescindere dalla assorbente considerazione secondo cui, disputandosi in tema di obbligazioni di pagamento di crediti certi liquidi ed esigibili, il luogo di adempimento andava identificato con quello del domicilio di essa creditrice (nella specie, l'Italia).

La questione di diritto sottoposta all'esame di queste Sezioni Unite può, in conclusione, essere riassunta nei termini che seguono:

se sussista o meno, ai sensi e per gli effetti dell'art. 5, comma 1, n. 1, lett. *b.* del Regolamento Ce 44/01, la giurisdizione italiana in ordine ad una controversia relativa ad un contratto di compravendita internazionale di merci concluso tra una società italiana ed una società estera (nella specie, (...)) nel caso in cui sia dedotto e lamentato in giudizio l'inadempimento dell'obbligazione di pagamento del corrispettivo delle merci alienate, ed in particolare se:

per ciascuna delle obbligazioni scaturenti dal contratto di compravendita, per "luogo di esecuzione" debba intendersi quello determinato in conformità del diritto internazionale privato del giudice adito, ovvero assuma rilievo esclusivo, viceversa, l'obbligazione tipica caratterizzante il rapporto, a prescindere da quella specificamente dedotta in giudizio, venendo, conseguentemente, in rilievo la giurisdizione del giudice del luogo di consegna delle merci, e in tal caso se il concetto di "luogo di consegna" debba assumere carattere "giuridico" ovvero "economico".

(*Omissis*)

8. Ritiene il collegio che a tale orientamento non possa essere data ulteriore continuità.

Decisivi, al riguardo, appaiono i principi predicati della Corte di giustizia europea in ordine all'esigenza di concentrazione della giurisdizione in un'unica autorità giudiziaria competente a conoscere di tutte le vicende contrattuali (affermazione che non pare potersi limitare alla sola fattispecie esaminata da quel consesso in tema di pluralità di luoghi di consegna), a prescindere, dunque, dalla circostanza che in discussione venga posta l'obbligazione del venditore – e dunque si controverta in ordine al luogo di consegna – ovvero quella dell'acquirente – quella, cioè, del pagamento del prezzo delle merci ricevute. Tali affermazioni, ad avviso di queste Sezioni Unite, trascendono il caso concreto che ha occupato il massimo organo di giustizia sovranazionale, e risultano di converso espressione di più generali principi applicabili all'intera vicenda negoziale nel suo patologico dipanarsi sul piano funzionale.

Deve dunque ritenersi che, individuato il luogo di consegna in quello ove la prestazione caratteristica deve essere eseguita, e riconosciuto come luogo di consegna principale quello ove è convenuta la esecuzione della prestazione ritenuta tale in base a criteri economici, sarà dinanzi al giudice di quello Stato che tutte le controversie sorte in tema di esecuzione del contratto andranno legittimamente introdotte e conseguentemente dibattute.

Nel caso di specie, incontrovertito tra le parti la circostanza per cui il luogo di consegna si trovava in (...), il giudice italiano va ritenuto carente di giurisdizione nella controversia *de qua*.

Né vale obiettare che tale soluzione risulterebbe oltremodo penalizzante per il creditore che invochi l'adempimento dell'obbligazione di pagamento – essendo pressoché comune a tutti gli ordinamenti continentali, invocando ancora la regola della *lex causae*, il principio secondo il quale il pagamento di una somma di denaro deve avvenire al domicilio del creditore: per limitarci al caso di specie, tale è il disposto dell'art. 1182 c.c., comma 3 italiano e del 270/1 del B.G.B. (intitolato *Zahlungsort*, ossia "luogo del pagamento"), a mente del quale *Geld hat der Schuldner, im Zweifel, auf seine Gefahr und seine Kosten, dem Gläubiger an dessen Wohnsitz zu uebermitteln* («nel dubbio, il debitore deve rimettere il denaro, a proprio rischio e a proprie spese, al creditore presso il suo domicilio»), a nulla rilevando, in proposito (nonostante quanto inesattamente opinato dall'odierno ricorrente), la disposizione del successivo comma 4, a mente della quale *die Vorschriften uher den Leistungsort bleiben unberueht* ("restano invariate le disposizioni sul luogo della prestazione"), dovendosi per tali intendere le altre disposizioni in tema di *Leistungsort*). Nulla impedisce, difatti, all'alienante di convenire con la controparte, in deroga al generale principio, oggi affermato, dell'unicità del *forum contractus*, una apposita deroga quanto al luogo dell'adempimento della prestazione pecuniaria, indicando come tale il proprio domicilio o la sede della propria impresa.

Va pertanto affermato, in tema di vendita internazionale di cose mobili, il principio della prevalenza del Regolamento comunitario 44/01 – così come interpretato da questa Corte in tema di individuazione del giudice competente a conoscere delle questioni sorte in ordine all'obbligazione di pagamento – sulle disposizioni dettate, *in subiecta materia*, dalla Convenzione di Vienna.

L'identificazione del "luogo di consegna" in ipotesi di merci da trasportare va compiuta, pertanto, sulla scorta del medesimo criterio (economico) unificante del luogo "finale" di destinazione delle merci con riferimento a tutte le obbligazioni reciprocamente nascenti dal contratto (ivi inclusa quella di pagamento), onde l'art. 31 della suddetta Convenzione deve essere oggi interpretato nel senso che esso contiene (quanto alla disposizione relativa alla consegna al vettore) una regola *iuris* idonea a disciplinare i rapporti obbligatori tra le parti sotto il profilo della valutazione dell'eventuale *dies inadimpleti contractus*, ma non (anche) una regola di giurisdizione, così come una regola di giurisdizione non contiene (per i motivi già esposti) la pur citata disposizione di cui all'art. 57 della Convenzione (a mente della quale, se l'acquirente non è tenuto a pagare il prezzo in un altro luogo particolare, dovrà pagare il venditore: *a.* presso la sede di affari di quest'ultimo, ovvero, *b.* se il pagamento deve essere fatto al momento della consegna delle merci o dei documenti, nel luogo di tale consegna).

Pur se non direttamente evocata dalle parti, tale soluzione impinge direttamente una più compiuta analisi della questione relativa alla consegna delle merci al primo vettore. Non ignora il collegio che, alla soluzione oggi adottata, molteplici e suggestive obiezioni sono state sollevate in dottrina, tanto sotto il profilo della possibile inapplicabilità di tale *regola iuris* ai casi in cui il contratto di compravendita non implichi l'immissione delle merci nel possesso del compratore (si evoca l'ipotesi delle vendite effettuate tramite commissionari o società di *trading*, ovvero, su di un piano più generale, quella dei negozi traslativi nei quali una parte contrattuale agisca, in concreto, su di un piano puramente "commerciale", rendendosi acquirente delle merci al solo scopo di rivenderle ad un terzo soggetto, cui i beni di regola perverranno senza essere transitati per le mani dell'intermediario), ovvero ai contratti con-

clusi, nel settore delle grandi distribuzioni commerciali, con le c.d. «centrali d'acquisto» (allorché il venditore sia, cioè, a conoscenza della destinazione ultima delle merci presso le diverse sedi del gruppo operante nel settore). Ma la (legittima) prospettiva di (ipotetici) inconvenienti che, con riguardo a singole, peculiari fattispecie operative, possono potenzialmente insorgere all'esito dell'applicazione del criterio operativo oggi predicato da questa corte non sembra decisiva, in punto di diritto, ad indebolirne nella sostanza il tessuto argomentativo e ad intaccare in modo significativo l'architettura complessiva della soluzione in iure così disegnata, ove si consideri che il criterio del luogo di adempimento (e di consegna) inteso come luogo di recapito finale della merce dal punto di vista dell'acquirente (ossia luogo in cui i beni entrano nella materiale disponibilità del destinatario, a prescindere da quello in cui il vettore eventualmente incaricato prenda in consegna la merce), pur non costituendo ideale panacea a tutti i possibili (ed inevitabili) problemi operativi destinati a porsi di volta in volta in singole fattispecie, consente pur sempre quel risultato finale auspicato con forza dalla corte di giustizia e costituito dalla unificazione e centralizzazione del *forum litis* tra parti contrattuali (mentre, quanto all'ipotesi di acquirente/rivenditore, è agevole replicare che gli accordi successivi con un terzo subacquirente saranno pur sempre *res inter alios acta* tra venditore originario e primo acquirente/intermediario ai fini della giurisdizione, mentre la questione delle consegne "ripartite" *ab origine* nel settore della grande distribuzione sembra destinata a soddisfare soluzione proprio alla luce del *dictum* della Corte europea del 2007).

Non sembra seriamente revocabile in dubbio, viceversa, che il concetto di consegna materiale (*rectius*, di destinazione finale) presenta, da un canto, su di un piano strettamente funzionale/operativo, l'indiscutibile vantaggio della facile percettibilità e della agevole documentabilità, onde l'ancoraggio del luogo di adempimento ad una concezione fattuale/economica consente di superare definitivamente l'inconveniente del rinvio alla *lex causae* a mezzo di un criterio certo e predeterminato rispetto a quello (necessariamente "volatile") derivante dall'applicazione delle norme interne o convenzionali; dall'altro, sotto un profilo più strettamente morfologico/normativo, appare più rigorosamente rispettoso del principio di gerarchia delle fonti sopranazionali, atteso che il Regolamento n. 44/01, per quanto adottato in base alla particolare fonte di competenza comunitaria prevista dall'art. 65 CE ed inserita con il Trattato di Amsterdam, è pur sempre atto normativo emanato da un'istituzione comunitaria, come tale dotato di supremazia rispetto al diritto convenzionale (oltre che a quello interno), così che in seno allo stesso diritto comunitario andranno legittimamente ricercate le chiavi interpretative della normativa regolamentare – di qui l'abbandono del pur suggestivo sentiero ermeneutico tracciato, *in parte qua*, dalla Convenzione di Vienna, che ha trovato e trova, invece, ampio e legittimo spazio interpretativo con riferimento alla Convenzione di Bruxelles, la cui natura è pur sempre quella, omogenea, di trattato di diritto internazionale, ma che, a tacer d'altro, non è applicabile a tutti i Paesi destinatari del Regolamento 44/01, non avendo aderito ad essa, ad esempio, il Regno Unito) –, funzionali a soluzioni facilmente condivisibili da tutti i Paesi contraenti.

Alla luce di tali considerazioni, non appare, infine, insuperabile l'ulteriore obiezione mossa dalla dottrina e fatta propria dalla giurisprudenza di questa Corte (Cass. SS. UU. 3 gennaio 2007, n. 7), secondo la quale "inequivoca conferma" della impraticabilità della tesi oggi accolta sarebbe da rinvenirsi nel disposto dell'art. 63, comma 1, del Regolamento 44, che disciplina la particolare ipotesi di acquisti da parte di

cittadini del Lussemburgo (dispone, difatti, la norma citata che una persona domiciliata nel territorio del Lussemburgo, convenuta dinanzi a un giudice di un altro Stato membro in applicazione dell'art. 5, punto 1, può eccepire l'incompetenza di tale giudice qualora il luogo di destinazione finale della fornitura della merce o prestazione del servizio sia situato nel Lussemburgo).

Va, difatti, osservato, da un canto, che, a mente della previsione di cui al successivo comma 4 della disposizione in esame – le disposizioni del presente articolo sono applicabili per un periodo di sei anni a decorrere dall'entrata in vigore del presente regolamento –, un richiamo di tipo "sistemico" a tale regola di *ius* singolare (un richiamo, cioè, funzionale ad una ben precisa *demonstratio*, sul piano dei principi, della bontà di una interpretazione volta specularmente ad ancorare il concetto di consegna ad un criterio giuridico e non economico) è inevitabilmente destinato a perdere gran parte della sua efficacia dimostrativa per aver posto a suo fondamento una norma ormai espunta dal sistema; dall'altro, che un'interpretazione storico-evolutiva della evocata disposizione – interpretazione svincolata, cioè, dal suo significato logico/letterale – va condotta alla luce delle più recenti posizioni assunte, *in subiecta materia*, dalla Corte di giustizia, ed induce oggi a ritenerla poco altro che pedissequa ripetizione e perpetuazione di un (antistorico) "privilegio" in origine sancito dalla Convenzione di Bruxelles in favore dei cittadini del piccolo Stato europeo. Va pertanto affermato il seguente principio di diritto: in tema di compravendita internazionale di cose mobili, individuato il luogo di consegna in quello ove la prestazione caratteristica deve essere eseguita, e riconosciuto come luogo di consegna principale quello ove è convenuta la esecuzione della prestazione ritenuta tale in base a criteri economici (e cioè il luogo di recapito finale della merce, ove i beni entrano nella disponibilità materiale e non soltanto giuridica dell'acquirente), sarà dinanzi al giudice di quello Stato che tutte le controversie sorte in tema di esecuzione del contratto, ivi compresa, quella relativa al pagamento dei beni alienati, andranno legittimamente introdotte e conseguentemente dibattute (a prescindere dal luogo in cui il vettore eventualmente incaricato prenda in consegna la merce stessa). Va, pertanto, dichiarato il difetto di giurisdizione del giudice italiano.

(*Omissis*)

**INDIVIDUAZIONE DEL FORO COMPETENTE A DIRIMERE
LE CONTROVERSIE IN MATERIA DI CONTRATTI
DI COMPRAVENDITA CONCLUSI TRA OPERATORI DI STATI
DIVERSI, ALLA LUCE DEL REGOLAMENTO CE N. 44/2001 E
DELLA CONVENZIONE DI LUGANO NELLA VERSIONE
DEL 30 OTTOBRE 2007, SECONDO LE SEZIONI UNITE
DELLA CORTE DI CASSAZIONE**

Il presente commento si concentra essenzialmente sui criteri di individuazione del foro competente a dirimere le controversie in Europa in materia di contratti di compravendita, così come sono stati elaborati dalle Sezioni Unite della Corte di cassazione nell'ordinanza, sopra riportata¹, alla luce delle specifiche disposizioni contenute, sia nel Regolamento Ce n. 44/2001² (per quanto riguarda i rapporti tra operatori appartenenti agli Stati membri dell'Unione europea), sia nella Convenzione di Lugano, nella versione del 30 ottobre 2007³ (per quanto riguarda i rapporti tra gli operatori appartenenti ad uno o più Paesi membri dell'Unione europea, da un lato, ed operatori appartenenti alla Svizzera, alla Norvegia o all'Islanda, dall'altro lato)⁴.

¹ Sulla sentenza cfr. V. CARBONE, *Risarcimento del danno per fornitura difettosa*, in *Corr. giur.*, 2009, 11, p. 1457; M. FALASCHI, *Obbligazioni e luogo di consegna ai sensi dell'art. 5, n. 1 lett. b) del regolamento n. 44/2001. Il nuovo corso della giurisprudenza della Cassazione*, in *Corr. giur.*, 2010, 7, p. 967; D. D'ADAMO, *Le Sezioni Unite ritornano sull'interpretazione dell'art. 5, n. 1, regolamento CE n. 44/2001*, in *Riv. dir. proc.*, 2010, 4, p. 944.

² Regolamento Ce n. 44/2001 del Consiglio del 22 dicembre 2000 concernente la competenza giurisdizionale, il riconoscimento e l'esecuzione delle decisioni in materia civile e commerciale, in *Guce* n. L 12 del 16 gennaio 2001, p. 1. Per un commento al Regolamento cfr. V. SIANI, *Il regolamento Ce n. 44/2001 sulla competenza giurisdizionale e sull'esecuzione delle sentenze - Parte Prima: La cooperazione giudiziaria in materia civile e commerciale: dalla Convenzione di Bruxelles al regolamento (Ce) n. 44/2001*, in questa *Rivista*, 2003, p. 451 ss. e *Id.*, *Parte Seconda: Riconoscimento ed esecutività delle sentenze e degli atti stranieri*, *ivi*, p. 653 ss. V., inoltre, S. M. CARBONE, *Il nuovo spazio giudiziario europeo (dalla Convenzione di Bruxelles al Regolamento CE 44/2001)*, Torino, Giappichelli, 2002; F. P. MANSI, *Il giudice italiano e le controversie europee - I principali regolamenti comunitari di diritto processuale civile*, 2^a ed., Milano, Giuffrè, 2010.

³ Decisione n. 2009/430/Ce del Consiglio del 27 novembre 2008, relativa alla conclusione della Convenzione concernente la competenza giurisdizionale, il riconoscimento e l'esecuzione delle decisioni in materia civile e commerciale, in *Gu-Ue* n. L 147 del 10 giugno 2009, p. 1 ss.

⁴ Entrando in vigore, tale Convenzione ha sostituito la Convenzione di Lugano del 1988, concernente la competenza giurisdizionale e l'esecuzione delle decisioni in materia civile e commerciale. Gli altri Paesi terzi potranno aderire alla nuova Convenzione a determinate condizioni.

Come è noto, sia il Regolamento Ce n. 44/2001 sia la Convenzione di Lugano⁵ derivano dalla Convenzione di Bruxelles del 27 settembre 1968.

Secondo la Convenzione di Bruxelles⁶ in materia contrattuale (civile o commerciale) il foro competente era, di regola, quello del convenuto. Tale regola è mantenuta nell'art. 2 del Regolamento Ce n. 44/2001.

La Convenzione prevedeva anche particolari deroghe con riferimento ai c.d. fori speciali indicati all'art. 5⁷. Secondo tale articolo il cittadino domiciliato nel territorio di uno Stato contraente poteva essere convenuto anche davanti al giudice di un altro Stato contraente e precisamente, in materia contrattuale, davanti al giudice del luogo in cui l'obbligazione dedotta in giudizio era stata o doveva essere eseguita⁸.

Anche tale criterio è stato mantenuto nel Regolamento n. 44/2001 il quale, però, ha introdotto una nuova disciplina in caso di controversie in materia di contratti di compravendita, come più avanti si vedrà.

Comunque, in applicazione del criterio anzidetto, il giudice davanti al quale pende la causa dovrà innanzitutto individuare la legge applicabile al contratto. Infatti, è proprio il giudice davanti al quale è stata introdotta la causa che deve verificare, in base alla legge applicabile al contratto, qual è l'obbligazione dedotta in giudizio, per poter poi stabilire dove tale obbligazione è stata o doveva essere eseguita.

Come appena accennato, il Regolamento n. 44/2001, ha introdotto un criterio speciale nel caso di contratti di compravendita. All'art. 5, par. 1, del Regolamento si precisa, infatti, che la persona domiciliata nel territorio di uno Stato membro può essere convenuta in un altro Stato membro: in materia contrattuale, davanti al giudice del luogo in cui l'obbligazione dedotta in giudizio è stata o deve essere eseguita, precisando che il luogo di esecuzione dell'obbligazione dedotta in giudizio nel caso della compravendita di beni è il luogo, situato in uno Stato membro, nel quale i beni sono stati o avrebbero dovuto essere consegnati in base al contratto (nel caso della prestazione di servizi, il luogo, situato in uno Stato membro, in cui i servizi sono stati o avreb-

⁵ Vedila pubblicata in *Gu-Ue* n. L 147 del 10 giugno 2009, p. 5 ss. È entrata in vigore per la Svizzera il 1^o gennaio 2011, dopo che è stato depositato lo strumento di ratifica in data 20 ottobre 2010.

⁶ Convenzione di Bruxelles del 27 settembre 1968 sulla competenza giurisdizionale e l'esecuzione delle decisioni in materia civile e commerciale, in *Guce* n. L 299 del 31 dicembre 1972, p. 32, cfr. versione consolidata della Convenzione in *Guce* n. C 27 del 26 gennaio 1998, p. 1.

⁷ Cfr. il commento alla sentenza del Tribunale di Arezzo n. 658/06 del 3-19 luglio 2006, *TAB Spa c. LIDL Stiftung & Co. KG* di E. ADOBATI, *Il giudice nazionale applicando i criteri di collegamento di cui all'art. 5 del regolamento Ce n. 44/2001 individua il tribunale competente a decidere*, in questa *Rivista*, 2006, p. 343 ss.

⁸ Per quanto riguarda la materia di contratto individuale di lavoro, il luogo è quello in cui il lavoratore svolge abitualmente la propria attività; qualora il lavoratore non svolga abitualmente la propria attività in un solo Paese, il datore di lavoro può essere citato dinanzi al giudice del luogo in cui è situato o era situato lo stabilimento presso il quale è stato assunto.

bero dovuto essere prestati in base al contratto)⁹.

Il caso sottoposto alle Sezioni Unite è deciso con l'ordinanza, sopra riportata, riguardava l'applicazione del Regolamento n. 44/2001 con riferimento alla nuova disposizione dell'art. 5, sopra menzionata.

Con l'ordinanza qui commentata, le Sezioni Unite hanno definito una controversia insorta tra la società Cirio del Monte Italia Spa e la società Kaufland Warenhandeln GmbH & Co. KG Sas (di seguito denominata: Kaufland). La prima citava in giudizio la Kaufland dinnanzi al Tribunale di Roma per chiedere la condanna al pagamento di merci fornite a tale ultima società in attuazione di un accordo generale di fornitura, rinnovato di anno in anno. La Kaufland, costituendosi in giudizio, eccepiva il difetto di giurisdizione del giudice italiano sostenendo che, esistendo tra le Parti un rapporto di fornitura di merci, dovesse trovare applicazione l'art. 5, comma 1, lett. *b*. del Regolamento n. 44/2001. Il giudice competente doveva essere, dunque, a parere della Kaufland, il giudice tedesco in quanto giudice del luogo ove l'obbligazione dedotta in giudizio era stata o doveva essere eseguita, luogo che, per la compravendita internazionale di merci coincideva con quello nel quale i beni erano stati o avrebbero dovuto essere consegnati in base agli accordi negoziali.

Nella fattispecie in esame ci troviamo di fronte, dunque, a due parti che hanno stipulato un contratto di compravendita e che sono tenute all'osservanza di obbligazioni contrattuali. Questo contratto interessa due Stati membri dell'Unione: l'Italia e la Germania.

Tra le parti non viene stabilito di comune accordo: 1. né quale sia la legge applicabile al contratto; 2. né quale sia il foro competente a dirimere le controversie. Quale giudice applica quale legge? È questo, quindi, il quesito al quale il giudice nazionale ha dovuto dare una risposta.

Nella propria ordinanza, le Sezioni Unite hanno sostenuto che, in una controversia – avente ad oggetto un rapporto contrattuale di compravendita –

⁹ L'art. 5 del Regolamento prosegue poi affermando che il soggetto domiciliato in uno Stato membro può essere convenuto: «2. in materia di obbligazioni alimentari, davanti al giudice del luogo in cui il creditore di alimenti ha il domicilio o la residenza abituale o, qualora si tratti di una domanda accessoria ad un'azione relativa allo stato delle persone, davanti al giudice competente a conoscere quest'ultima secondo la legge nazionale, salvo che tale competenza si fondi unicamente sulla cittadinanza di una delle parti; 3. in materia di illeciti civili dolosi o colposi, davanti al giudice del luogo in cui l'evento dannoso è avvenuto o può avvenire; 4. qualora si tratti di un'azione di risarcimento di danni o di restituzione, nascente da reato, davanti al giudice presso il quale è esercitata l'azione penale, sempre che secondo la propria legge tale giudice possa conoscere dell'azione civile; 5. qualora si tratti di controversia concernente l'esercizio di una succursale, di un'agenzia o di qualsiasi altra sede d'attività, davanti al giudice del luogo in cui essa è situata; 6. nella sua qualità di fondatore, *trustee* o beneficiario di un *trust* costituito in applicazione di una legge o per iscritto o con clausola orale confermata per iscritto, davanti ai giudici dello Stato membro nel cui territorio il trust ha domicilio; 7. qualora si tratti di una controversia concernente il pagamento del corrispettivo per l'assistenza o il salvataggio di un carico o un nolo, davanti al giudice nell'ambito della cui competenza il carico o il nolo ad esso relativo: *a*. è stato sequestrato a garanzia del pagamento o *b*. avrebbe potuto essere sequestrato a tal fine ma è stata fornita una cauzione o un'altra garanzia questa disposizione si applica solo qualora si faccia valere che il convenuto è titolare di un diritto sul carico o sul nolo o aveva un tale diritto al momento dell'assistenza o del salvataggio».

tra soggetti appartenenti a Stati membri diversi dell'Unione europea, l'individuazione del giudice competente deve essere effettuata tenendo conto del Regolamento Ce n. 44/2001 (cfr. art. 5, comma 1, lett. b.) secondo cui: «il luogo di esecuzione dell'obbligazione dedotta in giudizio è, nel caso della compravendita di beni, il luogo, situato in uno Stato membro, in cui i beni sono stati o avrebbero dovuto essere consegnati in base al contratto» (o, nel caso della prestazione di servizi, il luogo – situato in uno Stato membro – in cui i servizi sono stati o avrebbero dovuto essere prestati in base al contratto).

La Cassazione, dopo avere ripetutamente citato la giurisprudenza comunitaria avente ad oggetto l'interpretazione delle disposizioni della Convenzione di Bruxelles¹⁰, si è poi soffermata specificatamente sul punto relativo al luogo di consegna dei beni ribadendo, al riguardo, l'applicazione dell'art. 5, n. 1 del Regolamento n. 44/2001. Sul punto, la Cassazione ha richiamato la sentenza *MSG* della Corte di giustizia¹¹, nella quale la Corte ha osservato che «benché le parti siano libere di accordarsi su un luogo di esecuzione delle obbligazioni contrattuali diverso da quello determinabile in forza della legge vigente per il contratto, senza essere obbligate a rispettare particolari requisiti formali, esse però non possono fissare, in considerazione del sistema introdotto dalla Convenzione, al solo scopo di determinare un foro competente, un luogo di esecuzione che non presenti nessun collegamento effettivo con la materia del contratto e in cui le obbligazioni derivanti dal contratto medesimo non potrebbero essere eseguite sulla base dei termini di quest'ultimo»¹². E ancora, richiamando la sentenza della Corte di giustizia *Color Drack GmbH*¹³, la Cassazione ha sottolineato come la stessa Corte di giustizia abbia interpretato la disposizione di cui l'art. 5, comma 1, lett. b. del Regolamento comunitario nel senso che con essa il legislatore comunitario ha inteso centralizzare la competenza giurisdizionale per le controversie relative a tutte le obbligazioni contrattuali nel luogo dell'adempimento effettivo e determinare una competenza giurisdizionale unica per tutte le domande fondate sul contratto concluso tra le parti.

¹⁰ Cfr. sentenze della Corte di giustizia del 6 ottobre 1976 in causa n. 12/76, *Tessili*, in *Raccolta*, 1976, p. 1473 ss.; del 29 giugno 1994 in causa n. C-288/92, *Custom Made Commercial c. Stawa Metallbau*, in *Raccolta*, 1994, I, p. 2913 ss.; del 28 settembre 1999 in causa n. C-440/97, *GIE Groupe Concorde*, in *Raccolta*, 1999, I, p. 6307 ss.; del 17 giugno 1992 in causa n. C-26/91, *Handte*, in *Raccolta*, 1992, I, p. 3967 ss.; del 26 maggio 1982 in causa n. 133/81, *Ivenel*, in *Raccolta*, 1982, p. 1891 ss.; del 13 luglio 1993 in causa n. C-125/92, *Mulox IBC*, in *Raccolta*, 1993, I, p. 4075 ss.; del 15 gennaio 1987 in causa n. 266/85, *Shenavai*, in *Raccolta*, 1987, p. 239 ss.; del 6 ottobre 1976 in causa n. 14/76, *De Bloos*, in *Raccolta*, 1976, p. 1497 ss.; del 4 marzo 1982 in causa n. 38/81, *Effer*, in *Raccolta*, 1982, p. 825 ss.; del 5 ottobre 1999 in causa n. C-420/97, *Leather-tex*, in *Raccolta*, 1999, I, p. 6747 ss.; del 17 gennaio 1980 in causa n. 56/79, *Zelger*, in *Raccolta*, 1980, p. 89 ss.; del 20 febbraio 1997 in causa n. C-106/95, *MSG*, in *Raccolta*, 1997, I, p. 911 ss.

¹¹ V. sentenza del 20 febbraio 1997 in causa n. C-106/95, in *Raccolta*, 1997, I, p. 911.

¹² V. altresì sentenza 4 luglio 1985 in causa n. 220/84, *Malhé*, in *Raccolta*, 1985, p. 2267.

¹³ Sentenza del 3 maggio 2007 in causa n. C-386/05, *Color Drack*, in *Raccolta*, 2007, I, p. 3699 ss.

Le Sezioni Unite ribadiscono, inoltre, che una volta individuato il luogo di consegna in quello ove la prestazione caratteristica deve essere eseguita, e riconosciuto come luogo di consegna principale quello nel quale risulta concordata l'esecuzione della prestazione, sarà dinnanzi al giudice dello Stato nel quale tale luogo si trova che tutte le controversie sorte in tema di esecuzione del contratto dovranno legittimamente essere introdotte e conseguentemente decise.

Sull'argomento, sembra utile citare la sentenza *Car Trim GmbH c. KeySafety System srl*¹⁴ nella quale la Corte di giustizia ha considerato l'ipotesi che il contratto non contenga alcuna disposizione che riveli, senza far ricorso al diritto sostanziale applicabile, la volontà delle parti in merito al luogo di consegna dei beni. In tali situazioni, poiché la norma di competenza prevista all'art. 5, n. 1, lett. b., del Regolamento Ce n. 44/2001 ha natura autonoma, occorre determinare tale luogo in funzione di un altro criterio che rispetti la genesi, gli obiettivi e il sistema del Regolamento: il primo è quello della consegna fisica dei beni all'acquirente e il secondo è quello in cui i beni vengono affidati al primo vettore ai fini della consegna all'acquirente¹⁵.

Ne consegue, pertanto che, in una controversia tra due soggetti appartenenti a due Paesi diversi dell'Unione che hanno stipulato un contratto e sono tenuti all'osservanza delle obbligazioni contrattuali da essi sottoscritte, dovrà trovare applicazione, per la determinazione del foro competente, l'art. 5 del Regolamento n. 44/2001¹⁶.

Nel caso deciso con l'ordinanza sopra riportata, è stato precluso al venditore italiano, che non aveva stipulato con il proprio cliente tedesco alcuna clausola sul foro competente, né una clausola relativa alla consegna delle merci in Italia, di adire l'autorità giudiziaria del proprio Paese per ottenere dalla società tedesca il pagamento di quanto dovutogli.

Diventerà, quindi, molto importante per gli operatori commerciali italiani che non sono contrattualmente in grado di imporre al proprio contraente la competenza giurisdizionale del giudice italiano, stabilire in modo preciso che la merce dovrà essere consegnata in Italia ponendo tutte le spese di trasporto a carico dell'acquirente per essere così certi che sarà il giudice italiano a pronunciarsi su eventuali controversie insorgenti in sede di esecuzione del con-

¹⁴ Sentenza della Corte di giustizia del 25 febbraio 2010 in causa n. C-381/08, inedita in *Raccolta*; il testo della sentenza è reperibile sul sito internet: <http://curia.europa.eu>.

¹⁵ Occorre considerare, al pari del giudice del rinvio, che tali due luoghi sembrano i più idonei a determinare in maniera residuale il luogo di esecuzione in cui i beni sono stati o avrebbero dovuto essere consegnati. Si deve constatare che il luogo in cui i beni sono stati o avrebbero dovuto essere materialmente consegnati all'acquirente alla destinazione finale degli stessi risponde al meglio alla genesi, agli obiettivi e al sistema del Regolamento, in quanto «luogo di consegna» ai sensi dell'art. 5, punto 1, lett. b., primo trattino, del medesimo Regolamento (punti 59 e 60 della sentenza *Car Trim*).

¹⁶ È ovvio, però, che se le Parti hanno stipulato una clausola attributiva di competenza in favore di un determinato giudice, sarà tale giudice quello competente a decidere la controversia.

tratto con il contraente straniero.

Nello stesso senso si è pronunciata l'Avvocato Generale *Kokott* nelle proprie conclusioni presentate in data 3 marzo 2011 nella causa *Electrosteel Europe SA c. Edil Centro Spa*¹⁷ sottolineando come sia rilevante un accordo contrattuale sul luogo di consegna dei beni (nel caso di specie clausola *Inco-terms* «franco fabbrica»; Ex Works, abbreviato: EXW) ai fini dell'individuazione del foro competente.

Da ultimo, occorre ricordare che la Corte di cassazione ha ritenuto di escludere l'applicazione della Convenzione di Vienna del 1980 sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali in caso di vendita internazionale di cose mobili, data la prevalenza, per gli Stati membri dell'Unione, del Regolamento Ce n. 44/2001.

Enrica Adobati*

¹⁷ In causa n. C-87/10. Le conclusioni dell'Avvocato Generale sono reperibili sul sito internet <http://curia.europa.eu>.

* Avvocato in Novara; cultore di Diritto dell'Unione europea e Diritti dell'uomo / Università Cattolica del Sacro Cuore di Milano.

ATTI DELLE ISTITUZIONI EUROPEE

ACCORDI E PRATICHE CONCORDATE TRA IMPRESE RESTRITTIVI DELLA CONCORRENZA

Regolamento (Ue) n. 330/2010 della Commissione del 20 aprile 2010 relativo all'applicazione dell'art. 101, par. 3, del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea a categorie di accordi verticali e pratiche concordate*

La Commissione europea,
visto il Trattato sul funzionamento dell'Unione europea,
visto il regolamento n. 19/65/Cee del Consiglio, del 2 marzo 1965, relativo all'applicazione dell'art. 85, par. 3, del Trattato a categorie di accordi e pratiche concordate¹, in particolare l'art. 1,
dopo aver pubblicato il progetto del presente regolamento,
sentito il parere del comitato consultivo in materia di intese e posizioni dominanti,

(*Omissis*)

ha adottato il presente regolamento:

Articolo 1 - Definizioni

1. Ai fini del presente regolamento si applicano le seguenti definizioni:

a. per «accordi verticali» si intendono gli accordi o le pratiche concordate conclusi tra due o più imprese, operanti ciascuna, ai fini dell'accordo o della pratica concordata, ad un livello differente della catena di produzione o di distribuzione, e che si riferiscono alle condizioni in base alle quali le parti possono acquistare, vendere o rivendere determinati beni o servizi;

b. per «restrizioni verticali» si intendono le restrizioni della concorrenza rientranti nel campo di applicazione dell'art. 101, par. 1, del Trattato;

* In argomento v. *infra*, p. 123 ss., il commento di GIAN FRANCO SIMONINI.

¹ *Guce* n. 36 del 6 marzo 1965, p. 533.

c. per «impresa concorrente» si intende un concorrente effettivo o potenziale; per «concorrente effettivo» si intende un'impresa operante sullo stesso mercato rilevante; per «concorrente potenziale» si intende un'impresa che, in assenza di accordo verticale, in base a considerazioni realistiche e non come possibilità meramente teorica, nell'ipotesi di un incremento modesto ma permanente dei prezzi relativi, sarebbe in grado, in breve tempo, di effettuare gli investimenti supplementari necessari o di sostenere gli ulteriori costi di conversione per penetrare nel mercato rilevante;

d. per «obbligo di non concorrenza» si intende qualsiasi obbligo, diretto o indiretto, che impone all'acquirente di non produrre, acquistare, vendere o rivendere beni o servizi in concorrenza con i beni o servizi oggetto del contratto, ovvero qualsiasi obbligo, diretto o indiretto, che impone all'acquirente di acquistare dal fornitore o da un'altra impresa da questo indicata più dell'80% degli acquisti annui complessivi dei beni o servizi contrattuali e dei loro succedanei effettuati dall'acquirente stesso sul mercato rilevante, calcolati sulla base del valore o, se è normale prassi del settore, del volume dei suoi acquisti relativi all'anno civile precedente;

e. per «sistema di distribuzione selettiva» si intende un sistema di distribuzione nel quale il fornitore si impegna a vendere i beni o servizi oggetto del contratto, direttamente o indirettamente, solo a distributori selezionati sulla base di criteri specificati e nel quale questi distributori si impegnano a non vendere tali beni o servizi a rivenditori non autorizzati nel territorio che il fornitore ha riservato a tale sistema;

f. l'espressione «diritti di proprietà intellettuale» include i diritti di proprietà industriale, il know-how, i diritti d'autore e i diritti affini;

g. per «know-how» si intende un patrimonio di conoscenze pratiche non brevettate, derivanti da esperienze e da prove eseguite dal fornitore, patrimonio che è segreto, sostanziale ed individuato; in tale contesto, per «segreto» si intende che il «know-how» non è generalmente noto, né facilmente accessibile; per «sostanziale» si intende che il know-how comprende conoscenze significative e utili all'acquirente per l'uso, la vendita o la rivendita dei beni o dei servizi contrattuali; per «individuato» si intende che il know-how è descritto in modo sufficientemente esauriente, tale da consentire di verificare se risponde ai criteri di segretezza e di sostanzialità;

h. il termine «acquirente» include un'impresa che, sulla base di un accordo a cui si applica l'art. 101, par. 1, del Trattato, vende beni o servizi per conto di un'altra impresa;

i. per «cliente dell'acquirente» si intende un'impresa che non è parte contraente dell'accordo che acquista i beni o servizi oggetto del contratto da un acquirente che è parte contraente dell'accordo.

2. Ai fini del presente regolamento i termini «impresa», «fornitore» e «acquirente» includono le imprese a questi rispettivamente collegate.

Per «imprese collegate» si intendono:

a. le imprese nelle quali una parte dell'accordo detiene, direttamente o indirettamente:

i. il potere di esercitare più della metà dei diritti di voto, o

ii. il potere di nominare più della metà dei membri del consiglio di vigilanza o di amministrazione o degli organi che rappresentano legalmente l'impresa, o

iii. il diritto di gestire gli affari dell'impresa;

b. le imprese che, direttamente o indirettamente, detengono nei confronti di una delle parti dell'accordo i diritti o i poteri elencati alla lett. a.;

c. le imprese nei confronti delle quali un'impresa di cui alla lett. *b.* detiene, direttamente o indirettamente, i diritti o i poteri elencati alla lett. *a.*;

d. le imprese nelle quali una parte dell'accordo insieme con una o più imprese di cui alle lett. *a.*, *b.* e *c.* o nelle quali due o più imprese di cui alle lett. *a.*, *b.* e *c.* detengono congiuntamente i diritti o i poteri di cui alla lett. *a.*;

e. le imprese nelle quali i diritti o i poteri di cui alla lett. *a.* sono detenuti congiuntamente:

i. dalle parti dell'accordo o dalle rispettive imprese collegate ai sensi delle lettere da *a.* a *d.*, o

ii. da una o più parti dell'accordo, ovvero da una o più imprese ad esse collegate ai sensi delle lettere da *a.* a *d.* e da una o più imprese terze.

Articolo 2 - Esenzione

1. Conformemente all'art. 101, par. 3, del Trattato, e salvo il disposto del presente regolamento, l'art. 101, par. 1, del Trattato è dichiarato inapplicabile agli accordi verticali.

La presente esenzione si applica nella misura in cui tali accordi contengano restrizioni verticali.

2. L'esenzione di cui al par. 1 si applica agli accordi verticali conclusi tra un'associazione di imprese ed i suoi membri o tra una tale associazione ed i suoi fornitori, a condizione che tutti i membri siano distributori al dettaglio di beni e che nessuno dei singoli membri dell'associazione, insieme alle imprese ad esso collegate, realizzi un fatturato annuo complessivo superiore a 50 milioni di EUR. L'inclusione degli accordi verticali conclusi da tali associazioni nell'ambito di applicazione del presente regolamento fa salva l'applicazione dell'art. 101 del Trattato agli accordi orizzontali conclusi tra i membri dell'associazione o alle decisioni adottate dall'associazione stessa.

3. L'esenzione di cui al par. 1 si applica agli accordi verticali contenenti disposizioni relative alla cessione all'acquirente o all'uso da parte dell'acquirente di diritti di proprietà intellettuale, a condizione che tali disposizioni non costituiscano l'oggetto primario degli accordi e che esse siano direttamente collegate all'uso, alla vendita o alla rivendita di beni o servizi da parte dell'acquirente o dei suoi clienti. L'esenzione si applica inoltre a condizione che, in relazione ai beni o servizi oggetto del contratto, queste disposizioni non contengano restrizioni della concorrenza aventi lo stesso oggetto di restrizioni verticali non esentate in virtù del presente regolamento.

4. L'esenzione di cui al par. 1 non si applica agli accordi verticali conclusi tra imprese concorrenti. Essa si applica tuttavia qualora imprese concorrenti concludano tra loro un accordo verticale non reciproco e in presenza di una delle seguenti condizioni:

a. il fornitore è un produttore e un distributore di beni, mentre l'acquirente è un distributore e non un'impresa concorrente a livello della produzione; oppure

b. il fornitore è un prestatore di servizi a differenti livelli della catena commerciale, mentre l'acquirente fornisce i propri beni o servizi al livello del dettaglio e non è un'impresa concorrente al livello della catena commerciale in cui acquista i servizi oggetto del contratto.

5. Il presente regolamento non si applica agli accordi verticali oggetto di altri regolamenti di esenzione per categoria, salvo che in essi sia diversamente disposto.

Articolo 3 - Soglia della quota di mercato

1. L'esenzione di cui all'art. 2 si applica a condizione che la quota di mercato detenuta dal fornitore non superi il 30% del mercato rilevante sul quale vende i beni o servizi oggetto del contratto e la quota di mercato detenuta dall'acquirente non superi il 30% del mercato rilevante sul quale acquista i beni o servizi oggetto del contratto.

2. Ai fini del par. 1, qualora in un accordo multilaterale un'impresa acquisti i beni o servizi oggetto del contratto da un'impresa parte contraente dell'accordo e venda i beni o servizi oggetto del contratto a un'altra impresa parte contraente dell'accordo, l'esenzione di cui all'art. 2 si applica se la quota di mercato della prima impresa non supera la soglia di quota di mercato di cui a detto paragrafo sia come acquirente sia come fornitore.

Articolo 4 - Restrizioni che eliminano il beneficio dell'esenzione per categoria - restrizioni fondamentali

L'esenzione di cui all'art. 2 non si applica agli accordi verticali che, direttamente o indirettamente, isolatamente o congiuntamente con altri fattori sotto il controllo delle parti, hanno per oggetto quanto segue:

a. la restrizione della facoltà dell'acquirente di determinare il proprio prezzo di vendita, fatta salva la possibilità per il fornitore di imporre un prezzo massimo di vendita o di raccomandare un prezzo di vendita, a condizione che questi non equivalgano ad un prezzo fisso o ad un prezzo minimo di vendita per effetto di pressioni esercitate o incentivi offerti da una delle parti;

b. la restrizione relativa al territorio in cui, o ai clienti ai quali, l'acquirente che è parte contraente dell'accordo, fatta salva una restrizione relativa al suo luogo di stabilimento, può vendere i beni o i servizi oggetto del contratto, eccettuate le seguenti:

i. la restrizione delle vendite attive nel territorio esclusivo o alla clientela esclusiva riservati al fornitore o da questo attribuiti ad un altro acquirente, laddove tale restrizione non limiti le vendite da parte dei clienti dell'acquirente,

ii. la restrizione delle vendite agli utenti finali da parte di un acquirente operante al livello del commercio all'ingrosso,

iii. la restrizione delle vendite da parte dei membri di un sistema di distribuzione selettiva a distributori non autorizzati nel territorio che il fornitore ha riservato a tale sistema, e

iv. la restrizione della facoltà dell'acquirente di vendere componenti, forniti ai fini dell'incorporazione, a clienti che userebbero tali componenti per fabbricare beni simili a quelli prodotti dal fornitore;

c. la restrizione delle vendite attive o passive agli utenti finali da parte dei membri di un sistema di distribuzione selettiva operanti nel commercio al dettaglio, fatta salva la possibilità di proibire ad un membro di tale sistema di svolgere la propria attività in un luogo di stabilimento non autorizzato;

d. la restrizione delle forniture incrociate tra distributori all'interno di un sistema di distribuzione selettiva, ivi inclusi i distributori operanti a differenti livelli commerciali;

e. la restrizione, pattuita tra un fornitore di componenti e un acquirente che incorpora tali componenti, della facoltà del fornitore di vendere tali componenti come pezzi di ricambio a utenti finali, a riparatori o ad altri prestatori di servizi non incari-

cati dall'acquirente della riparazione o della manutenzione dei propri prodotti.

Articolo 5 - Restrizioni escluse

1. L'esenzione di cui all'art. 2 non si applica alle seguenti obbligazioni contenute in accordi verticali:

a. un obbligo di non concorrenza, diretto o indiretto, la cui durata sia indeterminata o superiore a cinque anni;

b. un obbligo diretto o indiretto che imponga all'acquirente, una volta giunto a scadenza l'accordo, di non produrre, acquistare, vendere o rivendere determinati beni o servizi;

c. un obbligo diretto o indiretto che imponga ai membri di un sistema di distribuzione selettiva di non vendere marche di particolari fornitori concorrenti.

Ai fini del primo comma, lett. a., un obbligo di non concorrenza tacitamente rinnovabile oltre i cinque anni si considera concluso per una durata indeterminata.

2. In deroga al par. 1, lett. a., il limite di cinque anni non si applica se i beni o servizi oggetto del contratto sono venduti dall'acquirente in locali e terreni di proprietà del fornitore o da questi affittati presso terzi non collegati all'acquirente, purché la durata dell'obbligo di non concorrenza non sia superiore al periodo di occupazione dei locali e terreni da parte dell'acquirente.

3. In deroga al par. 1, lett. b., l'esenzione di cui all'art. 2 non si applica a un obbligo diretto o indiretto che imponga all'acquirente, una volta giunto a scadenza l'accordo, di non produrre, acquistare, vendere o rivendere determinati beni o servizi, qualora:

a. tale obbligo si riferisca a beni o servizi in concorrenza con i beni o servizi contrattuali;

b. sia limitato ai locali e terreni da cui l'acquirente ha operato durante il periodo contrattuale;

c. sia indispensabile per proteggere il «know-how» trasferito dal fornitore all'acquirente;

d. la durata di quest'obbligo di non-concorrenza sia limitata ad un periodo di un anno a decorrere dalla scadenza dell'accordo.

Il par. 1, lett. b., lascia impregiudicata la possibilità di imporre una restrizione non limitata nel tempo in relazione all'utilizzazione ed alla diffusione del «know-how» che non sia divenuto di pubblico dominio.

Articolo 6 - Non applicazione del presente regolamento

Conformemente all'art. 1 *bis* del regolamento n. 19/65/Cee, la Commissione può dichiarare mediante regolamento che, nei casi in cui reti parallele di restrizioni verticali simili coprano più del 50% di un mercato rilevante, il presente regolamento non si applica agli accordi verticali contenenti specifiche restrizioni relative a tale mercato.

Articolo 7 - Applicazione della soglia di quota di mercato

Ai fini dell'applicazione delle soglie di quota di mercato di cui all'art. 3 si applica quanto segue:

a. la quota di mercato del fornitore viene calcolata sulla base dei dati relativi al valore delle vendite sul mercato e la quota di mercato dell'acquirente viene calcolata

sulla base dei dati relativi al valore degli acquisti sul mercato. Qualora non siano disponibili dati relativi al valore delle vendite o al valore degli acquisti sul mercato, la quota di mercato dell'impresa interessata può essere stabilita usando stime basate su altre affidabili informazioni di mercato, ivi compresi i volumi delle vendite e degli acquisti sul mercato;

b. le quote di mercato vengono calcolate sulla base dei dati relativi all'anno civile precedente;

c. la quota di mercato del fornitore include i beni o i servizi forniti a distributori integrati a livello verticale ai fini della vendita;

d. se una quota di mercato non supera inizialmente il 30 %, ma successivamente supera tale livello senza tuttavia eccedere il 35 %, l'esenzione di cui all'art. 2 continua ad applicarsi per un periodo di due anni civili consecutivi a decorrere dall'anno in cui la soglia del 30 % è stata superata per la prima volta;

e. se una quota di mercato non supera inizialmente il 30 %, ma supera in seguito il 35 %, l'esenzione di cui all'art. 2 continua ad applicarsi per un periodo di un anno civile a decorrere dall'anno in cui la soglia del 35 % è stata superata per la prima volta;

f. i benefici previsti alle lett. *d.* ed *e.* non possono essere cumulati in modo da eccedere un periodo di due anni civili;

g. la quota di mercato detenuta dalle imprese di cui all'art. 1, par. 2, secondo comma, lett. *e.*, viene ripartita in eguale misura tra ciascuna delle imprese che detengono i diritti o i poteri elencati all'art. 1, par. 2, secondo comma, lett. *a.*

Articolo 8 - Applicazione della soglia di fatturato

1. Ai fini del calcolo del fatturato annuo complessivo di cui all'art. 2, par. 2, vanno addizionati i fatturati, al netto di imposte e tasse, realizzati per tutti i beni e servizi durante il precedente esercizio dalla parte contraente dell'accordo verticale interessata e dalle imprese ad essa collegate. A tal fine non si tiene conto delle transazioni commerciali intervenute fra la parte contraente dell'accordo verticale interessata e le imprese ad essa collegate, né di quelle intervenute fra queste ultime.

2. L'esenzione di cui all'art. 2 resta di applicazione se la soglia di fatturato annuo complessivo viene superata nel corso di due esercizi consecutivi, di non oltre il 10%.

Articolo 9 - Periodo transitorio

Il divieto di cui all'art. 101, par. 1, del Trattato non si applica fra il 1° giugno 2010 e il 31 maggio 2011 agli accordi già in vigore al 31 maggio 2010 che non soddisfano le condizioni di esenzione previste nel presente regolamento ma che, al 31 maggio 2010, rispettano le condizioni di esenzione stabilite dal regolamento (Ce) n. 2790/1999.

Articolo 10 - Periodo di validità

Il presente regolamento entra in vigore il 1° giugno 2010.

Esso scade il 31 maggio 2022.

Il presente regolamento è obbligatorio in tutti i suoi elementi e direttamente applicabile in ciascuno degli Stati membri.

(Omissis)

ACCORDI VERTICALI LIMITATIVI DELLA CONCORRENZA ED INDIPENDENZA DEL DISTRIBUTORE

Sommario: **I.** Considerazioni introduttive - **II.** Gli accordi verticali e la disciplina della concorrenza - **1.** L'evoluzione della giurisprudenza della Corte di giustizia - **2.** L'indipendenza delle imprese negli accordi verticali - **3.** Gli interventi per assicurare l'indipendenza del distributore negli accordi verticali - **4.** La dipendenza dell'impresa: la teoria del gruppo societario - **5.** Il collegamento societario - **6.** Il fenomeno dell'integrazione aziendale - **7.** La dipendenza per accordi di dominio contrattuale - **8.** L'aspetto sanzionatorio - **III.** Conclusioni.

I. Considerazioni introduttive

L'art. 101 del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea (TFUE)¹ al par. 1 vieta gli accordi tra imprese² (le decisioni di associazioni di imprese e le pratiche concordate) che possono pregiudicare il commercio tra Stati membri e che hanno per oggetto o per effetto di limitare la concorrenza nel mercato interno, prevedendo, in modo esemplificativo e non esaustivo, determinate fattispecie sicuramente anticompetitive (ad esempio fissare i prezzi

¹ In questo lavoro possono anche essere indicate, con riferimento ad atti normativi o sentenze della Corte di giustizia, del Tribunale dell'Unione europea o di Tribunali nazionali, le numerazioni originarie degli articoli del TCEE (Trattato che istituisce la Comunità economica europea); gli artt. 85 ed 86 TCEE vanno, pertanto, letti come 81 e 82 del TCE (Trattato che istituisce la Comunità europea), a loro volta divenuti 101 e 102 del TFUE (Trattato sul funzionamento dell'Unione europea).

La Corte di giustizia dell'Unione europea ed il Tribunale dell'Unione europea sono indicati con la denominazione *ante* TFUE, cioè come Corte di giustizia e Tribunale di primo grado.

² L'art. 101 del TFUE al par. 1 dichiara «incompatibili con il mercato comune e vietati tutti gli accordi tra imprese, tutte le decisioni di associazioni di imprese e tutte le pratiche concordate che possano pregiudicare il commercio tra Stati membri e che abbiano per oggetto o per effetto di impedire, restringere o falsare il gioco della concorrenza all'interno del mercato comune ed in particolare quelli consistenti nel: *a.* fissare direttamente o indirettamente i prezzi d'acquisto o di vendita ovvero altre condizioni di transazione; *b.* limitare o controllare la produzione, gli sbocchi, lo sviluppo tecnico o gli investimenti; *c.* ripartire i mercati o le fonti di approvvigionamento; *d.* applicare, nei rapporti commerciali con gli altri contraenti, condizioni dissimili per prestazioni equivalenti, così da determinare per questi ultimi uno svantaggio nella concorrenza; *e.* subordinare la conclusione di contratti all'accettazione, da parte degli altri contraenti, di prestazioni supplementari, che, per loro natura o secondo gli usi commerciali, non abbiano alcun nesso con l'oggetto dei contratti stessi».

di acquisto o vendita dei prodotti). Il par. 2 dichiara nulli (di pieno diritto) gli accordi o le decisioni vietati. Il par. 3 dichiara inapplicabili le disposizioni del par. 1 quando gli accordi contribuiscono «a migliorare la produzione o la distribuzione dei prodotti o a promuovere il progresso tecnico o economico, pur riservando agli utilizzatori una congrua parte dell'utile che ne deriva».

L'art. 102 prevede l'incompatibilità con il mercato comune di pratiche abusive poste in essere da imprese operanti in posizione dominante. Sono, pertanto, compresi in questa norma i comportamenti unilaterali assunti sul mercato da imprese trovantesi in questa posizione³.

L'ampia formulazione dell'art. 101 TFUE (circa le possibili forme di relazioni tra imprese) comprende gli accordi, le pratiche concordate e le decisioni di associazioni di imprese ed assicura alla Commissione europea la possibilità di sanzionare «qualsiasi forma di coordinamento sul mercato tra imprese»⁴. Perché vi sia accordo ai sensi della norma in parola la Corte di giustizia ritiene sufficiente che le imprese⁵ abbiano espresso la *volontà comune di comportarsi sul mercato in un modo determinato*⁶: in tal modo si verifica già un'artificiale alterazione del gioco della concorrenza sul mercato⁷. È, dunque, rilevante la presenza di un comportamento allineato tra più imprese purché sia

³ La prima fondamentale distinzione tra gli artt. 101 e 102 TFUE (che possono anche essere applicati congiuntamente, in relazione a "fattispecie plurioffensive") risiede nel fatto che l'art. 102 presuppone un'unilateralità del comportamento dell'impresa in posizione dominante, mentre l'art. 101 una bilateralità (o plurilateralità) di comportamenti delle imprese. V. la decisione della Commissione europea n. IV/34073 dell'11 marzo 1998, in *Guce* n. L 246 del 4 settembre 1998, p. 1 ss., ove il comportamento anticoncorrenziale di un'impresa in posizione dominante è stato individuato nella predisposizione unilaterale di clausole contrattuali restrittive e nell'imposizione di obblighi di esclusiva nei confronti dei distributori.

⁴ V. la decisione della Commissione europea n. 2005/566/Ce, *Akzo (o Cloruro di colina)*, in *Gu-Ue* n. L 190 del 22 luglio 2005, p. 22 ss., punto 177. In questo modo si riescono a colpire anche comportamenti difficili da considerare come un accordo: si pensi al caso di un'impresa che informa anticipatamente i concorrenti della propria futura politica commerciale, consentendo loro di adeguarsi.

⁵ L'art. 101 TFUE, come interpretato dalla giurisprudenza della Corte di giustizia, prende in considerazione una particolare tipologia di impresa, tanto che si parla di "impresa comunitaria"; tale nozione sarà esaminata più oltre. Viene considerata da questa norma sia la posizione sul mercato di imprese concorrenti che di imprese legate da una relazione verticale. In termini generali, la cooperazione di imprese non concorrenti sul mercato non ricade nel par. 1 dell'art. 101 TFUE (v. par. 24 della Comunicazione della Commissione, Linee direttrici sull'applicazione dell'art. 81 del Trattato Ce agli accordi di cooperazione orizzontale, in *Guce* n. C 3 del 6 gennaio 2001, p. 2).

⁶ La giurisprudenza comunitaria ha fatto riferimento, negli anni Settanta, al concetto di «comune volontà di comportarsi sul mercato in un determinato modo»; v. la sentenza della Corte di giustizia del 15 luglio 1970 in causa n. 41/69, *ACF Chemiefarma NV c. Commissione delle Comunità europee*, in *Raccolta*, 1970, p. 661, punto 112 e in questa *Rivista*, 1970, p. 307; la sentenza del Tribunale di primo grado del 17 dicembre 1991 in causa n. T-7/89, *Hercules Chemicals c. Commissione delle Comunità europee*, in *Raccolta*, 1991, II, p. 1711; la decisione della Commissione europea n. 2003/674/Ce del 2 luglio 2002, *Rhône-Poulenc (o Metiolina)*, in *Gu-Ue* n. L 255 dell'8 ottobre 2003, p. 1 ss.

⁷ Ai fini dell'applicabilità dell'art. 101 TFUE, una volta accertata la presenza di un accordo occorre ulteriormente verificare il carattere anticoncorrenziale del medesimo e, quindi, se esso crea una restrizione alla concorrenza per oggetto o per effetto.

(e costituisca) la fedele espressione della volontà delle parti⁸. Il modo di manifestarsi dell'accordo è indifferente.

Pertanto, per accertare la presenza di un accordo (in questo senso lato) non occorre rifarsi al diritto civile⁹, ma ai principi e alle regole peculiari del diritto *antitrust*, che valuta, innanzi tutto, i comportamenti consapevoli delle imprese.

La Commissione europea rinuncia, frequentemente, per praticità, in alcune decisioni, a differenziare l'accordo dalla pratica concordata¹⁰, mentre in altre opera distinzioni per l'intensità e la forma in cui si manifestano¹¹: nell'accordo prevale il fattore soggettivo, la volontà; nella pratica concordata il fattore oggettivo, la condotta sul mercato¹². Tuttavia, la distinzione è alquanto sfumata perché la Commissione europea perviene poi ad una nozione di intesa (comprendente l'accordo e la pratica concordata) che è sostanzial-

⁸ V. la sentenza della Corte di giustizia del 13 luglio 2006 in causa n. C-74/04 P, *Volkswagen AG c. Commissione delle Comunità europee*, in *Raccolta*, 2006, I, p. 6585.

⁹ V. la sentenza del Consiglio di Stato del 5 marzo 2002, n. 1303, in *Giust. civ.*, 2002, I, p. 2309, ove si precisa che «la nozione di accordo è diversa da quella civilistica». Da ciò ne consegue che anche la prova dell'accordo non subisce i limiti delle prove processuali; v. inoltre, la sentenza del TAR del Lazio del 13 settembre 2001, n. 7451, in *Foro amm.*, 2001.

¹⁰ V. la decisione della Commissione europea n. 86/398/Cee, in *Guce* n. L 230 del 18 agosto 1986, p. 1 ss., punto 88.

¹¹ V. la sentenza della Corte di giustizia dell'8 luglio 1999 in causa n. C-49/92 P., *Anic Participazioni S.p.A. c. Commissione delle Comunità europee*, in *Raccolta*, 1999, I, p. 4125, punto 131. Per quanto attiene alla pratica concordata, la Corte di giustizia ha affermato che quest'ultima implica un coordinamento fra le imprese che, senza averle portate sino all'attuazione di un vero e proprio accordo, rende possibile una consapevole collaborazione pratica fra le stesse evitando la concorrenza. Nella pratica concordata vi è un comportamento costante, uniforme e parallelo di una pluralità di imprese, frutto di una tacita volontà comune; vale a dire una concertazione che, pur non essendo formalizzata in un accordo, emerge dall'univocità dei comportamenti (v. la sentenza del Consiglio di Stato del 27 luglio 2001, n. 4118, in *Foro amm.*, 2001, p. 2089). Sulla distinzione, molto labile, tra «accordi» e «pratiche concordate», v. la sentenza della Corte di giustizia del 16 dicembre 1975 in cause riunite da n. 40 a n. 48, n. 50, da n. 54 a n. 56, n. 111, n. 113 e n. 114/73, *Coöperatieve Vereniging "Suiker Unie" UA e altri c. Commissione delle Comunità europee*, in *Raccolta*, 1975, p. 1663 e in questa *Rivista*, 1976, p. 81.

¹² Cfr. A. PAPPALARDO, *Il diritto comunitario della concorrenza*, Torino, Utet, 2007, p. 81. L'A. rileva che l'ingrediente indispensabile della pratica concordata è il comportamento allineato, ma che questo elemento tende a dissolversi allorché è sufficiente dimostrare che vi è una pratica concordata quando un'impresa partecipa ad una riunione finalizzata a comportamenti restrittivi della concorrenza e senza dissociarsi apertamente. In realtà, se è vero che la partecipazione ad una riunione non equivale a manifestare un comportamento, è anche vero che equivale a programmare un comportamento futuro, quindi alla base del giudizio vi è sempre un comportamento. Sul punto, v. la sentenza della Corte di giustizia del 7 gennaio 2004 in cause riunite n. C-204/00 P, n. C-205/00 P, n. C-211/00 P, n. C-213/00 P, n. C-217/00 P, n. C-219/00 P, *Aalborg e altri c. Commissione delle Comunità europee*, in *Raccolta*, 2004, I, p. 123; la sentenza del Tribunale di primo grado del 6 aprile 1995 in causa n. T-142/89, *Boel c. Commissione delle Comunità europee*, in *Raccolta*, 1995, II, p. 867, ove si afferma che «costituisce pratica concordata ai sensi dell'art. 85, n. 1 (ora 101 TFUE) del Trattato lo scambio tra imprese concorrenti di informazioni che possono essere usate per dar vita ad un'intesa. Qualora un'impresa partecipi, pur senza svolgervi un ruolo attivo, a riunioni tra imprese aventi ad oggetto la fissazione dei prezzi dei loro prodotti e non prenda pubblicamente le distanze dal loro oggetto, inducendo così gli altri partecipanti a ritenere che essa approvi il risultato delle riunioni e che intenda attenersi, può considerarsi dimostrata la sua partecipazione all'intesa conseguente alle dette riunioni».

mente oggettiva e tipicamente comportamentale, avente al centro l'effettività del contenuto anticoncorrenziale ovvero l'effettività di un atteggiamento comunque realizzato¹³. La volontarietà viene così riferita alla consapevolezza dell'impresa di raggiungere un accordo e non anche alla libera scelta della medesima nella formazione di questo.

La ricostruzione degli elementi dell'accordo e la precisa individuazione di due comportamenti identificabili come richiesta ed adesione avviene alla luce dei principi dettati dalla giurisprudenza della Corte di giustizia. Non è rilevante la forma esterna dell'accordo, intesa come modalità esplicativa della volontà, che può essere scritta, verbale o tacita, né la contestualità tra i comportamenti posti in essere¹⁴. Nemmeno è rilevante la struttura dell'accordo, che può assumere la veste di un contratto (quindi di un atto con valore vincolante¹⁵), di un *gentlemen's agreement* oppure di un semplice allineamento di comportamenti. È, tuttavia, sempre necessaria la partecipazione di due o più imprese¹⁶. Sfuggono, pertanto, alle fattispecie previste dall'art. 101 TFUE i comportamenti unilaterali¹⁷ di un'impresa cui non segue l'assenso della controparte. Ne consegue che, nelle imprese che operano in una rete distributiva,

¹³ V., sul punto, la sentenza del Consiglio di Stato del 27 luglio 2001, n. 4118, *cit. supra*, nota 11.

¹⁴ Nella sentenza della Corte di giustizia del 15 ottobre 2002 in cause riunite n. C-238/99 P, n. C-244/99 P, n. C-245/99 P, n. C-247/99 P, da n. C-250/99 P a n. C-252/99 P e n. C-254/99 P, *Limburgse Vinyl Maatschappij NV (LVM) e altri c. Commissione delle Comunità europee* (c.d. caso *Policloruro di vinile o PVC*), in *Raccolta*, 2002, I, p. 8375, a giudizio della Commissione «l'intero complesso di programmi e di accordi decisi dai produttori costituisce pertanto un unico accordo continuato ai sensi dell'art. 85, par. 1».

¹⁵ V. la sentenza del Tribunale di primo grado del 26 ottobre 2000 in causa n. T-41/96, *Bayer AG c. Commissione delle Comunità europee*, in *Raccolta*, 2000, II, p. 3383 ss., nonché la decisione della Commissione europea n. 89/189/Cee del 2 dicembre 1988 (caso *PVC*), in *Guce* n. L 74 del 17 marzo 1989, p. 1 ss.), ove: «Perché una restrizione costituisca un "accordo" ai sensi dell'art. 85 (ora art. 101 TFUE), non è necessario che le parti lo considerino giuridicamente vincolante. Invero, in un cartello segreto se le parti sono pienamente consapevoli dell'antigiuridicità del loro comportamento, esse chiaramente non desiderano che i loro accordi collusivi abbiano alcuna forza contrattuale. Vi è accordo ai sensi dell'art. 85 se le parti raggiungono un consenso su un progetto che limiti effettivamente o potenzialmente la loro libertà commerciale, stabilendo le linee direttrici della loro rispettiva azione o inerzia sul mercato».

¹⁶ Tra gli accordi compresi nell'art. 101 TFUE vi sono anche le intese verticali. Le imprese di un accordo verticale sono generalmente due, quando l'accordo è plurilaterale ad esso partecipano soggetti della medesima filiera distributiva; v. DG Concorrenza, Opuscolo Esplicativo sulla distribuzione e servizi di assistenza degli autoveicoli nell'Unione europea, reperibile sul sito internet http://ec.europa.eu/competition/sectors/motor_vehicles/legislation/explanatory_brochure_it.pdf.

¹⁷ La necessaria verifica della presenza dell'accordo, ai fini dell'applicazione dell'art. 101 TFUE, è un argomento, direttamente od indirettamente, abbondantemente speso dalla difesa delle imprese "incolpate": v. casi *Opel* (decisione della Commissione europea n. 2001/146/Ce del 20 settembre 2000, in *Guce* n. L 59 del 28 febbraio 2001, p. 1 ss.); *DaimlerChrysler AG c. Commissione delle Comunità europee* (sentenza del Tribunale di primo grado del 15 settembre 2005 in causa n. T-325/01, in *Raccolta*, 2005, II, p. 3319); *Allgemeine Elektrizitäts-Gesellschaft AEG-Telefunken AG c. Commissione delle Comunità europee* (sentenza della Corte di giustizia del 25 ottobre 1983 in causa n. 107/82, in *Raccolta*, 1983, p. 3151 ss.); *Ford-Werke AG e Ford of Europe Inc. c. Commissione delle Comunità europee* (sentenza della Corte di giustizia del 17 settembre 1985 in cause riunite n. 25 e n. 26/84, in *Raccolta*, 1985, p. 2725 ss.); *Dunlop Slazenger International Ltd c. Commissione delle Comunità europee* (sentenza della Corte di giustizia del 7 luglio 1994 in causa n. T-43/92, in *Raccolta*, 1994, II, p. 441 ss.).

l'assenso deve manifestarsi con un *quid pluris* rispetto alla semplice appartenenza alla rete¹⁸ tale da dimostrare almeno l'acquiescenza dell'accettante¹⁹ alle pressioni del proponente.

Sono stati ritenuti accordi anche regolamenti di interessi del tutto sfavorevoli²⁰ all'accettante, nella considerazione che tali scelte erano indotte da motivazioni opportunistiche²¹.

Il proponente e l'accettante possono anche essere privi della consapevolezza dell'antigiuridicità (dell'oggetto o degli effetti) dell'accordo²².

Da quanto precede emerge che la Corte di giustizia desume, nella sostanza, il concetto di accordo dalla presenza di comportamenti allineati tenuti da almeno due imprese sul mercato. Il richiamo enfatico alla necessaria presenza di una «concurrency of wills» è, in realtà, il richiamo alla bilateralità o plurilateralità dell'accordo, omette però di valutare fino a che punto la scelta delle parti sia libera²³.

L'art. 101 TFUE considera sia gli accordi (o intese) verticali che orizzontali tra imprese. I primi riguardano le imprese che operano a diverso livello di mercato (ad esempio un produttore ed un distributore), i secondi le imprese

¹⁸ V. la sentenza del Tribunale di primo grado del 3 dicembre 2003 in causa n. T-208/01, *Volkswagen AG c. Commissione delle Comunità europee*, in *Raccolta*, 2003, II, p. 5141 ss. Vedremo in seguito che il problema è stato posto dalla Corte di giustizia in alcune pronunce ove si adombrava che l'adesione alla rete distributiva da parte del distributore valesse come sua preventiva adesione alle richieste del produttore. Questa pronuncia è citata al par. 25 della Comunicazione della Commissione, *Orientamenti sulle restrizioni verticali* (in *Gu-Ue* n. C 138 del 28 maggio 2010, p. 16) come sentenza favorevole ad una adesione preliminare del distributore, rilasciata in sede contrattuale, alle richieste anticompetitive del produttore.

¹⁹ V. par. 206 della sentenza del Tribunale di primo grado del 9 luglio 2009 in causa n. T-450/05, *Automobiles Peugeot c. Commissione delle Comunità europee* in *Raccolta*, 2009, II, p. 2533. Nel lessico della Corte di giustizia il termine «acquiescenza» è sinonimo di «assenso».

²⁰ Si è ritenuto sussistesse un accordo anche quando il distributore è assoggettato a comportamenti imposti dal produttore che gli arrecano danno, impedendogli le vendite passive: v. la sentenza del Tribunale di primo grado del 9 luglio 2009, *Automobiles Peugeot*, cit. *supra*, nota 19, nonché la sentenza della Corte di giustizia del 6 aprile 2006 in causa n. C-551/03 P., *General Motors BV c. Commissione delle Comunità europee*, in *Raccolta*, 2006, I, p. 173.

²¹ Il distributore nella rete può sfruttare i notevoli vantaggi competitivi offerti da un sistema esclusivo o selettivo. In questo caso non viene meno il requisito della volontà. La scelta opportunistica è, infatti, una scelta consapevole, salvo che non sia una scelta "obbligata". Si valuta invece l'aspetto dell'intenzionalità sotto il profilo della sanzione applicabile all'impresa, *infra*, nota 101.

²² Nella sostanza, vi è accordo se i comportamenti sono stati posti in essere consapevolmente e non casualmente, ma non è rilevante la coscienza dell'antigiuridicità del comportamento, v. sentenze della Corte di giustizia del 1° febbraio 1978 in causa n. 19/77, *Miller c. Commissione delle Comunità europee*, in *Raccolta*, 1978, p. 131, e in questa *Rivista*, 1978, p. 499, e dell'8 novembre 1983 in cause riunite n. 96/102, n. 104, n. 105, n. 108 e n. 110/82, *N.V. IAZ International Belgium e altri c. Commissione delle Comunità europee*, in *Raccolta*, 1983, p. 3369.

Ragionando in termini di teoria generale del contratto, l'accordo ai sensi dell'art. 101 TFUE è un atto giuridico in senso stretto, il quale prescinde dalla consapevolezza degli effetti giuridici che si verificheranno.

²³ Nel caso in cui la scelta fosse indotta dalla inferenza dominante di un'impresa, verrebbe meno l'indipendenza dell'azienda sottomessa e non si potrebbe parlare di intesa ai sensi dell'art. 101 TFUE; anche le imprese che operano in una relazione verticale devono essere indipendenti strategicamente; v. *infra*, par. II.2.

che operano allo stesso livello (ad esempio due produttori) e che, quindi, sono concorrenti. Occorre rilevare che se ci si riferisce ad una intesa verticale, ad esempio ad un contratto di distribuzione tra un produttore ed un distributore, la nozione di accordo dovrebbe esser assunta in senso stretto, valorizzando l'elemento caratteristico dell'accordo (volontarietà) e svalutando quello della pratica concordata (allineamento comportamentale). Se si utilizzasse quest'ultimo elemento si finirebbe per considerare accordi verticali²⁴ anche meri comportamenti di imprese che si presentano apparentemente come allineati²⁵, ma che non necessariamente interpretano l'effettiva volontà delle parti. Nell'accordo verticale, le situazioni – sotto il profilo soggettivo – sono molto diverse: mentre è difficilmente spiegabile un comportamento allineato assunto da più imprese concorrenti sul mercato, al contrario, un analogo comportamento assunto da un produttore e da un distributore in una intesa verticale è facilmente spiegabile con il fatto che la relazione tra queste ultime imprese non è concorrenziale, ma complementare²⁶. La notazione non è di poco momento perché ciò che si può ragionevolmente pretendere da un concorrente potrebbe essere irragionevole se preteso da un soggetto che nella rete distributiva partecipa ad una comune politica commerciale. Nella pratica concordata diventa illecita la coordinazione tra imprese concorrenti anche in assenza di un vero e proprio "piano"²⁷, mentre nell'accordo verticale è naturale una coordinazione del distributore col produttore su un determinato piano e non sempre è possibile dissociarsi apertamente dalla politica commerciale del produttore. La giurisprudenza della Corte di giustizia sembra non tenere conto di questa differenza.

II. Gli accordi verticali e la disciplina della concorrenza

1. L'EVOLUZIONE DELLA GIURISPRUDENZA DELLA CORTE DI GIUSTIZIA

La Corte di giustizia, per accertare la presenza di un accordo tra imprese in una relazione orizzontale o verticale, ricorre allo schema tipico della formazione del contratto, verificando la presenza di una proposta (volta a tenere un determinato comportamento) e di una conforme accettazione. Non sempre però l'accettazione – quando si traduce in un atteggiamento meramente passi-

²⁴ V. il paragrafo seguente, ove si esamina la relazione tra due imprese che operano sul mercato a diverso stadio.

²⁵ V. la sentenza del Consiglio di Stato del 20 luglio 2001, n. 4053, in *Foro amm.*, 2001, p. 2065. Le imprese possono legittimamente sfruttare le opportunità offerte dal mercato, non possono però coordinarsi per determinare situazioni di mercato.

²⁶ Cfr. A. PAPPALARDO, *Il diritto comunitario della concorrenza*, cit. *supra*, nota 12, p. 239.

²⁷ V. la sentenza della Corte di giustizia del 14 giugno 1981 in causa n. 172/80, *Zuchner c. Baierische Vereinsbank AG*, in *Raccolta*, 1981, p. 2021.

vo – si manifesta come comportamento concludente (quindi chiaramente identificabile come adesione); di frequente si presenta come scarsa (si potrebbe dire svogliata) partecipazione²⁸ dell'accettante alla proposta o non aperta dissociazione²⁹ oppure mera acquiescenza³⁰. Il comportamento dell'accettante è considerato, anche in tali casi, come libera manifestazione di volontà perché si considera – spesso aprioristicamente – la sua ipotetica (ed alternativa) possibilità di dissociarsi. Ipotesi a volte irrealistica. Nel caso *Pioneer*³¹ è sufficiente la trasmissione di lamentele della casa madre al distributore per determinare immediato allineamento di quest'ultimo alle proprie richieste: evidentemente il distributore non poteva nemmeno immaginare un contrasto con il produttore. Nel caso *BMW*³² la Corte di giustizia afferma che il vincolo di dipendenza economica dei concessionari poteva probabilmente condizionare la loro libertà di iniziativa e di decisione, ma che, tuttavia, tale vincolo non escludeva la possibilità dei concessionari di rifiutare il proprio consenso all'accordo proposto³³ perché un numero rilevante di concessionari della rete

²⁸ V. la sentenza della Corte di giustizia dell'11 gennaio 1990 in causa n. C-277/87, *Sandoz S.p.A. c. Commissione delle Comunità europee*, in *Raccolta*, 1990, I, p. 45 ss. Nel caso *VAG Leasing* (sentenza della Corte di giustizia del 24 ottobre 1995 in causa n. C-266/93, *Bundeskartellamt c. Volkswagen AG e Vag Leasing GmbH*, in *Raccolta*, 1995, I, p. 3477), discusso avanti la Corte di giustizia, la Commissione europea sostiene che una lettera circolare di Volkswagen indirizzata ai concessionari, intesa a far sì che utilizzassero solo i servizi di *leasing* della casa, costituisce un accordo.

²⁹ L'utilizzo di un ampio concetto di accordo finisce per rendere impalpabile il confine tra gli artt. 101 e 102 TFUE che, invece, è netto: la prima norma presuppone un comportamento illegittimo non perché imposto da un'impresa egemone, ma perché condiviso.

³⁰ Nel caso *Akzo* (*cit. supra*, nota 4) si afferma: «The agreement may be express or implicit in the behaviour of the parties, since a line of conduct may be evidence of an agreement. If an undertaking is present at meetings that have a manifestly anti-competitive purpose, unless it openly distances itself from what is agreed, it will be considered to be a party even if it does not in fact abide by the outcome of the meetings. Furthermore, it is not necessary, in order to be an infringement of Article 81(1) of the Treaty, for the participants to have agreed in advance upon a comprehensive common plan (...)». Nella decisione *Opel* (*cit. supra*, nota 17), la Commissione europea rileva che i concessionari hanno svolto una parte passiva, ma ritiene sussistente l'accordo; essa esclude che le iniziative di Opel costituiscano atti unilaterali e precisa che esse, una volta adottate dai concessionari diventano un accordo, v. G. COLANGELO, *Volkswagen e il concetto di intesa nell'era del dopo Adalat. Tribunale di primo grado delle Comunità europee 3 dicembre 2003, n. C-208/1*, in *Corr. giur.*, 2004, p. 1157 ss. Per comprendere la linea di tendenza della Commissione europea occorre rifarsi alla sua concezione di accordo. Già nel caso *Polipropilene* (decisione della Commissione del 23 aprile 1986, n. 86/398, *Montedipe c. Commissione delle Comunità*, in *Guce* n. L 230 del 18 agosto 1986, p. 1) la Commissione europea evidenziava che anche il mero allineamento delle imprese vale a costituire un accordo.

³¹ V. sentenza della Corte di giustizia del 7 giugno 1983 in cause riunite n. 100 e n. 103/80, *SA Musique Diffusion française c. Commissione delle Comunità europee*, in *Raccolta*, 1980, p. 1825 ss.

³² V. sentenza della Corte di giustizia del 12 luglio 1979 in cause riunite n. 32, n. 36 e n. 82/78, *BMW Belgium SA c. Commissione delle Comunità europee*, in *Raccolta*, 1979, p. 2435 ss.

³³ La Commissione europea, nel settore *automotive*, pur trovandosi di fronte a casi di evidente non indipendenza strutturale dei distributori, ha poi solo verificato se esistesse o meno l'accordo. Ciò emerge in modo evidente nella sentenza del Tribunale di primo grado del 9 luglio 2009 in causa n. T-450/05, *Automobiles Peugeot SA e Peugeot Nederland NV c. Commissione delle Comunità europee*, *cit. supra*, nota 19.

si era astenuto dalle condotte illecite proposte dal costruttore³⁴.

Dunque o il concessionario si dissocia o, con l'appartenenza alla rete distributiva, dimostra tacitamente di accettare le politiche (anticoncorrenziali) del produttore³⁵. Nel caso *Volkswagen*, discusso avanti il Tribunale di primo grado³⁶, la Commissione europea rileva che in un sistema distributivo selettivo l'ingresso del distributore nella rete determina una sorta di acquiescenza dello stesso alle «manufacturer's calls» e quindi l'accettazione delle richieste del produttore è consapevolmente rilasciata in anticipo nel momento in cui si accettano gli impegni di ingresso nella rete³⁷. La tesi riprende la posizione espressa nel caso *AEG*³⁸ dalla Commissione europea ove si pone la fondamentale distinzione tra allineamento alla politica del produttore in relazione ad un obbligo contrattuale od ad una successiva richiesta. Nella sostanza, si arriva alla conclusione che il comportamento di un'impresa non costituisce misura unilaterale bensì accordo se si inquadra in una relazione contrattuale tra un fabbricante ed i suoi distributori, relazione che previamente abilita il produttore ad assumere determinati atteggiamenti.

Le premesse del caso *AEG* servono per spiegare le decisioni *Volkswagen II*³⁹, *Bayer*⁴⁰ e *Adalat*⁴¹, ove si assiste ad un *revirement* della giurisprudenza

³⁴ In realtà in causa non era chiaro se concessionari che non avevano assecondato le richieste del produttore lo avessero fatto per scelta consapevole o per altri motivi. Alcuni di essi si erano infatti difesi eccependo di essere stati impossibilitati ad operare scelte diversificate.

³⁵ V. la sentenza del Tribunale di primo grado del 6 aprile 1995 in causa n. T-141/89, *Trefileurope c. Commissione delle Comunità europee*, in *Raccolta*, 1995, II, p. 791.

³⁶ V. sentenza del Tribunale di primo grado del 3 dicembre 2003 in causa n. T-208/01, *Volkswagen AG c. Commissione delle Comunità europee (VWII)*, cit. *supra*, nota 18.

³⁷ La tesi, poi riformata, presentava un'evidente illogicità nel momento in cui il distributore, all'atto dell'accordo, poteva non essere consapevole delle richieste successive del produttore; l'affermazione che si è consapevoli se non ci si dissocia da un accordo (v. la sentenza del Tribunale di primo grado del 6 aprile 1995, *Trefileurope c. Commissione delle Comunità europee*, cit. *supra*, nota 35) è molto debole in contratti di durata, spesso incompleti.

³⁸ V. sentenza della Corte di giustizia del 25 ottobre 1983, *Allgemeine Elektrizitäts-Gesellschaft AEG-Telefunken AG*, cit. *supra*, nota 17. Al punto 38 viene ipotizzato che l'adesione del distributore ad una rete di distribuzione selettiva implica anche l'adesione alle politiche poste in essere dal produttore le quali, proprio per la struttura della rete, non assumono il carattere di atto unilaterale. L'assunto viene facilitato dalla presenza di clausole contrattuali ove il distributore accetta le determinazioni del produttore. In realtà, è la stessa struttura della rete che determina naturali allineamenti. Nel caso *Ford* (sentenza della Corte di giustizia del 17 settembre 1985, *Ford-Werke AG e Ford of Europe Inc.*, cit. *supra*, nota 17) la Commissione europea sostiene con successo che in caso di ammissione al sistema distributivo selettivo il rivenditore accetta i vantaggi del sistema e le politiche del costruttore volte a proteggerlo e, inoltre, che: «l'ammissione alla rete dei distributori implica l'accettazione da parte dei medesimi della politica del costruttore».

³⁹ V. sentenza della Corte di giustizia del 3 dicembre 2003, *Volkswagen AG c. Commissione delle Comunità europee*, cit. *supra*, nota 18.

⁴⁰ V. sentenza del Tribunale di primo grado del 26 ottobre 2000 in causa n. T-41/96, *Bayer*, cit. *supra*, nota 15.

⁴¹ L'argomento della mancanza della prova dell'accordo è fortemente evocato dai difensori di Volkswagen nelle diverse controversie che hanno coinvolto la casa automobilistica. Nella prima causa, *Volkswagen I*, conclusa con la sentenza della Corte di giustizia del 18 settembre 2003 in causa n. C-338/00 P, *Volkswagen c. Commissione delle Comunità europee*, in *Raccolta*, 2003, I, p. 9189, la Corte di giustizia mostra di applicare il principio delle decisioni *AEG* e *Ford*, affermando

che richiede la prova effettiva dell'accettazione del distributore e fa prepotentemente riemergere il requisito della volontarietà dell'accordo (non tanto sotto il profilo della consapevolezza del medesimo, quanto sotto quello della libera scelta di adesione), recuperando lo schema civilistico della formazione del contratto. Questa linea di tendenza è stata salutata con favore dalla dottrina⁴² che si è chiesta se non debbano essere maggiormente indagati i rapporti di forza tra le imprese e le condizioni ambientali in cui avviene il consenso del distributore. Non si può dire, tuttavia, che si sia consolidata una linea giurisprudenziale che valorizzi anche, oltre alla bilateralità dei comportamenti, la volontà delle parti. Nella decisione *Peugeot*⁴³ il Tribunale ricerca semplicemente la presenza di un *comportamento* conforme dei concessionari, esplicito o tacito. In tal modo l'accordo non è più uno scambio fondato sul libero volere quanto uno scambio di meri comportamenti, anche non sottesi da libera volontà, e la nozione di concorso di volontà («concurrency of wills») appare sostituita da quella di assenso della controparte⁴⁴.

La Commissione europea sembra ora voler aderire al nuovo corso della giurisprudenza e spiega la propria posizione attuale al par. 25 degli *Orientamenti sulle restrizioni verticali*⁴⁵. Non ha tuttavia sfruttato questa occasione per fare completa chiarezza. In tale documento la Commissione europea, prendendo le mosse dalle passate posizioni⁴⁶, precisa che, nel caso di compor-

che: «secondo una costante giurisprudenza un invito rivolto da un produttore di autoveicoli ai suoi rivenditori non costituisce atto unilaterale che esulerebbe dal divieto dell'art. 85.1 (ora art. 101 TFUE), bensì un accordo ai sensi della medesima disposizione, allorché si inserisce in un complesso di rapporti commerciali continuativi disciplinati da un accordo generale predeterminato». Nella causa *Volkswagen II* il Tribunale e poi la Corte accedono alla considerazione che non vi era la prova di una «concurrency of wills» e viene annullata la decisione della Commissione. Sul concetto di accordo come «concurrency of wills», quindi di una scelta consapevole e ponderata riscontrabile da atti o comportamenti univoci, v. di recente, sentenza del Tribunale di primo grado del 30 aprile 2009 in causa n. T-18/03, *CD-Contact Data GmbH c. Commissione delle Comunità europee*, in *Raccolta*, 2009, II, p. 1021. Tesi analoghe vengono spiegate dalle difese dei legali delle case automobilistiche coinvolte nei casi *General Motors* (sentenza del Tribunale di primo grado del 21 ottobre 2003 in causa n. T-368/00, *General Motors Nederland BV e Opel Nederland BV c. Commissione delle Comunità europee*, in *Raccolta*, 2003, II, p. 4491 ss.) e *Automobiles Peugeot* (decisione della Commissione europea n. 2006/431/Ce del 5 ottobre 2005, in *Gu-Ue* n. L 173 del 27 giugno 2006, p. 20 ss.).

⁴² Cfr. A. PAPPALARDO, *Il diritto comunitario della concorrenza*, cit. supra, nota 12, p. 75, il quale a proposito del caso *Sandoz* (cit. supra, nota 28) ricorda che: «secondo la Corte il profilo bilaterale risiedeva nella tacita accettazione da parte dei distributori della linea di comportamento adottata dal produttore nei loro confronti». L'A. rileva, tuttavia, che in seguito alle pressioni del concedente è irrealistico pensare che i distributori dispongano di un'effettiva alternativa comportamentale.

⁴³ Cit. supra, nota 19.

⁴⁴ Anche qui si nota una sovrapposizione della fattispecie dell'accordo con quella della pratica concordata perché si valutano, in entrambe, comportamenti giudicati allineati in assenza di una dissociazione palese di un'impresa.

⁴⁵ Cit. supra, nota 18. V. inoltre, sulla "riforma" delle intese verticali, G. BRUZZONE - A. SAIJA, *Le nuove regole europee sugli accordi verticali*, in *Contratto e Impresa /Europa*, 2010, p. 635 ss.

⁴⁶ Si parte dalla constatazione che, per formare un accordo, è sufficiente l'espressione di una comune volontà da parte di due o più imprese.

tamenti unilaterali di una parte, è necessario accertare se la controparte abbia effettivamente aderito alle richieste del proponente. Richiama così la giurisprudenza *Adalat*, ma continua a procedere su posizioni ben lontane dalla proclamata «concurrency of wills». Le prove richieste per accertare l'assenso del distributore non sono, infatti, dirette a ricercare la sua libera volontà.

Ingiustificatamente – a nostro avviso – la Commissione europea, supportata dalla Corte di giustizia, rinuncia ad investigare sull'indipendenza del distributore allorché questi sia parte di un rapporto verticale. Svolge, invece, questa ricerca, come si dirà in seguito, nella relazione societaria di gruppo. L'omissione di questa indagine fa sì che alla relazione verticale potrebbe non essere applicabile l'art. 101 TFUE, ma l'art. 102 TFUE⁴⁷, ove ne ricorrano le condizioni (in particolare, la posizione dominante sul mercato). La relazione verticale non è, infatti, di ostacolo alla realizzazione della fattispecie dell'art. 102, anzi, molto spesso, le pratiche abusive rilevanti ai sensi dell'art. 102 fanno riferimento a relazioni contrattuali tra l'impresa dominante e le altre imprese.

2. L'INDIPENDENZA DELLE IMPRESE NEGLI ACCORDI VERTICALI

Le imprese considerate dall'art. 101 TFUE sono quelle in grado di scegliere liberamente la propria politica commerciale o industriale: solo in tal modo possono porre in essere un comportamento tale da ridurre od eliminare, anche solo in potenza, la concorrenza sul mercato. La mancanza di indipendenza si verifica quando – come si vedrà in seguito – un'impresa riesce ad esercitare un'influenza dominante su di un'altra. Non necessariamente questo potere deriva all'impresa dominante da una posizione di controllo azionario: nell'ipotesi in cui una società sia azionista di minoranza di una società, ma eserciti, ciononostante, un controllo effettivo su di essa, sembra ipotizzabile che le due società possano essere considerate come *non concorrenti* ed i loro rapporti ricadere al di fuori dell'art. 101 TFUE⁴⁸. Il controllo può ovviamente anche derivare da una intensa relazione contrattuale, ad esempio di fornitura. La relazione di fornitura (di beni o servizi) è la tipica relazione di un accordo verticale, cioè tra un produttore ed un distributore. In tali casi raramente il

⁴⁷ Nella sentenza della Corte di giustizia del 24 ottobre 1996 in causa n. C-73/95 P, *Viho Europe BV c. Commissione delle Comunità europee*, in *Raccolta* 1996, I, p. 5457, la Corte rileva che quando un'impresa opera in modo unitario con un'altra un eventuale comportamento anticoncorrenziale va esaminato sotto il profilo dell'art. 82 TCE (ora 102 TFUE). L'influenza dominante di un'impresa su di un'altra elimina, infatti, totalmente il rapporto concorrenziale tra le imprese e rende inapplicabile l'art. 101 TFUE.

Sul punto, v. Comunicazione della Commissione, *Orientamenti sulle priorità della Commissione nell'applicazione dell'art. 82 del Trattato CE al comportamento abusivo delle imprese dominanti volto all'esclusione dei concorrenti*, in *Gu-Ue* n. C 45 del 24 febbraio 2009, p. 7.

⁴⁸ Cfr. I. VAN BAELE - J. F. BELLIS, *Il diritto della concorrenza nella CE*, Torino, Giappichelli, 1995, p. 32.

produttore vorrà sostituirsi al distributore per deciderne la politica commerciale (v. par. II.7), tuttavia la stessa presenza del distributore in una rete distributiva allestita dal produttore rende il rapporto tra le due imprese non concorrenziale, ma complementare: è logico, dunque, chiedersi quali problematiche pone questo tipo di rapporto. Nell'intesa verticale non vi sono interessi convergenti che possano indurre a disegni anticoncorrenziali, ma interessi differenziati (il distributore tende a massimizzare i profitti, riducendo quelli del produttore⁴⁹). Tuttavia una relazione verticale può causare sul mercato effetti nocivi per la concorrenza, ampiamente evidenziati dalla Commissione europea negli *Orientamenti sulle restrizioni verticali*⁵⁰, conseguentemente si è ritenuto opportuno non sottrarla alle previsioni dell'art. 101 TFUE, ma è ancora irrisolto il problema dell'indipendenza delle imprese in tale relazione.

In passato si è dubitato che nelle intese verticali le imprese coinvolte e, in particolar modo, i distributori avessero effettiva libertà comportamentale: è, infatti, immediata la constatazione che il distributore ben difficilmente può assumere una posizione antagonista (di rivalità) rispetto al produttore. Quando il produttore (o fornitore)⁵¹ crea una "propria" rete di imprese per la distribuzione, i distributori (o acquirenti) tendono a rinunciare all'indipendenza strategica ed ad operare sul mercato adattandosi (anche solo passivamente) alla politica del produttore. Tale adattamento (in alcuni casi imposto da clausole contrattuali) è comunque favorito, da una parte, dalla disparità di forza economica tra produttore e distributore e dalla frequente incapacità di quest'ultimo di operare una diversificazione dell'investimento in tempi brevi (*switching cost*)⁵², dall'altra, dalla sua integrazione nel sistema distributivo del produttore⁵³. La questione è stata

⁴⁹ Cfr. A. FRIGNANI - R. PARDOLESI, *La concorrenza*, Torino, Giappichelli, 2006, p. 107. È stato notato, esaminando la posizione dell'agente di commercio e delle sue varie configurazioni (impresa integrata e non indipendente oppure impresa indipendente) che nelle organizzazioni in rete il rapporto non concorrenziale in cui si trovano il produttore ed il distributore giustifica l'applicazione di regole diverse rispetto a quelle applicabili alle imprese rivali sul mercato, v. L. IOANNIS, *Commercial agency agreements, vertical restraints and the limits of art. 81 EC between hierarchies and network*, in *Journal of Competition Law and Economic*, Oxford University, 2007. L'A. arriva alla conclusione che nelle relazioni in rete possono essere consentite restrizioni in tesi vietate dall'art. 101 TFUE alle imprese concorrenti.

⁵⁰ *Cit. supra*, nota 18.

⁵¹ Nella normativa sulle intese verticali le parti sono indicate, generalmente, come «fornitore» ed «acquirente». In altre normative, come quella della responsabilità da prodotto, il termine «fornitore» sta per «distributore».

⁵² «(...) la loro [dei distributori] attività è fortemente condizionata dalle relazioni contrattuali che li legano ai costruttori e nell'ambito delle quali occupano inevitabilmente (...) la posizione più debole. L'impostazione, da parte del costruttore, di condizioni contrattuali eccessivamente restrittive (...) può scoraggiare l'assunzione di iniziative commerciali competitive da parte dei distributori», A. PAPPALARDO, *Il diritto comunitario della concorrenza*, *cit. supra*, nota 12, p. 279.

⁵³ La condivisione da parte del distributore delle richieste del costruttore può essere determinata dal costo economico della scelta di disallineamento. Se, ad esempio, il distributore ha fatto forti investimenti, non adattabili velocemente ad un diverso prodotto, difficilmente si opporrà alle richieste del produttore. Fintanto che la scelta del distributore è assunta in termini di maggior profitabilità, si può ritenere che essa sia libera, ma si deve diversamente opinare se il distributore non ha alternative praticabili: sono stati ripetutamente esaminati, dalla giurisprudenza comunitaria, gli ef-

sollevata – in epoca ormai risalente – dal Governo italiano nelle cause avanti la Corte di giustizia, *Italia c. Commissione e Grundig*⁵⁴. Il Governo italiano faceva rilevare che nella relazione verticale tra produttori e distributori vi è una mancanza naturale di indipendenza del distributore, conseguentemente concludeva che le intese verticali avrebbero dovuto essere escluse dall'applicazione dell'art. 101 TFUE (allora art. 85 TCEE). La posizione del nostro Governo partiva da un'eccessiva generalizzazione, poiché non teneva conto della circostanza che la posizione di debolezza relazionale del distributore verso il produttore va poi ne-

fetti fidelizzanti determinati da sconti o *bonus* predisposti dal produttore in modo che il distributore debba progressivamente aumentare le quote di approvvigionamento (v. sentenza del Tribunale di primo grado del 30 settembre 2003 in causa n. T-203/01, *Manufacture française des pneumatiques Michelin c. Commissione delle Comunità europee*, in *Raccolta*, 2003, II, p. 4071, ove: «una situazione del genere può impedire ai rivenditori di scegliere, in qualsiasi momento, liberamente ed in relazione alla situazione del mercato, la più favorevole tra le offerte provenienti dai vari concorrenti e di cambiare fornitore senza subire un rilevante svantaggio economico. Essa limita quindi la possibilità, per i rivenditori, di scegliere le fonti di approvvigionamento e rende più difficile per i concorrenti l'accesso al mercato. Né il desiderio di vendere di più, né il desiderio di programmare meglio la produzione possono giustificare una siffatta restrizione della libertà di scelta e dell'indipendenza del cliente. La situazione di dipendenza dei rivenditori, creata dal sistema di sconti in esame, non si basa quindi su alcun corrispettivo economicamente giustificato».

⁵⁴ V. sentenza della Corte di giustizia del 13 luglio 1966 in causa n. 32/65, *Repubblica italiana c. Consiglio della Comunità economica europea e Commissione della Comunità economica europea*, in *Raccolta*, 1966, p. 296, e in questa *Rivista*, 1966, p. 211, nonché sentenza della Corte di giustizia del 13 luglio 1966 in cause riunite n. 56 e n. 58/64, *Etablissements Consten S. à R. L. e Grundig-Verkaufs-GmbH c. Commissione della Comunità economica europea*, in *Raccolta*, 1966, p. 458 e in questa *Rivista*, 1966, p. 199. Degne di menzione risultano, in particolare, le considerazioni svolte dalla Corte di giustizia in quest'ultimo caso, con riferimento all'applicabilità dell'ex art. 85 (ora 101 TFUE), par. 1, ai contratti di esclusiva. Afferma la Corte: «le ricorrenti assumono che il divieto dell'art. 85, par. 1, si applica solo alle intese dette orizzontali. Il Governo italiano sostiene inoltre che i contratti di esclusiva non sono "accordi tra imprese" ai sensi di detta disposizione, non trovandosi le parti su un piede di uguaglianza; nei confronti di detti contratti, la libertà della concorrenza potrebbe essere tutelata solo in virtù dell'art. 86 del Trattato. La Corte rileva che né il tenore dell'art. 85 né quello dell'art. 86 giustificano una siffatta specializzazione di detti due articoli in funzione dello stadio economico al quale i contraenti operano. L'art. 85, riferendosi in via generale a tutti gli accordi che falsano la concorrenza nell'ambito del mercato comune, non fa alcuna distinzione a seconda che siano intervenuti fra operatori concorrenti allo stesso stadio oppure fra operatori non concorrenti che agiscono in stadi diversi. Per motivi di principio, non si possono effettuare distinzioni ignote al Trattato. Non si può inoltre escludere l'applicabilità dell'art. 85 ad un accordo di concessione esclusiva affermando che concedente e concessionario non sono in concorrenza fra loro. La concorrenza può essere alterata ai sensi dell'art. 85, par. 1, non solo da accordi che la limitano fra le parti, ma anche da accordi che impediscono o restringono la concorrenza che potrebbe aver luogo fra una di esse e i terzi. Sotto questo aspetto è indifferente che le parti si trovino o meno su un piede di uguaglianza per quanto riguarda la loro posizione e la loro funzione economica. Ciò è tanto più vero in quanto, con l'accordo, le parti potrebbero cercare, impedendo e limitando la concorrenza dei terzi, di creare o garantire a loro favore un vantaggio ingiusto a danno del consumatore o dell'utente, in contrasto con gli obiettivi generali dell'art. 85». Va rilevato che in quegli anni l'esigenza primaria della Corte di giustizia era quella di salvaguardare il principio della libertà degli scambi nel mercato comune, come chiaramente emerge dalla sua sentenza del 30 giugno 1966 in causa n. 56/65, *Société Technique Minière c. Maschinenbau Ulm GmbH*, in *Raccolta*, 1966, p. 262, e in questa *Rivista*, 1966, p. 195, ove: «onde stabilire se un accordo ha lo scopo di alterare la concorrenza all'interno del mercato comune, si deve anzitutto considerare l'oggetto dell'accordo (...). Se dall'esame (...) non risulta che l'accordo possa seriamente nuocere alla concorrenza, si dovranno prendere in considerazione gli effetti dell'accordo stesso e sarà passibile di divieto se sussistono allo stesso tempo, gli elementi comprovanti che il gioco della concorrenza è stato in concreto impedito, ristretto o falsato in modo sensibile; il gioco della concorrenza si deve considerare come avrebbe operato in effetti senza l'accordo litigioso» (massima).

cessariamente verificata in fatto: dunque, il problema non si pone in termini generali, ma specifici.

Nel caso *Grundig*⁵⁵ si perviene all'esame di un altro punto di decisiva importanza. La Corte di giustizia rileva che anche all'interno di una rete distributiva è necessario salvaguardare la concorrenza della marca. L'obiettivo di realizzare il mercato interno fa sì che le imprese non possano costituire barriere di natura privata fra gli Stati membri, là dove le barriere statali sono state abolite⁵⁶. In questa ottica, non è solo rilevante la concorrenza tra le marche (*interbrand*), ma anche quella nella marca (*intra-brand*), la quale non si sottrae alle regole *antitrust*. Va quindi assicurata, anche all'interno di una rete, una sufficiente base concorrenziale⁵⁷. In quest'ottica anche le restrizioni *intra-brand* (ad esempio, una esclusiva di zona) diventano rilevanti. La Corte sottrae, pertanto, all'art. 101 TFUE solo la distribuzione diretta, mentre vi comprende la distribuzione attraverso imprese indipendenti⁵⁸. La prima rimane soggetta al solo art. 102 TFUE (abuso di posizione dominante).

Attualmente non si dubita più che una relazione verticale rientri nell'art. 101 TFUE, tanto che ad essa sono stati dedicati regolamenti di esenzione per categoria: rimangono, tuttavia, come vedremo, molto superficiali le analisi sui comportamenti dei distributori⁵⁹.

3. GLI INTERVENTI PER ASSICURARE L'INDIPENDENZA DEL DISTRIBUTORE NEGLI ACCORDI VERTICALI

La Commissione europea è consapevole della naturale carenza di indipendenza del distributore, soprattutto in certi settori, tra i quali quello automobilistico⁶⁰. Per assicurare maggior equilibrio relazionale la Commissione

⁵⁵ L'applicabilità dell'art. 101 TFUE (allora numerato come art. 85 TCEE) alle intese verticali, cioè alle intese che coinvolgono imprese operanti a diverso livello di mercato, risale alle sentenze rese negli anni Sessanta dalla Corte di giustizia note come *Société Technique Minière* e *Grundig* (cit. supra, nota 54). La relazione verticale è, infatti, idonea a creare effetti sul mercato sia a livello di concorrenza *intra-brand* che *interbrand*. Ad esempio, una situazione di forte chiusura del mercato ottenuta attraverso i contratti di distribuzione in esclusiva di zona può presentarsi come una barriera all'entrata per i concorrenti.

⁵⁶ V. punto 7 degli *Orientamenti sulle restrizioni verticali*, cit. supra, nota 18.

⁵⁷ V. anche G. STROZZI (a cura di), *Diritto dell'Unione europea*, Torino, Giappichelli, 2010, p. 301.

⁵⁸ Nota un approccio iniziale della Commissione europea eccessivamente negativo verso le restrizioni verticali, recentemente modificato, F. GOBBO, *Il mercato e la tutela della concorrenza*, Bologna, il Mulino, 1997, p. 91, nota 7.

⁵⁹ Evidenziano questa situazione, A. FRIGNANI - R. PARDOLESI, *La concorrenza*, cit. supra, nota 47, p. 107.

⁶⁰ Cfr. E. VAN GINDERACHTER, *How does European Competition Policy contributes to the creation of a single market for car distribution which will benefit consumers*, European Competition Day, panel «Car Distribution», 9 giugno 2000, Lisbona. Sulla tematica, v. di recente M. F. PORTINCASA, *La distribuzione di autoveicoli in Europa: quale futuro?*, in questa Rivista, 2009, p. 601 ss.

europea ha operato però in modo contraddittorio. In passato ha fatto affidamento sui regolamenti di esenzione per categoria nel settore della distribuzione⁶¹, emanati in funzione del par. 3 dell'art. 101 TFUE, confidando che, attraverso questi, avrebbe potuto assicurare al distributore una sufficiente libertà decisionale.

Con il regolamento n. 1400/2002/Ce⁶², dettato per il settore automobilistico, ha proceduto ad una dettagliata previsione delle clausole ammissibili e di quelle vietate, riprendendo la struttura dei regolamenti precedenti a quello n. 2790/1999/Ce, essenzialmente basato solo su un gruppo di clausole vietate. Nel regolamento n. 1400/2002/Ce vengono stabilite norme che incidono sul rapporto sostanziale in modo significativo, volte: *a.* ad impedire determinazioni contrattuali unilaterali da parte del costruttore (sostituito, in tale determinazione, da un esperto *super partes*⁶³); *b.* a motivare il recesso⁶⁴; *c.* a fissare una base minima di durata del contratto; *d.* ad autorizzare preventivamente il distributore a vendere l'azienda ad un altro membro della rete; *e.* a limitare (nel tetto del 30% del suo fabbisogno annuo) i quantitativi di approvvigionamento di merci del distributore presso il produttore.

Con il regolamento n. 461/2010/Ue, che sostituisce il regolamento n. 1400/2002/Ce, si registra un netto cambio di rotta e le clausole di stabilità di cui sopra non sono state riproposte, suscitando molte perplessità nei distributori⁶⁵.

⁶¹ I più recenti sono: il regolamento n. 2790/1999/Ce della Commissione del 22 dicembre 1999, relativo all'applicazione dell'art. 81, par. 3, del Trattato Ce a categorie di accordi verticali e pratiche concordate, in *Guce* n. L 336 del 29 dicembre 1999, p. 21, sostituito dal regolamento n. 330/2010/Ue della Commissione del 20 aprile 2010 relativo all'applicazione dell'art. 101, par. 3, del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea a categorie di accordi verticali e pratiche concordate, in *Gu-Ue* n. L 102 del 23 aprile 2010, p. 1; il regolamento n. 1400/2002/Ce, in *Guce* n. L 203 del 1° agosto 2002, p. 30 ss., sostituito dal regolamento n. 461/2010/Ue della Commissione del 27 maggio 2010, relativo all'applicazione dell'art. 101, par. 3, del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea a categorie di accordi verticali e pratiche concordate nel settore automobilistico, in *Gu-Ue* n. L 129 del 28 maggio 2010, p. 52 ss.; non è stato reiterato il regolamento n. 4087/88/Cee della Commissione del 30 novembre 1988 concernente l'applicazione dell'art. 85, par. 3, del Trattato a categorie di accordi di *franchising*, in *Guce* n. L 359 del 28 dicembre 1988, p. 46.

⁶² Il regolamento n. 1400/2002/Ce appare la massima espressione di quella tipologia di regolamenti che hanno struttura molto articolata, composta da clausole vietate ed ammesse. Le clausole ammesse erano definite "clausole bianche"; quelle vietate "clausole nere". Rientravano, invece, nelle "clausole colorate" le disposizioni soggette a valutazione.

⁶³ Lo stesso concetto era presente al *considerando* n. 17 del primo regolamento *automotive* n. 123/85/Cee. Nella sentenza della Corte di giustizia del 30 aprile 1998 in causa n. C-230/96, *Cabour SA and Nord Distribution Automobile SA c. Arnor "SOCO" SARL*, sostenuta da *Automobiles Peugeot SA and Automobiles Citroën*, in *Raccolta*, 1998, I, p. 2055 ss., si rileva che l'interpretazione sistematica del regolamento n. 123/85/Cee porta a ritenere che gli obiettivi contrattuali fissati dalle parti (cioè i livelli di prestazione cui sono tenute le parti) devono sempre essere negoziati e costituiscono obbligazione di mezzi.

⁶⁴ L'introduzione dell'obbligo di motivazione del recesso incide sull'elemento più forte che ha a disposizione il produttore nell'asservire il distributore: la minaccia del mancato rinnovo del contratto o del recesso.

⁶⁵ Cfr. A. PAPPALARDO, Parere espresso per conto di FEDERAICPA, in data 4 luglio 2008, destinato alla Commissione europea e reperibile sul sito internet <http://www.federauto.eu/federaicpa/>

La Commissione europea è stata indotta a mutare la propria posizione⁶⁶ dalle forti critiche che le erano state rivolte per un'eccessiva contrattualizzazione del diritto della concorrenza e, quindi, di un indebito uso di dette regole⁶⁷. Pertanto, ha voluto demandare ai tribunali nazionali la tutela della parte debole attraverso il diritto positivo locale.

4. LA DIPENDENZA DELL'IMPRESA: LA TEORIA DEL GRUPPO SOCIETARIO

Le imprese sono destinatarie dei divieti dell'art.101 TFUE: la nozione di impresa (derivabile da questa norma) è molto ampia e comprende, sostanzialmente, qualsiasi soggetto che eserciti un'attività economica⁶⁸. Sono, per-

fa_web/view_file.php?tab=ne&id=26. L'A. sostiene che le disposizioni di cui all'art. 3, par. 3-6, del regolamento n. 1400/2002/Ce sono state il frutto di una scelta precisa della Commissione europea, suggerita dalla necessità di contribuire a ridurre il tradizionale squilibrio del rapporto contrattuale tra costruttori e concessionari e che, a tale scelta, la Commissione europea ha conferito una precisa valenza concorrenziale, come risulta da alcuni *considerando* del regolamento e dalla constatazione che le disposizioni del regolamento rafforzano i caratteri della distribuzione selettiva, fondata sui principi di non discriminazione e di oggettività dei criteri di scelta degli aderenti. Si adombra la possibile violazione del principio generale di affidamento nel caso le disposizioni citate non vengano riproposte nel nuovo regolamento.

⁶⁶ V. il documento della Commissione "Staff Working 4", reperibile sul sito internet: http://ec.europa.eu/competition/sectors/motor_vehicles/documents/wd4.pdf, ove si evidenzia la situazione di debolezza del distributore integrato. Si dà atto della migliore protezione offerta dal regolamento *automotive*, ma poi si sottolinea che potrebbe essere meglio utilizzato per censurare comportamenti del produttore volti a forzarne la volontà, l'art. 81 TCE (ora 101 TFUE). Rimane però il problema che questa norma presuppone l'operare di due imprese indipendenti.

Si riconferma, pertanto, un atteggiamento della Commissione europea volto a dare per scontata la presenza di un sufficiente margine di indipendenza delle imprese, tutto sommato proteggibile con le norme del diritto sostanziale. Vedono nelle norme di cui all'art. 3 del regolamento n. 1400/2002/Ce un'efficace funzione equilibratrice del contratto di distribuzione, M. BARALDI, *Il recesso ad nutum non è dunque recesso ad libitum*, in *Contratto e Impresa*, 2010, p. 53. V. anche la Comunicazione della Commissione europea "Il futuro quadro normativo in materia di concorrenza applicabile al settore automobilistico", doc. Com(2009)388 def.

⁶⁷ Cfr. G. BRUZZONE - F. SAJA, *Modernizzazione dei regolamenti di esenzione*, in *Contratto e Impresa/Europa*, 2003, p. 108.

⁶⁸ Sulla nozione di «impresa comunitaria», tra gli altri, cfr. I. VAN BAELE - J. F. BELLIS, *Competition Law of the European Community*, The Hague, Kluwer, 2009, p. 29; M. VENEZIA, *La nozione comunitaria di impresa*, in M. CASSOTTANA - A. NUZZO (a cura di), *Lezioni di diritto commerciale comunitario*, Torino, Giappichelli, 2006; M. DE DOMINICIS, *Concorrenza e nozione d'impresa nella giurisprudenza comunitaria*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2005; M. ANTONUCCI, *La nozione di impresa nella giurisprudenza comunitaria ed italiana*, in *Cons. Stato*, 2003, II, p. 56; V. AFFERNI - P. VERRUCOLI, *La nozione di impresa nell'ordinamento comunitario*, Milano, Giuffrè, 1977.

Nel caso *PVC* (decisione della Commissione n. 89/189/Cee del 2 dicembre 1988, *cit. supra*, nota 16) si rileva che manca una definizione comunitaria di «impresa» e che il termine può riferirsi ad ogni ente singolo o raggruppato che eserciti un'attività economicamente valutabile. Significative le conclusioni dell'Avvocato Generale Jacobs nelle cause discusse davanti alla Corte di giustizia nelle cause riunite n. C-180/98 e n. C-184/98, *Pavel Pavlov c. Stichting Pensioenfonds Medische Specialisten*, in *Raccolta*, 2000, I, p. 645: «la nozione di impresa abbraccia qualsiasi entità che esercita un'attività economica, a prescindere dallo status giuridico di detta entità e dalle sue modalità di finanziamento. Dal momento che secondo tale approccio funzionalistico lo status giuridico è irrilevante, anche le persone fisiche possono essere qualificate come imprese. L'idea alla base è che non si deve trarre nessun vantaggio dalla forma giuridica con la quale viene esercitata un'attività economica. Un'attività economica consiste nell'offrire beni e servizi in un dato mercato».

Al par. 168 della decisione della Commissione europea *Akzo* (*cit. supra*, nota 4), viene precisato che: «as a general consideration, the subject of Community and EEA competition rules is the

tanto, imprenditori anche gli esercenti le professioni intellettuali.

Non sono rilevanti le forme giuridiche con cui l'impresa si costituisce o si raggruppa (può infatti essere costituita da più persone fisiche o giuridiche), ma è importante che sia soggetta al rischio d'impresa: sfugge, ad esempio, al concetto d'impresa l'agente di commercio⁶⁹ quando non assume questo rischio⁷⁰. La nozione di impresa nel diritto comunitario diverge, pertanto, da

"undertaking", a concept that is not identical with the notion of corporate legal personality in national commercial or fiscal law. The "undertaking" that participated in the infringement not necessarily the same entity as the precise legal entity within a group of companies whose representatives actually took part in the cartel meetings. The term "undertaking" is not defined in the Treaty. However, in *Shell International Chemical Company v. Commission*, the Court of First Instance held that in prohibiting undertaking *inter alia* from entering into agreements or participating in concerted practices which may affect trade between member States and have as their object or effect the prevention, restriction or distortion of competition within the common market, Article 85(1) [now Article 81(1)] of the EEC Treaty is aimed at economic units which consist of a unitary organization of personal, tangible and intangible elements which pursues a specific economic aim on a long-term basis and can contribute to the commission of an infringement of the kind referred to in that provision».

⁶⁹ V. Comunicazione della Commissione, *Linee direttrici sulle restrizioni verticali*, in *Guce* n. C 291 del 13 ottobre 2000, p. 1 ss. (par. 13); in dottrina, A. FRIGNANI - M. WAELEBROCK, *Disciplina della concorrenza nella CE*, Torino, Giappichelli, 1996, p. 37. Nella sentenza della Corte di giustizia del 14 dicembre 2006 in causa n. C-217/05, *Confederación Española de Empresarios de Estaciones de Servicio c. Compañía Española de Petróleos SA*, in *Raccolta*, 2006, I, p. 11987 e annotata in questa *Rivista*, 2007, p. 109, l'assenza di rischio è parificata alla mancanza di indipendenza economica: ciò consente di non accertare l'indipendenza strategica dell'intermediario: «Benché in talune situazioni i rapporti tra un committente e il suo intermediario possano essere contrassegnati da una tale unità economica, gli intermediari, tuttavia, possono perdere la qualità di operatore economico indipendente soltanto quando non sopportano nessuno dei rischi conseguenti ai contratti negoziati o conclusi per conto del committente e operano come ausiliari integrati nell'impresa. Pertanto, qualora un intermediario, come il gestore di un distributore di benzina, sebbene in possesso di una personalità giuridica distinta, non determini in modo autonomo il proprio comportamento sul mercato, dipendendo interamente dal suo committente, che può essere un fornitore di carburanti, dal momento che quest'ultimo sopporta i rischi finanziari e commerciali dell'attività economica in questione, il divieto di cui all'art. 85, n. 1, del Trattato non è applicabile ai rapporti fra tale intermediario e tale committente. Viceversa, quando le convenzioni concluse tra il committente e i suoi intermediari conferiscono o lasciano a questi ultimi funzioni economicamente simili a quelle di un operatore economico indipendente, prevedendo che siano a carico di tali intermediari i rischi finanziari e commerciali legati alla vendita o all'esecuzione dei contratti conclusi con terzi, tali intermediari non possono essere considerati soggetti ausiliari integrati nell'impresa del committente, cosicché una clausola restrittiva della concorrenza concordata fra tali parti può costituire un accordo tra imprese ai sensi dell'art. 85 del Trattato».

⁷⁰ La giurisprudenza più risalente ha utilizzato la dottrina dell'unica entità economica per sottrarre l'agente di commercio dall'applicazione dell'art. 101 TFUE. Nella sentenza della Corte di giustizia del 24 ottobre 1995 in causa n. C-266/93, *Bundeskartellamt c. Volkswagen AG e Vag Leasing GmbH*, cit. *supra*, nota 28, VAG Leasing e Volkswagen sostengono che i concessionari tedeschi della VAG, in quanto intermediari della medesima, costituiscono con essa «un'unica entità economica», talché, non essendovi pluralità di imprese, i contratti (di agenzia) sono sottratti all'art. 85, par. 1 (ora 101 TFUE, par. 1). La Corte accerta, nel caso specifico, l'indipendenza degli agenti VAG e conclude per l'applicabilità dell'art. 85, par. 1. Sono interessanti, in proposito, le conclusioni dell'Avvocato Generale Tesoro che (v. punto 15), nell'esaminare la complessa natura dell'agente di commercio rileva l'insufficienza del criterio della «unica entità economica» e precisa che: «la natura stessa del contratto di agenzia, in quanto stipulato con una persona che, in qualità d'intermediario indipendente, è incaricata in maniera permanente di trattare per un'altra persona, il preponente, la vendita o l'acquisto di merci, ovvero di trattare e di concludere dette operazioni in nome e per conto del preponente, ha fatto sorgere dei dubbi sulla sua rilevanza ai sensi e per gli effetti dell'art. 85, par. 1, del Trattato. I termini del problema possono essere così sintetizzati: un contratto di agenzia è di per sé sottratto all'applicazione dell'art. 85, par. 1, dovendosi in tale ipotesi constatare l'assenza di un accordo tra imprese distinte ai sensi della disposizione in parola, oppure

quella accolta dal diritto civile italiano⁷¹ perché la considera un centro unitario di decisione di determinati comportamenti sul mercato.

Qualità essenziale dell'impresa è la sua indipendenza economica⁷² e decisionale («ciascun operatore economico deve determinare in modo indipendente la politica commerciale che intende adottare nel mercato comunitario»⁷³).

Se il comportamento sul mercato di un'impresa è indotto (direttamente od indirettamente) dall'influenza dominante di un'altra impresa, le due imprese operano sul mercato come se fossero una sola e la loro relazione non può essere esaminata sotto il profilo dell'art. 101 TFUE, non essendo ipotizzabile un accordo formato in modo unilaterale. Nell'ipotesi considerata si rea-

va in ogni caso considerato come un accordo ai sensi della stessa disposizione e, dunque, valutato in funzione delle eventuali restrizioni di concorrenza che le sue clausole determinano? Un tale interrogativo ha finora ricevuto risposte non del tutto chiare e comunque tali da non rendere agevole l'individuazione dei criteri che consentirebbero di sottrarre i contratti di agenzia esclusiva al divieto di cui all'art. 85, par. 1 (...). L'integrazione del rappresentante nell'impresa del preponente comporterebbe infatti, sembra di capire, la scomparsa della figura dell'agente in quanto operatore economico indipendente, facendo così venir meno una delle condizioni di applicabilità dell'art. 85, vale a dire l'esistenza di un accordo tra imprese (distinte) ai sensi della stessa disposizione, con l'ulteriore conseguenza che tutte le clausole contrattuali, ivi comprese quelle di esclusiva, sarebbero comunque sottratte al divieto di cui all'art. 85, n. 1». La questione dell'applicabilità dell'art. 101 TFUE è stata ampiamente dibattuta nel caso *DaimlerChrysler* sia davanti alla Commissione europea (2001) che al Tribunale di primo grado (2005), entrambe, *cit. supra*, nota 17. Mentre la Commissione europea ha ritenuto gli agenti imprese indipendenti, il Tribunale di primo grado ha rilevato che essi non assumevano un rischio di impresa, non essendo liberi di tenere una politica commerciale autonoma rispetto a quella del costruttore. Il Tribunale li contrappone ai concessionari belgi di *Mercedes*, liberi di autodeterminarsi; manca però un approfondimento e ci si ferma alla constatazione che l'agente non è «un'impresa nel senso dell'art. 81.1 (ora 101 TFUE) del Trattato Ce». L'agente viene, nella sostanza, visto dal Tribunale come un ente che appartiene alla stessa struttura organizzativa di *Mercedes*. V. sentenza della Corte di giustizia dell'11 settembre 2008 in causa n. C-279/06, *CEPSA c. TOBAR*, in *Raccolta*, 2008, I, p. 6681. Su queste tematiche è ampiamente intervenuta la Comunicazione della Commissione, *Orientamenti sulle intese verticali*, *cit. supra*, nota 18. È tuttora controverso se sia corretto sottrarre l'agente di commercio dall'applicazione dell'art. 101 TFUE in relazione al fatto che il medesimo è sì integrato nella distribuzione del prodotto, ma esercita un'attività di fornitura di servizi in concorrenza con altri agenti; sul punto, L. IOANNIS, *Commercial agency agreements, vertical restraints and the limits of art. 81 EC between hierarchies and network*, *cit. supra*, nota 46.

⁷¹ V. la sentenza del TAR del Lazio, Roma, sez. I, 28 gennaio 2000, in *Giur. cost.*, 2000, p. 121.

⁷² Si parla di indipendenza economica nella sentenza della Corte di giustizia del 24 ottobre 1996 in causa n. C-73/95 P, *Viho Europe BV c. Commissione delle Comunità europee*, *cit. supra*, nota 47.

⁷³ V. par. 178 della decisione della Commissione europea *Akzo* (*cit. supra*, nota 4). È tuttavia molto singolare che nel recente regolamento sulle intese verticali n. 330/2010/Ue (*cit. supra*, nota 61) si confermi la legittimità di clausole di approvvigionamento del distributore presso il produttore sino all'80% del fabbisogno annuo. È difficile poter pensare che un distributore, specie se di piccole o medie dimensioni, mantenga una indipendenza economica in presenza di forniture di questa importanza.

L'indipendenza delle imprese è richiesta in tutti i settori della concorrenza, anche in quello degli appalti pubblici, ove è prevista l'esclusione dalle gare delle imprese che si coordinano (v. G. BENACCHIO - M. COZZIO (a cura di), *Appalti pubblici e concorrenza: la difficile ricerca di un equilibrio*. Atti dei seminari. Facoltà di Giurisprudenza di Trento, Trento, 2007). V. anche la sentenza della Corte di giustizia del 18 novembre 1999 in causa n. C-107/98, *Teckal c. Comune di Viano*, in *Raccolta*, 1999, I, p. 8121.

lizza, infatti, un unico comportamento, eventualmente valutabile sotto il profilo dell'art. 102 TFUE. Il caso più tipico ed immediato è quello di una relazione di gruppo tra una società controllante (*parent company*) ed una controllata (*subsidiary*)⁷⁴. Questa relazione può esplicarsi ai soli fini organizzativi, con mera suddivisione interna dei compiti⁷⁵ oppure ai fini dello svolgimento di una politica comune sul mercato. Nel primo caso, le imprese del gruppo mantengono piena autonomia decisionale, nel secondo l'impresa controllata si priva dell'indipendenza economica e/o decisionale, in ragione di un interesse unitario⁷⁶.

L'operare delle imprese all'interno di un gruppo che persegue una politica unitaria fa nascere «un'unica entità economica»⁷⁷. Le relazioni tra le im-

⁷⁴ Cfr. G. STROZZI (a cura di), *Diritto dell'Unione europea*, cit. supra, nota 54, p. 173 nonché F. WENNER - B. VAN BARLINGEN, *European Court of Justice confirms Commission's approach on parental liability*, in *Competition Policy Newsletter*, n. 1, 2010, p. 23 ss.

⁷⁵ V. sentenze della Corte di giustizia del 6 marzo 1974 in cause riunite n. 6 e n. 7/73, *Istituto Chemioterapico Italiano S.p.A. e Commercial Solvents Corporation c. Commissione delle Comunità europee*, in *Raccolta*, 1974, p. 223, e in questa *Rivista*, 1974, p. 75, e del 31 ottobre 1974 in causa n. 15/74, *Centrafarm c. Sterling Drug*, in *Raccolta*, 1974, p. 1147, e in questa *Rivista*, 1974, p. 433. Se gli accordi hanno solo lo scopo di ripartire compiti all'interno del gruppo si verifica una mera efficienza organizzativa non ricompresa nell'art. 101 TFUE.

⁷⁶ V. la decisione della Commissione europea n. 69/195/Cee, in *Guce* n. L 165 del 5 luglio 1969, p. 12 ss. La Commissione europea, *ivi*, ha negato l'applicabilità del par. 1 dell'art. 85 TCE (101 TFUE) alle intese intercorse tra la società madre e la società figlia, sulla base della constatazione che non basta la personalità giuridica per dimostrare l'indipendenza dell'agire delle imprese, ma occorre verificare se sul piano economico si sviluppa un'azione autonoma dell'affiliata rispetto alla società madre.

«In altri casi la Commissione europea rinuncia a questa verifica, accertando semplicemente la partecipazione totalitaria della controllante nella controllata. È indubbio che il controllo totalitario favorisce la valutazione di più imprese in un'unica entità, ma non sembra giustificato che solo questo possa determinarla e minori percentuali partecipative facciano scattare l'obbligo di porre in essere comportamenti concorrenziali» (F. MUCCIARELLI, *Accordi infra-gruppo e divieto di intese anticoncorrenziali*, reperibile sul sito internet: http://amsacta.cib.unibo.it/2134/1/Intese_intragruppo.pdf). Sul punto anche A. RAFFAELLI, *Il concetto di unica entità economica nella giurisprudenza comunitaria*, in *Riv. dir. ind.*, 1977, II, p. 398.

In termini non diversi si pone il controllo congiunto esercitato da due o più imprese su di un'impresa comune, ove andrà accertato il comportamento sul mercato dell'impresa rispetto alle controllanti (decisione della Commissione europea n. 91/335/Cee, in *Guce* n. L 185 dell'11 luglio 1991, p. 23 ss. nonché decisione della Commissione europea n. 82/742/Cee del 29 ottobre 1982, *Amersham Bucler*, in *Guce* n. L 314 del 10 novembre 1982, p. 34). Si è rilevato che nel caso di costituzione di imprese comuni il requisito dell'autonomia operativa e decisionale non è stato applicato in maniera troppo rigorosa dalla Commissione: I. VAN BAEL - J. F. BELLIS, *Il diritto della concorrenza nella CE*, cit. supra, nota 46.

⁷⁷ Nella sentenza della Corte di giustizia dell'11 aprile 1989 in causa n. 66/86, *Ahmed Saeed Flugreisen e Silver Line Reisebüro GmbH c. Zentrale zur Bekämpfung unlauteren Wettbewerbs e. V.*, in *Raccolta*, 1989, p. 803, si afferma (punto 35) che: «non è l'art. 85 (ora 101 TFUE) che va applicato qualora la concertazione di cui trattasi sia opera di imprese che appartengono a uno stesso gruppo in quanto società madre e affiliata e tali imprese costituiscano un'unità economica nell'ambito della quale l'affiliata non dispone di reale autonomia nella determinazione della propria linea d'azione sul mercato», aggiungendo che «il comportamento di una siffatta unità sul mercato può tuttavia ricadere nella sfera di applicazione dell'art. 86 (ora 102 TFUE)».

Il principio dell'impresa come unità economica non consente tuttavia di ascrivere la posizione dominante collettiva al gruppo di imprese: in tal caso verrebbe meno la pluralità di imprese richiesta dall'art. 82 TCE, cfr. A. PAPPALARDO, *Il diritto comunitario della concorrenza*, cit. supra, nota 12, p. 470. Nella fattispecie della posizione dominante collettiva le imprese indipendenti allineano i loro comportamenti in base a legami di tipo contrattuale (v. sentenza del Tribunale di primo grado

prese che vi partecipano non determinano (generalmente) effetti sulla concorrenza⁷⁸, non essendo possibile ritenere né che questa, in tale limitato ambito, venga ristretta⁷⁹, né che si debba sviluppare, tra dette imprese, un atteggiamento

del 10 marzo 1992 in cause riunite n. T-68/89, n. T-77/89 e n. T-78/89, *Società Italiana Vetro SpA e altri c. Commissione delle Comunità europee*, in *Raccolta*, 1992, II, p. 1403 ss. e in *Foro it.*, 1992, IV, c. 433).

⁷⁸ Nel sistema statunitense, sino al 1984 era prevalente la c.d. *intra-enterprise conspiracy doctrine* che vedeva nei comportamenti infragruppo comportamenti indipendenti. Con il caso *Copperweld* l'attività della controllante e della controllata sono viste come un unico comportamento coordinato (U.S. Supreme Court, *Copperweld v. Independence Tube*, 467 U.S. 752, 1984). Lo *Sherman Act* del 1890 prevede, alla *Section 1*, il divieto di restrizioni al commercio con una norma simile al par. 1 dell'art. 101 TFUE; la norma è interpretata nel senso che debbano sussistere – perché si realizzi la violazione – tre elementi: *a.* l'esistenza di un accordo tra "separate entities", *b.* una restrizione "unreasonably" e *c.* sensibili effetti sul commercio tra gli Stati. L'irragionevolezza dell'accordo si traduce in una "conspiracy". Allorché la controllata è "wholly-owned" dalla parent company si presume che la condotta della prima sia indotta dalla seconda e che ne derivi un'unica condotta unilaterale. In tal caso, non è ipotizzabile un accordo restrittivo tra l'una e l'altra: sarebbe, infatti, difficilmente concepibile un accordo restrittivo tra due società controllate dagli stessi soci. La giurisprudenza non è chiara in caso di partecipazioni minori o di controllo determinato da una relazione commerciale di lunga durata, come un contratto di concessione di vendita (*Sherman v. British Leyland Motors Ltd.*, 601 F.2d 429, 9th Cir. 1979). Nel caso le società non possano essere considerate "separate entities" la conseguenza non è solo l'assenza di un accordo, ma anche la responsabilità di gruppo. Tuttavia, il concetto di responsabilità di un'impresa del gruppo nel diritto antitrust americano è più stretto di quello della normativa comunitaria: la responsabilità della controllante è generalmente impegnata solo se viene provata una sua attiva partecipazione alla condotta illecita (v. *Century Oil Tool, Inc. v. Production Specialties, Inc.*, 737 F.2d 1316, 1317 5th Cir. 1984; *Guzowski v. Hartman*, 969 F.2d 211, 214, 6th Cir. 1992; *Orson, Inc. v. Miramax Film Corp.*, 862 F. Supp. 1378, 1385, E.D. Pa 1994; *Gucci v. Gucci Shops*, 651 F. Supp. 194, 197, S.D.N.Y. 1986).

⁷⁹ V. la sentenza della Corte di giustizia del 12 luglio 1984 in causa n. 170/83, *Hydrotherm Gerätebau GmbH c. Ditta Compact del Dott. Ing. Mario Andreoli & C. sas*, in *Raccolta*, 1984, p. 2999, ove (punto 11, corsivo aggiunto) «nell'ambito del diritto della concorrenza la nozione di impresa deve essere intesa nel senso che essa si riferisce ad un'unità economica dal punto di vista dell'oggetto dell'accordo, anche se sotto il profilo giuridico quest'unità economica è costituita da più persone, fisiche o giuridiche. Pertanto, il presupposto contemplato dall'art. 1, n. 1, del regolamento n. 67/67 ricorre qualora una delle parti contraenti è costituita da imprese che hanno un interesse identico e sono controllate dalla stessa persona fisica, anch'essa partecipante all'accordo. In questo caso, infatti, non può esservi concorrenza tra le persone che partecipano assieme, come un'unica parte, all'accordo». Il principio è chiaramente espresso nella sentenza del Tribunale di primo grado del 19 gennaio 1995 in causa n. T-102/92, *Viho Europe BV c. Commissione delle Comunità europee*, in *Raccolta*, 1995, II, p. 17 ss. (la sentenza è commentata da L. SANFILIPPO, *La normativa della concorrenza non si applica alle imprese appartenenti allo stesso gruppo*, in questa *Rivista*, 1995, p. 341). Il Tribunale rileva che dalla giurisprudenza del Tribunale emerge che l'art. 85, n. 1, del Trattato riguarda unicamente i rapporti tra entità economiche in grado di entrare in concorrenza l'una nei confronti dell'altra, con esclusione degli accordi e delle pratiche concordate tra imprese appartenenti ad uno stesso gruppo che costituiscano una unità economica. Il Tribunale richiama, al proposito, la propria sentenza del 10 marzo 1992 in cause riunite n. T-68/89, n. T-77/89 e n. T-78/89, *Società Italiana Vetro SpA e altri c. Commissione delle Comunità europee*, cit. *supra*, nota 77, punto 357) e trae la conclusione che la Commissione europea, al punto 2 della decisione, ha legittimamente qualificato il gruppo Parker quale «unità economica in cui le filiali non possono stabilire autonomamente la loro condotta sul mercato (...)». Precisa poi che: «ai fini dell'applicazione delle norme in materia di concorrenza, l'unicità della condotta sul mercato della società madre e delle proprie filiali prevale sulla separazione formale tra tali società derivante dalla loro distinta personalità giuridica. Ne consegue che, in assenza di un concorso di volontà di soggetti economicamente indipendenti, le relazioni nell'ambito di una unità economica non possono dar luogo ad un accordo o una pratica concertata tra imprese, restrittivi della concorrenza ai sensi dell'art. 85, n. 1, del Trattato. Quando, come nella specie, la filiale, ancorché munita di una personalità giuridica distinta, non determini in modo autonomo la propria condotta sul mercato, bensì applichi le istruzioni impartitele, direttamente o indirettamente, dalla società madre che la controlla al 100%, i divieti sanciti dall'art. 85, n. 1, non possono essere applicati alle relazioni tra la filiale e

mento antagonista. Sarebbe, pertanto, contrario alle logiche di mercato obbligare le imprese del gruppo ad assumere l'una nei confronti dell'altra atteggiamenti concorrenziali e ad assoggettarsi alle regole dell'art. 101 TFUE. Gli atteggiamenti concorrenziali saranno rilevanti e valutati, eventualmente, nell'azione esterna del gruppo (o di alcune imprese ad esso appartenenti), quindi – in un'intesa verticale – nei rapporti a valle (ad esempio nei contratti di distribuzione⁸⁰).

La Commissione europea utilizza il concetto di unica entità economica per sanzionare i comportamenti di un'impresa in violazione della normativa sulla concorrenza attribuendoli alla capo gruppo⁸¹. La finalità è quella di colpire il soggetto che ha organizzato l'illecito. La Commissione europea ritiene, pertanto, responsabile delle infrazioni della controllata la società controllante. A tal fine deve dare la prova che la controllata non decide autonomamente. La prova è facilitata da una serie di presunzioni: una di queste è il controllo totalitario⁸². In altri casi viene dato valore presuntivo ad elementi fattuali, come la costante informazione della controllante ad opera della controllata della sua politica cui seguono direttive comportamentali. La controllante può vincere la presunzione (*iuris tantum*) del controllo totalitario⁸³ provando che la società controllata agisce autonomamente perché la controllante non esercita di fatto alcuna influenza dominante⁸⁴. Può essere il caso di una controllata che

la società madre con cui essa formi una unità economica».

⁸⁰ È il caso (molto ricorrente) di una società affiliata (controllata da una *holding*) che distribuisce in un Paese comunitario i propri prodotti attraverso distributori indipendenti.

⁸¹ V. la sentenza della Corte di giustizia del 10 settembre 2009 in causa n. C-97/08 P, *Akzo Nv c. Commissione delle Comunità europee*, in *Raccolta*, 2009, I, p. 8237. Cfr. pure la sentenza della Corte di giustizia del 6 ottobre 2009 in cause riunite n. C-501/06 P, n. C-513/06 P, n. C-515/06 P e n. C-519/06 P, *GlaxoSmithKline Services Unlimited e altri c. Commissione delle Comunità europee*, in *Raccolta*, 2009, I, p. 8591 nella quale la Corte utilizza la presunzione di non indipendenza per il controllo al 100% delle imprese affiliate da parte della capogruppo.

⁸² V. la sentenza del 16 novembre 2000 in causa n. C-286/98 P, *Stora Kopparbergs Bergslags AB c. Commissione delle Comunità europee*, in *Raccolta*, 2001, I, p. 9925.

⁸³ Si fa riferimento a questa tematica nella sentenza del Tribunale di primo grado del 30 aprile 2009 in causa n. T-1/03, *Itochu Corp. c. Commissione delle Comunità europee*, in *Raccolta*, 2009, II, p. 909. Il Tribunale ricorda che, in base alla propria giurisprudenza (caso *Michelin*, sentenza del 30 settembre 2003 in causa n. T-203/01, *Manufacture française des pneumatiques Michelin c. Commissione delle Comunità europee*, cit. *supra*, nota 53) ed a quella della Corte di giustizia (sentenza del 16 novembre 2000 in causa n. C-286/98 P, *Stora Kopparbergs Bergslags AB c. Commissione delle Comunità europee*, cit. *supra*, nota 82), quando la capogruppo possiede la totalità delle azioni della controllata che commette un'infrazione alla concorrenza non è necessario accertare il grado di influenza esercitata dalla prima perché si presume che la controllata segua le direttive della capogruppo.

⁸⁴ V. la sentenza della Corte di giustizia del 19 maggio 2009 in causa n. C-538/07, *Assitur c. CCIAA di Milano*, in *Raccolta*, 2009, I, p. 4219, nonché in *Giur. comm.*, 2010, II, p. 585, in relazione alla valutazione caso per caso dell'indipendenza dell'impresa controllata. Cfr. pure sentenza del Tribunale di primo grado del 27 ottobre 2010 in causa n. T-24/05, *Alliance One International c. Commissione europea*, inedita in *Raccolta*, in relazione alla necessità di un esame in fatto della sudditanza decisionale della controllata. È così ripresa la risalente posizione della Corte di giustizia nella sua sentenza del 21 febbraio 1973 in causa n. 6/72, *Europemballage Corporation e Continental Can Company Inc. c. Commissione delle Comunità europee*, in *Raccolta*, 1973, p. 215, e in questa *Rivista*, 1973, p. 94, nella quale viene evidenziato come per fare applicazione della dottrina

ha propri stabilimenti produttivi, un proprio *management*, centri di progettazione diversificati, proprie risorse finanziarie per la ricerca e lo sviluppo⁸⁵. In tal caso la controllante potrebbe non aver alcun interesse, pur detenendo formalmente il controllo totalitario o maggioritario della controllata, ad esercitare un'influenza dominante⁸⁶.

5. IL COLLEGAMENTO SOCIETARIO

Nelle relazioni verticali il concetto di «gruppo» societario non viene utilizzato ed è sostituito da quello di «collegamento societario». Sin dal regolamento n. 1983/83/Cee⁸⁷ si è ritenuto che l'impresa parte di un'intesa verticale debba essere riguardata alla luce dei legami societari che intrattiene con altre imprese (l'art. 3 del regolamento pone una serie di clausole di esclusione dell'esecuzione. L'art. 4 prevede che queste esclusioni rimangano valide anche se i prodotti sono fabbricati da imprese collegate). I concetti di gruppo societario, controllo e collegamento finiscono così per essere sovrapponibili ed indistinguibili, tanto che in uno dei manuali di maggior successo sul diritto della concorrenza si utilizza il termine «collegamento societario» per individuare le relazioni di controllo e di gruppo⁸⁸.

L'art. 11 del regolamento n. 2790/1999/Ce indica le specifiche ipotesi in cui il collegamento si realizza (tra le quali: il potere della controllante di esercitare sulla controllata più della metà dei diritti di voto, il potere di nominare più della metà dei membri del consiglio di amministrazione o il diritto di gestire gli affari dell'impresa). Tali ipotesi sono corrispondenti a quelle del controllo societario⁸⁹. La disposizione dell'art. 11 si ritrova ora all'art. 1, punto 2, del regolamento n. 330/2010/Ue che ha sostituito il regolamento sopra citato.

La norma sul collegamento societario esplica, nelle relazioni verticali, effetti in relazione al calcolo della quota di mercato delle imprese (che condiziona l'accesso ai regolamenti di esenzione per categoria, basato sul possesso di determinate quote di mercato) perché le imprese collegate sommano i rispettivi fatturati per determinare la quota di mercato (del prodotto considerato sul mercato geografico rilevante). Data una relazione verticale tra le imprese A e B, in cui A è il fornitore e B l'acquirente, il potere di mercato di A si mi-

sul gruppo non solo deve esistere un rapporto di affiliazione, ma l'affiliata deve essere incapace di determinare in modo autonomo il proprio comportamento perché esegue, sostanzialmente, le istruzioni altrui.

⁸⁵ La questione verrà esaminata al paragrafo seguente.

⁸⁶ V. par. 135 della sentenza *Alliance One*, cit. *supra*, nota 84.

⁸⁷ Regolamento della Commissione del 22 giugno 1983, in *Guce* n. L 173 del 30 giugno 1985, p. 1, ora scaduto.

⁸⁸ Cfr. I. VAN BAELE - J. F. BELLIS, *Il diritto della concorrenza nella CE*, cit. *supra*, nota 45, p. 32.

⁸⁹ *Ibidem*.

sura tenendo in considerazione anche le imprese a questa collegate, lo stesso dicasi per B⁹⁰. Le ipotesi considerate non riguardano i legami tra le imprese dell'accordo verticale: se A esercitasse anche un controllo su B varrebbero tra esse le regole del gruppo.

L'art. 11 del regolamento n. 443/2009/Ce⁹¹ stabilisce che possono godere dell'esenzione le imprese che immatricolano nell'Unione meno di 10.000 vetture se non sono parte di un *gruppo* di costruttori *collegati* oppure lo sono, ma il costruttore gestisce autonomamente i propri impianti o il centro di progettazione. Si realizza, pertanto, lo stesso fenomeno previsto nelle intese verticali, ove – ai fini dimensionali – un'impresa è valutata considerando anche le imprese collegate. La differenza è che nell'ipotesi dell'art. 11 è possibile offrire la prova contraria (e liberatoria) dell'autonomia gestionale dell'impresa controllata, ma tale prova non è consentita dalla normativa sulle intese verticali, che non prevede la dimostrazione contraria. Nella relazione verticale i termini fornitore e acquirente includono *sempre* le imprese ad essi rispettivamente collegate⁹². Si replica, dunque, nella normativa sulle emissioni sopra indicata, quella stessa situazione che, di recente la giurisprudenza comunitaria ha preteso, venga verificata per accertare la relazione di gruppo e cioè se l'influenza dominante venga anche esercitata in fatto⁹³.

6. IL FENOMENO DELL'INTEGRAZIONE AZIENDALE

Il produttore può scegliere di vendere i prodotti utilizzando la propria struttura, rafforzata da agenti di commercio (in tal caso si parlerà di distribuzione diretta) oppure imprese indipendenti.

Si realizzano, in tal modo, due ipotesi di distribuzione integrata⁹⁴, nella

⁹⁰ V. art. 1, punto 2, lett. *a*. del regolamento n. 330/2010/Ue, ove si precisa che i termini: «impresa», «fornitore» e «acquirente» includono le imprese a questi rispettivamente collegate.

⁹¹ Cfr. Regolamento n. 443/2009/Ce del Parlamento europeo e del Consiglio del 23 aprile 2009 che definisce i livelli di prestazione in materia di emissioni delle autovetture nuove nell'ambito dell'approccio comunitario finalizzato a ridurre le emissioni di CO₂ sui veicoli leggeri, in *Gu-Ue* n. L 140 del 5 giugno 2009, p. 1.

⁹² Non si comprendono bene i motivi di questa diversa situazione perché se in una intesa verticale il fornitore (ad esempio un costruttore automobilistico) è controllato da una *holding*, ma fabbrica prodotti diversi da quelli delle altre aziende del gruppo, non necessariamente la *holding* potrebbe voler (o avere interesse a) esercitare in fatto un controllo.

⁹³ V. *supra*, nota 84.

⁹⁴ Con il termine «integrazione» si può far riferimento sia alla scelta del produttore di mantenere inserita, all'interno del proprio ciclo produttivo, una fase di questo (internalizzazione della funzione) sia alla scelta di allocare detta fase ad un'impresa indipendente coordinata (esternalizzazione della funzione).

Allorché il produttore procede a mantenere, entro la sua struttura organizzativa, la gestione delle vendite al grossista od all'utilizzatore finale, attua una distribuzione diretta (internalizzata). In tal modo il rapporto non è soggetto al regolamento sulle intese verticali che presuppone l'utilizzo di distributori indipendenti. L'utilizzatore finale non può essere distributore (v. *Relazione di valutazione della Commissione europea del regolamento n. 1400/2002/Ce, concernente la distribuzione*

prima l'integrazione è massima perché gli agenti attuano esattamente la politica commerciale del produttore, nella seconda i distributori possono sviluppare iniziative indipendenti sul mercato⁹⁵. Non vi è, infatti, *ab origine*, una convergenza di interessi tra produttore e distributore⁹⁶ come indicato in precedenza (par. II.2).

Che effettivamente i distributori possano operare in modo indipendente è conseguenza di varie condizioni: tra queste, il settore merceologico, l'intensità dei legami nella rete, il sistema distributivo e le clausole contrattuali.

Il settore merceologico condiziona il tipo di investimenti. Se si considera, ad esempio, il settore automobilistico, si può rilevare che il concessionario, aderendo alla rete distributiva del produttore, si obbliga ad osservare gli *standard* qualitativi identificativi della marca. Si tratta di *standard* che servono per identificare la marca e diversificarla dalle altre (c.d. *corporate identity*⁹⁷); costituiscono, pertanto, investimenti difficilmente riconvertibili.

L'inserimento del distributore nella rete lo coinvolge nella politica del produttore: il distributore tende a pianificare le proprie vendite in base alla pianificazione effettuata dal produttore, per cui è, sostanzialmente, controllato e monitorato nel processo di vendita.

Il sistema distributivo prescelto crea situazioni di maggior o minor controllo del produttore sul distributore: è massimo in un sistema distributivo in *franchising* (ove sono contemporaneamente presenti clausole di non concorrenza, di trasferimento di *know how*, di esclusiva di zona).

Le clausole contrattuali possono poi rendere il distributore estremamente dipendente dal produttore: si pensi a formule di sconti fidelizzanti, vincoli di approvvigionamento, etc.

7. LA DIPENDENZA PER ACCORDI DI DOMINIO CONTRATTUALE

Al di là del controllo societario per detenzione di partecipazioni sono possibili altri casi nei quali si verifica la diminuzione (o l'annullamento) della capacità decisionale del distributore. Il più grave è quello di una relazione

di autoveicoli e il relativo servizio di assistenza alla clientela, disponibile sul sito internet: http://ec.europa.eu/competition/sectors/motor_vehicles/documents/evaluation_report_it.pdf).

⁹⁵ Iniziative che tuttavia non saranno mai paragonabili a quelle di una impresa concorrente sul mercato, in quanto l'appartenenza ad una rete distributiva implica comunque un coordinamento di comportamenti.

⁹⁶ Cfr. A. FRIGNANI - R. PARDOLESI, *La concorrenza*, cit. *supra*, nota 46, p. 107; sulla relazione antagonista delle imprese nella relazione verticale, v. F. GOBBO, *Il mercato e la tutela della concorrenza*, cit. *supra*, nota 55, p. 87 ss.

⁹⁷ Per «*standard tecnico*» si intende la sommatoria dei requisiti tecnici di base predisposti dal costruttore che devono possedere gli aderenti ad una rete di vendita od assistenza. La c.d. «*Corporate Identity*», cioè l'immagine della marca resa uniforme nelle strutture dei concessionari, rientra negli *standard* tecnici; v. «*The first case of application of the new motor vehicle block exemption regulation: AUDI's authorised repairers*», Competition Policy Newsletter, Summer 2003, p. 53.

contrattuale tra un'impresa forte ed una debole talmente vincolante da sottrarre all'impresa debole ogni capacità decisionale.

La fattispecie ha un preciso riferimento nel nostro ordinamento all'art. 2359⁹⁸, n. 3, c.c. Si tratta di un'ipotesi in cui la parte debole della relazione non determina più autonomamente il proprio comportamento sul mercato perché ad essa si sostituisce, nelle decisioni strategiche, la parte forte. A questa situazione si può pervenire per effetto della "vitale" importanza della relazione contrattuale per la parte debole (in taluni casi una parte non può non contrarre o non continuare la relazione con la controparte che diviene un *partner* obbligato). Si verifica così una situazione analoga a quella del controllo societario, anche se basata su diversi presupposti. Agli effetti della teoria del gruppo le conclusioni non possono essere differenti per cui si deve ritenere che si crei un'unica entità economica, sottratta alle regole dell'art. 101 TFUE⁹⁹.

8. L'ASPETTO SANZIONATORIO

In molte controversie, che hanno visto come parti le industrie automobilistiche, la struttura societaria dei costruttori era formata da *holding* e affiliate,

⁹⁸ L'art. 2359 c.c. prevede una serie di ipotesi di *controllo societario*, elencate ai numeri 1, 2, 3 della norma. Al n. 3 si considera il caso in cui: «la società è sotto l'influenza dominante di un'altra società in virtù di particolari vincoli contrattuali con essa». All'ultimo comma della norma è prevista l'ipotesi di *collegamento societario*, rinvenibile quando una società subisce l'influenza dominante di un'altra. La giurisprudenza amministrativa, ai fini dell'ammissione alle gare di appalto pubblico ai soli soggetti che presentano requisiti di indipendenza, ha attribuito rilevanza non solo al controllo di cui all'art. 2359, ma anche a quello presunto ai sensi dell'ultimo comma della citata norma, valorizzando l'ipotesi del "collegamento sostanziale" (v. le sentenze del Cons. di Stato del 13 giugno 2005, n. 3089, in *Serv. Pubbl. ed appalti*, 2005, 4, p. 872 e del 19 luglio 2004, n. 5196, in *Serv. Pubbl. ed appalti*, 2004, p. 887 ove: «la ratio della legge in materia di lavori pubblici consiste nell'evitare il turbamento nello svolgimento della gara, derivante da situazioni di influenza dominante tra più imprese, che possono influire sulle offerte delle concorrenti, sulla loro media, e sulla conseguente soglia di anomalia, con connessa violazione dei principi di segretezza dell'offerta, della *par condicio* e della trasparenza; non può pertanto ritenersi che tale divieto di partecipazione (che determina la esclusione) si applichi solo alle società, perché è evidente che la struttura di impresa non societaria costituirebbe soltanto lo strumento per frodare la legge. Il rispetto dei fondamentali principi della *par condicio* e della segretezza delle offerte, posti a garanzia della regolarità della procedura concorsuale, nell'interesse sia della pubblica amministrazione che dei partecipanti, postula necessariamente che fra i concorrenti ad una gara non venga in rilievo una relazione idonea a consentire un flusso formativo (delle offerte), e informativo in merito alla fissazione dell'offerta, ovvero agli elementi valutativi ad essa sottostanti; in presenza di significativi indizi sintomatici, il rischio di una intesa preventiva si traduce in una seria e ragionevole *presunzione che le offerte dei diversi concorrenti siano riconducibili al medesimo centro decisionale*». Sulla questione, di recente, la sentenza della Corte di giustizia del 19 maggio 2009, in causa n. C- 538/07, *Assitur Srl c. Camera di Commercio, Industria, Artigianato e Agricoltura di Milano*, cit. *supra*, nota 84.

⁹⁹ La Commissione europea, in merito alla normativa comunitaria sui contratti di subfornitura (Comunicazione del 1978, in *Guce* n. C 1 del 3 gennaio 1979, p. 2 ss.), ha chiarito che questi contratti non rientrano, in generale, nel divieto contenuto nell'art. 81 TCE (ora art. 101 TFUE) perché si presume che un subfornitore non sia un'impresa indipendente dal committente ai fini della legge sulla concorrenza. Tale posizione è stata ribadita, di recente, nella risposta del Parlamento europeo alla petizione n. 0368/2007, presentata dal Signor Hartwig Wendhausen, cittadino tedesco, sull'industria automobilistica e sui pezzi di ricambio (la risposta è consultabile sul sito internet: http://www.europarl.europa.eu/meetdocs/2004_2009/documents/cm/702/702263/702263en.pdf).

queste ultime poi stipulavano i contratti di distribuzione. Questa struttura è risultata del tutto ininfluyente in relazione alla valutazione dell'accordo a valle¹⁰⁰, ma è risultata rilevante, in alcuni casi, sotto il profilo sanzionatorio. La scarsa partecipazione del distributore è stata, infatti, utilizzata per limitare l'applicazione delle ammende al solo produttore¹⁰¹.

La partecipazione del distributore alle politiche anticoncorrenziali del produttore è spesso meramente passiva, ma ciò non sempre basta ad assolverlo da responsabilità.

Nel caso *BMW*¹⁰² vengono sanzionati anche alcuni concessionari del costruttore, autori di una politica attiva concertata per impedire le esportazioni di vetture dal Belgio in altri Stati comunitari ove i prezzi erano maggiori. La sanzione colpisce i concessionari perché non si sono dissociati dalla politica del costruttore, pur potendolo fare.

Il caso è però rimasto isolato. Nelle sentenze precedenti contro costruttori automobilistici i concessionari non erano mai stati sanzionati, né lo sono stati nei casi *automotive* successivi¹⁰³. È allora evidente che è il costruttore il soggetto che organizza la politica strategica della propria rete e che l'attività del distributore nella rete è esecutiva di una decisione già assunta, a monte, dal costruttore. Procedere sulla strada dell'utilizzo dell'art. 101 TFUE obbliga la Commissione europea a ricercare forzatamente la presenza di un accordo anche quando si è chiaramente in presenza di un atto unilaterale. Nella decisione

¹⁰⁰ Nel caso *Volkswagen I* (cit. supra, nota 38) la casa madre utilizzava per la distribuzione dei suoi veicoli, in alcuni Stati comunitari, società controllate al 100% ed il comportamento anticompetitivo è unicamente riferito alla casa madre; in altri casi la Commissione europea ha sanzionato la casa madre e le sue controllate.

¹⁰¹ Al par. 1 degli *Orientamenti per il calcolo delle ammende inflitte in applicazione dell'art. 23, par. 2, lett. a., del regolamento n. 1/2003*, si precisa che «la Commissione può mediante decisione infliggere ammende alle imprese ed alle associazioni di imprese quando, intenzionalmente o per negligenza, commettono una infrazione all'art. 81 o 82 del Trattato». L'intenzionalità o la negligenza sembrano riferibili alle categorie del dolo o della colpa secondo la giurisprudenza del Tribunale di primo grado in causa n. T-142/89, *Boel c. Commissione delle Comunità europee*, cit. supra, nota 12, ove si parla di coscienza e volontarietà della condotta. In tal caso la prova appare dalla stessa condotta, essendo improbabile che una impresa partecipi ad un accordo illecito non intenzionalmente. Nel caso *Kawasaki* (decisione della Commissione europea n. 79/68/Cee del 12 dicembre 1978, in *Guce* n. L 16 del 23 gennaio 1979, p. 9 ss.) si precisa che: «Kawasaki Motors (UK) ha commesso un'infrazione dell'art. 85, par. 1, imponendo un divieto d'esportazione e quindi le può essere inflitta un'ammenda ai sensi dell'art. 15, par. 2. L'ammenda è inflitta a Kawasaki Motors (UK) in quanto membro del gruppo di società della Kawasaki che hanno partecipato all'accordo in questione benché fosse Kawasaki Motors GmbH, che fa parte del gruppo Kawasaki, il principale beneficiario del divieto di esportazione e dei conseguenti effetti economici. Non sono coinvolti i concessionari».

¹⁰² V. la decisione della Commissione europea n. 78/155/Cee del 23 dicembre 1977, in *Guce* n. L 46 del 17 febbraio 1978, p. 33 ss.

¹⁰³ V. il caso *Opel*, decisione della Commissione europea n. 2001/146/Ce, del 20 settembre 2000, cit. supra, nota 17. Interessante è la questione della necessaria valutazione del grado di responsabilità delle imprese coinvolte nell'infrazione e della conseguente commisurazione a questo delle ammende, posta nella sentenza del Tribunale di primo grado del 30 aprile 2009, *CD-Contact Data GmbH*, cit. supra, nota 41 nonché nella sentenza del Tribunale di primo grado del 30 aprile 2009 in causa n. T-13/03, *Nintendo c. Commissione delle Comunità europee*, in *Raccolta*, 2009, II, p. 1021.

*Volkswagen II*¹⁰⁴, al punto 104, la Commissione europea dà atto che la sanzione è irrogata unicamente alla Volkswagen AG perché i concessionari che non si allineavano alla politica della casa madre erano stati minacciati di ritorsioni. Ciò dimostra che senza l'iniziativa e l'eventuale pressione di Volkswagen AG nei confronti dei concessionari economicamente più deboli non sarebbe stato possibile commettere l'infrazione. Riesce, pertanto, difficile pensare che, in tale situazione, vi sia stato un accordo («concurrency of wills») e non, invece, un'iniziativa unilaterale del costruttore.

III. Conclusioni

La svolta del caso *Adalat* si presenta interessante per aver riportato la nozione di accordo a quella di scambio consapevole delle volontà e per aver elevato la soglia della prova che la Commissione europea deve offrire per affermare la conclusione dell'accordo anticompetitivo: esso non solo deve essere tollerato, ma anche effettivamente voluto. È voluto se il distributore può rifiutare l'accordo proposto¹⁰⁵ senza subire gravosi pregiudizi economici; solo in tal caso ha un'effettiva possibilità di effettuare una scelta libera sul mercato¹⁰⁶.

La verifica della piena indipendenza dell'impresa è frequentemente effettuata dalla giurisprudenza comunitaria nelle relazioni di gruppo, ma di rado, e superficialmente, nelle relazioni verticali¹⁰⁷. Per quanto sopra detto, in queste relazioni, non sviluppandosi un rapporto pienamente concorrenziale, non possono essere riproposte, per accertare l'indipendenza del distributore (e quindi la reale possibilità del distributore di dissociarsi dalle richieste del produttore), le stesse argomentazioni utilizzate per verificare l'applicabilità dell'art. 101 TFUE alle imprese concorrenti.

Peraltro, non sembrano mancare adeguati strumenti, anche presuntivi, per compiere un esame appagante. È constatazione banale, ma a nostro avviso difficilmente superabile, che come la partecipazione totalitaria di una controllante nella controllata fa presumere una dipendenza strategica, altrettanto può dirsi nel caso in cui, in un accordo verticale, la percentuale di approvvigionamento di prodotti del distributore presso il produttore è anch'essa totalitaria¹⁰⁸. In tali casi il processo di uscita dalla rete del distributore è particolar-

¹⁰⁴ V. la decisione della Commissione europea n. 2001/711/Ce del 2 ottobre 2001, in *Guce* n. L 26 del 22 ottobre 2001, p. 14 ss.

¹⁰⁵ V. la sentenza della Corte di giustizia del 12 luglio 1979, *BMW Belgium SA*, cit. *supra*, nota 32.

¹⁰⁶ Ci si riferisce alla rete dei distributori, non alla singola relazione con un distributore, relazione che non interessa il diritto della concorrenza; sui comportamenti delle imprese nella rete, v. P. SABBATINI, *La concorrenza verticale*, reperibile sul sito internet http://www.hermesricerche.it/ita/semconv/Concorrenza_verticale.pdf.

¹⁰⁷ L'indagine è svolta, come notato in precedenza, per accertare se un agente di commercio è un'impresa indipendente od un mero ausiliario dell'imprenditore, sottratto all'art. 101 TFUE.

¹⁰⁸ Qui si presenta uno dei punti più delicati degli accordi verticali. Nel regolamento n.

mente difficile, ma soprattutto sarebbe eccessivo pretendere dal distributore comportamenti concorrenziali attivi di dissociazione nel rapporto col produttore.

Accertata la non indipendenza delle imprese parti dell'accordo¹⁰⁹, è consequenziale qualificarlo come comportamento unilaterale. In tal caso, se ricorrono le condizioni, la norma *antitrust* applicabile è l'art. 102 e non l'art. 101 TFUE. In tal modo le autorità *antitrust* si vedrebbero sottrarre quella parte delle intese verticali ove si verificano condizioni di dipendenza strutturale.

Gian Franco Simonini*

1400/2002/Ce si è voluto favorire la distribuzione multimarca, portando la percentuale di approvvigionamento massimo del distributore presso il produttore al 30%. In tal modo il distributore, ove lo avesse voluto, avrebbe potuto distribuire almeno tre marche concorrenti. Tale clausola limitativa non appare nel regolamento n. 330/2010/Ue che lo sostituisce per gli aspetti legati alla distribuzione. Questo regolamento consente una percentuale di approvvigionamento pari all'80% del fabbisogno del distributore, autorizzando inavvertitamente una situazione di dipendenza relazionale che può rendere incompatibile l'accordo con l'art. 101 TFUE.

¹⁰⁹ Eventualità tutt'altro da scartare, se si pensa al caso degli agenti *Mercedes*, *cit. supra* alla nota 71.

* Avvocato; cultore di Diritto dell'Unione europea / Università di Modena e Reggio Emilia.

DOCUMENTAZIONE

IL REGIME DI TUTELA DEI DIRITTI DI PROPRIETÀ INDUSTRIALE NEL SISTEMA ANDINO

Decision 486 - Régimen Común sobre Propiedad Industrial*

(*Omissis*)

Titulo II - De las patentes de invencion **Capitulo I - De los Requisitos de Patentabilidad**

Artículo 14 - Los Países Miembros otorgarán patentes para las invenciones, sean de producto o de procedimiento, en todos los campos de la tecnología, siempre que sean nuevas, tengan nivel inventivo y sean susceptibles de aplicación industrial.

Artículo 15 - No se considerarán invenciones:

- a.* los descubrimientos, las teorías científicas y los métodos matemáticos;
- b.* el todo o parte de seres vivos tal como se encuentran en la naturaleza, los procesos biológicos naturales, el material biológico existente en la naturaleza o aquel que pueda ser aislado, inclusive genoma o germoplasma de cualquier ser vivo natural;
- c.* las obras literarias y artísticas o cualquier otra protegida por el derecho de autor;
- d.* los planes, reglas y métodos para el ejercicio de actividades intelectuales, juegos o actividades económico-comerciales;
- e.* los programas de ordenadores o el soporte lógico, como tales; y,
- f.* las formas de presentar información.

* *Gaceta Oficial*, año XVII - Número 600, Lima 19 de setiembre del 2000. In argomento v. *infra*, p. 155 ss., il commento di MASSIMO FRANCESCO ORZAN.

(*Omissis*)

Artículo 20 - No serán patentables:

a. las invenciones cuya explotación comercial en el territorio del País Miembro respectivo deba impedirse necesariamente para proteger el orden público o la moral. A estos efectos la explotación comercial de una invención no se considerará contraria al orden público o a la moral solo debido a la existencia de una disposición legal o administrativa que prohíba o que regule dicha explotación;

b. las invenciones cuya explotación comercial en el País Miembro respectivo deba impedirse necesariamente para proteger la salud o la vida de las personas o de los animales, o para preservar los vegetales o el medio ambiente. A estos efectos la explotación comercial de una invención no se considerará contraria a la salud o la vida de las personas, de los animales, o para la preservación de los vegetales o del medio ambiente sólo por razón de existir una disposición legal o administrativa que prohíba o que regule dicha explotación;

c. las plantas, los animales y los procedimientos esencialmente biológicos para la producción de plantas o animales que no sean procedimientos no biológicos o microbiológicos;

d. los métodos terapéuticos o quirúrgicos para el tratamiento humano o animal, así como los métodos de diagnóstico aplicados a los seres humanos o a animales.

(*Omissis*)

Titulo VI - De las marcas

Capitulo I - De los Requisitos para el Registro de Marcas

Artículo 134 - A efectos de este régimen constituirá marca cualquier signo que sea apto para distinguir productos o servicios en el mercado. Podrán registrarse como marcas los signos susceptibles de representación gráfica. La naturaleza del producto o servicio al cual se ha de aplicar una marca en ningún caso será obstáculo para su registro.

Podrán constituir marcas, entre otros, los siguientes signos:

a. las palabras o combinación de palabras;

b. las imágenes, figuras, símbolos, gráficos, logotipos, monogramas, retratos, etiquetas, emblemas y escudos;

c. los sonidos y los olores;

d. las letras y los números;

e. un color delimitado por una forma, o una combinación de colores;

f. la forma de los productos, sus envases o envolturas;

g. cualquier combinación de los signos o medios indicados en los apartados anteriores.

Artículo 135 - No podrán registrarse como marcas los signos que:

a. no puedan constituir marca conforme al primer párrafo del artículo anterior;

b. carezcan de distintividad;

c. consistan exclusivamente en formas usuales de los productos o de sus envases, o en formas o características impuestas por la naturaleza o la función de

dicho producto o del servicio de que se trate;

d. consistan exclusivamente en formas u otros elementos que den una ventaja funcional o técnica al producto o al servicio al cual se aplican;

e. consistan exclusivamente en un signo o indicación que pueda servir en el comercio para describir la calidad, la cantidad, el destino, el valor, la procedencia geográfica, la época de producción u otros datos, características o informaciones de los productos o de los servicios para los cuales ha de usarse dicho signo o indicación, incluidas las expresiones laudatorias referidas a esos productos o servicios;

f. consistan exclusivamente en un signo o indicación que sea el nombre genérico o técnico del producto o servicio de que se trate;

g. consistan exclusivamente o se hubieran convertido en una designación común o usual del producto o servicio de que se trate en el lenguaje corriente o en la usanza del país;

h. consistan en un color aisladamente considerado, sin que se encuentre delimitado por una forma específica;

i. puedan engañar a los medios comerciales o al público, en particular sobre la procedencia geográfica, la naturaleza, el modo de fabricación, las características, cualidades o aptitud para el empleo de los productos o servicios de que se trate;

j. reproduzcan, imiten o contengan una denominación de origen protegida para los mismos productos o para productos diferentes, cuando su uso pudiera causar un riesgo de confusión o de asociación con la denominación; o implicase un aprovechamiento injusto de su notoriedad;

k. contengan una denominación de origen protegida para vinos y bebidas espirituosas;

l. consistan en una indicación geográfica nacional o extranjera susceptible de inducir a confusión respecto a los productos o servicios a los cuales se aplique;

m. reproduzcan o imiten, sin permiso de las autoridades competentes, bien sea como marcas, bien como elementos de las referidas marcas, los escudos de armas, banderas, emblemas, signos y punzones oficiales de control y de garantía de los Estados y toda imitación desde el punto de vista heráldico, así como los escudos de armas, banderas y otros emblemas, siglas o denominaciones de cualquier organización internacional;

n. reproduzcan o imiten signos de conformidad con normas técnicas, a menos que su registro sea solicitado por el organismo nacional competente en normas y calidades en los Países Miembros;

o. reproduzcan, imiten o incluyan la denominación de una variedad vegetal protegida en un País Miembro o en el extranjero, si el signo se destinara a productos o servicios relativos a esa variedad o su uso fuere susceptible de causar confusión o asociación con la variedad; o

p. sean contrarios a la ley, a la moral, al orden público o a las buenas costumbres;

No obstante lo previsto en los literales *b.*, *e.*, *f.*, *g.*, *y.*, *h.*, un signo podrá ser registrado como marca si quien solicita el registro o su causante lo hubiese estado usando constantemente en el País Miembro y, por efecto de tal uso, el signo ha adquirido aptitud distintiva respecto de los productos o servicios a los cuales se aplica.

(*Omissis*)

I DIRITTI DI PROPRIETÀ INDUSTRIALE NELLA COMUNITÀ ANDINA: IL RUOLO DELLE AGENZIE NAZIONALI DELLA PROPRIETÀ INTELLETTUALE E QUELLO DEL TRIBUNALE DI GIUSTIZIA*

Sommario: **1.** *L'evoluzione della disciplina della proprietà industriale nel sistema andino: dall'approccio import-substitution a quello liberista* - **2.** *La decisione n. 486 del 14 settembre 2000 istitutiva di un regime comune della proprietà industriale: i principi ispiratori e gli strumenti di tutela dei diritti di proprietà industriale* - **3.** *La disciplina dei brevetti* - **4.** *La disciplina dei marchi* - **5.** *Il ruolo delle agenzie nazionali di tutela della proprietà intellettuale nello sviluppo della normativa andina in materia di proprietà industriale* - **6.** *Il contributo del Tribunale di giustizia della Comunità andina nella evoluzione della disciplina della proprietà industriale, con particolare riguardo al marchio* - **7.** *La natura peculiare del rinvio pregiudiziale in materia di proprietà industriale nel sistema andino* - **8.** *Il problema della esecuzione delle sentenze rese dal Tribunale di giustizia della Comunità andina negli ordinamenti degli Stati membri* - **9.** *Conclusioni.*

1. L'evoluzione della disciplina della proprietà industriale nel sistema andino: dall'approccio *import-substitution* a quello liberista

La tutela della proprietà industriale nell'ordinamento della Comunità andina ha subito una lenta evoluzione, riconducibile alla più generale modifica delle sue strategie nell'ambito delle relazioni economiche internazionali. Inizialmente, l'obiettivo principale degli Stati membri del Sistema di integrazione andino (SIA) fu quello di ridurre l'influenza economica degli investitori stranieri, allo scopo di favorire lo sviluppo di un sistema industriale regionale. Di conseguenza, nel dare attuazione all'art. 27 dell'Accordo di Cartagena¹, la Commissione del SIA adottò la decisione n. 24, nota come il Codice andino

* Le opinioni e i giudizi personali espressi impegnano esclusivamente la responsabilità dell'Autore.

¹ L'art. 27 dell'Accordo di Cartagena prefigurava la creazione di un «common system for treatment of foreign capital and likewise, systems for trademarks, patents, licences, and royalties».

degli investimenti stranieri, nella quale, tra l'altro, era vietata la conclusione di contratti di licenza relativi a marchi e brevetti². In essa, la tutela dei diritti di proprietà industriale degli investitori stranieri era quindi piuttosto limitata, poiché subordinata alle esigenze del sistema regionale³.

Nelle successive decisioni n. 84 e n. 85, il regime normativo della proprietà industriale fu modificato in senso favorevole agli operatori economici degli Stati membri del Sistema di integrazione andino⁴. In particolare, la decisione n. 85 stabiliva le condizioni per la registrazione e il rinnovo dei diritti di proprietà industriale, escludendone la brevettabilità per certe categorie. Infatti, il nucleo centrale della decisione era l'art. 5, lett. c., che vietava alle autorità nazionali di brevettare prodotti farmaceutici e terapeutici, coerentemente con la politica improntata al principio dell'*import-substitution* dell'epoca⁵. Nel complesso, la disciplina della proprietà industriale si connotava per l'evidente intenzione degli Stati membri di rendere le moderne tecnologie facilmente accessibili alle industrie nascenti della regione, con la conseguente limitazione dei diritti di proprietà industriale degli investitori degli Stati terzi.

Le decisioni sopracitate non raggiunsero però gli obiettivi auspicati a causa della debolezza intrinseca dei sistemi economici degli Stati membri del SIA e delle loro difficoltà di coordinamento⁶. Di conseguenza, agli inizi degli anni Novanta, si svolsero una serie di riunioni tra i Governi degli Stati membri del SIA, dalle quali emerse la volontà politica di una radicale modifica delle strategie economiche fino a quel momento sviluppate sia a livello nazionale che comunitario⁷. Indubbiamente, il nuovo approccio fu influenzato

² Cfr. gli artt. 20 e 25 della decisione n. 24 *Régimen Común de tratamiento a los capitales extranjeros y sobre marcas patentes, licencias y regalías*, in *International Legal Materials*, 1977, p. 138 ss. In dottrina, si veda D. E. HOJMAN, *The Andean Pact: Failure of a Model of Economic Integration?*, in *Journ. Comm. M. St.*, 1981, pp. 151-156.

³ Si vedano P. SCHLISSER, *Restriction on Foreign Investment in the Andean Common Market*, in *International Lawyer*, 1971, p. 586 ss.; ID., *Recent Developments in Latin American Foreign Investment Laws*, *ivi*, 1972, p. 64 ss.; C. T. OLIVER, *The Andean Foreign Investment Code: A New Phase in the Quest for Normative Order as to Direct Foreign Investment*, in *American Journal of International Law*, 1972, p. 763; D. B. FURNISH - W. W. ATKIN, *The Andean Group's Program for Industrial Development of the Metalworking Sector: Integration with Due and Deliberate SPID*, in *Lawyer of the Americas*, 1975, p. 29 ss.; F. M. ABBOTT, *Bargaining Power and Strategy in the Foreign Investment Process: A Current Andean Code Analysis*, in *Syracuse Journal of International Law & Commerce*, 1975, p. 319 ss.; R. DAÑINO, *The Andean Code After Five Years*, in *Lawyer of the Americas*, 1976, p. 635 ss.

⁴ Cfr. le decisioni n. 84 *Bases para una política tecnológica subregional* e n. 85 sulla *Propriedad industrial*, in *International Legal Materials*, 1974, p. 1478 ss.

⁵ V. O. SALDÍAS, *Supranational Courts as Engines of Disintegration. The Case of the Andean Community*, in *Berlin Working Paper on European Integration* no. 5, 2007, pp. 15-16.

⁶ Cfr. S. HORTON, *Peru and ANCOM: A Study in the Disintegration of a Common Market*, in *Texas International Law Journal*, 1982, p. 39 ss., il quale ha osservato che «[t]he disappointing plight of the Andean Common Market can be traced directly to incompatible economic policies among the member states and to an economic imbalance within the community that spurs protectionism» (p. 61).

⁷ Cfr. T. H. O'KEEFE, *How the Andean Pact Transformed Itself into a Friend of Foreign Enterprise*, in *International Lawyer*, 1996, p. 811 ss.

dalle direttive emerse nel corso del *Washington Consensus*⁸, ispirate alla liberalizzazione del commercio, alla massima apertura a favore degli investimenti provenienti dall'estero, alla *deregulation* e alla tutela della proprietà intellettuale. In questo rinnovato clima, tra il 1991 e il 1994, la Comunità Andina (CAN) adottò le decisioni n. 291, n. 311 e n. 344, nelle quali, superando l'impostazione delle decisioni n. 24, n. 84 e n. 85, i diritti di proprietà industriale trovarono progressivamente una maggiore tutela attraverso la riduzione dei divieti di licenze e degli oneri amministrativi richiesti per la loro registrazione. A tal proposito è sintomatica del nuovo corso l'eliminazione, nella decisione n. 344 del 21 ottobre 1993, del sopracitato art. 5, lett. c., della decisione n. 85 concernente il divieto di brevettare prodotti farmaceutici.

2. La decisione n. 486 del 14 settembre 2000 istitutiva di un regime comune della proprietà industriale: i principi ispiratori e gli strumenti di tutela dei diritti di proprietà industriale

Tuttavia, l'allineamento della CAN ai principi fissati nell'ambito dell'Accordo TRIPS è stato raggiunto solo con l'adozione della decisione n. 486 del 14 settembre 2000, entrata in vigore il 1° dicembre successivo, che ha istituito un regime comune della proprietà industriale⁹. Prima di esaminare il contenuto di tale decisione, in via preliminare, è opportuno considerare che essa si limita a prevedere il progressivo riavvicinamento delle legislazioni degli Stati membri, promuovendo un processo di standardizzazione delle procedure nazionali di registrazione dei diritti di proprietà industriale, dei diritti derivanti dalla loro titolarità e degli strumenti di tutela dinanzi alle giurisdizioni nazionali. Infatti, i diritti di proprietà industriale oggetto della normativa comune mantengono il loro carattere territoriale, conferendo ai loro titolari un diritto esclusivo, che implica per i terzi il divieto – limitato al territorio dello Stato membro in cui sono registrati – di farne uso. Nella CAN lo sforzo integrazionista non si è spinto quindi, come ad esempio è accaduto nell'ambito dell'UE con riguardo al marchio, fino alla creazione di un titolo comunitario, cioè di un titolo che, acquisito attraverso una procedura unica, conferisce al suo titolare un diritto esteso all'intero territorio degli Stati membri e una protezione uniforme.

Ciò premesso, va rilevato che nei suoi principi ispiratori, negli strumenti

⁸ L'espressione è stata coniata nel 1989 dall'economista John Williamson per indicare le dieci direttive di politica economica elaborate dalle istituzioni finanziarie internazionali e rivolte agli Stati in crisi economica per risolvere i loro problemi. Si vedano J. WILLIAMSON, *What Washington Means by Policy Reform*, consultabile sul sito <http://www.iie.com/publications/papers/paper.cfm?researchid=486N>, 2002; N. SERRA - J. E. STIGLITZ (eds), *The Washington Consensus Reconsidered. Towards a New Global Governance*, Oxford, Oxford University Press, 2008.

⁹ Cfr. la decisione n. 486 su un *Régimen común sobre propiedad industrial*, in *Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena* del 19 settembre 2000, p. 2 ss.

di tutela garantiti ai titolari dei diritti di proprietà industriale e nella disciplina materiale di tali diritti, la decisione n. 486 ha recepito sostanzialmente le regole fissate dall'Accordo TRIPs. Per quanto riguarda i primi, infatti, la decisione ha accolto le norme poste alla base di tale accordo, ossia i principi del trattamento nazionale¹⁰ e della nazione più favorita¹¹ nonché il diritto di priorità. In virtù del primo principio ogni Stato membro della CAN è obbligato ad accordare ai cittadini degli Stati membri della CAN, dell'OMC e della Convenzione di Parigi sulla proprietà intellettuale un trattamento non meno favorevole di quello concesso ai propri cittadini, fatto salvo quanto previsto agli artt. 3 e 5 TRIPs¹² e all'art. 2 della Convenzione di Parigi¹³. In forza del principio della nazione più favorita, invece, gli Stati membri sono obbligati ad estendere ai cittadini di uno Stato terzo il trattamento accordato ai cittadini di uno degli Stati membri della Comunità. Infine, il diritto di priorità attribuisce ad un soggetto che abbia regolarmente depositato una domanda di registrazione in uno Stato membro, il diritto di poter fare altrettanto in uno degli altri Stati membri della CAN, entro un termine che varia a seconda del diritto di proprietà industriale per il quale è stata richiesta la registrazione¹⁴.

Per quanto riguarda, poi, l'*enforcement* dei diritti di proprietà industriale, la decisione n. 486 riproduce fedelmente la disciplina prevista nella Parte III dell'accordo TRIPs che, colmando una lacuna nella normativa internazionale in materia di proprietà intellettuale, ha individuato gli strumenti che gli Stati devono predisporre al fine di garantire una tutela effettiva ai titolari dei diritti. Com'è noto, tale disciplina impone agli Stati di prevedere un'adeguata protezione dei diritti sia in sede civile che penale nonché di consentire al titolare degli stessi la possibilità di richiedere alle autorità amministrative o giurisdizionali la sospensione da parte degli uffici doganali dell'immissione in libera pratica di merci contraffatte.

¹⁰ Per un commento dell'articolo si vedano T. COTTIER - P. VÉRON (eds), *Concise International and European IP Law*, The Netherlands, 2008, pp. 16-20; A. A. YUSUF, *TRIPs: Background, Principles and General Provisions*, in C. M. CORREA - A. A. YUSUF (eds), *Intellectual Property and International Trade: The TRIPs Agreement*², The Netherlands, Kluwer Law International, 2008, pp. 16-18.

¹¹ Si vedano T. COTTIER - P. VÉRON, *Concise International*, loc. cit., pp. 20-23; A. A. YUSUF, *Intellectual Property*, loc. cit., pp. 18-19.

¹² L'art. 3 dell'Accordo TRIPs prevede che ogni Stato parte dell'accordo deve garantire lo stesso trattamento «subject to the exceptions already provided in, respectively, the Paris Convention (1967), the Berne Convention (1971), the Rome Convention or the Treaty on Intellectual Property in Respect of Integrated Circuits», mentre l'art. 5 stabilisce che «[t]he obligations under Articles 3 and 4 do not apply to procedures provided in multilateral agreements concluded under the auspices of WIPO relating to the acquisition or maintenance of intellectual property rights».

¹³ L'art. 2, par. 3, della Convenzione di Parigi prevede che «[t]he provisions of the laws of each of the countries of the Union relating to judicial and administrative procedure and to jurisdiction, and to the designation of an address for service or the appointment of an agent, which may be required by the laws on industrial property are expressly reserved».

¹⁴ L'art. 9 fissa a 12 mesi la priorità in caso di brevetti e modelli di utilità e a 6 mesi per i marchi e i disegni industriali, cfr. la decisione n. 486, cit. *supra*, nota 9, p. 3.

Con riferimento alla tutela in sede civile, le Parti XIV e XV della decisione n. 486 regolano, rispettivamente, l'azione di rivendica e quella in caso di violazione dei diritti. Con la prima viene conferita al titolare di un diritto industriale o a colui che abbia presentato domanda di registrazione la facoltà di agire dinanzi alle autorità nazionali competenti¹⁵ allo scopo di ottenere il riconoscimento di contitolare o di co-applicante del diritto. Con la seconda, al titolare del diritto viene concessa la possibilità di richiedere la cessazione dell'utilizzo del proprio titolo da parte di terzi nonché l'eventuale risarcimento del danno. Inoltre, accogliendo quanto previsto dall'art. 50 dell'accordo TRIPs, la decisione riconosce altresì la facoltà per il giudice adito di ordinare misure provvisorie¹⁶. Per quanto concerne, invece, la tutela in sede penale, la decisione n. 486 si limita a stabilire che gli Stati membri della CAN si dotino di strumenti penali e di sanzioni da comminare in caso di contraffazione dei marchi.

Infine, agli artt. 250-256, è disciplinata la procedura di blocco alla frontiera delle merci contraffatte. Essa consente al titolare di un diritto di marchio, che abbia valide ragioni per sospettare la possibile importazione (o esportazione) di merci contraffatte, di presentare alle autorità competenti di uno degli Stati membri della CAN una richiesta di sospensione da parte degli uffici doganali dell'immissione in libera pratica di tali merci o della loro esportazione. Nel complesso, la procedura riproduce sostanzialmente quella prefigurata nell'accordo TRIPs, prevedendo che alla decisione dell'autorità nazionale competente, con la quale viene sospesa l'importazione o l'esportazione del prodotto, segua necessariamente un procedimento giudiziario, che si conclude con la conferma o l'annullamento del provvedimento sospensivo¹⁷.

3. La disciplina dei brevetti

Per quanto concerne, invece, la disciplina materiale dei diritti di proprietà industriale, nel presente lavoro l'analisi è limitata ai brevetti e ai marchi, sebbene nella decisione n. 486 siano regolati anche i modelli di utilità¹⁸, i disegni industriali¹⁹, la topografia dei circuiti integrati²⁰ e le indicazioni geografiche²¹.

¹⁵ Cfr. *ivi*, art. 273, p. 45.

¹⁶ Cfr. *ivi*, art. 245, pp. 41-42.

¹⁷ Cfr. *ivi*, artt. 252-255, p. 43.

¹⁸ In base all'art. 81, i modelli di utilità sono forme nuove di un prodotto industriale, che consentono al prodotto stesso una particolare efficacia o comodità di applicazione o di impiego. L'art. 82 esclude comunque che possano considerarsi tali «las obras plásticas, las de arquitectura, ni los objetos que tuvieran únicamente carácter estético». Questo tipo di diritto industriale presenta uno stretto collegamento con il brevetto per invenzioni e, infatti, l'art. 83 ammette la possibilità di convertire la sua domanda di registrazione in quella di brevetto per invenzione. Tuttavia, la decisione n. 486 accorda al titolare di un modello di utilità una minore tutela del diritto di esclusiva, fissandolo in dieci anni dalla domanda di registrazione, cfr. artt. 81-84 della decisione n. 486, *ivi*, p. 15.

¹⁹ L'art. 113 della decisione n. 486 stabilisce che per disegno industriale si debba intendere «la

Tale scelta trova giustificazione, innanzitutto, nella rilevanza avuta da questi due diritti di proprietà industriale nel processo di integrazione andino e, inoltre, nel fatto che, come si avrà modo di mettere in luce in seguito²², i maggiori dubbi interpretativi derivanti dall'attuazione della decisione n. 486 sono sorti con riguardo a questi ultimi, al contrario degli altri diritti di proprietà industriale, che hanno sollevato un numero di questioni interpretative piuttosto limitato.

Ora, la disciplina dei brevetti contenuta nella decisione n. 486 recepisce nella sostanza la normativa prevista dall'Accordo TRIPs. L'art. 27 di tale accordo riconosce, infatti, la possibilità di brevettare tutte le invenzioni, che soddisfino i requisiti di novità, attività inventiva e capacità di applicazione industriale, salvo le eccezioni previste ai par. 2 e 3. Per quanto riguarda le suddette condizioni, solo con riferimento alla prima, concernente il carattere di novità dell'invenzione, è possibile individuare qualche differenza rispetto all'accordo TRIPs. Infatti, la decisione n. 486 non si limita a prevedere che una invenzione soddisfi il requisito della novità «cuando no está comprendida en el estado de la técnica»²³, ma esclude che tale requisito sussista nel caso in cui «[l]os productos o procedimientos ya patentados, comprendidos en el estado de la técnica, de conformidad con el artículo 16 de la presente Decisión, no serán objeto de nueva patente, por el simple hecho de atribuirse un uso distinto al originalmente comprendido por la patente inicia»²⁴. La decisione n. 486 accoglie quindi una accezione molto ampia di novità, che assorbe anche l'ipotesi relativa al divieto dei nuovi usi di un prodotto già brevettato²⁵. Con riferimento, invece, alle altre

apariencia particular de un producto que resulte de cualquier reunión de líneas o combinación de colores, o de cualquier forma externa bidimensional o tridimensional, línea, contorno, configuración, textura o material, sin que cambie el destino o finalidad de dicho producto», *ivi*, p. 21. Come per altri diritti di proprietà industriale, la decisione n. 486 ne fissa le condizioni e i limiti alla registrazione: l'art. 115 la subordina al requisito della novità, mentre l'art. 116 la esclude per motivi di ordine pubblico e di moralità.

²⁰ La disciplina della topografia dei circuiti integrati non era prevista nell'ambito della CAN prima dell'adozione della decisione n. 486. Nella sostanza, la disciplina di tale diritto di proprietà industriale recepisce quanto previsto nell'accordo TRIPs e nella Convenzione sui circuiti integrati.

²¹ La decisione n. 486 regola la materia delle indicazioni geografiche, distinguendo la denominazione di origine dall'indicazione di provenienza. Con la prima, viene offerta tutela al nome di una regione, di un luogo determinato o di un paese che serve a designare un prodotto, originario di tali luoghi e, la cui qualità o le cui caratteristiche sono dovute essenzialmente o esclusivamente all'ambiente geografico, comprensivo dei fattori naturali ed umani, e la cui produzione, trasformazione ed elaborazione avvengano nell'area geografica delimitata (cfr. artt. 201-220 della decisione n. 486, *loc. cit.*, pp. 35-37); con la seconda, invece, viene tutelato il nome della regione, del luogo determinato o del paese che serve a designare un prodotto, originario di tali luoghi e, di cui una determinata qualità, la reputazione o un'altra caratteristica possa essere attribuita all'origine geografica e la cui produzione, trasformazione e/o elaborazione avvengano nell'area geografica determinata (artt. 221-223, *ivi.*, pp. 37-38).

²² *Infra*, par. 6 e 7.

²³ Cfr. art. 4 della decisione n. 486, *cit. supra*, nota 9, p. 4.

²⁴ Cfr. art. 21, *ivi*, p. 5. In dottrina, sulla disciplina dei nuovi usi di prodotti già brevettati, si veda G. CONTALDI, *La tutela delle invenzioni nel sistema OMC*, Milano, Giuffrè, 2009, pp. 128-132.

²⁵ Sul punto si veda *infra*, par. 7.

due condizioni, gli artt. 18 e 19 della decisione n. 486 non presentano alcuna significativa differenza, limitandosi a riprodurre quanto contenuto nella nota esplicativa dell'art. 27, par. 1, del TRIPs²⁶.

Per quanto concerne, poi, la disciplina delle eccezioni alla registrazione di determinate invenzioni, la decisione n. 486 recepisce completamente i par. 2 e 3, lett. *a.* e *b.*, dell'art. 27 TRIPs, vietando, in particolare, la brevettabilità: di invenzioni per motivi di ordine pubblico o di moralità pubblica, per proteggere la vita o la salute dell'uomo; degli animali o dei vegetali o per evitare gravi danni ambientali; di metodi diagnostici, terapeutici e chirurgici per la cura dell'uomo o degli animali; di vegetali e di animali, con eccezione dei microorganismi, e dei processi essenzialmente biologici per la produzione di vegetali o animali, tranne quelli non biologici e microbiologici²⁷.

Dopo avere definito le condizioni che devono essere soddisfatte per potere brevettare una invenzione e le relative deroghe, la decisione n. 486 disciplina i diritti e gli obblighi derivanti dalla titolarità di un brevetto nonché i limiti al suo esercizio. Innanzitutto, il titolare di un brevetto acquista con la sua registrazione un diritto di esclusiva della durata di venti anni, che decorrono dalla data di presentazione della domanda²⁸. Tale diritto viene però temperato da precisi obblighi. Infatti, ai sensi dell'art. 59, il titolare del brevetto «está obligado a explotar la invención patentada en cualquier País Miembro, directamente o a través de alguna persona autorizada por él», dove per «explotar» si deve intendere la capacità da parte di quest'ultimo di soddisfare la domanda del prodotto oggetto del brevetto nell'intero territorio dello Stato di registrazione²⁹.

La più significativa limitazione al diritto di esclusiva si rinviene, tuttavia, nella disciplina delle licenze obbligatorie³⁰. Attraverso tali licenze, uno Stato può consentire ad un soggetto che non sia titolare del brevetto di poterne disporre. Com'è noto, la questione delle licenze obbligatorie costituisce uno dei temi di maggiore contrasto tra i Paesi industrializzati e quelli in via di sviluppo, in particolare nel settore dei prodotti farmaceutici³¹. Ora, *prima facie*, la

²⁶ In base all'art. 18, il requisito dell'attività inventiva è soddisfatto se «para una persona del oficio normalmente versada en la materia técnica correspondiente, esa invención no hubiese resultado obvia ni se hubiese derivado de manera evidente del estado de la técnica» mentre, ai sensi dell'art. 19, quello della capacità di applicazione industriale, «cuando su objeto pueda ser producido o utilizado en cualquier tipo de industria, entendiéndose por industria la referida a cualquier actividad productiva, incluidos los servicios» (cfr. decisione n. 486, *loc. cit.*, p. 5).

²⁷ Cfr. l'art. 20 della decisione n. 486, *cit. supra*, nota 9, p. 5.

²⁸ Cfr. *ivi*, art. 50, p. 10.

²⁹ Cfr. *ivi*, art. 60, p. 11.

³⁰ Cfr. *ivi*, artt. 61-69, pp. 12-13.

³¹ In argomento si vedano F. SEATZU - A. ROSA, *Reform but not Revolution: the Access to Essential Medicines under the WTO Decision on Implementation of Paragraph 6 of the Doha Declaration*, in *Dir. comm. int.*, 2004, p. 847 ss.; G. CONTALDI, *Tutela delle invenzioni e accesso ai farmaci essenziali nell'Accordo TRIPs*, in *Riv. dir. int.*, 2004, p. 955 ss.; C. TUOSTO, *I brevetti farmaceutici e i Paesi in via di sviluppo*, in questa *Rivista*, 2005, p. 547; P. ACCONCI, *L'accesso ai*

decisione n. 486 sembrerebbe rappresentare un buon compromesso tra gli interessi dei titolari dell'esclusiva brevettuale e quelli degli Stati membri della Comunità andina, poiché la concessione delle licenze obbligatorie è subordinata al rispetto di precise condizioni e disciplinata da una serie di tutele di carattere procedurale. L'art. 61 prevede che chiunque possa richiedere ad un'Agenzia nazionale per la proprietà intellettuale (ANPI) la concessione di una licenza per sfruttare un brevetto qualora, trascorsi tre anni dalla registrazione o quattro dalla presentazione della richiesta di registrazione, il titolare non abbia rispettato quanto previsto all'art. 59 o abbia interrotto per più di un anno lo sfruttamento del brevetto. La licenza obbligatoria non può però essere concessa se il titolare giustifica le ragioni del mancato rispetto dei propri obblighi nei confronti del pubblico destinatario del prodotto e se chi fa richiesta della licenza non abbia prima cercato di concludere un contratto di licenza con il titolare del diritto; la decisione n. 486 prevede altresì che il titolare del brevetto disponga di sessanta giorni per opporsi alla concessione della licenza. Infine, l'art. 64 stabilisce che il licenziatario è tenuto a versare un indennizzo al titolare del brevetto, che viene determinato dall'ANPI «según las circunstancias propias de cada caso, considerando en especial el valor económico de la autorización». La decisione n. 486 sembrerebbe quindi garantire un adeguato bilanciamento tra la tutela degli interessi privati del titolare del brevetto e quelli generali. Tuttavia, va osservato che questo equilibrio non viene garantito nell'ipotesi in cui uno Stato membro invochi ragioni di interesse pubblico, di emergenza o di sicurezza nazionale. In questo caso, infatti, l'ANPI concede la licenza, comprimendo sensibilmente le tutele riconosciute sul piano procedurale al titolare del brevetto. Infatti, sebbene la decisione precisi che la licenza obbligatoria conferita abbia natura temporanea, essendo collegata alla situazione di emergenza invocata dallo Stato, e sia fatto salvo l'obbligo di indennizzo in favore del titolare del brevetto, nel complesso può rilevarsi un evidente affievolimento dei diritti di quest'ultimo, che viene privato degli strumenti per opporsi alla concessione della licenza, riconosciutigli nell'ipotesi ordinaria.

4. La disciplina dei marchi

Il Titolo VI della decisione n. 486 (artt. 152-174) disciplina, poi, il marchio³², individuando i diritti derivanti dalla sua titolarità e precisandone limiti

farmaci essenziali. Una questione ancora in attesa di soluzione, in E. SCISO (a cura di), *L'OMC 1995-2005. Bilanci e prospettive*, Roma, Luiss University Press, 2006, p. 135 ss.

³² In base all'art. 134 possono essere oggetto di registrazione «a. las palabras o combinación de palabras; b. las imágenes, figuras, símbolos, gráficos, logotipos, monogramas, retratos, etiquetas, emblemas y escudos; c. los sonidos y los olores; d. las letras y los números; e. un color delimitado por una forma, o una combinación de colores; f. la forma de los productos, sus envases o envolturas; g. cualquier combinación de los signos o medios indicados en los apartados anteriores», cfr. art. 134 della decisione n. 486, *cit. supra*, nota 9, p. 24.

e condizioni di esercizio. Con riguardo al primo profilo, l'art. 152 stabilisce che con la registrazione il titolare di un marchio acquista un diritto esclusivo al suo sfruttamento per un periodo di dieci anni, rinnovabile indefinitamente per periodi di dieci anni. La decisione n. 486 offre quindi una tutela al titolare di un marchio superiore allo *standard* minimo di almeno sette anni previsto dall'art. 18 dell'accordo TRIPs, ma uguale a quello stabilito dagli artt. 6, par. 1, del Protocollo di Madrid, e 13, par. 7, del Trattato sul diritto del marchio.

Con riferimento ai limiti all'esercizio del diritto di esclusiva, particolarmente interessante risulta la disciplina dell'esaurimento del marchio. Com'è noto, in base al principio dell'esaurimento, il diritto di esclusiva del titolare di un marchio cessa dopo che il bene o il servizio registrato sia stato messo in vendita dal titolare stesso del diritto o con il suo consenso³³. Rispetto al luogo in cui il prodotto è messo in commercio, esistono tre distinte applicazioni del principio. Nel caso di esaurimento nazionale, il diritto si estingue solo se il prodotto è stato commercializzato nel territorio dello Stato che ha concesso la registrazione. Nell'ipotesi di esaurimento internazionale, l'esclusiva viene meno con la commercializzazione del prodotto in qualunque altro Stato. Infine, nel caso di esaurimento regionale, il diritto di esclusiva cessa se il bene è messo in commercio in uno degli Stati membri di un'organizzazione internazionale o Parti di un accordo di integrazione economico-regionale. Tale distinzione assume particolare rilevanza rispetto al fenomeno delle importazioni parallele, che non sono ammesse nell'ipotesi di esaurimento nazionale, mentre risultano del tutto legittime nel caso di esaurimento internazionale e parzialmente legittime in quello regionale. In questa ultima ipotesi, infatti, tra gli Stati parti dell'accordo o membri dell'organizzazione vige il principio dell'esaurimento internazionale, ma rispetto agli Stati terzi trova applicazione quello nazionale. È evidente, dunque, che dalla scelta di una delle tre soluzioni sopra prospettate scaturiscano conseguenze particolarmente rilevanti sul grado di tutela dei titolari dei marchi e sul flusso commerciale in entrata da Stati terzi nel mercato nazionale (o regionale). L'Accordo TRIPs lascia impregiudicata la questione, rimettendo agli Stati la facoltà di decidere quale ipotesi accogliere fra quelle sopradescritte³⁴. Evidentemente, la *ratio* della disposizione è da ricercare nella impossibilità di elaborare una soluzione universalmente condivisa. In proposito, a conferma della complessità di tale questione, va rilevato che i sistemi di integrazione regionale hanno optato per so-

³³ In generale, sull'esaurimento del diritto di marchio e dei problemi ad esso collegato si vedano A. A. YUSUF - A. MONCAYO VON HASE, *Intellectual Property Protection and International Trade*, in *World Competition*, 1992, p. 115; H. COHEN JEHOAM, *International Exhaustion Versus Importation Right: A Murky Area of Intellectual Property Law*, in *Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht in internationaler Sicht*, 1996, p. 280 ss.; S. SOLTYSINKI, *International Exhaustion of Intellectual Property Rights Under the TRIPs, the EC Law and the Europe Agreements*, *ivi*, p. 316 ss.

³⁴ L'art. 6 dell'Accordo prevede infatti che «nothing in this Agreement shall be used to address the issue of the exhaustion of intellectual property rights».

luzioni differenti. Ad esempio, mentre nell'ambito della Comunità andina trova applicazione il principio dell'esaurimento internazionale del marchio, essendo previsto all'art. 158 che «[e]l registro de una marca no dará el derecho de impedir a un tercero realizar actos de comercio respecto de un producto protegido por dicho registro, después de que ese producto se hubiese introducido en el comercio en cualquier país por el titular del registro o por otra persona con consentimiento del titular o económicamente vinculada a él»³⁵, nel quadro dell'UE e dell'EFTA è stato accolto quello regionale³⁶.

Infine, con riguardo a particolari condizioni di esercizio del diritto di marchio, la decisione n. 486 disciplina i c.d. accordi di coesistenza, accordi cioè diretti a determinare tra i titolari di marchi tra loro interferenti l'ambito di esercizio dei rispettivi diritti, allo scopo di mettere fine ad una procedura

³⁵ Cfr. art. 158 della decisione n. 486, *cit. supra*, nota 9, p. 30.

³⁶ Sulla evoluzione della disciplina dell'esaurimento nell'ordinamento dell'UE si vedano J. F. BELLIS, *After Polydor-The Territoriality of the Community Doctrine of Exhaustion of Industrial Property Rights*, in *Swiss Review of International Antitrust Law*, 1982, p. 17 ss.; M. STUCKI, *Trademarks and Free Trade. An Analysis in Light of the Principle of Free Movement of Goods, the Exhaustion Doctrine in EC Law and of the WTO Agreements*, Zurich, Stämpfli Verlag AG, 1997, p. 25 ss.; W. ALEXANDER, *Exhaustion of Intellectual Property Rights: Worldwide or Community-(EEA)-wide?*, in *Intellectual Property and Information Law*, 1998, The Hague, London, Boston, Kluwer Law International, p. 25 ss.; P. WALSH, *The Exhaustion and Unauthorised Exploitation of Trade Mark Rights in the European Union*, in *EL Rev.*, 1999, p. 259 ss.; F. JACOBACCI, *From Silhouette to Davidoff – The Doctrine of Intra-Community Exhaustion of Rights Faces a New Challenge*, in *New Trends in International Trade Law*, Torino, Giappichelli, 2000, p. 205 ss.; T. SIMONS, *European Trademark Exhaustion*, in *The European Legal Forum*, 2000, p. 22 ss.; T. MYLLY, *A Silhouette of Fortress Europe? International Exhaustion of Trade Mark Rights in the EU*, in *Market Journal*, 2000, p. 51 ss.; S. ZARPELLON, *The Scope of the Exhaustion Regime for Trademarks Rights*, in *ECLR*, 2001, p. 382 ss.; F. O'TOOLE - C. TREANOR, *The European Union's Trade Mark Exhaustion Regime*, in *World Competition*, 2002, p. 279 ss.; A. CARBONI, *Trade Mark Exhaustion in Europe: The Story So Far*, in *Allied and in Friendship For Teartse Schaper*, London, Kluwer, 2002, p. 23 ss.; M. R. MOK, *Exhaustion of Intellectual Property Rights EC-wide or Worldwide*, in R. COLONNA - R. SCHULZE - S. TROIANO (a cura di), *L'interpretazione del diritto privato europeo e del diritto armonizzato*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2004, p. 157 ss.

Per quanto riguarda l'applicazione di tale principio nell'ambito dell'EFTA, va rilevato che, inizialmente, la Corte EFTA aveva assunto una posizione, se non di conflitto, quantomeno autonoma rispetto alla Corte di giustizia dell'UE nell'interpretare l'art. 7, par. 1 della direttiva n. 89/104/Cee concernente il riavvicinamento delle legislazioni degli Stati Membri in materia di marchi d'impresa. Infatti, mentre la Corte EFTA aveva stabilito nel caso *Maglite* che gli Stati membri potessero applicare il principio dell'esaurimento internazionale, la Corte di giustizia dell'UE, nella successiva pronuncia *Silhouette*, aveva interpretato la stessa disposizione in senso opposto, concludendo che dovesse trovare applicazione il principio dell'esaurimento regionale. Si vedano V. G. ASCHENBRENNER, *How Far Should the Exhaustion of Intellectual Property Rights Developed in the Case Law of the EC Court of Justice Be Introduced into EC-EFTA Relations*, in *Creating a European Economic Space: Legal Aspects of EC-EFTA Relations*, Dublin, Irish Centre for European Law, 1990, p. 207 ss.; G. MURPHY, *Who's Wearing the Sunglasses Now?*, in *ECLR*, 2000, p. 1 ss.; T. MILLY, *A Silhouette of Fortress Europe? International Exhaustion of Trade Mark Rights in EU*, in *Maastricht Journal*, 2000, p. 51 ss.; D. GALLO, *Da autonomia a deferenza nella relazione tra Corte EFTA e Corte UE: il caso dell'esaurimento internazionale dei diritti garantiti dal marchio*, in P. PENNETTA (a cura di), *L'evoluzione dei sistemi giurisdizionali regionali ed influenze comunitarie*, Bari, Cacucci, 2010, p. 147 ss. Solo recentemente, nei casi *L'Oréal*, la Corte EFTA ha deciso di accogliere la giurisprudenza della Corte di giustizia dell'UE, concludendo che anche nell'ambito EFTA debba trovare applicazione il principio dell'esaurimento regionale. Cfr. la sentenza dell'8 luglio 2008 nelle cause riunite n. E-9/07 e n. E-10/07, in *EFTA Court Report*, 2008, p. 261 ss. Per un'analisi di questo nuovo filone giurisprudenziale si veda H. H. FREDRIKSEN, *The Efta Court 15 Years On*, in *Int. Comp. Law Quart.*, 2010, p. 731 ss.

contenziosa o ad impedirne l'insorgenza. Quindi, a differenza dei contratti di licenza, gli accordi di coesistenza non danno luogo a trasferimento di valore d'uso del marchio, ma si limitano a regolamentare i rapporti tra i titolari di marchi confondibili. Ora, nell'ambito del sistema andino, gli accordi di coesistenza tra titolari di marchi sono obbligatori «[c]uando en la Subregión existen registros sobre una marca idéntica o similar a nombre de titulares diferentes, para distinguir los mismos productos o servicios»³⁷. Inoltre, la validità di tali accordi è subordinata ad una serie di condizioni procedurali e sostanziali. In primo luogo, i titolari dei marchi devono concludere un contratto che deve essere registrato presso l'ANPI dello Stato membro, in cui si realizza il commercio di beni o servizi suscettibili di creare confusione nel pubblico; in secondo luogo, sempre i titolari del marchio «deberán adoptar las previsiones necesarias para evitar la confusión del público respecto del origen de las mercancías o servicios de que se trate, incluyendo lo relativo a la identificación del origen de los productos o servicios en cuestión con caracteres destacados y proporcionales a los mismos para la debida información al público consumidor»³⁸. Nell'ambito della CAN, la disciplina degli accordi di coesistenza sembra quindi fortemente orientata alla tutela dei consumatori destinatari di beni o servizi tra loro interferenti, a dispetto della maggior parte degli altri Stati dell'area latina e centro americana in cui tali accordi si presumono validi e non necessitano di controllo preventivo da parte delle autorità nazionali³⁹.

5. Il ruolo delle agenzie nazionali di tutela della proprietà intellettuale nello sviluppo della normativa andina in materia di proprietà industriale

Nel quadro della disciplina della proprietà industriale sin qui prospettato, non si può non considerare il ruolo assunto dalle ANPI⁴⁰ e dal Tribunale di giustizia della Comunità andina (TGCA), sia nell'evoluzione che ha portato all'adozione della decisione n. 486, sia nei suoi sviluppi successivi. Infatti, come si avrà modo di mettere in luce, le prime nell'ambito degli ordinamenti degli Stati membri, il secondo nello svolgimento della propria funzione giurisdizionale, hanno contribuito in modo determinante alla corretta attuazione della normativa comune.

³⁷ Cfr. art. 159, par. 1, della decisione n. 486, *cit. supra*, nota 9, p. 30.

³⁸ Cfr. *ivi*, art. 159, par. 2. Sulla interpretazione data di tali accordi dal Tribunale di giustizia della Comunità andina *infra*, par. 5.

³⁹ Cfr. *ivi*, art. 16, p. 4.

⁴⁰ Si vedano sul punto L. R. HELFER - K. J. ALTER - M. F. GUERZOVICH, *Islands of Effective International Adjudication: Constructing an Intellectual Property Rule of Law in the Andean Community*, in *American Journal of International Law*, 2009, pp. 11-12; L. R. HELFER - K. J. ALTER, *The Andean Tribunal of Justice and Its Interlocutors: Understanding Preliminary Reference Patterns in the Andean Community*, in *New York University Journal of International Law & Policy*, 2009, pp. 883-886.

Per quanto riguarda le ANPI, va rilevato che esse hanno una origine relativamente recente, dovendo ricondursi la loro istituzione al citato cambio di strategia economica attuato da parte degli Stati membri della CAN nella prima metà degli anni Novanta, sotto l'impulso delle istituzioni finanziarie internazionali. Più precisamente, la loro istituzione rientra tra le c.d. riforme di seconda generazione del *Washington Consensus*, nell'ambito delle quali le organizzazioni finanziarie internazionali hanno richiesto agli Stati in via di sviluppo di dotarsi di strutture interne capaci di gestire la liberalizzazione nei diversi settori economici interessati al nuovo corso, tra cui quello della proprietà intellettuale. Nell'arco di pochi anni, tra il 1992 e il 1998, i diversi membri della CAN hanno istituito queste agenzie, che presentano alcune caratteristiche comuni⁴¹.

Per il loro funzionamento le ANPI hanno potuto usufruire del supporto economico e dell'assistenza tecnica delle istituzioni finanziarie internazionali, che hanno permesso la formazione di strutture tendenzialmente indipendenti, dotate di un elevato grado di autonomia rispetto alle pressioni politiche, che solitamente connotano l'attività amministrativa nei Paesi dell'area e ne compromettono il funzionamento⁴². Peraltro, come osservato in dottrina, la trasparenza decisionale e l'indipendenza sono state favorite anche dalle stesse modalità di finanziamento e funzionamento delle agenzie. Ad esempio, le entrate dell'INDECOPI, l'ANPI peruviana, dipendono dalle percentuali sulle tasse di registrazione dei diritti di proprietà industriale e la natura di società pubblica la esenta dall'applicazione delle regole sui funzionari pubblici, sottraendola al controllo dell'esecutivo⁴³. Pertanto, fin dalla loro istituzione, le ANPI hanno favorito lo sviluppo della normativa comune in materia di proprietà industriale, contribuendo, in modo decisivo, nell'ambito della CAN allo sviluppo di

⁴¹ Nel 1992, il Perù e la Colombia hanno creato, rispettivamente, l'Istituto nazionale per la difesa della concorrenza e della proprietà intellettuale e la Sovrintendenza per l'industria e il commercio. Nel 1996, la Bolivia ha istituito il Servizio nazionale della proprietà intellettuale; nel 1997, il Venezuela ha costituito il Servizio indipendente della proprietà intellettuale e, infine, nel 1998, l'Ecuador ha fondato l'Istituto ecuadoregno di proprietà intellettuale. In generale, sulla riforma delle amministrazioni nazionali degli Stati latino-americani sotto la supervisione delle istituzioni finanziarie internazionali, si vedano F. GILARDI - J. JORDANA - D. LEVI-FAUR, *Regulation in the Age of Globalization: The Diffusion of Regulatory Agencies Across Europe and Latin America*, consultabile sul sito http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=960739. In particolare, sull'agenzia istituita dal Perù, si veda M. P. RYAN, *Intellectual Property Institutions and the Public Administration of Knowledge in Developing Countries: The Case of Indecopi in Peru*, in *The Roles of the State* in B. BOZA (edited by), *Competition and Intellectual Property Policy in Latin America: Towards an Academic Audit of Indecopi*, 1998, p. 319 ss.

⁴² Sulle difficoltà di funzionamento delle strutture amministrative degli Stati dell'area latino-americana si vedano L. CASTALDI, *Judicial Independence Threatened in Venezuela: the Removal of Venezuelan Judges and the Complications of Rule of Law Reform*, in *Georgetown Journal of International Law*, 2006, p. 477 ss.; J. L. ESQUIROL, *The Failed Law of Latin America*, in *American Journal of Comparative Law*, 2008, p. 75 ss.

⁴³ Cfr. L. R. HELFER - K. J. ALTER - M. F. GUERZOVICH, *Islands of Effective International Adjudication*, cit. supra, nota 40, p. 12.

una *rule of law* in tale settore⁴⁴. In proposito, è stata decisiva la previsione di un *forum* informale di discussione, che ha realizzato il duplice obiettivo di consolidare le tradizioni comuni e di discutere le differenze esistenti⁴⁵. A conferma della utilità di tale iniziativa, va osservato che il Segretariato della CAN ha deciso di coinvolgere le agenzie nel processo di revisione delle norme in materia di proprietà industriale, conclusosi, poi, con l'adozione della decisione n. 486.

Proprio in tale decisione è stata riconosciuta la centralità delle ANPI nel processo di armonizzazione del regime di proprietà industriale, poiché in essa sono contenute una serie di disposizioni che precisano il loro ruolo nelle procedure di registrazione dei diritti di proprietà industriale e chiariscono le modalità di coordinamento delle loro attività. Con riguardo alle procedure di registrazione, la decisione n. 486 impone una serie di obblighi in capo alle singole ANPI. Innanzitutto, esse sono tenute al controllo del rispetto da parte del richiedente dei requisiti formali previsti per la domanda, entro quindici giorni dalla sua presentazione⁴⁶. Se la domanda soddisfa tali requisiti, l'agenzia la pubblica e fissa un ulteriore termine di trenta giorni, entro il quale i soggetti interessati possono opporsi alla registrazione⁴⁷. Conclusa questa fase, inizia la parte finale del procedimento che si risolverà con la registrazione del marchio o con il rifiuto, qualora l'agenzia ritenga che sussista il rischio di confusione. Con riferimento, invece, al coordinamento delle loro attività, particolarmente significative appaiono per lo sviluppo del processo di integrazione del settore le previsioni dell'art. 278, in base al quale esse hanno l'obbligo di inviare alle altre agenzie le proprie gazzette ufficiali contenenti i dati relativi alla registrazione

⁴⁴ Cfr. L. R. HELFER - K. J. ALTER - M. F. GUERZOVICH, *Islands of Effective International Adjudication*, cit. *supra*, nota 40, p. 34.

⁴⁵ Cfr. L. R. HELFER - K. J. ALTER - M. F. GUERZOVICH, *loc. cit.*, p. 12.

⁴⁶ Nel caso in cui l'ANPI constati che i requisiti non sono rispettati, essa notifica al richiedente una decisione con la quale gli richiede un completamento della documentazione, il cui termine di decorrenza è fissato a sessanta giorni dal ricevimento della notifica. Trascorso inutilmente tale periodo, l'ANPI rigetta la domanda e il richiedente perde il diritto di priorità maturato con la sua presentazione.

⁴⁷ La decisione considera tali i proprietari di un marchio simile o identico per il quale si possa verificare un rischio di confusione o coloro i quali abbiano già presentato una domanda di registrazione di un marchio in un altro Stato membro. In entrambi i casi, la decisione richiede loro l'onere di dimostrare la sussistenza di detto interesse. Nella prima ipotesi, l'agenzia concede, al soggetto che ha proposto la domanda, il diritto di presentare osservazioni a sostegno della propria richiesta; nella seconda ipotesi, invece, l'agenzia ha l'obbligo di sospendere la procedura di registrazione, in ossequio al principio di priorità, in attesa della conclusione del procedimento di registrazione pendente dinanzi ad un'altra ANPI, cfr. art. 147 della decisione n. 486, cit. *supra*, nota 9, p. 28. Qualora l'esito di tale procedimento sia positivo e il marchio venga registrato, si riapre la procedura dinanzi alla prima agenzia, la quale si trova a dovere valutare una situazione assimilabile a quella della prima ipotesi, in cui l'opposizione è sollevata da un soggetto che già risulta titolare di un marchio registrato.

dei diritti di proprietà industriale⁴⁸ e dell'art. 279, che ha previsto la creazione di un sistema informatizzato condiviso, a far data dal 31 dicembre 2002⁴⁹.

6. Il contributo del Tribunale di giustizia della Comunità andina nella evoluzione della disciplina della proprietà industriale, con particolare riguardo al marchio

Se è vero che le ANPI hanno avuto un ruolo fondamentale nella evoluzione della disciplina della proprietà industriale nell'ambito della CAN, tuttavia, la loro azione non avrebbe potuto da sola garantire l'integrazione di questo settore del mercato comune, senza il supporto del TGCA⁵⁰. Infatti, nel momento in cui le ANPI hanno cominciato la propria attività, registrando o rifiutando la registrazione di brevetti, di marchi e degli altri diritti di proprietà industriale, i ricorsi dinanzi ai giudici nazionali per contestare tali decisioni sono aumentati e, altrettanto esponenzialmente, è cresciuto il numero dei rinvii pregiudiziali al TGCA. Basti pensare che, nell'ambito di tale competenza nel settore della proprietà industriale, tra il 1995 e il 2009, il TCGA ha emesso circa duemila pronunce, pari al 97% delle sentenze rese nel quadro del rinvio pregiudiziale, delle quali millequattrocento avevano ad oggetto questioni relative ai marchi, centoquarantasei ai brevetti, sedici ai diritti d'autore, ventotto ai disegni industriali e modelli di utilità e solo quarantatre riguardavano settori diversi da quello della proprietà industriale⁵¹.

Attraverso la propria attività giurisdizionale, il TGCA ha quindi contribuito in modo rilevante all'interpretazione uniforme e all'armonizzazione della normativa andina in materia di proprietà industriale. L'apporto del Tribunale è stato infatti duplice: da un lato, esso ha chiarito la portata delle norme

⁴⁸ Cfr. *ivi*, l'art. 278, par. 2, p. 46.

⁴⁹ Cfr. *ivi*, art. 270, p. 45.

⁵⁰ Creato solo in una fase successiva all'istituzione della CAN con il Trattato del 28 maggio 1979, emendato con il Protocollo di Cochabamba del 28 maggio 1996 il TGCA si ispira fortemente al modello giurisdizionale dell'UE sia per quanto riguarda la sua struttura che per le competenze attribuitegli. Sulle origini del Tribunale e la sua evoluzione si vedano A. TOLEDANO LAREDO, *Il controllo giurisdizionale nei processi di integrazione. La Corte di Giustizia del Gruppo Andino*, in questa Rivista, 1981, p. 187 ss.; N. DE PIEROLA, *The Andean Court of Justice*, in *Emory Journal of International Dispute Resolution*, 1987, p. 11 ss.; E. B. KEENER, *The Andean Common Market Court of Justice: Its Purpose, Structure, and Future*, *ivi*, p. 39 ss.; M. TRAMPETTI, *L'evoluzione del Patto Andino*, in *La Comunità Internazionale*, 1994, p. 724 ss.; A. DEL VECCHIO, *I Tribunali internazionali tra globalizzazione e localismi*, Bari, Cacucci, 2009, p. 100; N. NAPOLETANO, *Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina*, in P. PENNETTA (a cura di), *L'evoluzione dei sistemi giurisdizionali regionali*, cit. *supra*, nota 36, p. 245 ss.; S. MARINAI, *La Corte di Giustizia e la sua interazione con gli organismi giurisdizionali dei sistemi economici regionali dell'America Latina*, *ivi*, pp. 285-292.

⁵¹ Si vedano L. R. HELFER - K. J. ALTER - M. F. GUERZOVICH, *Islands of Effective International Adjudication*, cit. *supra*, nota 40, pp. 11-12; L. R. HELFER - K. J. ALTER, *The Andean Tribunal of Justice and Its Interlocutors*, cit. *supra*, nota 40, pp. 883-886.

concernenti le tutele riconosciute ai privati nell'ambito delle procedure di registrazione dei diritti di proprietà industriale, in particolare dei marchi e, dall'altro, ha precisato il significato di talune espressioni contenute negli atti di diritto derivato, anche talvolta attraverso un'interpretazione estensiva.

Con riguardo alle tutele riconosciute ai privati nell'ambito delle procedure di registrazione o di opposizione alla registrazione, il TGCA ha più volte dichiarato la necessità che queste ultime si svolgano nel rispetto dei principi di trasparenza e di correttezza. Infatti, consapevole delle enormi pressioni politiche cui le agenzie sono sottoposte, il TGCA non ha mancato di sottolineare che l'obiettivo verso il quale deve tendere il sistema è liberare i suoi funzionari «de presiones de toda índole o de influencias que desvirtúen la finalidad o el propósito de la defensa de la marca tanto para el titular como para el público o consumidor»⁵². A tale scopo, il TGCA ha accertato l'esistenza di una serie di obblighi in capo alle agenzie ed ai suoi funzionari. In primo luogo, il Tribunale ha stabilito che le agenzie hanno l'obbligo di motivare qualunque tipo di decisione in ogni stato della procedura di registrazione⁵³. In secondo luogo, in base al principio di trasparenza, le agenzie devono mettere tutti i soggetti interessati nella condizione di essere a conoscenza degli elementi di fatto e di diritto utili per impugnare le decisioni adottate⁵⁴. In terzo luogo, le agenzie sono tenute al rispetto delle procedure previste dalla normativa andina nell'ambito del procedimento di opposizione⁵⁵ e, al termine di tale procedimento, hanno l'obbligo di motivare la decisione di accoglimento o di rifiuto della opposizione⁵⁶.

Con riferimento, poi, alla disciplina materiale dei diritti di proprietà industriale, nuovamente nella materia del marchio si possono individuare i contributi più rilevanti dati dal TGCA all'evoluzione di tale materia. In particolare, il Tribunale si è pronunciato rispetto ai concetti di confusione, di notorietà⁵⁷ e sulla natura degli accordi di coesistenza.

⁵² Cfr. il *Proceso* 27-IP-95, in *Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena* del 14 aprile 1997, p. 12.

⁵³ Cfr. il *Proceso* 35-IP-98, in *Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena* del 30 marzo 1999, p. 1 ss.

⁵⁴ Cfr. il *Proceso* 44-IP-2006, in *Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena* del 19 giugno 2006, pp. 9-10.

⁵⁵ Cfr. il *Proceso* 5-IP-99, in *Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena* del 27 febbraio 2001, p. 6.

⁵⁶ *Ivi*, p. 7.

⁵⁷ Con riguardo ai concetti di confusione e di notorietà, è possibile operare una considerazione preliminare. Sia le domande sollevate dai giudici nazionali sia le pronunce rese dal Tribunale di Quito si caratterizzano in queste due materie per una certa ripetitività. Tale caratteristica è stata oggetto di una valutazione non sempre favorevole della dottrina (L. R. HELFER - K. J. ALTER - M. F. GUERZOVICH, *Islands of Effective International Adjudication*, cit. *supra*, nota 40, pp. 21-22), la quale ha criticato, da un lato, la mancanza di originalità dei giudici nazionali e, dall'altro, il comportamento del TGCA, il quale ha reso sentenze spesso molto simili tra loro. Tuttavia, questa critica va in parte ridimensionata, tenendo in considerazione il contesto nel quale le domande pregiudiziali sono state formulate. Indubbiamente, le domande e le pronunce in materia di marchi concernenti la nozione di confusione e di notorietà sono state piuttosto ripetitive, ma tale ripetitività ha

Per quanto riguarda la nozione di confusione, il TGCA ha proceduto alla sua interpretazione sia in relazione all'art. 83 della decisione n. 344 sia con riferimento all'art. 135, lett. *i.*, della decisione n. 486. Quest'ultimo prevede che non possano essere registrati come marchi «los signos que (...) puedan engañar a los medios comerciales o al público, en particular sobre la procedencia geográfica, la naturaleza, el modo de fabricación, las características, cualidades o aptitud para el empleo de los productos o servicios de que se trate»⁵⁸. Dalla definizione accolta nella decisione n. 486 emerge chiaramente la rilevanza, nella determinazione della sussistenza o meno della confusione, della percezione del pubblico destinatario del prodotto o servizio. In effetti, la centralità di questo aspetto trova conferma nella giurisprudenza del TGCA, il quale nel corso degli anni ha precisato i criteri rilevanti per valutare la presenza del rischio di confondibilità nelle distinte ipotesi di identità e di somiglianza tra segni e le modalità di realizzazione della comparazione tra di essi.

Con riguardo ai criteri da applicare per determinare il rischio di confusione tra segni, inizialmente, il Tribunale, nel caso *Familia*, si è limitato ad operare una generica distinzione tra i concetti di identità e di somiglianza⁵⁹. Con riguardo al primo, il Tribunale ha stabilito che il rischio di confusione debba essere assoluto; con riferimento al secondo, invece, ha statuito che la sussistenza del rischio deve essere valutata in presenza di elementi comuni tali da ingenerare dubbi nel consumatore destinatario del prodotto. In seguito, nella sentenza *Freeborn*⁶⁰, il Tribunale è tornato sul punto, apportando alcune precisazioni, soprattutto con riferimento alla nozione di somiglianza. Innanzitutto, il TGCA ha stabilito che, in tale ipotesi, le ANPI sono tenute allo svolgimento di una procedura di comparazione più precisa e severa rispetto a quella espletata nel caso dell'identità tra segni. Inoltre, il Tribunale ha chiarito che, nel caso della somiglianza tra segni, la confusione non si realizzi qualora vi sia un semplice dubbio per il consumatore, ma sia necessario un grado di vicinanza tra segni tale da indurlo in errore.

Con riferimento, invece, alle modalità di realizzazione della comparazione tra segni, va rilevato che nel corso del tempo il TGCA ha modificato la propria giurisprudenza. Infatti, nel citato caso *Familia*, il Tribunale aveva stabilito che

assolto una triplice funzione. Innanzitutto, è stata strumentale allo sviluppo e al consolidamento di un sistema normativo, che prima non esisteva. In secondo luogo, essa ha favorito il rapporto di collaborazione tra giudici nazionali e TGCA, contribuendo al miglioramento della formulazione dei quesiti sollevati dai giudici nazionali, che all'inizio erano spesso incompleti e carenti. Infine, la costante ripetizione di certi principi ha favorito la creazione di un nucleo fondamentale di norme in materia di marchio, che ormai è diventato patrimonio condiviso degli Stati membri della CAN.

⁵⁸ Cfr. l'art. 135, lett. *i.*, della decisione n. 486, *cit. supra*, nota 9, p. 25.

⁵⁹ Cfr. il *Proceso* 7-IP-2008, in *Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena* del 24 aprile 2008, pp. 22-23.

⁶⁰ Cfr. il *Proceso* 21-IP-2008, in *Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena* del 13 maggio 2008, pp. 35-36.

la confusione dovesse essere rilevata attraverso un'analisi contemporanea dei segni. Tuttavia, nel caso *Maternaid*⁶¹, il Tribunale ha mutato orientamento, stabilendo che la comparazione vada svolta in momenti differenti, al fine di applicare una procedura di valutazione della confusione meno astratta e maggiormente ancorata alla realtà⁶². Nella stessa pronuncia, sintetizzando la propria giurisprudenza precedente, il Tribunale ha individuato un'altra regola fondamentale ai fini dell'accertamento della confusione, stabilendo che gli agenti nazionali, incaricati di effettuare la comparazione tra segni, devono immedesimarsi nel pubblico destinatario del prodotto, valutando la sussistenza del rischio di confusione in base alle somiglianze e non alle differenze intercorrenti tra i segni. In definitiva, va rilevato che il TGCA ha contribuito alla elaborazione di una nozione di confusione fortemente orientata alla tutela dei consumatori finali dei beni o dei servizi, la cui percezione del prodotto è stata assunta quale parametro per valutare la sussistenza del rischio di confusione.

Per quanto riguarda la notorietà del marchio, il TGCA è stato chiamato a pronunciarsi sull'art. 83 della decisione n. 344 e, in seguito, sugli artt. 136, lett. h., e 224 della decisione n. 486⁶³. Ora, anche rispetto alla notorietà, il TGCA ha reso una serie di sentenze, che hanno consentito di precisare alcuni aspetti concernenti le procedure di registrazione e, nuovamente, i criteri rilevanti per la determinazione dei parametri sui quali ricostruire la notorietà. Innanzitutto, nei casi *Indeco* e *Zanidip*⁶⁴, il TGCA ha chiarito che la notorietà di un marchio in uno degli Stati membri della CAN osti alla registrazione di un segno simile sia nel territorio degli altri Stati membri sia in quello di Stati terzi, legati alla CAN da accordi di reciprocità. Inoltre, sempre in queste pronunce, il Tribunale ha stabilito che l'onere di dimostrare la notorietà non spetti al soggetto che ha richiesto la registrazione, ma a chi vi si oppone. Nella successiva sentenza *Pamolsa Kristal* poi, il TGCA è tornato sull'aspetto fondamentale, già in precedenza analizzato con riguardo alla nozione di confusione, consistente nella individuazione del pubblico di riferimento rispetto al quale valutare la nozione di notorietà. Anche in questo caso, è stato quindi posto in rilievo l'elemento soggettivo riguardante i fruitori del bene o del ser-

⁶¹ Cfr. il *Proceso* 3-IP-2008, in *Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena* del 13 maggio 2008, p. 17 ss.

⁶² Peraltro, nel successivo caso *Forever Amber*, il Tribunale ha giustificato tale cambio di indirizzo, rilevando che «las marcas deben ser examinadas en forma sucesiva y no simultánea (...), excluyendo el análisis simultáneo, en atención a que éste último no lo realiza el consumidor o usuario común», cfr. il *Proceso* 43-IP-2008, in *Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena* del 25 luglio 2008, p. 9.

⁶³ Ai sensi dell'art. 224 della decisione n. 486, *cit. supra*, nota 9, il marchio notorio è «un signo (...) que fuese reconocido como tal en cualquier País Miembro por el sector pertinente, independientemente de la manera o el medio por el cual se hubiese hecho conocido».

⁶⁴ Cfr. i *Procesos* 5-IP-2008 e 35-IP-2008, rispettivamente, in *Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena* del 31 luglio 2008, pp. 18-20 e in *Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena* del 14 luglio 2008, pp. 10-13.

vizio; infatti, il Tribunale ha stabilito che il marchio notorio si caratterizza «como aquella que reúne la calidad de ser conocida por una colectividad de individuos pertenecientes a un determinado grupo de consumidores o usuarios del tipo de bienes o de servicios a los que les es aplicable, porque se encuentra ampliamente difundida entre dicho grupo»⁶⁵.

Infine, il contributo del TGCA è stato particolarmente rilevante nel chiarimento della portata delle disposizioni della decisione n. 486 riguardanti gli accordi di coesistenza. Infatti, si è già rilevato che la decisione n. 486 sottopone tali accordi a precise procedure di controllo⁶⁶, in quanto suscettibili di creare possibile confusione nel pubblico destinatario dei prodotti. Tuttavia, secondo parte della dottrina, la formulazione della decisione n. 486 e, in particolare della lett. f., dell'art. 159, avrebbe lasciato aperta la possibilità di un'interpretazione meno favorevole per gli interessi dei consumatori⁶⁷. Chiamato a pronunciarsi sul punto nell'ambito di una procedura pregiudiziale sollevata da un giudice colombiano, il TGCA ha però dissolto qualunque dubbio stabilendo che «[t]ales acuerdos, sin embargo, aunque resuelven el conflicto entre los particulares titulares de los signos, deben, para que tengan eficacia y aceptación por parte de las oficinas nacionales competentes, dejar a salvo el interés general de los consumidores, respecto de los cuales deberán eliminar el riesgo de confusión derivado de la identidad o semejanza»⁶⁸.

7. La natura peculiare del rinvio pregiudiziale in materia di proprietà industriale nel sistema andino

Dall'analisi sin qui svolta è emerso che il principale contributo fornito dal TGCA all'integrazione del settore dei diritti di proprietà industriale e, segnatamente di quello del marchio, si è realizzato attraverso il meccanismo del rinvio pregiudiziale. Nell'ambito della CAN, tale procedura riproduce sostanzialmente quella previsto nel sistema dell'UE, anche se nella CAN sembra siano state adottate modalità applicative del tutto originali. Com'è noto, nell'ordinamento dell'UE, la procedura del rinvio pregiudiziale ha costituito uno strumento primario di collaborazione fra giudici nazionali e comunitari, attraverso l'interpretazione uniforme e di validità della normativa comune garantita

⁶⁵ Cfr. il *Proceso* 9-IP-2008 relativo all'interpretazione dell'art. 224 della decisione n. 486, in *Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena* del 13 giugno 2008, p. 35.

⁶⁶ *Supra*, p. 11.

⁶⁷ Così L. R. HELFER - K. J. ALTER - M. F. GUERZOVICH, *Islands of Effective International Adjudication*, cit. *supra*, nota 40, p. 25.

⁶⁸ Cfr. il *Proceso* 89-IP-2005, in *Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena* del 7 settembre 2005, p. 11.

dal giudice di Lussemburgo⁶⁹. Ora, nell'ambito dell'UE, i soggetti protagonisti di tale procedura sono, da un lato, la Corte di giustizia dell'UE e, dall'altro, i giudici degli Stati membri⁷⁰. Analizzando l'esperienza andina, invece, il quadro che emerge presenta tratti assolutamente differenti, in quanto i giudici degli Stati membri della CAN hanno assunto un atteggiamento piuttosto passivo, mentre un ruolo fondamentale è stato svolto dalle ANPI, al punto da potere legittimamente domandarsi se sia dovuto ad esse lo sviluppo di tale procedura⁷¹.

Queste considerazioni sono avvalorate dalla condotta assunta nel corso degli anni dai giudici degli Stati membri e dalle ANPI. Infatti, i primi hanno dimostrato una certa riluttanza nel sottoporre al TGCA domande pregiudiziali. In proposito, la dottrina ha evidenziato come in numerose occasioni le ANPI abbiano denunciato al Segretariato della CAN la violazione dell'obbligo imposto ai giudici di ultima istanza di sollevare questioni relative all'interpretazione del diritto comune⁷². Solo in seguito, anche grazie al superamento di una ritrosia di natura culturale, che induceva i giudici nazionali a considerare il rinvio pregiudiziale una forma di ingerenza negli affari interni, questi ultimi hanno cominciato a rivolgere quesiti al TGCA⁷³.

Diversamente dai giudici nazionali, fin da subito, le ANPI hanno individuato nella procedura pregiudiziale uno strumento fondamentale per l'evoluzione della normativa andina in materia di proprietà industriale e, di conseguenza, ne

⁶⁹ In generale, in dottrina, si vedano C. J. CARRUBBA - L. MURRAH, *Legal Integration and Use of the Preliminary Ruling Process in the European Union*, in *International Organization*, 2005, p. 399 ss.; A. TIZZANO, *Ancora sui rapporti tra Corti europee: principi comunitari e c.d. contro limiti costituzionali*, in *Dir. Un. Eur.*, 2007, p. 700 ss.; M. CONDINANZI - R. MASTROIANNI, *Il contenzioso dell'Unione europea*, Torino, Giappichelli, 2009, pp. 186-190; B. NASCIBENE, *Il giudice nazionale e il rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia*, in *Riv. it. dir. pubbl. comun.*, 2009, p. 1677; G. TESAURO, *Il Diritto dell'Unione europea*, VI ed., Padova, Cedam, 2010, p. 313; R. ADAM - A. TIZZANO, *Lineamenti di Diritto dell'Unione europea*, II ed., Torino, Giappichelli, 2010, p. 332. Peraltro, come è stato rilevato in un originale contributo dottrinario avente per oggetto i diversi meccanismi pregiudiziali presenti nei sistemi di integrazione regionale (R. VIRZO, *Le procedure di rinvio pregiudiziale ai tribunali internazionali regionali*, in P. PENNETTA (a cura di), *L'evoluzione dei sistemi giurisdizionali regionali*, cit. supra, nota 36, p. 345), il «dialogo diretto tra il giudice nazionale e il tribunale internazionale (...) è forse il fattore che maggiormente contribuisce a rendere un meccanismo di cooperazione tra organi giurisdizionali nazionali e l'organo internazionale di risoluzione delle controversie effettivamente strumentale al processo di integrazione regionale».

⁷⁰ Sul ruolo del giudice nazionale si veda D. RUIZ-JARABO COLOMER, *El juez nacional como juez comunitario*, Madrid, Fundación Universidad Empresa-Civitas, 1993.

⁷¹ Cfr. L. R. HELFER - K. J. ALTER, *The Andean Tribunal of Justice and Its Interlocutors*, cit. supra, nota 40, pp. 912-917.

⁷² In proposito, L. R. HELFER - K. J. ALTER - M. F. GUERZOVICH, *Islands of Effective International Adjudication*, cit. supra, nota 40, p. 15, osservano che «IP attorneys personally lobbied judges, and, where that failed, filed noncompliance actions with the Andean General Secretariat challenging the refusal to refer cases».

⁷³ In effetti, il dato relativo al ricorso da parte delle autorità giurisdizionali nazionali alla procedura pregiudiziale presenta tratti di estrema eterogeneità. Se Colombia, Ecuador e Perù, rispettivamente con circa 800, 350 e 120 rinvii, rappresentano gli Stati membri più attivi, la Bolivia e il Venezuela con 2 e 1 dimostrano la loro riottosità ad azionare tale procedura. Per un'analisi dettagliata di tali dati si vedano L. R. HELFER - K. J. ALTER, *The Andean Tribunal of Justice and Its Interlocutors*, loc. cit., pp. 890-891.

hanno favorito lo sviluppo in diversi modi. In primo luogo, in qualità di parti nei processi dinanzi alle giurisdizioni nazionali – dove partecipano nel caso in cui le loro decisioni siano oggetto di impugnazione – le agenzie hanno spesso concorso alla formulazione del quesito da sottoporre al TGCA. In secondo luogo, nei procedimenti pregiudiziali di fronte a quest'ultimo, esse hanno contribuito alla soluzione delle questioni interpretative sollevate dai giudici *a quo*⁷⁴.

Infine, il rilievo assunto dall'attività delle ANPI nell'ambito del rinvio pregiudiziale ha trovato anche un riconoscimento formale da parte del TGCA nel caso *Industrias Mayka* del 2007. In esso, il Tribunale ha riconosciuto all'ANPI colombiana, la SIC, il diritto di sollevare quesiti pregiudiziali. L'importanza della sentenza è notevole se si considera che fino a quel momento il TGCA aveva negato alle ANPI la natura di giurisdizione nazionale ai sensi dell'art. 33 del Trattato istitutivo del Tribunale⁷⁵. Il TGCA ha fondato la propria decisione sulla base della necessità di un'interpretazione la più ampia possibile della nozione di giudice nazionale, allo scopo di «*aras de identificar el sujeto legitimado para solicitar la interpretación prejudicial y que dentro de un País Miembro es aquel que ostenta la función judicial*»⁷⁶. Sebbene la pronuncia del TGCA sia indirizzata alla sola agenzia colombiana, non è da escludere che, data la somiglianza strutturale tra le ANPI, in futuro potrà essere riconosciuto il diritto di legittimazione attiva anche alle altre agenzie nazionali.

Ora, se da un lato questa apertura del TGCA può trovare spiegazione nella esigenza di dare impulso alla realizzazione di uno spazio giuridico omogeneo, dall'altro, sembra rappresentare un allontanamento dalla *ratio* del rinvio pregiudiziale, ossia il dialogo tra giudice nazionale e giudice comunitario. In proposito, un utile spunto di riflessione è rappresentato dall'esperienza dell'UE. Infatti, come osservato dall'Avvocato Generale Ruiz-Arabo Colomer nelle sue conclusioni ai casi *De Coster*⁷⁷ e *Alpe Adria Energia*⁷⁸, e in particolare nelle seconde, la Corte di giustizia ha progressivamente attenuato i requisiti richiesti ad un organo nazionale per attribuirgli la qualifica di giurisdizio-

⁷⁴ Inoltre, vi è un'ulteriore considerazione che conferma il ruolo avuto dalle ANPI nello sviluppo del ricorso al rinvio pregiudiziale. Come osservato in precedenza, la quasi totalità dei quesiti pregiudiziali riguarda la materia della proprietà industriale. Ora, non può non rilevarsi che negli altri settori del mercato comune andino, privi di strutture assimilabili alle ANPI, le domande pregiudiziali siano quasi del tutto assenti. Indubbiamente, se da un lato tale distinzione non si può spiegare solamente per la presenza delle ANPI, dall'altro, è evidente che la loro attività ha rappresentato un fattore estremamente rilevante nello sviluppo di tale procedura.

⁷⁵ Cfr. il *Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina*, in *Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena* del 17 settembre 1999, p. 10.

⁷⁶ Cfr. il *Proceso 14-IP-2007*, in *Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena* del 27 giugno 2007, p. 37.

⁷⁷ Cfr. le conclusioni dell'Avvocato Generale Ruiz-Jarabo Colomer del 28 giugno 2001 in causa n. C-17/00, *De Coster*, in *Raccolta*, 2001, I, p. 9445 ss.

⁷⁸ Cfr. le conclusioni dell'Avvocato Generale Ruiz-Jarabo Colomer del 25 giugno 2009 in causa n. C-205/08, *Alpe Adria Energia*, in *Raccolta*, 2009, I, p. 11525.

ne, «fino a comprendere un insieme eterogeneo di istituzioni non sempre coerente con lo spirito giurisdizionale sotteso all'art. 234 CE»⁷⁹. Secondo l'Avvocato Generale «tale sviluppo comporta un pericolo: l'irruzione nel dialogo pregiudiziale di organi paragiudiziari che non presentano alcun nesso con i compiti giudicanti»⁸⁰. Di conseguenza egli ha proposto di non riconoscere, agli organi che non si incardinano nel potere giudiziario di uno Stato membro, la legittimazione a proporre una questione pregiudiziale, salvo due eccezioni: l'assenza di rimedi giurisdizionali e l'attribuzione di funzioni giurisdizionali ad organi paragiudiziari, attraverso una norma formale o sostanziale di rango costituzionale⁸¹. Quindi, se per un verso la tendenza ad interpretare la nozione di giurisdizione nazionale in modo estensivo sembra comune alle Corti dei sistemi di integrazione regionale, in quanto funzionale al raggiungimento dell'obiettivo dell'armonizzazione, per l'altro, il correttivo proposto dall'Avvocato Generale Ruiz-Jarabo Colomer dimostra la necessità di evitare che tali interpretazioni ne compromettano le caratteristiche fondamentali. In definitiva, seppure strumentale al processo di integrazione, il riconoscimento della SIC da parte del TGCA non sembra del tutto esente da critiche, in quanto tale estensione potrebbe compromettere l'essenza del rinvio pregiudiziale.

8. Il problema della esecuzione delle sentenze rese dal Tribunale di giustizia della Comunità andina negli ordinamenti degli Stati membri

Come si è avuto ripetutamente modo di mettere in luce nell'analisi sin qui compiuta, il settore in cui il TGCA ha svolto la propria attività giurisdizionale è stato principalmente quello dei diritti di proprietà industriale. Ora, al fine di valutare il funzionamento di un ordinamento giuridico, un banco di prova fondamentale, a cui non si sottrae quello andino, è rappresentato dalla sua capacità di garantire l'attuazione delle sentenze rese dai propri organi giurisdizionali. È quindi necessario verificare se le pronunce del Tribunale di Quito nel settore della proprietà industriale vengano rispettate ed eseguite dagli Stati membri della CAN. A tale interrogativo si può tentare di dare una risposta attraverso l'esame degli effetti prodotti dalle sentenze rese dal TGCA, in particolare, nell'ambito del rinvio pregiudiziale in materia di marchi e della

⁷⁹ Cfr. par. 25 delle conclusioni nella causa *Alpe Adria Energia*, cit. *supra*, nota 78.

⁸⁰ Cfr. *ivi*, par. 26.

⁸¹ Secondo l'Avvocato Generale Ruiz-Jarabo Colomer il diritto di legittimazione attiva va riconosciuta «allorché un organo paragiudiziario pronuncia decisioni che non siano impugnabili dinanzi ad autentici giudici, si impone il rispetto del diritto fondamentale ad una tutela giurisdizionale effettiva, unitamente al principio dell'applicazione uniforme e coerente del diritto comunitario» (par. 41) e qualora «l'organo remittente, pur essendo un'autorità paragiudiziaria, sia attributario di funzioni giurisdizionali in forza di disposizioni costituzionali formali o sostanziali» (par. 50).

procedura di *incumplimiento*⁸² nel settore dei brevetti.

Per quanto attiene i marchi, il dato che emerge è piuttosto positivo. Dalle dichiarazioni rese da funzionari impiegati nelle diverse ANPI e dalla prassi di queste ultime si evince chiaramente che le sentenze pregiudiziali del TGCA sono rispettate integralmente e che le agenzie spesso ne richiamano interi passaggi nei provvedimenti di rigetto o di accettazione della registrazione di un marchio⁸³. Le autorità amministrative nazionali garantiscono quindi l'applicazione del diritto comune come interpretato dal TGCA.

Per quanto riguarda, poi, il settore dei brevetti, la dottrina ha rilevato l'esistenza, nell'ambito della procedura di *incumplimiento*, di alcuni casi emblematici, quali i casi *Pipeline*⁸⁴ e *Second Use*⁸⁵, che dimostrano il rispetto da parte degli Stati membri delle pronunce rese dal TGCA. In entrambi i casi, infatti, le autorità nazionali si sono pienamente conformate alle sentenze emanate dal tribunale. Nel caso *Pipeline*, il TGCA si è pronunciato sulla compatibilità del decreto presidenziale 1344-A del 21 dicembre 1993, attuativo dell'accordo concluso tra Ecuador e Stati Uniti, con il principio di novità accolto nel sistema andino⁸⁶. Il 30 ottobre 1996, il Tribunale ha rilevato la non conformità di tale decreto con la normativa comune, stabilendo che le norme nazionali e gli eventuali accordi conclusi dagli Stati membri devono rispettare i principi fissati a livello comunitario e non possono derogarvi⁸⁷. A seguito di tale sentenza, il governo

⁸² Tale procedura riproduce essenzialmente quella di infrazione prevista nell'ambito dell'ordinamento dell'UE, salvo alcune differenze, anche rilevanti, in relazione all'accesso alla procedura da parte dei singoli, per l'analisi delle quali si rinvia a N. NAPOLETANO, *Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina*, cit. *supra*, nota 50, pp. 263-272.

⁸³ In questo senso v. L. R. HELFER - K. J. ALTER - M. F. GUERZOVICH, *Islands of Effective International Adjudication*, cit. *supra*, nota 40, p. 17.

⁸⁴ Cfr. il caso 1-AI-96 del 30 ottobre 1996, in *Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena* del 21 novembre 1996.

⁸⁵ Cfr. il caso 89-AI-2000 del 28 settembre 2001, in *Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena* del 12 ottobre 2000.

⁸⁶ L'origine del caso va ricondotta alla revisione della politica economica della CAN dei primi anni '90. Come osservato in precedenza, mutando indirizzo, la CAN aveva riconosciuto la possibilità di brevettare farmaci, ancorando tuttavia tale ipotesi al citato principio della novità, che ammetteva la brevettabilità dei soli farmaci inventati dopo l'entrata in vigore delle nuove norme in materia di proprietà industriale. L'accordo in parola, raggiunto nel 1993, ammettendo la possibilità di brevettare farmaci in corso di sperimentazione prima della entrata in vigore delle nuove norme in materia di proprietà industriale, sembrava in apparente contrasto con il principio di assoluta novità previsto nell'ambito della Comunità andina. Seppure non ratificato dal Parlamento ecuadoregno, l'accordo era stato attuato con un decreto presidenziale, che aveva costituito il fondamento giuridico per la concessione da parte dell'ANPI nazionale, l'Istituto ecuadoregno di proprietà intellettuale (IEPI), di numerosi brevetti a imprese farmaceutiche straniere. Tuttavia, le associazioni farmaceutiche ecuadoregne si erano opposte alle registrazioni e, in questo contesto, una prima questione pregiudiziale era stata sollevata da un tribunale amministrativo, il quale aveva chiesto al TGCA di pronunciarsi sulla compatibilità dell'accordo bilaterale con il principio di novità. Il TGCA aveva stabilito che tale accordo non fosse compatibile con il diritto andino, ma il giudice amministrativo non aveva eseguito la sentenza resa dal TGCA. A questo punto, il Segretariato generale della CAN ha azionato una procedura di *incumplimiento* contro l'Ecuador, conclusasi con una sentenza sfavorevole all'Ecuador.

⁸⁷ Nel proprio ragionamento, il TGCA ha stabilito che «[l]a preeminencia conlleva la virtud que tiene el ordenamiento comunitario de ser imperativo de modo que cuando se trate de aplicar

ecuadoregno ha approvato un decreto di revoca del precedente provvedimento, che ha costituito la base giuridica utilizzata dall'Istituto ecuadoregno di proprietà intellettuale per rigettare più di centoventi richieste di brevetto presentate da industrie farmaceutiche straniere⁸⁸.

Nel secondo caso, invece, il TGCA è stato chiamato a pronunciarsi sulla compatibilità del decreto n. 10/97 del 18 marzo 1997, emanato dal Presidente peruviano Fujimori, con l'art. 16 della decisione n. 344⁸⁹. L'articolo in parola, già analizzato con riferimento alla decisione n. 486, vietava la brevettabilità di nuovi usi di un prodotto già registrato. In contrasto con tale disposizione, l'art. 4 del decreto presidenziale prevedeva che questa tipologia di brevetto potesse essere rilasciata⁹⁰. Anche in questo caso, il Tribunale ha stabilito che il decreto presidenziale fosse contrario all'art. 16 della decisione n. 344 e ha ordinato al Perù di considerarlo privo di effetti giuridici e di ritirare i brevetti concessi in base ad esso. Dando attuazione alla pronuncia resa dal TGCA, l'INDECOPI ha revocato tutti i brevetti secondari registrati fino a quel momento⁹¹.

Tuttavia, per completezza d'analisi, va rilevato che gli Stati membri della CAN non sempre si sono conformati alle sentenze rese dal TGCA come, ad esempio, nel caso *Data protection*, in cui la Colombia non ha dato esecuzione alla pronuncia del Tribunale di Quito. L'oggetto della controversia dinanzi al TGCA verteva sulla compatibilità con la normativa andina del decreto con il quale il Governo colombiano, interpretando il secondo paragrafo dell'art. 266 della decisione n. 486, aveva esteso a cinque anni il divieto di divulgazione dei dati relativi alla sperimentazione nel settore farmaceutico. L'articolo citato, che riprende nella sostanza l'art. 39, par. 3, del TRIPs, prevede che gli Stati membri assicurino la tutela di detti dati contro usi commerciali sleali nel

normas legales a actuaciones jurídicas contempladas en el derecho de integración, deberá acudir al ordenamiento comunitario con preferencia sobre el derecho interno» e che, di conseguenza, «que contraríen u obstaculicen el derecho comunitario. Por la obligación de no hacer, los Países adquieren el compromiso de no adoptar actitudes o expedir actos - sean legislativos, judiciales, ejecutivos administrativos o de cualquier otra naturaleza - que puedan contradecir u obstaculizar la aplicación del Régimen Jurídico Andino» (cfr. *Gaceta* del 21 novembre 1996, *cit. supra*, nota 84, p. 25).

⁸⁸ In proposito, è interessante rilevare che gli Stati membri della CAN rappresentano una eccezione nell'area. Infatti, nello stesso periodo, il Messico, l'Argentina, il Brasile e l'Uruguay hanno ceduto alle pressioni statunitensi, concludendo accordi che consentono la registrazione di questa tipologia di brevetto. Sul punto, si vedano L. R. HELFER - K. J. ALTER - M. F. GUERZOVICH, *Islands of Effective International Adjudication*, *cit. supra*, nota 40, p. 28.

⁸⁹ Ora art. 21 della decisione n. 486.

⁹⁰ Ovviamente, a seguito dell'adozione del decreto, le domande di registrazione erano aumentate e l'INDECOPI aveva dovuto rilasciare numerosi brevetti secondari. Anche in questo caso, il Segretariato della CAN ha fatto ricorso al TGCA, azionando una procedura di *incumplimiento* nei confronti del Perù.

⁹¹ Allo scopo di sottolineare l'alto grado di effettività delle sentenze rese dal TGCA, è opportuno riportare le dichiarazioni dei funzionari dell'INDECOPI all'indomani della pronuncia del TGCA. Questi ultimi hanno infatti dichiarato che «[w]hen the ATJ tells us what the supreme interpretation of the law is, then our own interpretation is void». Tali dichiarazioni sono riportate da L. R. HELFER - K. J. ALTER - M. F. GUERZOVICH, *Islands of Effective International Adjudication*, *loc. cit.*, p. 29.

caso in cui l'autorizzazione alla commercializzazione di prodotti chimici farmaceutici o agricoli, implicanti l'uso di nuove sostanze chimiche, sia subordinata alla presentazione di dati relativi a prove o di dati segreti, la cui elaborazione comporti un considerevole impegno. A tale scopo, gli Stati membri si impegnano a non renderli noti, salvo nei casi in cui la loro divulgazione sia necessaria per tutelare la collettività o qualora vengano prese misure atte a garantirne la protezione contro gli usi commerciali sleali. Peraltro, il secondo paragrafo dell'articolo riconosce agli Stati membri la possibilità di adottare tutti gli atti ritenuti strumentali alla tutela della segretezza di tali dati⁹². Nonostante il TGCA abbia stabilito che tale paragrafo dell'art. 266 non potesse essere interpretato «[en] todo caso (...) para establecer otros derechos u obligaciones como restablecer plazos de exclusiva que no fueron contemplados por el legislador»⁹³, come già segnalato, a differenza dei casi analizzati in precedenza, la Colombia non ha dato esecuzione alla sentenza del Tribunale, invocando la legittimità del provvedimento adottato.

Invero, la valutazione negativa circa la mancata esecuzione della pronuncia resa dal TGCA può in parte essere ridimensionata alla luce degli sviluppi successivi della prassi dell'organizzazione e, in particolare, dell'adozione il 6 aprile 2006 della decisione n. 632 relativa all'interpretazione del par. 2 dell'art. 266 della decisione n. 486⁹⁴. Infatti, tale decisione attribuisce a ogni Stato membro

⁹² La disciplina contenuta nell'art. 266 ha rappresentato il tentativo di risolvere una questione, che si trascinava fin dalla prima metà degli anni '90 e vedeva contrapposti i produttori di farmaci generici stabiliti nei Paesi membri della CAN e le imprese farmaceutiche di Stati terzi. I primi premevano per l'abolizione di qualunque forma di segretezza, mentre i secondi sostenevano la necessità di garantire la protezione dei dati segreti. La questione era stata regolata una prima volta nella decisione n. 344, agli artt. 77 e 78, in base ai quali la divulgazione era stata proibita e agli Stati membri era stata richiesta una protezione dei dati non inferiore ai cinque anni dal loro deposito. Cfr. la decisione n. 344 su un *Régimen Común sobre Propiedad industrial*, in *Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena* del 29 ottobre 1993, pp. 9-10.

Nella decisione n. 486, il riferimento ai cinque anni è stato eliminato, ma è stato introdotto il secondo paragrafo sopracitato, dalla formulazione piuttosto ambigua, che riconosce agli Stati membri la possibilità di individuare «las medidas para garantizar la protección consagrada en este artículo». Su tale paragrafo, la Colombia ha basato il decreto con il quale ha deciso di estendere la protezione dei dati fino a 5 anni, riproducendo nella sostanza quanto previsto all'art. 78 della decisione n. 344. L'ASINFAR ha impugnato il decreto dinanzi al TGCA, che ha riconosciuto la sua incompatibilità con la normativa andina. Cfr. la sentenza 114-AI-2004 dell'8 dicembre 2005, in *Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena* del 9 febbraio 2006, p. 1 ss. Il TGCA ha basato la propria pronuncia su due considerazioni. In primo luogo, il Tribunale ha ritenuto che, nonostante la sua formulazione, suscettibile di produrre alcuni dubbi, l'art. 266 andasse interpretato alla stregua di un divieto assoluto di estensione del periodo di segretezza dei dati derivanti da *test* scientifici relativi alla sperimentazione di nuovi farmaci. In secondo luogo, il TGCA ha osservato che la disposizione andasse interpretata alla luce del principio comunitario della salute pubblica. Di conseguenza, il TGCA ha sancito l'incompatibilità del decreto colombiano con l'art. 266.

⁹³ *Ivi*, p. 27.

⁹⁴ Infatti, la questione del divieto di divulgazione dei dati e dei suoi limiti temporali costituiva all'epoca della sentenza del Tribunale uno dei nodi più complessi di un negoziato in corso tra gli Stati Uniti e gli Stati membri della CAN, che vedeva questi ultimi divisi rispetto alla proposta statunitense di inserire una clausola di protezione di cinque anni. Anche a seguito della pronuncia resa dal TGCA, gli Stati membri della CAN hanno continuato ad essere in disaccordo, a dimostrazione del fatto che il par. 2 dell'art. 266 aveva realizzato un compromesso tra posizioni profondamente differenti.

la facoltà di «incluir (...) el establecimiento de plazos durante los cuales no autorizará a un tercero sin el consentimiento de la persona que presentó previamente los datos de prueba, para que comercialice un producto con base en tales datos»⁹⁵. In definitiva, la decisione n. 632 rappresenta una legittimazione *a posteriori* del decreto colombiano, poiché riconosce agli Stati membri la facoltà di vietare per periodi di tempo più o meno ampi la divulgazione dei dati relativi alle sperimentazioni farmaceutiche.

9. Conclusioni

L'analisi svolta consente di giungere ad alcune considerazioni conclusive. Innanzitutto, va rilevato che la disciplina dei diritti di proprietà industriale nell'ambito della CAN ha subito una lenta evoluzione. Infatti, inizialmente, la normativa comune era essenzialmente orientata allo sviluppo delle economie degli Stati membri, con un'evidente compressione dei diritti di proprietà industriale. In seguito, per effetto delle modifiche delle relazioni economiche internazionali, la CAN ha progressivamente mutato il proprio approccio, fino all'adozione della decisione n. 486 che, come già sottolineato, ha rappresentato il sostanziale allineamento della normativa andina ai principi e alle regole fissate nell'ambito dell'accordo TRIPs. Peraltro, l'esame condotto ha evidenziato l'originalità del recepimento nell'ambito della Comunità andina di tali regole. Infatti, mentre in alcuni casi, la CAN ha accolto soluzioni anche più avanzate rispetto a quelle contenute nell'Accordo TRIPs, ad esempio con riguardo al periodo di esclusiva riconosciuta al titolare del marchio o al principio dell'esaurimento dello stesso⁹⁶, al contrario, in materia di accordi di coesistenza dei marchi o di nuovi usi dei brevetti, ha assunto posizioni funzionali all'affermazione della propria specificità regionale, acquisendo in tal modo un apprezzabile margine di autonomia rispetto ad altri Stati dell'area⁹⁷.

Dall'esame della evoluzione della normativa comune in materia di proprietà industriale è altresì emerso un altro profilo di estremo interesse, consistente nell'apporto fondamentale dato dalle ANPI e dal TGCA al suo sviluppo. In effetti, il processo di integrazione andino in tale settore presenta tratti di assoluta originalità, caratterizzandosi per una forma del tutto peculiare di cooperazione tra agenzie nazionali e organo giurisdizionale dell'Organizzazione. Da un lato, le agenzie hanno avuto un ruolo di indiscutibile importanza nell'attuazione del-

⁹⁵ Cfr. la decisione n. 632 relativa alla *aclaración del segundo párrafo del artículo 266 de la decisión 486*, in *Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena* del 6 aprile 2006, p. 1.

⁹⁶ Cfr. *supra*, par. 4.

⁹⁷ In proposito, si vedano L. R. HELFER - K. J. ALTER - M. F. GUERZOVICH, *Islands of Effective International Adjudication*, cit. *supra*, nota 40, p. 24, i quali rilevano che gli altri Stati della regione sono stati sostanzialmente assorbiti nell'area di influenza statunitense.

la normativa comune. Infatti, come risulta dall'analisi compiuta, oltre a garantire l'applicazione delle regole fissate in materia di proprietà industriale, le ANPI hanno anche favorito la loro evoluzione, attraverso un costante dialogo con il TGCA. Dall'altro, il Tribunale ha dato un contributo determinante all'interpretazione della normativa andina con riguardo sia ai suoi aspetti procedurali di tutela dei diritti sia a quelli sostanziali. Rispetto a questi ultimi, soprattutto nel settore del marchio, il TGCA ha reso pronunce fondamentali circa il contenuto della nozione di confusione, notorietà e coesistenza tra marchi.

Inoltre, la composizione delle domande pregiudiziali sottoposte al TGCA permette un'ulteriore riflessione, attinente al funzionamento della CAN nel suo complesso quale sistema di integrazione economica. Come già rilevato, l'attività pregiudiziale del TGCA si estrinseca principalmente nella materia della proprietà industriale e, soprattutto, del marchio. Questo dato fa necessariamente riflettere sulla natura della CAN, che si presenta come un'organizzazione regionale di integrazione economica, ma che di fatto ha sinora realizzato solamente in un'area gli obiettivi per i quali è stata istituita. Tale situazione è ascrivibile principalmente a ragioni di ordine giuridico, culturale ed economico⁹⁸. Per quanto concerne le ragioni giuridiche, in dottrina è stato correttamente osservato che, a differenza della normativa degli altri settori, spesso lacunosa⁹⁹, quella in materia di proprietà industriale presenta le caratteristiche della precisione e della completezza, che hanno consentito una sua più facile e rapida attuazione a livello nazionale. Con riguardo al secondo motivo, si è

⁹⁸ Con riguardo alle considerazioni di carattere economico, va rilevato che la percentuale di scambi intracomunitari costituiva e continua a costituire una quota minima rispetto al volume complessivo degli affari prodotti all'interno della Comunità andina. Indubbiamente, ha avuto luogo un aumento del volume degli scambi, passato dal 3% al 13%, non sufficiente però da rendere economicamente rilevante lo sviluppo del mercato comune. Su tali flussi, si vedano, W. P. AVERY - J. D. COCHRANE, *Innovation in Latin American Regionalism: The Andean Common Market*, in *International Organization*, 1973, p. 181 ss.; M. R. MENDOZA ET AL. (eds.), *Trade Rules in the Making: Challenges in Regional and Multilateral Negotiations*, Washington, Brookings Institution Press, 1999; M. KUWAYAMA, *Latin American South-South Integration and Cooperation: From a Regional Public Goods Perspective*, Chile, United Nations, 2005, (consultabile anche sul sito internet <http://www.eclac.org/>) il quale, riferendosi tra l'altro al SIA, ha osservato che «the economic problems plaguing most of the members of sub-regional integration arrangements forced the countries to suspend or postpone some of the commitments that had been undertaken to strengthen free trade among the partners and form customs unions in the respective sub-regions».

⁹⁹ In proposito, la dottrina ha individuato alcuni settori in cui la normativa andina si è prestata ad interpretazioni tali da ridurne i margini di effettività, L. R. HELFER - K. J. ALTER - M. F. GUERZOVICH, *Islands of Effective International Adjudication*, cit. supra, nota 40, p. 38. Ad esempio, in materia agricola, agli Stati membri è riconosciuta un'ampia discrezionalità nella valutazione delle possibili eccezioni all'applicazione della normativa comune, cfr. l'art. 15, decisione n. 328 sulla *Sanidad Agropecuaria Andina*, in *Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena* del 30 ottobre 1992, pp. 4-5. Parimenti, nel settore delle telecomunicazioni, dove viene fatta salva la facoltà di normazione nazionale, cfr. l'art. 23, decisione n. 462, *Normas que regulan el proceso de integración y liberalización del comercio de servicios de telecomunicaciones en la Comunidad Andina*, in *Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena* del 1° giugno 1999, p. 18, nonché in materia fiscale, nella quale sono previste disposizioni transitorie e, comunque, eccezioni per alcuni settori, cfr. gli artt. 7, 13, 14, 16, 17, 28, 30, 32, 33, 37 e 39 della decisione n. 599 relativa alla *armonización de aspectos sustanciales y procedimentales de los impuestos tipo valor agregado*, in *Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena* del 12 luglio 2004, p. 3 ss.

già avuto modo di rilevare che anche nella materia della proprietà industriale, inizialmente, i giudici degli Stati membri si sono dimostrati restii ad azionare la procedura pregiudiziale, percepita come una forma di indebita sottrazione delle proprie competenze e di erosione della sovranità statale¹⁰⁰. Solo in seguito, e grazie all'opera di convincimento e di pressione delle ANPI, che non hanno mancato di denunciare al Segretariato il mancato rispetto da parte dei giudici di ultima istanza dell'obbligo di azionare tale procedura, questi ultimi hanno superato il loro scetticismo, cominciando ad utilizzare ampiamente questo strumento di cooperazione giudiziaria.

Infine, l'attività del TGCA fornisce un interessante contributo allo studio delle giurisdizioni internazionali. La ragione di tale interesse sta nel fatto che il funzionamento del TGCA, seppur limitatamente alla materia della proprietà industriale, smentirebbe la tesi che subordina il funzionamento degli organi giurisdizionali di una organizzazione di integrazione economica allo sviluppo istituzionale e democratico degli Stati che ne sono membri¹⁰¹.

Partendo da queste premesse ne dovrebbe conseguire che, a causa delle difficoltà strutturali degli Stati membri della CAN, il TGCA non sarebbe stato in grado di raggiungere gli obiettivi per i quali è stato istituito. Al contrario, dall'esame svolto, non solo è emerso che il TGCA con le sue circa duemila sentenze è la terza Corte internazionale quanto a numero di pronunce, dopo la Corte europea dei diritti dell'uomo e la Corte di giustizia dell'Unione europea, ma che gli Stati membri della CAN si conformano e danno esecuzione alle sue decisioni. Il caso andino rappresenterebbe quindi un'evidente eccezione a questa tesi. Tuttavia, la portata di tale eccezione va ridimensionata alla luce del fatto che, come ampiamente dimostrato, le promotrici dell'integrazione

¹⁰⁰ Sul tema della erosione della sovranità statale nell'attuale fase di sviluppo della comunità internazionale e dei conseguenti processi di internazionalizzazione della funzione giurisdizionale, con particolare riferimento alla istituzione di nuovi tribunali nell'ambito di organizzazioni internazionali di integrazione economica regionale si veda A. DEL VECCHIO, *I Tribunali internazionali tra globalizzazione e localismi*, cit. supra, nota 50, p. 75 ss.

¹⁰¹ In questo senso si vedano A. MORAVCSIK, *Explaining International Human Rights Regimes: Liberal Theory and Western Europe*, in *European Journal of International Relations*, 1995, p. 179; A. M. SLAUGHTER, *International Law in a World of Liberal States*, in *European Journal of International Law*, 1995, p. 503 ss.; R. O. KEHOANE - A. MORAVCSIK - A. M. SLAUGHTER, *Legalized Dispute Resolutions: Interstate and Transnational*, in *International Organization*, 2000, p. 457 ss. Tuttavia, va osservato che il dibattito relativo ai presupposti dell'efficacia dei tribunali internazionali è molto vivace, poiché la dottrina ha proposto diversi parametri al fine di comprendere quali siano le condizioni favorevoli allo sviluppo di organi giurisdizionali internazionali. V. M. KAHLER, *Conclusion: The Causes and Consequences of Legalization*, in *International Organization*, 2000, p. 661 ss.; R. H. STEINBERG, *Judicial Lawmaking and the WTO: Discursive, Constitutional, and Political Constraints*, in *American Journal of International Law*, 2004, p. 247 ss.; E. A. POSNER - J. C. YOO, *Judicial Independence in International Tribunals*, in *California Law Review*, 2005, p. 25 ss.; L. R. HELFER - A. M. SLAUGHTER, *Why States Create International Tribunals: A Response to Professors Posner and Yoo*, ivi, 2005, p. 899 ss.; K. J. ALTER, *Delegation to International Courts and the Limits of Recontracting Power*, in D. HAWKINS ET AL. (eds.), *Delegation and Agency in International Organizations*, Cambridge University Press, 2006, p. 312 ss.; ID., *Agents or Trustees? International Courts in Their Political Context*, in *European Journal of International Relations*, 2008, p. 33 ss.

in materia di proprietà industriale sono state principalmente le ANPI, le cui origini e il successivo sviluppo sono da ricondurre in larga parte alle istituzioni finanziarie internazionali. Quindi, da questo punto di vista non può non rilevarsi come lo sviluppo della normativa comune sia stato fortemente condizionato da fattori esogeni alla CAN, che hanno controbilanciato la debolezza strutturale dei suoi Paesi membri, permettendo la creazione di un'area piuttosto integrata sia pure in uno specifico settore di attività¹⁰².

Diversamente, nelle altre sfere di competenza dell'organizzazione andina, dove non operano strutture paragonabili alle ANPI, i risultati raggiunti sono stati significativamente inferiori o del tutto assenti.

In definitiva, allo stato attuale, la CAN presenta i tratti di un'organizzazione di integrazione economico-regionale non completamente realizzata, nell'ambito della quale, l'unico settore in cui il processo di integrazione sembra avere raggiunto risultati soddisfacenti, quello della proprietà industriale, ha risentito in modo determinante per il suo sviluppo di fattori esterni. Peraltro, va rilevato che in questo momento tra gli Stati membri della CAN esistono divergenze politiche di carattere generale, che rischiano di compromettere anche i risultati finora raggiunti in tale settore. L'andamento del processo di integrazione andino sembrerebbe quindi confermare che la presenza di una struttura istituzionale, anche sofisticata, possa risultare insufficiente, qualora non sia accompagnata dalla volontà degli Stati membri di sviluppare una politica realmente integrazionista¹⁰³.

Massimo Francesco Orzan*

¹⁰² Peraltro, la dottrina non ha mancato di rilevare che anche nell'ambito della integrazione dei diritti di proprietà industriale permangono alcune eccezioni non del tutto irrilevanti. Sul punto si veda P. PENNETTA, *Integrazione europea ed integrazioni latino-americane e caraibiche: modelli e rapporti*, Bari, Cacucci, 2009, p. 167. Inoltre, di recente, proprio in tale settore, si è consumato un nuovo contrasto tra gli Stati membri della CAN, a seguito dell'adozione della decisione n. 689, *Adecuación de determinados artículos de la Decisión 486 – Régimen Común sobre Propiedad Industrial, para permitir el desarrollo y profundización de Derechos de Propiedad Industrial a través de la normativa interna de los Países Miembros*, in *Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena* del 13 agosto 2008, che ha indotto la Bolivia a richiedere le dimissioni del Segretario generale e ad adire il TGCA.

¹⁰³ In questo senso si veda P. PENNETTA, *Integrazione europea ed integrazioni latino-americane e caraibiche*, loc. cit., p. 170, il quale osserva che «[l]esperienza andina (...) costituisce (...) una conferma in negativo di quanto detto circa la maturità politica ovvero identità di gruppo dei processi integrazionisti. In particolare, emerge la necessità che il progetto politico-economico sia, esplicitamente o implicitamente, pienamente condiviso dagli Stati membri. Sì che una raffinata disciplina giuridica ed istituzionale dell'integrazione come quella andina (...) può non risultare sufficiente in assenza di una convinta identità di gruppo».

* Referendario del Presidente del Tribunale dell'Unione europea.

COMUNICAZIONI E NOTE INFORMATIVE

RISULTATI OTTENUTI SOTTO IL PROFILO POLITICO ED ECONOMICO DOPO 50 ANNI DI COOPERAZIONE FRA GLI STATI MEMBRI DELL'UNIONE EUROPEA*

*«Tutto ciò che è intelligente è già stato pensato,
bisogna solo tentare di ripensarlo di nuovo».*
J. W. Goethe

Sommario: 1. *Alle origini del processo di integrazione europea* - 2. *La radice profonda dell'Europa* - 3. *I grandi pilastri d'Europa* - 4. *Alcune scelte politiche fondamentali* - 5. *I collegamenti con la Costituzione italiana*.

1. Alle origini del processo di integrazione europea

Quando avevo più o meno la vostra età, e frequentavo a Brescia l'ultimo anno del liceo classico Arnaldo, partecipai ad un concorso tra tutte le scuole superiori d'Europa sul tema di una "Patria Europea", nell'ambito della Giornata Europea della Scuola. Il mio componimento vinse il primo premio in Italia e nella finale europea si piazzò secondo. Ciò mi fruttò un meraviglioso viaggio attraverso il Belgio, l'Olanda, la Germania, l'Italia del Nord (Venezia, Milano),

* Relazione presentata all'incontro con gli studenti del liceo scientifico *Leonardo da Vinci* di Milano tenutosi in data 19 febbraio 2009, il cui contenuto è stato ripreso nell'intervento effettuato nel Convegno «I giovani e il futuro dell'Europa», svoltosi a Milano in data 27 maggio 2010 e organizzato presso Il Sole-24 Ore, dall'Ufficio scolastico regionale per la Lombardia, dalla Rappresentanza a Milano della Commissione europea, con la collaborazione di Rotary Club/Rho Fiera Centenario e di WWF-Italia - Sezione Lombardia.

la Francia (Parigi) dove il viaggio si concluse. Il viaggio si svolse insieme ai vincitori degli altri paesi partecipanti: Francia, Germania, Belgio, Olanda, Inghilterra, Lussemburgo, Saarland. Eravamo sette ragazzi e una ragazza tedesca. La nostra guida era un parigino colto e brillantissimo. Fu un viaggio meraviglioso in assoluto, ma ancor più per dei ragazzi del dopoguerra, epoca in cui non era né facile né comune viaggiare. Io, ad esempio, ero uscito da Brescia ben poche volte: tre volte per andare a Milano (due volte per la Fiera Campionaria che era allora un grande evento popolare ed una per l'inaugurazione della Scala ricostruita dopo i danni dei bombardamenti della guerra, con il grande concerto diretto da Arturo Toscanini l'11 maggio 1946), e altre due o tre volte per andare al mare in Liguria. Fu per noi la scoperta dell'Europa. Fu un viaggio che mi segnò profondamente. Erano passati dieci anni dalla fine della guerra mondiale, ma le grandi città europee e soprattutto quelle tedesche portavano ancora ben visibili i segni delle distruzioni. Ricordo in particolare la visione di Colonia dall'alto della torre del suo magnifico Duomo (fortunatamente quasi illeso): tutt'intorno si vedevano ancora molte macerie.

Il processo di integrazione europea muoveva i primi passi. Nel 1954 i tre grandi padri della nuova Europa, il tedesco Adenauer, il francese Schuman, l'italiano De Gasperi, avevano firmato, a livello di governi, il trattato della CED, Comunità Europea di Difesa, con il quale i sei paesi europei continentali della piccola Europa si impegnavano a dar vita ad un esercito comune e ad iniziare un processo costituente per avviare la costruzione di un vero e proprio stato federale. La CED rappresentò il culmine della prima fase postbellica del processo di integrazione europea. De Gasperi ne riferì alla stampa con queste parole: «L'Assemblea oltre alla sua funzione di organo della Comunità di Difesa dovrà determinare, entro sei mesi dall'inizio della sua attività, il progetto di Costituzione Federale e Confederale. I Governi avranno poi tre mesi per deliberare sulle proposte dell'Assemblea. Simultaneamente i governi condurranno avanti gli studi in modo che l'azione di avviamento alla federazione proceda su due binari che si rafforzeranno reciprocamente». La figlia di De Gasperi, Maria Romana, testimonia che Adenauer, salutando De Gasperi sul cancello di casa, disse: «bisogna che noi due viviamo ancora due anni. Ad Europa Unita potremo andare definitivamente a riposo» (in *Ripensiamo l'Europa: dal primo dopoguerra al rilancio dell'Unione politica*, Fondazione Alcide De Gasperi, 1997). Ma questo sogno non si realizzò. De Gasperi morì nell'agosto del 1954 e poco dopo il parlamento francese bocciò il trattato della Comunità Europea di Difesa (che era già stato ratificato da quattro paesi mentre l'Italia, a seguito del voto negativo della Francia, non portò il trattato alla discussione parlamentare).

La caduta del trattato della CED rappresentò un duro colpo per tutti coloro che erano impegnati nel processo di integrazione europea e per noi giovani che nel processo di integrazione europea vedevamo il futuro, al di là delle

macerie, e che alimentava tutte le nostre speranze. Ma, dopo un primo momento di smarrimento, gli uomini tenaci che lavoravano al progetto ripresero a tessere la tela dell'integrazione, che sembra la tela di Penelope ma che pure, tra marce avanti, fermate e marce indietro, alla fine, riesce sempre a segnare dei pur faticosi progressi e ci ha portato ad un risultato storico, come la mone-
ta unica.

Rimaneva l'OECE (ora OCSE) un'organizzazione di cooperazione economica, nata sull'onda del piano Marshall per l'Europa, che aveva insegnato ai governi europei a lavorare insieme sui temi economici comuni. E c'era la prima comunità europea, la Comunità del Carbone e dell'Acciaio (CECA), che era, tra l'altro, quella che sosteneva i costi della Giornata Europea della Scuola e quindi del nostro viaggio, ideata e voluta da un grande europeo, il francese Jean Monnet, uomo di grandissime visioni e di ricchissima esperienza internazionale. Monnet non ebbe mai nessuna carica politica rilevante ma, conosciuto e rispettato da tutti i *leader* politici europei e dotato di uno straordinario pragmatismo illuminato, ne influenzò l'azione come nessun altro. Convinto che procedere per grandi progetti generali sarebbe stato molto difficile, Monnet pensava che si dovesse procedere per singoli progetti su punti specifici e decisivi. Ideò così la CECA che prevedeva la messa in comune e la gestione comune del carbone (allora la, di gran lunga, prevalente fonte di energia; non era ancora iniziata l'era del petrolio) e del ferro, i due ingredienti principali per produrre l'acciaio. In fondo era questo il fronte sul quale Francia e Germania si erano sempre così duramente combattute. Il progetto venne fatto proprio dal grandissimo *leader* francese Robert Schuman, uomo politico dotato di una straordinaria personalità e di un grande carisma, e fu reso pubblico con la celebre Dichiarazione del 9 maggio 1950 al Quai d'Orsay, sede del ministero degli esteri francese, a Parigi. Il progetto sembrava tecnico-economico ma le sue implicazioni erano profondamente politiche: rendere possibile, e cementare con forti interessi, la riconciliazione dei due paesi che, per secoli, si erano fatti la guerra, la Francia e la Germania; e nello stesso tempo riportare al livello di parità con gli altri paesi la Germania che, dopo il nazismo e la sconfitta, era rimasta isolata e umiliata. La Dichiarazione del 9 maggio 1950, nei suoi passaggi principali, diceva:

«L'Europa non potrà farsi in una sola volta, né sarà costruita tutta insieme; essa sorgerà da realizzazioni concrete che creino anzitutto una solidarietà di fatto. (...). A tal fine, il governo francese propone di concentrare immediatamente l'azione su un punto limitato ma decisivo. Il governo francese propone di mettere l'insieme della produzione franco-tedesca di carbone e di acciaio sotto una comune Alta Autorità, nel quadro di un'organizzazione alla quale possono aderire gli altri paesi europei. La fusione delle produzioni di carbone e di acciaio assicurerà subito la costituzione di basi comuni per lo sviluppo economico, prima tappa della Federazione europea, e cambierà il destino di

queste regioni che per lungo tempo si sono dedicate alla fabbricazione di strumenti bellici di cui più costantemente sono state le vittime. La solidarietà di produzione in tal modo realizzata farà sì che una qualsiasi guerra tra la Francia e la Germania diventi non solo impensabile, ma materialmente impossibile».

La battaglia politica per l'approvazione del Trattato fu durissima, perché tutte le opposizioni di sinistra in tutti i parlamenti dei sei paesi della piccola Europa (Belgio, Francia, Germania, Italia, Lussemburgo, Olanda) furono ferocemente contrari e annunciavano terribili sciagure e catastrofi derivanti dal Trattato. I politici italiani di sinistra si distinsero in queste previsioni catastrofiche. Ma anche in Germania, che pur trovava grandi vantaggi perché con la CECA usciva dall'isolamento nel quale il nazismo e la guerra l'avevano cacciata, il potente *leader* dei socialdemocratici Kurt Schumacher condannava il progetto della CECA, definendolo come il prodotto delle quattro K (Kapitalismus, Konservatorismus, Klerikalismus e Kartell). Ma alla fine il Trattato della Comunità Europea del Carbone e dell'Acciaio venne ratificato dai sei paesi della piccola Europa ed entrò in vigore il 25 luglio 1952 (venendo meno il 25 luglio 2002, come unico trattato europeo con una scadenza prefissata di 50 anni).

La CECA fu un successo e rappresentò anche un modello per i passaggi successivi. Dopo la caduta della CED, ai primi di giugno 1955, i sei ministri degli esteri dei sei paesi della CECA si riunirono a Messina, su iniziativa del ministro degli esteri italiano Gaetano Martino. Da questa riunione inizia il lavoro che porterà rapidamente al trattato istitutivo della CEE (Comunità Economica Europea, della quale l'attuale UE, Unione Europea, è una naturale evoluzione) firmato solennemente a Roma il 25 marzo 1957, ratificato senza grandi ostacoli ed entrato in vigore il 1° gennaio 1958. È su questo pilastro che verrà creato il mercato doganale comune, la libertà di movimento per cose persone capitali, la moneta unica, ed è qui che si radicano tutti gli slanci e le crisi successive di questo grandioso processo di integrazione.

Ma il tema centrale del nostro incontro non è l'analisi di questo processo, bensì una riflessione sulle radici culturali, intellettuali e spirituali dell'Europa e sulle loro relazioni con la Costituzione italiana. Volgiamoci dunque a questo difficilissimo tema. Tuttavia mi è sembrato utile inquadrarlo negli sviluppi storici del processo di integrazione europea, che è un grande processo costituente che impegna l'Europa da oltre cinquant'anni, e che rappresenta la più grandiosa integrazione pacifica e volontaria di popoli mai vista prima d'ora nella storia. Gli Stati, con i loro apparati e le politiche nazionali, si sono talora opposti a questo processo, ma i popoli lo hanno sempre spinto in avanti, anticipando nei costumi, nella cultura e soprattutto nell'economia, gli Stati e trascinandoli quindi in avanti. Al di sotto degli schemi funzionali si sono dunque integrati i popoli, con una velocità maggiore di quella istituzionale, sulla base

di una comunanza culturale, spirituale, intellettuale. Come amava dire Monnet: noi non uniamo Stati ma popoli.

2. La radice profonda dell'Europa

Io so che ai giovanissimi, salvo quelli che hanno una reale passione per la storia, non piace troppo sentire parlare di cose troppo lontane nel tempo. Sembra loro di parlare di cose morte, di cose che non hanno più interesse. Sembra loro di perdere tempo. Eppure se volete capire qualche cosa delle radici culturali e spirituali dell'Europa e del loro collegamento con la Costituzione italiana, dovete fare lo sforzo di guardare molto indietro nel tempo.

Indietro fino al pensiero greco; indietro fino all'irrompere nella storia del principio della dignità della persona e di ogni persona, fatta ad immagine e somiglianza di Dio, del cristianesimo; sino alla mondializzazione realizzata con la forza ma consolidata con il diritto dell'impero romano. Dovete fare i conti con Platone, Socrate, Aristotele; con la lega achea che si batte contro l'imperatore persiano Serse, simbolo vivente dell'imperialismo e dell'assolutismo e le sue sterminate armate, per difendere la libertà; dovete fare i conti con la democrazia ateniese di Pericle; con la pace augustea; con S. Paolo e il suo concetto di libertà e di uguaglianza pur nel pieno rispetto della legge; e poi con il grande Rinascimento italiano, con Shakespeare e con Erasmo da Rotterdam; e con il grande illuminismo europeo del '700 che, al di là ed al di sopra delle guerre, unisce culturalmente l'Europa da Napoli a Vienna; da Milano a Parigi; dovete fare i conti con il fatto che autori come Locke sono letti in Sicilia e i libri del Beccaria diventano *best seller* europei; dovete fare i conti con Bach che studia e postilla Vivaldi, con geni assoluti e innovatori come Mozart e Beethoven che iniziano studiando la grande musica italiana del '700.

I grandi veri pilastri della costituzione europea e della Costituzione italiana sono, infatti, frutto di un grande lungo travaglio dal quale è nata la civiltà europea, la più elevata e matura civiltà che si sia mai vista sulla terra.

Ma, avendo sottolineato la necessità di proiettare la vostra riflessione nel lungo periodo e nel travaglio delle radici greco-romane-cristiane delle nostre costituzioni, e lasciando a voi lo stimolo a scavare in queste radici, io cercherò di mettere a fuoco la problematica che ci interessa su un arco di tempo più breve, ed in chiave più economico-politica.

3. I grandi pilastri d'Europa

Il 1815 non è solo l'anno del Congresso di Vienna che mette la parola fine alla rivoluzione francese esportata in Europa sulle baionette delle armate di

Napoleone; è anche l'anno dal quale si fa convenzionalmente iniziare il secolo degli inglesi: 1815-1915. Un secolo segnato da guerre e rivoluzioni locali (pensiamo al 1848) ma nell'insieme un secolo di stabilità, grande sviluppo e globalizzazione pacifica. La *pax* britannica non è inferiore alla *pax* augustea, la sterlina è moneta mondiale assai stabile, i mercati mondiali sono fortemente integrati, la libertà di movimento di cose persone e capitali è assai elevata, lo sviluppo delle innovazioni tecnologiche e industriali è straordinario, soprattutto dal 1850 in poi. Ma poi il mondo si spezza e si lacera con la prima grande guerra. Io condivido la visione di quegli storici che parlano della prima e della seconda guerra mondiale come di due fasi, intervallate da brevi periodi di armistizio, di un'unica guerra civile europea durata dal 1914 al 1945. Il principio di nazionalità, con le sue degenerazioni, il nazionalismo e il razzismo, emergono dalle viscere profonde dell'Europa e prendono il sopravvento; l'accelerazione dell'industrializzazione con gli sconvolgimenti sociali ad essa associati crea il terreno fertile per i movimenti socialisti e comunisti; quanto più questi emergono e si rafforzano e dal 1917 conquistano il potere in Russia, si scatenano nei paesi europei paura e reazioni (pensate che il severo mite e borghese Leone XIII fu accusato di essere un pericoloso socialista per aver emesso l'Enciclica *Rerum Novarum*) che stimolano la nascita di movimenti politici che pretendono di ergersi come diga contro il socialista e il comunismo, come il fascismo ed il nazionalsocialismo, dove i principi nazionalistici, razzisti, fascisti si fondono nella degenerazione assoluta e diabolica del nazismo. Al culmine i campi di concentramento, la strage di milioni di civili e combattenti, la guerra, con la distruzione delle città e delle strutture di vita, l'umiliazione della dignità dell'uomo, lo scoraggiamento e lo sconcerto più profondi, la miseria fisica e morale. È questa l'Europa nella quale gli uomini di buona volontà ricominciano a vivere ed a ricostruire, è questa l'Europa nella quale crescono i giovani della generazione cui appartengo. Fra immani catastrofi e sofferenze, fisiche e morali, lo Stato-Nazione, l'entità sacra e inviolabile, quella per la quale era stato detto da Mussolini: tutto nello Stato, tutto per lo Stato, tutto con lo Stato, è crollato miseramente. L'Europa è un cumulo di macerie fisiche, intellettuali e morali, aggirandosi tra le quali, i superstiti cercano una nuova strada. E nel cercare la nuova strada la riscoperta delle antiche radici della civiltà europea è fondamentale. Tra i superstiti emerge, nel paese più colpito e più distrutto, la Germania, un grande vecchio, un settantenne che, prima del nazismo era stato sindaco della sua città di Colonia e aveva poi vissuto da emarginato, da esule in Patria, e che era stato riportato alla ribalta dagli americani che cercavano uomini politici tedeschi non compromessi con il nazismo: Konrad Adenauer, che diventerà il grande cancelliere *leader* della nuova Germania e della nuova Europa e l'autore principale della nuova Costituzione tedesca ed, insieme al ministro per l'economia e poi a sua volta cancelliere Erhard, della sua ricostruzione. Nel marzo 1946, all'Università di Co-

lonia, si alza la voce di questo grande vecchio, cattolico devoto, liberale, anti-nazionalista, antistatalista, profondamente immune dalle due terribili malattie del '900: il nazionalismo etnico e il principio della supremazia dello Stato sulla società. È il suo primo discorso pubblico dopo la catastrofe ed è stato giustamente definito «uno dei più importanti discorsi nel mondo del dopoguerra, quello che segnò il vero inizio della nuova politica della Germania e dell'Europa occidentale» (P. Johnson, *Storia del Mondo Moderno*, Mondadori, 1983). Adenauer si erge contestualmente contro il mito dello Stato-nazione e contro il nuovo giacobinismo-centralista della sinistra marxista di Schumacher, ma al contempo indica una grande prospettiva radicata nelle migliori tradizioni della civiltà europea. Dice Adenauer: «Siamo prima persone, cittadini, europei e poi tedeschi. Mai più Stato-nazione, mai più lo Stato etico. Vogliamo una Germania federale per un'Europa federale». Mai più lo Stato avrebbe dovuto dominare, soffocare le persone e le società intermedie. È un rovesciamento totale del principio: tutto nello Stato, tutto per lo Stato, tutto con lo Stato. Questa è la base fondante, il principio primo della nuova costituzione europea. Questo vecchio tollerato dagli americani e svillaneggiato dagli inglesi con questo discorso emerge come *leader* tedesco ed europeo non per un particolare carisma ma per la correttezza e la profondità delle idee che sosteneva. Perché erano le idee che la gente vedeva scritte sulle macerie della grande tragedia e quelle idee non erano in Adenauer frutto di opportunismo ma di un profondo sistema di valori, frutto di tanti contributi e di tanti filoni di pensiero, ma che, in Adenauer trovano la sintesi teorica nel personalismo cristiano, che egli aveva coerentemente alimentato e testimoniato durante tutta la vita, ergendosi sempre a inflessibile critico dei tradizionali valori nazionali tedeschi che erano confluiti nel nazionalsocialismo. Anche in Italia emerge un altro grande vecchio, Alcide De Gasperi (66 anni), guidato dalla stessa visione che sin dal 1902 (da giovane deputato al Parlamento di Vienna) «deplorava il culto della nazione e la religione della patria» e sosteneva per l'Europa una visione federalista con al centro non la nazione ma la persona umana. Sono le stesse idee che guidano un altro grande vecchio, Don Sturzo, ritornato nel 1946 da un lungo esilio. Ma sono le stesse idee che guidano altri filoni di pensiero fondamentali, come l'umanesimo liberale di personaggi come Luigi Einaudi e di studiosi di economia come Wilhelm Roepke, e come il socialismo liberale che si contrappone alla visione comunista e marxista che ripropongono, invece, lo Stato come grande Leviatano.

Questo è dunque il *primo pilastro* della nuova Europa: *la persona umana, il cittadino come punto centrale*; lo Stato al servizio della persona e non viceversa, la persona al servizio e schiacciata dallo Stato. È un principio antico come dicevo all'inizio che, offuscato talora dalle vicende della storia (come è stato dal 1914 al 1945 e per i paesi comunisti dal 1917 al 1989), rinasce sempre dalle viscere dell'Europa. Un principio tanto antico che lo ritroviamo

in lingua latina: «civitas propter cives, non cives propter civitatem». È da questo pilastro che deriva il principio di libertà individuale (libertà di pensare, di credere, di agire, di pregare, di fare); e il principio di giustizia che è un concetto più ampio e profondo di quello di pura legalità. Tutti ed anche lo Stato devono muoversi nel rispetto del principio di legalità. Ma il principio di giustizia (che è stato ed è tante volte violato ma non muore mai) impedisce anche allo Stato, per qualunque ragione, di ricorrere alla tortura come a Guantanamo hanno fatto gli americani tradendo un punto fondamentale della loro tradizione civile; ed ora anche gli Americani se ne sono resi conto. Così è per il principio di giustizia che la cultura europea si rifiuta di essere diretta dalle sole forze economiche (le così dette "leggi di mercato"), ma su questo ritornerò con un paragrafo *ad hoc*.

Il *secondo pilastro* è il *principio di tolleranza*. Il concetto di tolleranza è molto difficile e controverso. Pensatori importanti hanno sottolineato che esso comprende anche un atteggiamento negativo: la tolleranza sembra indicare anche un atteggiamento di superiorità, di degnazione, di intolleranza in potenza. Mirabeau ne ha parlato in questi termini: «la liberté la plus illimitée de religion est à mes yeux un droit si sacré que le mot de tolérance, qui voudrait l'exprimer, me paraît, en quelque sorte, tyrannique lui-même, puisque l'autorité qui tolère pourrait ne pas tolérer». E la dichiarazione del famoso autore del libro sui diritti dell'uomo, Thomas Paine è ancora più severa: «La tolleranza non è l'opposto dell'intolleranza, ma la sua contraffazione: ambedue sono dei dispotismi. L'uno si arroga il diritto di proibire la libertà di coscienza, l'altro quello di concederla».

Ma resta il fatto che la tolleranza, anche intesa nel senso più restrittivo, sostituisce anche nelle religioni mature l'alternativa a distruggere quanti non fossero disposti ad accettare l'ortodossia. Già San Tommaso d'Aquino nel libro II della *Summa Theologie* diceva: «Utrum ritus infidelium sind tolerandi».

Ma è nell'accezione più ampia e positiva, e cioè il rispetto delle altrui convinzioni, che oggi la tolleranza è indicata come uno dei pilastri dell'Europa (si veda il capitolo intitolato *Valori Europei*, in *Il nuovo disordine mondiale*, di Tzvetan Todorov, Garzanti, 2003). E questa concezione della tolleranza è quella che deriva direttamente dall'illuminismo: «Che cosa è la tolleranza – chiede Voltaire nel *Dictionnaire philosophique* – C'est l'apanage de l'humanité. È la prerogativa dell'umanità. Siamo tutti foggianti da debolezze ed errori; perdoniamoci reciprocamente le nostre stoltezze, ecco la prima legge di natura». Questa concezione della tolleranza non è certo monopolio dell'illuminismo. La troviamo in tanti luoghi, epoche e civiltà diverse. Raymond Klibansky uno dei maggiori filosofi contemporanei scomparso nel 2005, che in occasione del premio Nonino 1995 ci ha lasciato un penetrante scritto proprio sulla tolleranza, sostiene che il primo documento in cui l'idea di tolleranza ha trovato la sua classica espressione sono gli editti di Asoka, principe indiano

del III secolo avanti Cristo. E Todorov nel capitolo: *L'illuminismo e l'Europa*, in *Lo spirito dell'illuminismo* (Garzanti, 2007), ci ricorda che lo spirito dell'illuminismo, e quindi lo spirito di tolleranza, si presenta in epoche diverse in tutte le civiltà del mondo. Ma mai si è presentato così concentrato, così fondante di un'epoca e di una civiltà come nel XVIII secolo in Europa. E mai, dopo la sofferenza e gli oscurantismi che hanno sconvolto l'Europa nel '900, questo valore è diventato pilastro di un grande processo politico, come è stato ed è nell'ambito del processo di integrazione europea. "Unità nella molteplicità" è uno dei grandi valori e pilastri portanti della nostra Europa.

Il terzo pilastro è il *principio di laicità o laicismo*.

Su questo pilastro mi limito a trascrivere le parole di Todorov (*Il nuovo disordine mondiale*):

«Paradossalmente, l'idea di laicismo proviene da una tradizione religiosa: il cristianesimo. Affermando: "Date a Cesare quel che è di Cesare, e a Dio quel che è di Dio" (Matteo 22,21) e "Il mio regno non è di questo mondo" (Giovanni 18,36), il Cristo stabilisce la separazione radicale tra Cielo e Terra, tra la teologia e la politica. Il laicismo designa non l'assenza o il rifiuto della religiosità, ma quella stessa separazione, e quindi il rifiuto di imporre i valori cristiani con la spada. Nonostante la formula cristiana originaria, la separazione non è avvenuta senza difficoltà anche nell'ambito della tradizione cristiana. Divenuto il cristianesimo la religione ufficiale di uno Stato, è grande la tentazione di fissare le leggi della città degli uomini a partire da quelle della città di Dio e di sottomettere il potere regale all'autorità del capo della Chiesa (il papa). Bisognerà attendere il XIV secolo e i conflitti armati tra papi e imperatori per vedere i primi grandi teorici del laicismo, Marsilio da Padova e Guglielmo d'Occam, stabilire i fondamenti dello Stato sovrano, così come la separazione tra fede e ragione.

Il contrario del laicismo è l'ideocrazia, cioè la confusione tra ideologia e Stato. Essa può assumere la forma di teocrazia, con il clero che decide le scelte politiche degli uomini; ma anche – ed è in questa forma che la minaccia si è concretizzata nel XX secolo in Europa – quella del totalitarismo, quando il Partito, portatore dell'ideologia, si confonde con lo Stato. L'esperienza traumatizzante del comunismo e del nazismo rende gli europei particolarmente vigili riguardo a ogni deroga dal laicismo. È anche, probabilmente, la parte del mondo in cui le pratiche religiose sono più rigidamente riservate alla sfera privata.

Questa scelta ha una conseguenza importante. Poiché tra cielo e Terra non vi è continuità, ogni tentativo di insediare un paradiso terrestre è bandito. Gli Stati laici contemporanei non si propongono di garantire il trionfo definitivo dei valori che difendono, né di guarire l'umanità dalle proprie tare una volta per tutte. L'uomo è decisamente imperfetto, le sue società sono criticabili e lo resteranno. Gli europei di oggi riscoprono, ma in tutt'altra forma, l'idea

cristiana del peccato originale, incancellabile in questa esistenza. In compenso si oppongono a qualunque eresia millenaristica o messianica, che vorrebbe costruire qui e ora il regno celeste. Per questa ragione essi rifiutano di accettare il degrado del presente in nome del radioso avvenire».

Il quarto pilastro è il *principio di razionalità*. Anche su questo mi sembra che le parole di Todorov (*Il nuovo disordine mondiale*) rappresentino una felice sintesi:

«La sua presenza in testa all'elenco non significa affatto che gli europei siano sempre ragionevoli, né che, secondo loro, la ragione sia preferibile alle passioni o all'intuizione, ma che nella tradizione europea si concepisce la possibilità di una conoscenza razionale del mondo: gli atti più folli, i fenomeni più misteriosi possono essere compresi dalla ragione. E le faccende umane si prestano a loro volta all'esame razionale e alla discussione, che ci porta a scambiare argomenti anziché botte. La ragione è capace di conoscere e di comprendere. Il postulato di razionalità è una premessa necessaria (ma non sufficiente) al sorgere della scienza come della democrazia. Si oppone all'oscurantismo, alla superstizione, al pensiero magico, alla manipolazione.

Questo postulato è antico almeno quanto il pensiero presocratico in Grecia e, sotto forma di rispetto tanto per la scienza quanto per il dibattito politico argomentativo, attraversa tutta la storia occidentale. Forse è a causa di questa lunga durata che, nel XX secolo, gli europei sono diventati sensibili a una perversione particolare di questo pensiero: quando esso smette di essere strumento di conoscenza e di comprensione per diventare l'ultima giustificazione di certi nostri atti. Almeno dalla bomba di Hiroshima sappiamo fin troppo bene che l'operato della scienza non è del tutto positivo, e che la ragione è uno strumento che non garantisce la qualità morale dei propri risultati. Lasciate a sé stesse, scienza e tecnica non conoscono limiti: in un mondo in cui dominano senza riserve, non appena è possibile, una cosa diventa obbligatoria. Gli europei hanno quindi capito che le scelte ultime non devono dipendere direttamente dalla conoscenza oggettiva, né possono essere decise categoricamente da una ragione imparziale. Essi respingono lo scientismo: vogliono che l'azione sia guidata dalla politica e dalla morale, cioè dalla propria volontà, dai propri desideri e ideali; non dalla conoscenza. Ma rifiutano di cadere nell'estremo opposto e di vedere nella scienza una minaccia più che una promessa; e ancor più di rinunciare al principio di razionalità».

Secondo George Steiner (in *Una certa idea di Europa*, Garzanti, 2006), invece, caratteristica fondamentale dell'Europa è il fatto di discendere simultaneamente da Atene e da Gerusalemme, vale a dire dalla ragione e dalla fede, «dalla tradizione di chi ha umanizzato la vita, reso possibile la convivenza sociale, portato alla democrazia e alla società laica, e da quella che ha prodotto i mistici, la spiritualità e la santità, ma anche la censura e il dogma, il fanatismo religioso, le crociate e le grandi carneficine giustificate nel nome di Dio e del-

la verità religiosa. Conflittuale e sincretica, questa doppia tradizione ellenica ed ebraica (per Steiner, cristianesimo e utopie socialiste sarebbero solo "note a piè di pagina" dell'ebraismo) costituisce il substrato della grande tensione che, mentre precipitava l'Europa in guerre e atrocità mostruose che devastavano il continente causando milioni di morti, portava anche avanti la civilizzazione e cioè i concetti di tolleranza e convivenza, i diritti umani, la sindacabilità dei governi, il rispetto delle minoranze religiose, etniche o sessuali, la sovranità dell'individuo e lo sviluppo economico. L'europeo è condannato dal peso di questa doppia tradizione a vivere cercando incessantemente di sposare questi due rivali che si contendono la sua esistenza e che fondano due modelli sociali contrapposti "la città di Socrate e quella di Isaia"».

Il quinto pilastro è il principio di democrazia.

Credo che sia giusto includere anche il principio di democrazia tra i grandi pilastri dell'Europa contemporanea, anche se è possibile immaginare uno Stato coerente con il principio di rispetto della persona umana (e i corollari di libertà e giustizia), con il principio di laicità, con il principio di razionalità, senza essere una democrazia. Ma la scelta europea, basata sull'esperienza storica, è sicuramente per la democrazia come principio e non solo come assetto istituzionale, come espediente tecnico. La democrazia (altra invenzione ateniese) vuole che il potere sia nelle mani del "popolo", cioè di tutti i cittadini. Non è uno stato "naturale" ma "contrattuale". Ma l'esperienza storica dell'Europa è che ogni volta che il principio di democrazia è stato violato anche gli altri principi fondamentali e naturali sono stati, prima o poi, violati. Perciò l'organizzazione democratica è assurda in Europa a principio e pilastro generale.

4. Alcune scelte politiche fondamentali

Vi sono poi delle scelte politiche fondamentali che senza assumere la caratteristica di pilastri o valori fondamentali (e quindi potendo anche cambiare senza travolgere l'edificio) hanno tuttavia assunto un ruolo fondamentale nel profilo e nella politica dell'Europa contemporanea. Mi limiterò a due di essi, quelli che sembrano a me i più importanti.

- Il ripudio della guerra

Il processo di integrazione europea nasce, sin dal primo passo della CECA, come risposta all'anelito di cancellare le guerre sul territorio europeo dopo la terribile guerra civile 1914-1945 e dopo che per almeno cinque secoli la guerra era stata sempre protagonista sul territorio europeo. L'obiettivo è stato raggiunto e sotto questo profilo il processo di integrazione europea è sta-

to un enorme successo. Ma l'Europa ha rinunciato alla politica di potenza non solo al suo interno ma nei confronti della sua posizione del mondo. Non vuole più essere una potenza forte ma, come ha scritto Tommaso Padoa Schioppa, una forza gentile o, come ha scritto Todorov, «una potenza tranquilla». Numerosi vigorosi studiosi e uomini politici americani hanno irriso questa «Europa debole» questa «Europa vecchia» (tra tutti il più esplicito è stato Robert Kagan nel suo lucidissimo e crudo *Of Paradise and Power* (2003). Su questo punto cito quanto scrissi nel 2004 (cfr. *Una Costituzione per l'Europa*, in questa *Rivista*, 2004, p. 177 ss.):

«È vero che l'Europa ha rinunciato alla politica di potenza. Ma è questo un male o una speranza per l'intera umanità, l'indicazione di una via possibile? È vero che l'Europa è militarmente debole. Ma l'essere militarmente deboli autorizza a parlare semplicemente di una Europa debole in generale? Non vi è il rischio che Kagan e i neoconservatori americani commettano qui un errore di prospettiva analogo a quello che commise Stalin quando sprezzantemente chiese su quante divisioni poteva contare il pontefice? E poi verso quali ipotetici nemici indirizzerebbe le sue ipotetiche armate l'Unione europea? Chi preme alle sue frontiere? Quali territori deve conquistare? Ma i grandi nemici del mondo in questa fase storica non si chiamano terrorismo, fondamentalismo islamico, miseria ed esclusione dai diritti fondamentali di miliardi di persone, globalizzazione non equa e non governata, squilibrio tra crescita economica e ambiente? E siamo sicuri che il contributo dell'Europa al mondo su questi temi sarebbe più utile se anch'essa congelasse il 3-4% o sino al 7% (come in passato hanno fatto gli USA) del Pil per aspirare a diventare una potenza militare? Ma il terrorismo e gli altri mali elencati non si affrontano meglio con mezzi diversi dagli elicotteri *apache* e dai missili? Anche a riflettere su questi grandi temi aiuta un libro sull'"Europa, forza gentile" o sull'"Europa soft" come la chiamano gli americani o sull'"Europa potenza tranquilla" come l'ha chiamata Tzvetan Todorov nel suo smilzo ma denso libro. Coerentemente con tale impostazione potremmo escludere l'esigenza di spese militari da parte dell'Unione. Tuttavia mi sembra condivisibile la linea di Todorov che ritiene una forza militare europea comunque necessaria, e quindi un po' di spese militari dovranno essere messe in conto nel bilancio dell'Unione. Non per avviare una politica di potenza, per scimmiettare gli Stati Uniti, non per nutrire l'ambizione di gestire o intervenire negli affari del mondo intero, ma per esercitare una "potenza tranquilla" in relazione ad obiettivi limitati, sostanzialmente di *peace keeping*, di antiterrorismo con unità super specializzate ed una grande *intelligence* europea, e di interventi nelle grandi calamità naturali. Per il resto il contributo maggiore alla pace l'Europa può darlo con il suo esempio di forza gentile, come ha testimoniato John Hume, premio Nobel per la pace 1999, affermando che il ristabilimento della pace in Irlanda del Nord è stato possibile applicando tre principi ricevuti dall'esperienza comuni-

taria. (...) Ho molto apprezzato che l'art. 3, *Obiettivi dell'Unione europea*¹ inizi con queste parole: "L'unione si prefigge di promuovere la pace". Poiché la pace è indivisibile e non si può fermare ai confini dell'Unione, noi dobbiamo dire ai giovani che siamo orgogliosi di appartenere ad un'Unione che si prefigge questo come suo obiettivo primario e dobbiamo incitarli a prodigarsi affinché questo grande obiettivo che la nostra generazione ha realizzato nell'interno dell'Unione, dopo secoli di sanguinose guerre, venga portato anche fuori dall'Unione ed in primo luogo nei vicini Paesi dei Balcani, del Medio Oriente, dell'Africa. Anche la buona economia dipenderà dal perseguimento di questo obiettivo primario».

- *L'economia sociale di mercato*

Sul fronte economico il filone di pensiero più interessante e importante è quello denominato economia sociale di mercato. L'economia sociale di mercato è un'economia liberale basata sul decentramento delle decisioni economiche attraverso il mercato ma inquadrata in un ordinamento che assicuri alle persone ed alla collettività un giusto equilibrio tra economia ed altri valori e fattori della vita sociale. Uno dei più grandi rappresentanti di questo filone di pensiero, Wilhelm Roepke, lo illustra, con queste parole: «per quanto sia essenziale l'economia di mercato non può bastare; occorre risolvere alcuni problemi che si pongono al di fuori del problema dell'ordine economico la cui soluzione spetta all'economia di mercato (...)». Questo ordine economico deve integrarsi negli altri, più ampi, e più alti, ordini da cui dipende il successo dell'economia di mercato e che a loro volta lo presuppongono. Ecco perché, fin da principio, ci siamo opposti a semplificazioni e restrizioni, all'economicismo, utilitarismo, materialismo, amoralismo, in nome dell'uomo nel suo complesso e dell'intera società.

Se gli uomini che competono nel mercato – e nel mercato mirano a conseguire un profitto – non sono fortemente legati da vincoli morali e sociali alla comunità, anche la concorrenza degenera gravemente. Ciò significa, come ho avuto occasione di dir più volte, che l'economia di mercato non è tutto; essa deve essere sorretta da un ordinamento generale, che non solo corregga con le leggi le imperfezioni e le asprezze della libertà economica, ma assicuri all'uomo un'esistenza consona alla sua natura.

Dunque l'idea di mercato si coniuga con una spiccata sensibilità per le dimensioni sociali dell'economia. Questa concezione trova la sua maggiore sistemazione e sviluppo nella cosiddetta Scuola di Friburgo dove, nella se-

¹ Il riferimento è all'articolo del Trattato che istituisce una Costituzione per l'Europa, frutto del gruppo di lavoro guidato da Valéry Giscard d'Estaing, in *Gu-Ue* n. C 169 del 18 luglio 2003, poi non approvato dalla Francia e da altri Paesi.

conda parte degli anni trenta del Novecento, studiosi importanti (il personaggio di maggiore spicco è Eucken) si preparano e progettano la nuova economia tedesca dopo il crollo del nazismo. Non dovrà essere un'economia statalista bensì libera e di mercato ma con un alto livello di responsabilità sociale. Si parlava anche di «liberalismo costituzionale» contrapposto al «liberalismo del libero mercato».

Sarà il giovane ministro dell'economia e poi cancelliere Erhard a fare di questa concezione la struttura portante dell'economia e della costituzione della nuova Germania. In Germania l'economia sociale di mercato è stata un grande successo.

Ma questa concezione fa strada al di fuori della Germania e quando il gruppo di lavoro presieduto da Valéry Giscard d'Estaing elaborerà nel 2003 il già citato trattato di una Costituzione Europea, porterà a livello costituzionale europeo tale concezione con l'art. 3.3. che dice:

«L'Unione si adopera per lo sviluppo sostenibile dell'Europa, basato su una crescita economica equilibrata, un'economia sociale di mercato fortemente competitiva che mira alla piena occupazione e al progresso sociale, e un elevato livello di tutela e di miglioramento della qualità dell'ambiente. L'Unione promuove il progresso scientifico e tecnico.

Combatte l'esclusione sociale e le discriminazioni e promuove la giustizia e la protezione sociale, la parità tra donne e uomini, la solidarietà tra le generazioni e la tutela dei diritti dei minori.

Promuove la coesione economica, sociale e territoriale, e la solidarietà tra gli Stati membri.

Rispetta la ricchezza della sua diversità culturale e linguistica e vigila alla salvaguardia e allo sviluppo del patrimonio culturale europeo».

È un vero peccato che questo Trattato e questo articolo non siano diventati Costituzione Europea.

Perché l'art. 3 è un'eccellente sintesi costituzionale della concezione di fondo socio-economica sviluppata, pur con diversità da paese a paese, come concezione dominante europea. Essa infatti delinea un progetto di sviluppo ragionevole basato «su una crescita economica equilibrata, un'economia sociale di mercato fortemente competitiva che mira alla piena occupazione, al progresso sociale e ad un elevato livello di tutela e di miglioramento della qualità dell'ambiente», combatte l'esclusione sociale e le discriminazioni; promuove la visione economica, sociale e territoriale e la solidarietà tra gli Stati membri; riconferma le libertà fondamentali di circolazione delle persone, delle merci, dei servizi e dei capitali e garantisce la libertà di stabilimento e quindi esprime la sua fiducia nel mercato ma crede che esso possa conciliarsi con il rispetto della persona e dei diritti umani. Costituisce il sistema delle banche centrali che fa capo alla Banca Centrale Europea, la cui indipendenza «nell'esercizio dei suoi poteri e nelle sue finanze» è costituzionalmente rico-

nosciuta; riconosce la necessità di un commercio internazionale «libero ed equo»; pone la persona al centro della sua azione. Questa è l'Europa. Chi è dentro a questi principi è in Europa; chi è fuori è fuori, qualunque sia la contiguità fisica. Tutto ciò è più che sufficiente sul piano costituzionale; per il resto lasciamo fare alla politica.

Credo che, almeno sino a prima della crisi attuale, nessun presidente degli USA avrebbe potuto sottoscrivere queste parole, mentre tutti i rappresentanti dei governi europei le hanno firmate. Infatti il Trattato non è stato ratificato ma è stato sottoscritto da tutti i governi e quindi il suo significato resta alto.

5. I collegamenti con la Costituzione italiana

Vi ho offerto un quadro di riferimento per sviluppare i collegamenti con la Costituzione italiana. L'Europa non ha, con la caduta del Trattato costituzionale, una Costituzione scritta come del resto non ce l'ha un paese come l'Inghilterra. I collegamenti vanno quindi fatti con i principi, i valori, la giurisprudenza, i documenti significativi come il non ratificato Trattato costituzionale. È da questo insieme che dovete sviluppare i collegamenti con la Costituzione italiana.

È un compito questo che lascio a voi.

Ma vi voglio aiutare con qualche ulteriore traccia:

- sul pilastro della dignità della persona e dei corollari della libertà della persona e della giustizia: vedi artt. 2, 3, 13, 14, 15, 16, 18, 22, 24, 10, 32 (secondo comma)
- sul pilastro della tolleranza: vedi artt. 8, 3, 19, 21, 6
- sul pilastro della laicità: vedi artt. 7 (primo comma), 8, 19, 20
- sul pilastro di razionalità: vedi artt. 9, 33
- sul pilastro del principio di democrazia: vedi artt. 1 (secondo comma), 48, 49, 50, 51
- sul tema del ripudio della guerra: vedi art. 11
- sul tema dell'economia sociale di mercato: vedi art. 41.

Una ultima annotazione. Analizzando la Costituzione italiana e i principi della non scritta Costituzione europea non potrete non osservare contrasti, talora stridenti, tra questi grandi principi e la realtà intorno a voi. Ciò è particolarmente vero per l'Italia che sta diventando un paese di molto dubbia democrazia sostanziale. Il rinascere dell'odio etnico, dello sciovinismo nazionalista, i regionalismi sfrenati, i sintomi di un nuovo antisemitismo, l'indebolimento degli stessi meccanismi democratici elementari sono ormai evidenti e minacciosi e si muovono contro i grandi principi europei della nostra Costituzione.

Non sia ciò fonte di scoraggiamento ma di responsabile allarme. Ogni

generazione deve sempre battersi per la difesa dei principi scritti nelle costituzioni, che sono sempre a rischio di essere calpestati.

Todorov ricorda che «quando veniva chiesto a Kant se viveva già l'età dell'illuminismo, un'età veramente illuminata, egli rispondeva: "No, bensì un'età in via di illuminazione". L'invito rivolto alla nostra specie sarebbe quello di ricominciare tutti i giorni questa impresa, ben sapendo che essa non vedrà mai la fine».

Marco Vitale**

** Economista d'impresa; editorialista del *Corriere della Sera* e de *Il Sole 24 Ore*.

RECENSIONI

Ivo Van Bael & Jean-François Bellis, *Competition Law of the European Community*, Fifth Edition, The Netherlands, Kluwer Law International, 2010, pp. XLII-1674, € 270,00

Il libro di *Van Bael & Bellis*, sulla disciplina europea della concorrenza, giunto alla quinta edizione in lingua inglese, è ormai divenuto un classico.

Uno dei pochi appunti che si possono muovere al libro riguarda il suo titolo: «*Competition Law of the European Community*» che, essendo l'edizione del 2010, e quindi successiva all'entrata in vigore del Trattato di Lisbona, avrebbe dovuto perdere il termine «*Community*», ricorrente nelle precedenti edizioni, assumendo, al suo posto, il termine «*Union*».

Quanto al contenuto del libro, basta esaminare l'indice-sommario all'inizio del volume e l'indice analitico al termine di esso, per rendersi conto della completezza e della accuratezza della trattazione.

Come gli stessi A. ricordano nella prefazione alla quinta edizione, l'obiettivo da essi perseguito è soprattutto quello di far comprendere l'effettivo impatto delle regole della concorrenza sull'attività delle imprese, trattando in modo chiaro e pertinente soprattutto gli aspetti pratici e concreti.

È importante segnalare che i riferimenti normativi e giurisprudenziali risultano aggiornati all'estate 2009, per cui è possibile reperire nel volume anche interessanti decisioni e sentenze recentemente adottate.

Il desiderio di astenersi dagli approfondimenti di carattere teorico ha però indotto gli A. ad evitare anche alcune critiche all'indirizzo della Commissione, che sarebbero state più che giustificate.

Ci riferiamo in particolare alle modalità di adozione della disciplina sul programma di clemenza («*leniency*») che viene esposta e trattata nel volume (cfr. p. 1125 ss.) con precisione, ma in modo oggettivo e senza alcuna valutazione critica.

Sarebbe stato necessario, a nostro avviso, che gli A. avessero tenuto presente l'origine di tale disciplina.

La Commissione si è attribuita direttamente ogni potere in materia, facendo ricorso ad una semplice «Comunicazione» che è un atto atipico neppure contemplato dai Trattati.

Gli Autori avrebbero, a nostro avviso, dovuto verificare se, come è avvenuto nei vari Stati membri, non fosse stato invece necessario il ricorso ad un atto del legislatore europeo, vale a dire del Consiglio dei Ministri, che è, come noto, il solo legislatore per la materia della concorrenza.

In effetti, il potere discrezionale di esentare da ogni sanzione un'impresa che abbia violato le regole sulla concorrenza e che la stessa Commissione ritiene passibile di essere sanzionata per tale violazione, non può trovare la sua base giuridica in una Comunicazione della stessa Commissione, ma in un formale atto normativo legalmente adottato dal legislatore europeo.

Per il resto, è da augurarsi che il volume qui recensito continui ad ottenere il successo che si merita.

Fausto Capelli

Massimo Fragola, *Il Trattato di Lisbona, che modifica il Trattato sull'Unione europea e 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, pp. X-393, € 38,00

La pubblicazione sul Trattato di Lisbona a cura di *Massimo Fragola* ha, come obiettivo principale, quello di "agevolare il lettore" nella comprensione del Trattato, come scrive l'A. nella presentazione.

Non era certamente un compito facile, data la complessità della nuova struttura normativa che è stata introdotta.

Tale complessità è dovuta non solo alla pluralità delle fonti (due Trattati più la Carta dei diritti Ue), ma anche alla atipicità delle procedure che hanno condotto alla stessa entrata in vigore del Trattato di Lisbona, il 1° dicembre 2009. Il volume, che porta come sottotitolo «*Versione ragionata e sistematica per una consultazione coordinata degli articoli alla luce dei Protocolli e delle Dichiarazioni*», svolge egregiamente il compito che si propone. Fin dall'«Introduzione», tutta l'opera è volta ad illustrare lo *stato dell'arte* attuale, senza dimenticare i passaggi salienti della dialettica comunitaria compresa un'analisi delle modifiche intervenute anche in seguito all'abbandono del progetto costituzionale. Vengono, infatti, descritte le principali novità giuridiche, testuali e funzionali dell'attuale Trattato sull'Unione europea (TUE) e del nuovo Trattato sul Funzionamento dell'Unione europea (TFUE), mettendole

fra loro a confronto e comparandole alle precedenti versioni del Trattato (TUE e TCE). Vengono, poi, descritte le nuove procedure introdotte dal Trattato di Lisbona nonché le innovazioni inserite nel sistema e nelle Istituzioni come ad esempio la personalità giuridica unica dell'Unione; la Carta dei Diritti Ue posta a pieno e paritario titolo nelle fonti primarie e il Consiglio europeo posto tra le Istituzioni; il nuovo sistema di votazione in seno al Consiglio da osservare a partire dal 2014; la scomparsa dal testo del Trattato dei simboli UE maggiormente noti ed accessibili alla cittadinanza (bandiera, motto ed inno), come pure l'omessa menzione del primato del diritto dell'Unione su quello dei singoli ordinamenti nazionali.

Al lettore (sia questi studente, studioso, "addetto ai lavori" o semplicemente interessato: categorie alle quali il libro si rivolge ed è diretto) viene quindi puntualmente mostrato un quadro sintetico ed esaustivo della situazione e della materia.

L'opera si presenta dunque agile e chiara in ogni sua parte, anche grazie ad un utile indice analitico, che in ogni sua voce rimanda ai Trattati ed all'articolo preciso, alla Carta, al Protocollo o alla Dichiarazione di riferimento. Nella parte finale del volume, l'A. dà menzione degli Statuti della BEI, del Sistema Europeo delle Banche Centrali e della Banca Centrale Europea nonché della Corte di giustizia e indica per ognuno di essi i rispettivi *link*.

Da ultimo viene effettuata un'efficace analisi dei singoli articoli della Carta dei Diritti fondamentali dell'Unione europea, proclamata, com'è noto, a Nizza nel 2000, poi aggiornata nel 2007 a Strasburgo in occasione della firma del Trattato di Lisbona, e divenuta ora fonte pari al Trattato ai sensi dell'art. 6, n. 1, TUE. Questa specifica parte è integrata dalle spiegazioni del *Praesidium* della Convenzione, l'organo che ha redatto il testo della Carta, come utile supporto d'interpretazione e ricerca.

In conclusione, l'opera qui recensita risulta meritoria e sicuramente fruibile sotto diversi profili, riuscendo a fornire in maniera immediata ed efficace una guida ad un Trattato che, seppure macchinoso nella genesi e in molte disposizioni, resta tuttora il tentativo più valido ed ambizioso per realizzare quel progetto, unico nel suo genere, che va sotto il nome di Unione politica europea.

Antonio Enrico Buonocore*

* Diplomato DASE del Collegio Europeo di Parma, anno accademico 2009/2010; cultore di Diritto dell'Unione europea / Università degli Studi di Napoli "L'Orientale".

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*

ANTONIO ENRICO BUONOCORE, *Diplomato DASE del Collegio Europeo di Parma, anno accademico 2009/2010; cultore di Diritto dell'Unione europea / Università degli Studi di Napoli "L'Orientale"*

FAUSTO CAPELLI, *Direttore della Rivista*

MASSIMO FRANCESCO ORZAN, *Referendario del Presidente del Tribunale dell'Unione europea*

LAURA SALVI, *Dottoranda di ricerca in Diritto dell'Unione europea / Università degli Studi di Ferrara*

GIAN FRANCO SIMONINI, *Avvocato; cultore di Diritto dell'Unione europea / Università di Modena e Reggio Emilia*

ANGELO VIGLIANISI FERRARO, *Ricercatore di diritto privato / Università "Mediterranea" di Reggio Calabria*

MARCO VITALE, *Economista d'impresa; editorialista del Corriere della Sera e de Il Sole 24 Ore*

