

Per celebrare il **50° Anniversario (1961-2011)** della Rivista

«Diritto comunitario e degli scambi internazionali»

la Casa Editrice, la Direzione e la Redazione della Rivista e l'AIGLI
«Associazione internazionale giuristi di lingua italiana»

con il patrocinio della

Rappresentanza in Italia della Commissione europea

organizzano una giornata di studi su

**«TUTELA GIURIDICA DEL CONTRAENTE DEBOLE
IN EUROPA E NEL MONDO»**

PARMA - Venerdì 16 settembre 2011

Sede: Hotel Starhotels Du Parc - Sala Plenaria "Verdi" - Viale Piacenza, 12/c

PROGRAMMA

ore 9,00 **Apertura dei lavori**

Introduzione: Luciano MERLO - Presidente AIGLI

Indirizzi di saluto

Lucio BATTISTOTTI - *Direttore della Rappresentanza in Italia
della Commissione europea*

Fausto CAPELLI - *Direttore della Rivista*

«Diritto comunitario e degli scambi internazionali»

RELAZIONI

ore 9,15 **Tutela giuridica del contraente debole nel diritto
dell'Unione europea**

Fausto CAPELLI - *Collegio europeo / Università di Parma*

ore 10,00 **Tutela giuridica del contraente debole nel diritto giapponese**

Cristina IORI UCHIKAWA - *Graduate Schools for Law and Politics -
Università di Tokyo (Giappone)*

ore 10,20 **Tutela giuridica del contraente debole nel diritto
della Repubblica popolare cinese**

Yeh FENGZE - Sara MARCHETTA - *Studio Legale Chiomenti -
Shanghai (Cina)*

ore 10,40 **Pausa caffè**

(Segue sul retro)

- ore 11,10 **Tutela giuridica del contraente debole nel diritto della Federazione russa**
Anna BELIAKOVA - *De Berti Jacchia Franchini Forlani - Studio Legale - Mosca (Russia)*
- ore 11,30 **Tutela giuridica del contraente debole nel diritto dei principali Paesi dell'America Latina**
Juan Javier NEGRI - *Negri & Teijeiro Abogados - Buenos Aires (Argentina)*
- ore 11,50 **Tutela giuridica del contraente debole nel diritto della Confederazione elvetica**
Saverio LEMBO - *(Past President A.I.J.A) Studio Bär & Karrer - Ginevra (Svizzera)*
- ore 12,10 **Tutela giuridica del contraente debole nel diritto degli Stati Uniti d'America e dei Paesi di Common Law**
Gisella LEVI CAROTI - *Studio Herzfeld & Rubin, P.C. - New York (USA)*
- ore 12,30 **Intervallo (Buffet)**
- ore 14,30 **Interventi programmati e dibattito**

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

N.B.: *Gli atti del Convegno saranno raccolti in un volume pubblicato a cura della Casa Editrice Editoriale Scientifica di Napoli che pubblica altresì la Rivista «Diritto comunitario e degli scambi internazionali».*

Ogni interessato è invitato a presentare una comunicazione nella quale dovrebbe essere brevemente riassunta la disciplina applicabile nel proprio Stato concernente la tutela del contraente debole.

Il programma completo della giornata di studi
è pubblicato sul sito internet dell'AIGLI:

www.aigli.com

e su quello della Casa Editrice Editoriale Scientifica:

www.editorialescientifica.com

**Per effettuare l'iscrizione alla giornata di studi
consultare il sito internet dell'AIGLI: www.aigli.com**

*Ai partecipanti iscritti alla giornata di studi
e agli abbonati della nostra Rivista*

verrà offerto in omaggio

un CD contenente le ultime dieci annate della Rivista medesima.

DIRITTO COMUNITARIO E DEGLI SCAMBI INTERNAZIONALI

Anno L – n. 2 – Aprile-Giugno 2011

Nuova serie de “Il diritto negli scambi internazionali”

Indice – Sommario

ARTICOLI

- Luigi Russo* - La disciplina degli aiuti di Stato relativa al settore agricolo nel Trattato sul funzionamento dell'Unione europea, nella disciplina attuativa della PAC e nei regolamenti di esenzione: la difficile quadratura del cerchio Pag. 207

COMMENTI

- Fausto Capelli* - Limiti di utilizzo del termine «puro» nelle etichette dei prodotti di cioccolato » 261
- Daniele Pisanello* - Armonizzazione delle denominazioni di vendita nel settore del cioccolato. Illegittimità della disciplina nazionale sul cioccolato puro » 277
- Paolo Centore* - La tutela della buona fede nelle frodi IVA tra diritto comunitario e indirizzi della giurisprudenza nazionale » 317
- Anna Iermano* - Verso comuni regole processuali europee: il diritto alla traduzione e all'interpretazione nei procedimenti penali » 335
- Giuseppe Licastro* - Il catalogo Schengen (Ue) dedicato ai controlli alle frontiere esterne » 375

COMUNICAZIONI E NOTE INFORMATIVE

Cristina Pozzi - Le concessioni demaniali marittime: stato dell'arte dopo l'apertura della procedura di infrazione comunitaria

Pag. 379

GIURISPRUDENZA COMUNITARIA

I. SENTENZE E COMMENTI

Il termine «puro» non può essere utilizzato per completare la denominazione di vendita dei prodotti di cioccolato

Sentenza della Corte di giustizia del 25 novembre 2010 in causa n. C-47/09

Commissione europea c. Repubblica italiana
(con commento di *Fausto Capelli*
e di *Daniele Pisanello*)

» 255

II. MASSIMARIO ANNOTATO

(a cura di *Enrica Adobati*)

La Corte di giustizia interpreta la Convenzione di Roma per individuare il Paese in cui il lavoratore compie abitualmente il proprio lavoro

Sentenza della Corte di giustizia del 15 marzo 2011 in causa n. C-29/10

Heiko Koelzsch c. État du Grand-Duché de Luxembourg

» 289

La Corte di giustizia individua le professioni che rientrano nell'ambito di applicazione della direttiva n. 2005/36/Ce

Sentenza della Corte di giustizia 17 marzo 2011 in cause riunite n. C-372/09 e n. C-373/09

Josep Peñarroja FA

» 291

Sono compatibili con il Trattato CE le tariffe massime degli avvocati in materia di onorari previste dalla normativa italiana

Sentenza della Corte di giustizia del 29 marzo 2011 in causa n. C-565/08

Commissione europea c. Repubblica italiana

» 293

La Corte di giustizia specifica le modalità con le quali i dottori commercialisti possono pubblicizzare i propri servizi

Sentenza della Corte di giustizia del 5 aprile 2011 in causa n. C-119/09

Société fiduciaire nationale d'expertise comptable c. Ministre du Budget, des Comptes publics et de la Fonction publique

» 295

La Corte di giustizia si pronuncia sull'equiparazione delle attività professionali assoggettate a norme elaborate da un'organizzazione privata riconosciuta a quelle non regolamentate

Sentenza della Corte di giustizia del 5 aprile 2011 in causa n. C-424/09

Christina Ioanni Toki c. Ypourgos Ethnikis paideias kai Thri-skevmaton

Pag. 296

Secondo la Corte di giustizia alla luce del Regolamento n. 40/94 gli effetti di una pronuncia nazionale in tema di marchi comunitari si estendono a tutto il territorio dell'Unione europea

Sentenza della Corte di giustizia del 12 aprile 2011 in causa n. C-235/09

Dhl Express France SAS c. Chronopost SA

» 298

La Corte di giustizia interpreta la direttiva n. 2004/38/Ce sul diritto dei cittadini dell'Unione di circolare e di soggiornare all'interno degli Stati membri

Sentenza della Corte di giustizia del 5 maggio 2011 in causa n. C-434/09

Shirley McCarthy c. Secretary of State for the Home Department

» 301

La Corte di giustizia individua le discriminazioni fondate sulle tendenze sessuali nell'ambito del riconoscimento delle pensioni di vecchiaia

Sentenza della Corte di giustizia del 10 maggio 2011 in causa n. C-147/08

Jürgen Römer c. Freie und Hansestadt Hamburg

» 303

Anche nella professione notarile deve trovare applicazione la direttiva sul reciproco riconoscimento dei diplomi, con la conseguenza che uno Stato membro non può riservare l'esercizio di tale professione unicamente ai propri cittadini

Sentenza della Corte di giustizia del 24 maggio 2011 in causa n. C-47/08

Commissione europea c. Regno del Belgio

» 305

GIURISPRUDENZA ITALIANA E STRANIERA

Frode all'Iva: limiti della responsabilità imputabile all'operatore economico in buona fede

Sentenza della Corte di cassazione del 3 giugno 2010-11 aprile
2011 n. 8132

Agenzia delle entrate c. M. N.

(con commento di *Paolo Centore*)

Pag. 309

ATTI DELLE ISTITUZIONI DELLE COMUNITÀ

Diritto all'interpretazione e alla traduzione nei procedimenti penali

Direttiva n. 2010/64/Ue del Parlamento europeo e del Consiglio, del 20 ottobre 2010 sul diritto all'interpretazione e alla traduzione nei procedimenti penali

(con commento di *Anna Iermano*)

» 331

Consiglio europeo

Conclusioni della Presidenza del Consiglio europeo del 4 febbraio 2011

» 359

Conclusioni della Presidenza del Consiglio europeo straordinario dell'11 marzo 2011

» 363

Conclusioni della Presidenza del Consiglio europeo del 24-25 marzo 2011

» 365

DOCUMENTAZIONE

Acquis di Schengen: raccomandazioni e migliori pratiche per la gestione integrata dei controlli alle frontiere esterne, il rimpatrio e la riammissione

Catalogo Schengen UE - Controlli alle frontiere esterne, rimpatrio e riammissione. Raccomandazioni e migliori pratiche - Documento del Consiglio dell'Unione europea n. 7864/09 del 19 marzo 2009

(con il commento di *Giuseppe Licastro*)

» 369

RECENSIONI

<i>Angela Di Stasi</i> , Diritti umani e sicurezza regionale. Il "sistema" europeo (<i>Daniela Fanciullo</i>)	Pag. 395
<i>Mario Comba - Steen Treumer</i> (eds.), The In-House Providing in European Law	
<i>Roberto Caranta - Martin Trybus</i> (eds.), The Law of Green and Social Procurement in Europe	
<i>Steen Treumer - François Lichère</i> (eds.), Enforcement of the Eu-Public Procurement Rules (<i>Enrica Adobati</i>)	» 398
<i>Paolo Farah - Roberto Soprano</i> , Dumping e Antidumping - Una guida per le imprese di fronte alle sfide della globalizzazione (<i>Antonella Forganni</i>)	» 400
Hanno collaborato a questo numero	» 403

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

LA DISCIPLINA DEGLI AIUTI DI STATO RELATIVA AL SETTORE AGRICOLO NEL TRATTATO SUL FUNZIONAMENTO DELL'UNIONE EUROPEA, NELLA DISCIPLINA ATTUATIVA DELLA PAC E NEI REGOLAMENTI DI ESENZIONE: LA DIFFICILE QUADRATURA DEL CERCHIO

Sommario: *Introduzione - 1. La disciplina del TFUE sugli aiuti di Stato (cenni); la disciplina temporanea per le misure di aiuto di Stato alla luce della situazione di crisi finanziaria ed economica - 2. Segue: L'art. 42 TFUE e il «doppio binario» degli aiuti di Stato nel settore agricolo - 3. Gli aiuti di Stato e la PAC: la disciplina dell'OCM - 4. Segue: Le misure di sostegno allo sviluppo rurale - 5. Segue: Gli aiuti diretti - 6. Le presunzioni di compatibilità per gli aiuti di Stato nel settore agricolo in base alla disciplina generale del TFUE: il regolamento Ce n. 994/98 del Consiglio - 7. Segue: I regolamenti di esenzione della Commissione: le PMI di produzione agricola - 8. Segue: Il regolamento generale di esenzione per categoria - 9. La disciplina degli aiuti de minimis - 10. Gli orientamenti della Commissione per gli aiuti di Stato nel settore agricolo e forestale 2007-2013 - 11. Gli aiuti di Stato nel settore della pesca e dell'acquacoltura (cenni) - 12. La definizione di attività agricola e di prodotto agricolo nel micro sistema degli aiuti di Stato ed il suo difficile coordinamento con le definizioni del Trattato. Valutazioni critiche e conclusive.*

Introduzione

La disciplina comunitaria in materia di aiuti di Stato trova il proprio fondamento all'interno delle norme sulla concorrenza contenute nel Trattato sul funzionamento dell'Unione europea (TFUE) e, in particolare, nella sezione 2, composta dagli articoli da 107 a 109 (già articoli da 87 a 89 del Trattato istitutivo della Comunità europea), dedicata agli «Aiuti concessi dagli Stati».

Com'è noto, a seguito dell'entrata in vigore del c.d. Trattato di Lisbona, sottoscritto ivi il 13 dicembre 2007, a far tempo dal 1° dicembre 2009 le architravi giuridiche dell'Unione europea si rinvergono nel Trattato sull'Unione europea (TUE) e nel Trattato sul funzionamento dell'Unione europea (TFUE) i quali, ai sensi dell'art. 1 di quest'ultimo, hanno il medesimo valore giuridico e devono, dunque, considerarsi giuridicamente pari ordinati sotto il profilo gerarchico.

A seguito del Trattato di Lisbona, sono state ridefinite, tra l'altro, le competenze dell'Unione¹; per quanto maggiormente interessa in questa sede, l'art. 3 TFUE indica, tra le materie di competenza esclusiva dell'UE, al punto *b*., la «definizione delle regole di concorrenza necessarie al funzionamento del mercato interno»² (si noti, peraltro, che nel settore «mercato interno» l'UE ha, invece, una competenza concorrente con quella degli Stati membri). Secondo quanto stabilito dall'art. 2, par. 2, TFUE, «quando i trattati attribuiscono all'Unione una competenza concorrente con quella degli Stati membri in un determinato settore, l'Unione e gli Stati membri possono legiferare e adottare atti giuridicamente vincolanti in tale settore. Gli Stati membri esercitano la loro competenza nella misura in cui l'Unione non ha esercitato la propria. Gli Stati membri esercitano nuovamente la loro competenza nella misura in cui l'Unione ha deciso di cessare nuovamente la propria»³.

La definizione delle regole di concorrenza, peraltro, è, come si è visto, competenza esclusiva dell'Unione, così che «solo l'Unione può legiferare e adottare atti giuridicamente vincolanti. Gli Stati membri possono farlo autonomamente solo se autorizzati dall'Unione oppure per dare attuazione agli atti dell'Unione» (così il par. 1 dell'art. 2 TFUE).

Ciò precisato, gli articoli da 107 a 109 TFUE sugli aiuti di Stato stabiliscono, in linea generale, il principio della incompatibilità con il mercato comune di siffatti aiuti, i quali solo in presenza di determinati presupposti possono, di contro, considerarsi ammissibili.

Nel presente lavoro occorre giocoforza dare per conosciuta la definizione di aiuto di Stato: la quale, com'è noto, risulta particolarmente ampia e tale da

¹ Per un primo inquadramento, cfr. R. ADAM - A. TIZZANO, *Lineamenti di diritto dell'Unione europea*, II ed., Torino, Giappichelli, 2010, p. 25 ss.; U. DRAETTA, *Elementi di diritto dell'Unione europea*, V ed., Milano, Giuffrè, 2009, p. 52 ss.

² Come si dirà *infra*, nel testo, in caso di competenza esclusiva dell'UE, solo quest'ultima è autorizzata ad intervenire con atti giuridici, potendo gli Stati membri adottare atti giuridicamente vincolanti «solo se autorizzati dall'Unione oppure per dare attuazione agli atti dell'Unione» (così l'art. 2, par. 1, TFUE), a nulla rilevando un eventuale vuoto normativo imputabile ad un mancato intervento dell'UE.

³ Il TFUE delinea, inoltre, una terza forma di competenza, qualificabile come competenza di «sostegno, coordinamento o completamento» dell'azione degli Stati membri, di cui agli artt. 2, par. 5, e 6 TFUE, senza che ciò comporti una sostituzione dell'UE alle competenze statali nei relativi settori: in argomento v. R. ADAM - A. TIZZANO, *Lineamenti di diritto dell'Unione europea*, loc. cit., p. 43 s.; U. DRAETTA, *Elementi di diritto dell'Unione europea*, loc. cit., p. 59 s.

comprendere non solo le erogazioni effettuate dagli Stati o da enti pubblici (utilizzando risorse statali) a singole imprese o a gruppi o categorie di imprese, ma anche le più diverse forme agevolative, come, ad esempio, risparmi di imposte o altri trattamenti di favore, ogni qualvolta tali trattamenti avvengano utilizzando o rinunciando a risorse statali e falsino o possano minacciare di falsare la concorrenza tra le imprese operanti nei diversi Stati membri⁴. Analogamente, viene data per conosciuta la disciplina relativa al monitoraggio e al meccanismo di notificazione dei progetti relativi ad aiuti statali di cui all'art. 108 TFUE.

L'obiettivo del presente lavoro è, invero, rappresentato dall'esame di come il diritto comunitario, primario e derivato, abbia disciplinato la materia degli aiuti statali nel settore agricolo, per verificare se e in quale misura detto settore risulti sottoposto ad un trattamento differenziato rispetto a quello previsto per le imprese operanti nel settore industriale e commerciale.

1. La disciplina del TFUE sugli aiuti di Stato (cenni)

Come accennato, la disciplina di carattere generale del TFUE in materia di aiuti di Stato è contenuta in tre soli articoli, dal 107 al 109, corrispondenti agli artt. da 87 a 89 del Trattato istitutivo della Comunità europea.

Il primo degli articoli considerati, l'art. 107 TFUE (già art. 87 del Trattato CE), dopo aver stabilito l'incompatibilità col mercato interno (nella versione precedente si faceva riferimento al «mercato comune») degli aiuti di Stato (ovvero gli aiuti concessi dagli Stati ovvero mediante risorse statali, sotto qualsiasi forma che, favorendo talune imprese o talune produzioni, falsino o minaccino di falsare la concorrenza) nella misura in cui incidano sugli scambi tra Stati membri, stabilisce una prima deroga all'incompatibilità, di carattere generale, nel par. 2:

- per gli aiuti a carattere sociale, pur se a determinate condizioni;
- per quelli destinati ad ovviare ai danni arrecati da calamità naturali o altri eventi eccezionali⁵;

⁴ Sul punto si rinvia, per tutti, a C. PINOTTI, *Gli aiuti di Stato alle imprese nel diritto comunitario della concorrenza*, Padova, Cedam, 2000; G. M. ROBERTI, *Gli aiuti di Stato nel diritto comunitario*, Padova, Cedam, 1997; G. TESAURO, *Diritto dell'Unione Europea*, VI ed., Padova, Cedam, 2010, p. 799 ss.; A. BIONDI, *Gli aiuti di Stato*, in A. FRIGNANI - R. PARDOLESI (a cura di), *La concorrenza*, Torino, Giappichelli, 2006, p. 447 ss.; C. MALINCONICO, *Aiuti di Stato*, in M. P. CHITI - G. GRECO (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo europeo*, Parte speciale, I, Milano, Giuffrè, 2007, p. 65 ss.; G. STROZZI, *Gli aiuti di Stato*, in G. STROZZI (a cura di), *Diritto dell'Unione europea*, Parte speciale, II ed., Torino, Giappichelli, 2005, p. 361 ss.

⁵ Trattandosi di una deroga alla regola della normale incompatibilità col mercato comune degli aiuti di Stato, la disposizione deve formare oggetto di una interpretazione restrittiva, dovendo sussistere una relazione diretta tra i danni causati dall'evento eccezionale e l'aiuto di Stato, nonché la necessità di una valutazione il più possibile precisa dei danni subiti dai produttori interessati: così le sentenze 11 novembre 2004 in causa n. C-73/03, *Spagna c. Commissione*, inedita in *Raccolta*,

- per quelli concessi all'economia di determinate regioni della Repubblica federale di Germania, se e in quanto risultino necessari per compensare svantaggi economici provocati dalla divisione⁶.

Tale par. 2 prevede quindi una presunzione assoluta di compatibilità di detti aiuti con i Trattati.

Il successivo par. 3 prevede, invece, la possibilità che taluni aiuti possano essere considerati compatibili, e segnatamente quelli destinati a:

- favorire lo sviluppo economico delle regioni in cui il tenore di vita è anormalmente basso o in cui è presente una grave forma di sottooccupazione, nonché – con una previsione inserita a seguito del Trattato di Lisbona – quello delle regioni di cui all'art. 349⁷, tenuto conto della loro situazione strutturale, economica e sociale (lett. *a.*);

- promuovere la realizzazione di un importante progetto di comune interesse europeo oppure per porre rimedio ad un grave turbamento dell'economia di uno Stato membro (lett. *b.*);

- agevolare lo sviluppo di talune attività o di talune regioni economiche, sempre che gli aiuti non alterino le condizioni degli scambi in misura contraria al comune interesse (lett. *c.*);

- promuovere la cultura e la conservazione del patrimonio, quando non alterino le condizioni degli scambi e della concorrenza nell'Unione in misura contraria al comune interesse (lett. *d.*);

- rientrare in altre categorie di aiuti determinate con decisione del Consiglio⁸ su proposta della Commissione (lett. *e.*).

Ai sensi dell'art. 107 TFUE, le misure finanziate con risorse comunitarie non ricadono nella nozione di aiuto. Tali misure possono, però, ricadere nella nozione di aiuto qualora gli Stati membri abbiano un potere discrezionale nella distribuzione delle risorse⁹.

Un recentissimo caso di ricorso alla previsione normativa di cui all'art. 107, par. 3, lett. *b.*, è conseguente alla attuale crisi economico-finanziaria globale, prodottasi a far tempo dal 2008 e ancora oggi pienamente perdurante in tutte le economie dei Paesi occidentali (e non solo): non potendo restare inerte di fronte ad un progressivo deterioramento delle condizioni economico-pa-

punto 37, e 23 febbraio 2006 in cause riunite n. C-346/03 e n. C-529/03, *Atzeni e altri*, in *Raccolta*, 2006, I, p. 1875, punto 79.

⁶ Dopo cinque anni dall'entrata in vigore del Trattato di Lisbona è data, peraltro, facoltà al Consiglio, su proposta della Commissione, di adottare una decisione che abroghi tale esenzione dal divieto.

⁷ Ovvero la Guadalupa, la Guyana francese, la Martinica, la Riunione, Saint Barthélemy, Saint Martin, le Azzorre, Madera, le Isole Canarie.

⁸ Nella versione *post* Lisbona è scomparso il riferimento alla deliberazione a maggioranza qualificata, prevedendosi ora solo la previa proposta della Commissione.

⁹ L. HANCHER - T. OTTERVANGER - P. J. SLOT, *E.C. State Aids*, II ed., London, Sweet & Maxwell, 2001, p. 28 s.

trimoniali di larghi settori delle imprese dell'Unione, la Commissione ha ritenuto sussistere le condizioni richieste dalla norma ricordata, anche alla luce della giurisprudenza del Tribunale di primo grado, che pure ha interpretato in modo restrittivo la fattispecie, rilevando che il turbamento dell'economia di uno Stato membro deve interessare l'intera economia e non solo uno o più settori, e deve altresì interessare tutto il suo territorio, e non solo alcune sue parti o regioni¹⁰. Nella propria Comunicazione 2009/C 83/01, recante un «*Quadro di riferimento temporaneo comunitario per le misure di aiuto di Stato a sostegno dell'accesso al finanziamento nell'attuale situazione di crisi finanziaria ed economica*»¹¹, la Commissione rileva che «al di là del sostegno di emergenza al sistema finanziario, l'attuale crisi mondiale richieda una risposta politica eccezionale» (punto 4.1) e che, «vista la gravità dell'attuale crisi finanziaria e i suoi effetti per l'economia degli Stati membri nel suo complesso, la Commissione reputa che determinate categorie di aiuti di Stato siano giustificate, per un periodo di tempo limitato, per porre rimedio a tali difficoltà e ritiene che possano essere dichiarate compatibili con il mercato comune sulla base dell'art. 87, par. 3, lett. b. del Trattato».

Dopo aver ricordato la vigente disciplina sugli aiuti *de minimis* (su cui v. *infra*, par. 9), ovvero quelli il cui ridotto ammontare è tale da non poter recare pregiudizio al gioco della concorrenza, la Commissione ritiene di poter ammettere eccezionalmente, e temporaneamente, in ragione della peculiarità del momento storico, aiuti ulteriori a quelli *de minimis* e, dunque, come tali ricompresi nel campo di applicazione dell'art. 107, par. 1, perché, appunto, di entità superiore alla soglia dei *de minimis*, se e in quanto concessi nel rispetto di una serie di condizioni espressamente elencate nella suddetta Comunicazione. Orbene, tra gli aiuti considerati nella sopra indicata Comunicazione, al punto 4.2 vengono individuati quelli di importo limitato e compatibile individuato nella soglia massima di € 500.000 per impresa beneficiata.

Per quanto qui più interessa, mette conto rilevare che detti aiuti – secondo la formulazione originaria della Comunicazione – non potevano essere destinati ad imprese operanti nel settore della pesca e alle imprese operanti nel settore della produzione primaria di prodotti agricoli. Era, invece, sin dall'inizio applicabile in favore delle imprese di trasformazione e commercializzazione di prodotti agricoli, purché l'importo dell'aiuto non fosse fissato in base al prezzo o al quantitativo dei prodotti acquistati da produttori primari o com-

¹⁰ V. la sentenza del 15 dicembre 1999 in cause riunite n. T-132/96 e n. T-143/96, *Freistaat Sachsen e a. c. Commissione*, in *Raccolta*, 1999, II, p. 3663, punto 167.

¹¹ In *Gu-Ue* n. C 83 del 7 aprile 2009; tale comunicazione fa seguito alla precedente, risalente al 17 dicembre 2008, avente la medesima intitolazione, pubblicata in *Gu-Ue* n. C 16 del 22 gennaio 2009; in dottrina, v. F. FERRARO, *L'evoluzione della politica sugli aiuti di Stato a sostegno dell'accesso al finanziamento nell'attuale situazione di crisi economica e finanziaria*, in *Dir. Un. Eur.*, 2010, p. 335 ss.

mercatalizzati dalle imprese interessate, e che l'aiuto non fosse subordinato al fatto di venire parzialmente o interamente trasferito a produttori primari¹².

In sostanza, pesca e agricoltura erano poste al di fuori di tale regime di aiuti, dal momento che l'importo fissato, se modesto per le imprese non agricole, avrebbe assunto carattere sicuramente distorsivo se riferito alle imprese pescherecce od agricole, le cui dimensioni sono in via generalizzata estremamente ridotte; inoltre, come si dirà, il settore dell'agricoltura risulta già destinatario di una serie di aiuti ricompresi all'interno delle misure della politica agricola comune. Nel successivo punto 4.7. della Comunicazione in oggetto si precisa che i massimali per le varie tipologie di aiuto operano indipendentemente dal fatto che il sostegno al progetto sia finanziato interamente con fondi nazionali o cofinanziato dalla Comunità (ora Unione), e che le misure di aiuto disposte in forza della Comunicazione non possono cumularsi con gli aiuti di cui al regolamento *de minimis*; le misure di aiuto temporaneo possono, invece, cumularsi con altri aiuti compatibili o con altre forme di finanziamenti comunitari, a condizione che siano rispettate le intensità massime degli aiuti indicate nei relativi orientamenti o nei regolamenti di esenzione per categoria (su cui v. *infra*, par. 6 ss.).

È, tuttavia, interessante osservare che in seguito la Commissione è tornata sui propri passi, con la Comunicazione 2009/C 261/02, che modifica il quadro di riferimento temporaneo comunitario per le misure di aiuto di Stato a sostegno dell'accesso al finanziamento nell'attuale situazione di crisi finanziaria ed economica¹³. Con tale documento la Commissione prende atto che lo stato di crisi ha pesantemente investito anche le imprese agricole, le quali hanno anch'esse i comuni problemi nell'accesso ai finanziamenti¹⁴, in considerazione della stretta creditizia verificatasi a seguito della crisi di liquidità che ha interessato il sistema bancario nel suo complesso; per tale motivo, a breve distanza dalla prima comunicazione, la Commissione ha deciso di rendere ammissibili le misure di aiuti di importo limitato di cui alla Comunicazione 2009/C 83 anche alle imprese produttrici di prodotti agricoli non trasformati, determinando in tali casi il limite di € 15.000 per impresa, e stabilendo – modificando dunque quanto previsto alla lett. *h*. del punto 4.2.2 della precedente Comunicazione – che, in ogni caso, l'aiuto non può essere fissato in base al prezzo o al quantitativo di prodotti acquistati da produttori primari o immessi sul mercato dalle imprese interessate; viene poi modificato anche il

¹² Il dpcm 3 giugno 2009 ha fornito, per l'Italia, le modalità di applicazione del Quadro di riferimento temporaneo comunitario di cui al testo.

¹³ In *Gu-UE* n. C 261 del 31 ottobre 2009.

¹⁴ Anche se l'elemento scatenante sembra essere stato rappresentato dalle forti difficoltà di mercato incontrate principalmente dagli operatori nel settore lattiero-caseario: la Comunicazione richiama, invero, altra Comunicazione della Commissione al Consiglio del 22 luglio 2009 sulla situazione del mercato lattiero nel 2009, SEC(2009)1050, oltre che i risultati del Consiglio «Agricoltura» del 7 settembre 2009.

successivo punto 4.7, nel senso di prevedere il divieto di cumulo degli eventuali nuovi aiuti temporanei con gli aiuti *de minimis*¹⁵.

L'art. 108 TFUE (già art. 88 TCE), al par. 1 stabilisce l'esame permanente degli aiuti esistenti da parte della Commissione, mentre il successivo par. 3 prevede l'obbligo di notifica alla Commissione di tutti i nuovi aiuti e il divieto, per lo Stato, di dare esecuzione alla misura prima della decisione della Commissione.

L'art. 108, par. 2, comma 3, individua, inoltre, ulteriori possibilità di deroghe al divieto di cui all'articolo precedente, in presenza di circostanze eccezionali, su richiesta dello Stato membro interessato e a seguito di una deliberazione di compatibilità dell'aiuto (istituito od istituendo) da adottarsi dal Consiglio all'unanimità: la disposizione riveste, dunque, carattere manifestamente eccezionale, consentendo di ritenere ammissibile un aiuto che, al contrario, non potrebbe beneficiare di tale soluzione. L'uso di siffatto potere da parte del Consiglio, in considerazione dei numerosi presupposti richiesti dalla norma, è risultato esiguo; tuttavia, è significativo osservare che nella maggior parte dei casi le decisioni del Consiglio sul punto hanno riguardato aiuti nel settore agricolo¹⁶.

Seppur in ritardo, l'applicazione dell'art. 108 è avvenuta con il regolamento del Consiglio n. 659/1999¹⁷ che ha recepito, mediante una corretta forma giuridica, prassi applicative della Commissione e giurisprudenza della Corte di giustizia.

Il regolamento n. 659/1999 stabilisce, tra l'altro, il divieto per gli Stati membri di dare esecuzione ad una misura di aiuto soggetta a notifica prima che la Commissione abbia adottato una decisione autorizzativa dell'aiuto stesso¹⁸, e l'obbligo per gli Stati membri di recuperare gli aiuti che siano stati erogati illegalmente¹⁹.

¹⁵ Lo Stato italiano ha dato implementazione alla nuova Comunicazione della Commissione con il Decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri del 13 maggio 2010, in *Guri* n. 157 dell'8 luglio 2010, dopo aver ottenuto l'autorizzazione della Commissione alle misure di aiuto ivi disposte, modificando il precedente dpcm del 3 giugno 2009.

¹⁶ V. le decisioni citate da F. GENCARELLI, *Gli aiuti di Stato in agricoltura*, in *Riv. dir. agr.*, 2009, I, p. 29, il quale ricorda anche quanto deciso dalla Corte di giustizia nella sentenza del 21 giugno 2004 in causa n. C-110/02, *Commissione c. Consiglio*, la quale ha escluso che il Consiglio possa esercitare le prerogative concesse dal par. 2, 3° comma, dell'art. 88 TCE, qualora la Commissione abbia già adottato una decisione di incompatibilità su un aiuto di Stato.

¹⁷ Regolamento del Consiglio del 22 marzo 1999, recante modalità di applicazione dell'art. 93 del Trattato CE, in *Guce* n. L 83 del 27 marzo 1999, p. 1 ss.

¹⁸ Il cui iter procedurale viene disciplinato dagli artt. 4 ss. del regolamento.

¹⁹ In generale sugli obblighi degli Stati, cfr. B. TRAVAGLIA, *Gli obblighi dello Stato in materia di aiuti pubblici alle imprese*, in *Contr. e impr./Europa*, 2008, p. 822 ss.; sul recupero degli aiuti illegittimamente concessi, v. anche L. VASSALLO, *Il ruolo dei giudici nazionali nelle controversie in materia di aiuti di Stato*, in *Corr. giur.*, 2010, p. 705 ss.; G. VITALE, *Il recupero degli aiuti di Stato illegittimamente erogati tra autorità del giudicato ed incompatibilità con il mercato comune in una recente sentenza della Corte di Giustizia*, in *Dir. Un. Eur.*, 2008, p. 595 ss.; cfr. anche Corte cost. 7 luglio 2010, n. 281, con cui è stata dichiarata l'illegittimità costituzionale dell'art. 1, 3°

L'art. 109 (già art. 89 TCE), infine, prevede che con appositi regolamenti del Consiglio²⁰, su proposta della Commissione e sentito il Parlamento europeo, possano stabilirsi «tutti i regolamenti utili ai fini dell'applicazione degli artt. 107 e 108, e fissare in particolare le condizioni per l'applicazione dell'art. 108, par. 3 (ovvero notifiche da parte degli Stati e procedura da seguire dalla Commissione per la verifica), nonché le categorie di aiuti che sono dispensate da tale procedura»; sulla scorta della previsione di cui all'art. 109, il Consiglio ha adottato diversi regolamenti di esenzione per categoria, di cui si dirà in seguito, nei par. 6 ss.

Come può evincersi dall'insieme delle disposizioni del TFUE sopra ricordate, all'enunciazione del principio, rappresentato dal divieto di aiuti di Stato siccome atti potenzialmente distorsivi della concorrenza intracomunitaria, fa seguito un'ampia possibilità di deroghe, segnatamente quelle previste dai par. 2 e 3 dell'art. 107, oltre a quella di cui all'art. 108, sia pur – quest'ultima – limitata a circostanze eccezionali. La disciplina primaria sugli aiuti di Stato, dunque, pur prevedendo una tendenziale ostilità nei riguardi di tali aiuti, siccome ritenuti in grado di poter falsare la concorrenza tra le imprese operanti nei diversi Stati membri, prevede un'amplissima possibilità di deroga, ovvero la possibilità che numerosi aiuti statali vengano riconosciuti compatibili con il mercato comune.

2. L'art. 42 TFUE e il «doppio binario» degli aiuti di Stato nel settore agricolo

Con riferimento specifico al settore agricolo, e, dunque, al settore della produzione e della commercializzazione dei prodotti agricoli di cui all'allegato I al TFUE, la disciplina in materia è data non solamente dai ricordati articoli, facenti parte del più ampio capo volto alla regolamentazione della concorrenza, ma anche – e soprattutto – dall'art. 42 TFUE (già art. 36 TCE), secondo il cui 1° comma il Parlamento europeo e il Consiglio²¹ possono sempre

comma, terzo periodo, d.l. 8 aprile 2008, n. 59, convertito con modificazioni dalla legge 6 giugno 2008, n. 101, nella parte in cui stabilisce la perdita di efficacia del provvedimento di sospensione giudiziale del titolo amministrativo o giudiziale di pagamento, dopo novanta giorni, o dopo cento-cinquanta giorni in caso di successiva conferma della sospensiva da parte dell'autorità giudiziaria. La disposizione dichiarata incostituzionale, in particolare, tendeva ad agevolare le procedure di recupero di aiuti di Stato in conformità a decisioni di recupero della Commissione, stabilendo limiti temporali di efficacia ai provvedimenti di sospensione dei titoli esecutivi di pagamento: la Corte ha avuto gioco facile nel ravvisarne il contrasto con gli artt. 24, 2° comma, e 111, 2° comma, Cost.

²⁰ Anche in questo caso, come già rilevato per l'art. 107, è ora scomparso il riferimento alla deliberazione a maggioranza qualificata.

²¹ Nell'art. 42 è ora inserito il riferimento non più al solo Consiglio, ma anche, conformemente alla nuova procedura ordinaria di adozione degli atti normativi, al Parlamento europeo. La procedura richiamata è, ora, quella dell'art. 43, par. 2, il quale fa riferimento alla procedura legislativa ordinaria e la previa consultazione del Comitato economico e sociale.

stabilire se e in che misura applicare a detto settore la disciplina generale prevista dal Trattato in materia di tutela della concorrenza. Il 2° comma prevede, altresì, che il Consiglio «su proposta della Commissione può²² autorizzare la concessione di aiuti: *a.* per la protezione delle aziende sfavorite da condizioni strutturali o naturali; *b.* nel quadro di programmi di sviluppo economico». Come già rilevato in dottrina, il 2° comma dell'art. 42 non sembra possedere una portata normativa ulteriore e diversa rispetto a quella già indicata nel 1° comma²³ (e rispetto alla previsione dei poteri esentativi ex art. 108, par. 3, TFUE), rappresentando in sostanza una ulteriore espressione di un giudizio di favore per le categorie di aiuti ivi indicate.

In estrema sintesi, l'art. 42 consente al Parlamento e al Consiglio di decidere se e in che misura applicare l'intero «pacchetto» delle norme del Trattato a tutela della concorrenza al settore della produzione e del commercio dei prodotti agricoli di cui all'allegato I. L'attuazione della politica agricola comunitaria può, quindi, comportare in via eccezionale una disciplina speciale, destinata cioè al solo settore agricolo, delle norme in tema di tutela della concorrenza e, dunque, anche di quelle – per venire all'oggetto del presente lavoro – in materia di aiuti di Stato²⁴.

La disposizione in esame è una disposizione di rango primario, essendo anch'essa contenuta nel TFUE, e, come tale, costituisce disposizione autorizzatrice di possibili (non necessari, dunque) limiti alla applicazione degli artt. 101 ss. del medesimo Trattato agli operatori agricoli.

Sulla scorta di quanto previsto dall'art. 42, il settore agricolo in materia di concorrenza può, dunque, essere soggetto alla sola disciplina generale nella misura in cui, in sede di attuazione il Consiglio (e, ora, anche il Parlamento europeo) non disponga limitazioni all'applicabilità di quella, oppure può essere soggetto ad una disciplina *ad hoc*, derivante dalla concreta attuazione dell'art. 42, tale da esautorare la disciplina generale, ovvero ancora può essere assoggettato ad una disciplina congiunta di norme generali e di norme speciali.

Questa terza soluzione è quella concretamente riscontrabile, e spiega il perché dell'espressione – richiamata nell'intitolazione del paragrafo – del «doppio binario» vigente per le imprese attive nel settore della produzione e commercializzazione dei prodotti agricoli.

Ed invero, la (potenziale) deroga prevista dall'art. 42 è stata sì posta in

²² Il nuovo art. 42 non reca più l'inciso «in particolare».

²³ Cfr. G. OLM, *Agricoltura in diritto comunitario*, in *Digesto, Disc. pubbl.*, I, Torino, Utet, 1987, p. 131; G. SGARBANTI, *Mercato agricolo*, in *Digesto, Disc. priv., sez. comm.*, IX, Torino, Utet, 1993, p. 446.

²⁴ Sull'odierno art. 42 TFUE (già art. 36 TCE) v. per tutti A. JANNARELLI, *Le regole sulla concorrenza nella PAC*, in L. COSTATO (diretto da), *Trattato breve di diritto agrario italiano e comunitario*, III ed., Padova, Cedam, 2003, p. 79 ss.; ID., *La concorrenza nel sistema agro-alimentare e la globalizzazione dei mercati*, in *Il diritto dell'agricoltura nell'era della globalizzazione*, II ed. ampliata, Bari, Cacucci, 2003, p. 1 ss.

essere, ma in misura parziale, sia per quanto riguarda la normativa in tema di intese lesive della concorrenza sia per quanto riguarda quella in tema di aiuti di Stato, così che – per quest’ultimo aspetto, oggetto del presente lavoro – risulta necessario verificare come questo doppio regime si sia concretamente sviluppato con il diritto comunitario derivato.

Il risultato, lo si anticipa, è quello di una moltitudine di provvedimenti normativi relativa al settore degli aiuti di Stato concernenti i produttori, i trasformatori od i commercianti di prodotti agricoli, di cui taluni adottati in forza delle generali previsioni di cui si è detto contenute negli artt. 107 ss. del TFUE (segnatamente i regolamenti di esenzione per le PMI agricole e per gli aiuti *de minimis*), ed altri, invece, adottati in seno alla politica agricola comune (segnatamente i regolamenti n. 1698/2005, n. 73/2009 [che ha sostituito il regolamento n. 1782/2003] e n. 1234/2007). Solo le disposizioni sugli aiuti di Stato contenute in questi ultimi atti normativi possono propriamente dirsi collegate funzionalmente alla previsione dell’art. 42, dal momento che tutti gli altri provvedimenti regolamentari trovano la loro base giuridica nelle previsioni generali in tema di aiuti di Stato.

Per semplicità, inoltre, ci si limiterà ad esaminare la normativa relativa al solo settore agricolo, dedicando solo in conclusione alcuni brevi cenni al settore della pesca (v. *infra*, par. 11); settore anch’esso ricompreso nell’ambito di efficacia dell’art. 42 TFUE e destinatario di provvedimenti disciplinari specifici.

3. Gli aiuti di Stato e la PAC: la disciplina dell’OCM

Occorre quindi prendere le mosse dalla previsione dell’art. 42 TFUE, quale disposizione in posizione di supremazia, pur se avente il medesimo livello gerarchico degli artt. 101 ss. TFUE, dal momento che la prima può condurre ad una non applicazione delle seconde.

Com’è noto, sin dal 1962 il Consiglio ha dato attuazione a quello che ora rappresenta l’art. 42 TFUE, con il regolamento Cee n. 26/62, più volte modificato e ora sostituito dal regolamento (Ce) n. 1184/2006²⁵. Non è questa la sede per esaminare l’intera portata del regolamento attuativo; per quanto qui più interessa è sufficiente rilevare che l’art. 3 del regolamento in esame dispone l’applicazione, per quanto concerne gli aiuti di Stato nel settore agricolo, dell’art. 88, par. 1 (che prevede l’esame permanente degli aiuti esistenti), e della prima frase dell’art. 88, par. 3 (recante l’obbligo in capo agli Stati mem-

²⁵ Regolamento del Consiglio n. 1184/2006 del 24 luglio 2006, in *Gu-Ue* n. L 214 del 4 agosto 2006, costituente una codificazione, «a fini di razionalità e chiarezza», del previgente regolamento n. 26/62. Ai sensi dell’art. 4 del regolamento n. 1184/2006, i riferimenti al regolamento n. 26/62 si intendono fatti al nuovo regolamento, secondo la tavola di concordanza contenuta nell’allegato II.

bri di notifica dei nuovi aiuti alla Commissione; stante il riferimento alla sola prima frase del par. 3 deve ritenersi non richiamato, invece, il divieto di dare esecuzione alla misura prima della decisione della Commissione).

In sostanza, l'art. 3 consente alla Commissione solo l'esame permanente degli aiuti esistenti e il diritto ad essere informata sui progetti di nuovi aiuti, potendo proporre agli Stati le opportune misure o le proprie osservazioni, risultando tuttavia priva di poteri di controllo e di sanzione. Con alcune decisioni la Commissione ha, invero, raccomandato agli Stati membri di non adottare misure di aiuto ma esse sono sempre rimaste prive di riscontro ad opera degli Stati, senza che, peraltro, la Commissione abbia adottato misure per contrastarne la non osservanza²⁶; al riguardo, la Commissione, nei propri orientamenti per gli aiuti di Stato nel settore agricolo e forestale 2007-2013²⁷, al punto III.21, rileva che, stante la formulazione dell'art. 3 del regolamento n. 1184/2006, essa non ha il potere di adottare una decisione negativa, potendo solo presentare «osservazioni»²⁸, riservandosi, tuttavia, di ricorrere all'art. 226 TCE²⁹ qualora lo Stato membro non tenga conto delle medesime³⁰.

Com'è noto, sin dall'istituzione dei primi settori dell'OCM i relativi regolamenti di base prevedevano, tuttavia, a modifica di quanto stabilito dall'art. 3 del regolamento Cee n. 26/62, la generale applicabilità degli artt. 87, 88 e 89 del Trattato, ovvero delle norme del Trattato in tema di aiuti di Stato, così che la rilevanza dell'art. 3 del regolamento n. 26/62 divenne sempre più residuale, mano a mano che l'OCM si espandeva ai vari prodotti agricoli. In definitiva, ben presto l'art. 3 divenne applicabile ai soli prodotti per i quali non era istituita l'organizzazione comune di mercato.

La situazione non è mutata con l'abrogazione del regolamento n. 26/62 e la sua sostituzione ad opera del nuovo regolamento Ce n. 1184/2006, dal momento che quest'ultimo, come detto, costituiva una semplice codificazione delle modifiche sino ad allora intervenute al regolamento del 1962.

Con la successiva entrata in vigore del regolamento Ce n. 1234/2007, isti-

²⁶ Cfr. F. GENCARELLI, *Gli aiuti di Stato in agricoltura*, cit. *supra*, nota 16, p. 27, il quale richiama le decisioni della Commissione n. 278/2003 e n. 281/2004, relative all'Italia, e la decisione n. 671/2001 relativa alla Francia. L'A. citato ritiene peraltro che, sebbene le proposte della Commissione non possano dirsi vincolanti, potrebbe invocarsi il mancato rispetto dell'art. 10 TCE (ora abrogato, ma sostanzialmente sostituito dall'art. 4, par. 3, TFUE) che richiama l'obbligo degli Stati di cooperare con la Commissione.

²⁷ Su cui v. *infra*, par. 10.

²⁸ In questo senso, v. anche sentenza della Corte di giustizia del 23 febbraio 2006 in cause riunite n. C-346/03 e n. C-529/03, *Atzeni e altri*, cit. *supra*, nota 5, punto 39.

²⁹ Ora art. 258 TFUE.

³⁰ In particolare, la Commissione pone in evidenza il problema di aiuti «agricoli» per prodotti privi di OCM che possano favorire la produzione di un prodotto assoggettato, invece, all'OCM, citando in proposito il caso delle patate: per tali ipotesi, le osservazioni della Commissione rappresenterebbero, dunque, atti ad efficacia rinforzata, meritevoli di una attenzione particolare ad opera degli Stati membri.

tutivo della c.d. OCM unica, l'intero regolamento n. 1184/2006 ha assunto portata meramente residuale, dal momento che esso è ora applicabile non più a tutti i produttori di prodotti agricoli, bensì ai soli produttori di prodotti agricoli non interessati dall'OCM (quale il caffè, le patate non da fecola, le carni equine, gli aceti di alcole, il sughero).

La precedente disciplina speciale in materia di concorrenza, contenuta prima nel regolamento n. 26/62 e poi nel regolamento n. 1184/2006 è stata, infatti, trasposta, quanto ai prodotti agricoli assoggettati all'OCM unica, all'interno dello stesso regolamento n. 1234/2007 e segnatamente, quanto alla disciplina in tema di aiuti di Stato, negli artt. 180 ss. di quest'ultimo regolamento³¹.

In sostanza, fino all'entrata in vigore del regolamento n. 1234/2007, era il solo art. 3 del regolamento n. 1184/2006 ad avere portata sostanzialmente residuale, dal momento che la stessa era limitata ai soli prodotti privi di OCM; dopo l'entrata in vigore del regolamento n. 1234/2007 è l'intero regolamento n. 1184/2006 ad avere portata residuale, applicandosi solo a questi settori³², ed essendo quelli interessati dall'OCM assoggettati alla disciplina del regolamento sull'OCM unica, ovvero al regolamento Ce n. 1234/2007 del Consiglio, relativo all'istituzione dell'OCM unica, la cui Parte IV è dedicata alle «norme sulla concorrenza» e, all'interno di essa, il Capo II, composto dagli articoli da 180 a 182, alla «Normativa sugli aiuti di Stato».

L'art. 180 del regolamento Ce n. 1234/2007, nella sua formulazione originaria, stabiliva la generale applicabilità degli artt. 87, 88 e 89 del Trattato agli aiuti di Stato ai settori contemplati dal regolamento «salvo disposizione contraria del presente regolamento». L'articolo è stato dapprima sostituito dal regolamento Ce n. 72/2009 e, quindi, successivamente ulteriormente novellato dal regolamento Ce n. 491/2009 del 25 maggio 2009³³, così che ora il 1° comma dell'art. 180 dispone che «gli articoli 87, 88 e 89 del Trattato si applicano alla produzione e al commercio dei prodotti di cui all'allegato I», ovvero ai prodotti cui il regolamento stesso è applicabile, salvo poi precisare, al comma successivo, che tali articoli «non si applicano a pagamenti effettuati in virtù degli articoli da 44 a 48, 102, 102 bis, 103, 103 bis, 103 ter, 103 sexes,

³¹ Su cui v. L. COSTATO, *Commento al Capo II "Normativa sugli aiuti di Stato" (artt. 180-182)*, in *Il regolamento unico sull'organizzazione comune dei mercati agricoli (Reg. CE 22 ottobre 2007, n. 1234)*, Commentario a cura di L. COSTATO, in *Le nuove leggi civ. comm.*, 2009, p. 186 ss.

³² Tant'è che a seguito dell'entrata in vigore del regolamento istitutivo dell'OCM unica, è stata modificata anche l'intitolazione del regolamento n. 1184/2006, essendosi rimarcata l'applicabilità del regolamento solo a «taluni» prodotti agricoli; in argomento, v. già A. JANNARELLI, *Aiuti comunitari e aiuti di Stato*, in *Dir. giur. agr. alim. e amb.*, 2009, p. 375 ss., spec. p. 377 s.

³³ Che modifica il regolamento Ce n. 1234/2007, in *Gu-Ue* n. L 154 del 17 giugno 2009, p. 1 ss., inserendovi le disposizioni sostanziali relative al settore vitivinicolo, approvate con il regolamento Ce n. 479/2008; in precedenza, il regolamento unico OCM aveva incorporato solo le disposizioni del settore vitivinicolo non interessate dalla riforma politica poi sfociata nel ricordato regolamento n. 479/2008.

103 *octies bis*, 104, 105, 182 e 182 *bis*, nonché della parte II, titolo I, capo III, sezione IV *bis*, sottosezione III, e della parte II, titolo I, capo IV, sezione IV *ter* del presente regolamento da parte degli Stati membri conformemente al presente regolamento. Tuttavia, con riguardo all'art. 103 *quindecies*, par. 4, unicamente l'art. 88 del Trattato non si applica».

A fronte dell'affermazione di principio, contenuta nel 1° comma dell'art. 180, circa l'applicazione integrale delle norme primarie sugli aiuti di Stato, nel 2° comma vi è un lungo e analitico elenco di eccezioni, ovvero di aiuti esentati dall'applicazione delle norme del Trattato che vietano gli aiuti di Stato distortivi, proprio perché aiuti previsti all'interno delle regole di funzionamento dell'organizzazione comune di mercato.

Tra le deroghe si trovano gli interventi previsti nell'art. 182: tra di essi si segnalano, relativamente all'Italia, il par. 3, che ammette aiuti di Stato temporanei in favore di bieticoltori negli Stati che hanno ridotto più del 50% la rispettiva quota zucchero esistente al 20 febbraio 2006, in aggiunta all'aiuto transitorio comunitario, nei limiti di 11 euro per campagna di commercializzazione e per tonnellata di barbabietole; l'aiuto è da destinare ai bieticoltori e al trasporto delle barbabietole.

Il par. 6 dell'art. 182 autorizzava, inoltre, gli Stati ad erogare aiuti fino al 31 dicembre 2010 in favore di produttori di ortofrutticoli non aderenti ad organizzazioni di produttori (OP) per agevolare la conclusione di contratti con tali organizzazioni con cui i produttori accettino di applicare le misure di prevenzione e di gestione delle crisi predisposte dalla stessa OP, sempre che l'aiuto non sia superiore al 75% del sostegno comunitario ricevuto dai produttori aderenti all'OP.

All'art. 182 è stato, poi, aggiunto il par. 7 ad opera del regolamento n. 72/2009, riguardante l'aiuto al settore lattiero-caseario da sommarsi al sostegno comunitario.

In ogni caso, la disciplina di cui all'art. 180 non può certo dirsi rappresentare una novità, dal momento che esso, nella sostanza, riprende una soluzione già accolta dai precedenti regolamenti di base istitutivi dell'OCM nei vari settori produttivi; né può dubitarsi della liceità della scelta del legislatore comunitario, avendo la Corte di giustizia già da tempo affermato la supremazia delle norme speciali sull'OCM rispetto alle norme generali in materia di concorrenza³⁴, tenendo presente, altresì, che lo stesso regolamento n. 1234/2007

³⁴ La circostanza deve ritenersi pacifica, essendo stata più volte ribadita dalla Corte di giustizia: v. la sentenza del 26 giugno 1979 in causa n. 177/78, *Pigs and Bacon Commission*, in *Raccolta*, 1979, p. 2161; la sentenza del 29 ottobre 1980 in causa n. 139/79, *Maizena*, in *Raccolta*, 1980, p. 3393 e, più in generale, la giurisprudenza citata da F. GENCARELLI, *Gli aiuti di Stato in agricoltura*, cit. *supra*, nota 16, p. 28. In questo senso, inoltre, si esprime la Commissione nei propri Orientamenti, al punto III.11, in cui si rileva che «in nessun caso, quindi, la Commissione può autorizzare un aiuto incompatibile con le disposizioni che disciplinano un'organizzazione comune di mercato o che perturberebbe il corretto funzionamento di quest'ultima».

(come, in precedenza, i regolamenti da esso sostituiti) è stato adottato utilizzando quale base giuridica anche l'art. 36 del Trattato CE (ora art. 42 TFUE).

Non può quindi escludersi, in linea di principio, non solo che per un prodotto agricolo assoggettato alle regole di funzionamento dell'OCM venga espressamente ammesso un aiuto che, a termini della disciplina generale, dovrebbe considerarsi incompatibile con il mercato unico ma anche che venga, al contrario, esclusa l'ammissibilità di un aiuto ammissibile in base alla disciplina generale.

4. *Segue: Le misure di sostegno allo sviluppo rurale*

Gli aiuti alle imprese agricole sono previsti, tuttavia, non solo all'interno delle misure di mercato, ma anche nel versante strutturale, i cui interventi sono ora oggetto del regolamento Ce n. 1698/2005 del Consiglio del 20 settembre 2005 sul sostegno allo sviluppo rurale da parte del FEASR; in particolare, il Titolo VIII (composto di due soli articoli, gli artt. 88 e 89) del detto regolamento è dedicato agli aiuti di Stato³⁵.

L'art. 88, al par. 1, ribadisce la generale applicabilità, in linea di principio, degli artt. 87 ss. TCE (ora, ovviamente, 107 ss. TFUE) alle misure di sostegno allo sviluppo rurale da parte degli Stati membri «salvo disposizione contraria prevista dal presente titolo».

Subito dopo, tuttavia, il 2° comma del par. 1 (come sostituito dal regolamento Ce n. 74/2009), fatto salvo l'art. 89 del medesimo regolamento, esclude l'applicazione degli articoli del Trattato in materia di aiuti di Stato per i cofinanziamenti statali operati in base alle previsioni del medesimo regolamento n. 1698/2005 («a norma e in conformità al presente regolamento») e rientranti nell'ambito di applicazione dell'art. 36 TCE (ora 42 TFUE): trattandosi di cofinanziamenti di misure previste dalla Comunità (ora Unione europea) essi non costituiscono aiuti di Stato. Tali cofinanziamenti, in ogni caso, non sono privi di una valutazione della Commissione, dal momento che, essendo inseriti nei piani di sviluppo rurale, essi vengono comunque approvati (previa verifica della loro conformità alle disposizioni del regolamento comunitario) dalla stessa Commissione.

I par. 2, 3, 4, 5 e 6 dell'art. 88 stabiliscono disposizioni specifiche per talune misure, e segnatamente stabiliscono alcuni divieti, temperati peraltro da specifiche deroghe: per tali fattispecie, per le quali il par. 1 rinvierebbe alle disposizioni del Trattato quanto alla valutazione di compatibilità, sembra che

³⁵ Su cui, v. il 68° *considerando*, secondo cui la previsione di norme specifiche sugli aiuti di Stato risulta necessaria, in considerazione del «notevole impatto economico degli aiuti e al fine di garantirne la coerenza con le misure ammissibili al sostegno comunitario, nonché per semplificare le procedure».

tali paragrafi costituiscano, stabilendone il divieto in via assoluta, norme speciali.

In particolare, il par. 2 concerne gli aiuti per l'ammodernamento delle aziende agricole; si stabilisce il divieto di siffatti aiuti laddove essi eccedano le percentuali stabilite dall'art. 26, par. 2³⁶; tuttavia, si precisa che il divieto non opera per aiuti *i.* realizzati principalmente nell'interesse pubblico, in relazione alla conservazione dei paesaggi tradizionali modellati da attività agricole e forestali o alla rilocalizzazione di fabbricati aziendali; *ii.* finalizzati alla tutela e al miglioramento dell'ambiente; *iii.* intesi a migliorare le condizioni di igiene e di benessere degli animali e quelle relative alla sicurezza negli ambienti di lavoro.

Il par. 3 vieta gli aiuti di Stato per compensare gli svantaggi naturali nelle zone montane e nelle altre zone svantaggiate, se non conformi all'art. 37³⁷; in casi «debitamente giustificati» possono, però, ammettersi aiuti supplementari che superino gli importi fissati ex art. 37, par. 3, che rinvia all'allegato I al regolamento per l'individuazione dei valori minimi e massimi erogabili³⁸.

Il par. 4 vieta gli aiuti di Stato a favore di agricoltori che assumono impegni agroambientali o per il benessere degli animali se non conformi alle previsioni di cui rispettivamente agli artt. 39³⁹ e 40⁴⁰. In casi «debitamente giustificati» possono, però, ammettersi aiuti supplementari che superino gli importi fissati ex art. 39, par. 4, e art. 40, par. 3⁴¹. «In casi eccezionali debitamente motivati» è altresì possibile derogare alla durata minima degli impegni prevista dall'art. 39, par. 3, e dall'art. 40, par. 2, i quali fissano durate degli impegni comprese tra i cinque ed i sette anni.

Il par. 5 vieta gli aiuti di Stato in favore di agricoltori che si adeguano ai rigorosi requisiti prescritti dal diritto comunitario in materia di tutela dell'ambiente, sanità pubblica, salute di piante ed animali, benessere degli animali e sicurezza sul lavoro, se non conformi a quanto disposto in merito dall'art. 31⁴². Possono, però, ammettersi aiuti supplementari che superino i massimali

³⁶ Il quale, a sua volta, rinvia ai massimali fissati nell'allegato I al regolamento che, a sua volta, individua percentuali variabili tra un minimo del 40% ed un massimo del 75% del costo dell'investimento.

³⁷ Relativo alle «indennità a favore delle zone montane e di altre zone caratterizzate da svantaggi naturali».

³⁸ L'allegato I stabilisce, al riguardo, un importo minimo di 25 euro per ettaro di SAU e una indennità massima di 150 (per le zone con svantaggi naturali diverse dalle zone montane) o 250 euro (per le sole zone montane) per ettaro di SAU.

³⁹ Relativo ai «pagamenti agro ambientali».

⁴⁰ Concernente i «pagamenti per il benessere degli animali».

⁴¹ Che rinviano all'allegato I che, al riguardo, fissa importi massimi quanto ai pagamenti agro-ambientali, suddivisi per tipologie di colture, per altri usi dei terreni, o per le razze locali minacciate di abbandono, e l'importo massimo di 500 euro per unità di bestiame quanto ai pagamenti per il benessere degli animali.

⁴² Il quale fissa le condizioni per l'erogazione di tale tipologia di aiuto, stabilendo che il soste-

fissati ex art. 31 per aiutare gli agricoltori a conformarsi alla normativa nazionale «se questa va al di là dei requisiti comunitari».

Il par. 6 vieta – in mancanza di norme comunitarie – gli aiuti di Stato in favore di agricoltori che si adeguano ai rigorosi requisiti prescritti dal diritto nazionale in materia di tutela dell'ambiente, sanità pubblica, salute di piante ed animali, benessere degli animali e sicurezza sul lavoro se non conformi all'art. 1⁴³. Possono, tuttavia, essere ammessi aiuti supplementari oltre i massimali fissati dall'allegato I con riferimento all'art. 31, par. 2, se giustificati secondo il disposto dello stesso art. 31.

In altri termini, l'art. 88 del regolamento n. 1698/2005 chiarisce innanzitutto la piena ammissibilità dei cofinanziamenti statali per tutte le misure di sviluppo rurale contemplate dal regolamento stesso nel rispetto dei massimali ivi indicati, trattandosi di aiuti rientranti all'interno di misure facenti parte della politica agricola comune e ritenuti, dunque, meritevoli di esecuzione indipendentemente dalle previsioni del Trattato in tema di aiuti di Stato; e ciò per la già ricordata prevalenza delle disposizioni della PAC. Per talune misure, tuttavia, e specificamente quelle previste nei paragrafi da 2 a 6 dello stesso art. 88, gli aiuti statali possono anche superare i massimali previsti dal regolamento comunitario, purché sussistano le condizioni espressamente stabilite negli stessi paragrafi. Per alcune ipotesi, le possibili deroghe risultano sufficientemente caratterizzate (si pensi al par. 2, che individua tipologie ben precise di investimenti per i quali viene ammesso il superamento del massimale); per altre, invece, l'ammissibilità di aiuti *ultra vires* viene subordinata alla verifica della sussistenza di non meglio precisate « motivate giustificazioni », lasciando così ampi poteri discrezionali alla valutazione della Commissione: la quale, sul punto, si è espressa con i propri *Orientamenti*, di cui si dirà in seguito, al par. 11.

L'art. 89 del regolamento n. 1698/2005, infine, dispone che gli aiuti di Stato volti a procurare finanziamenti integrativi (c.d. *top-up*) per lo sviluppo rurale che beneficia del sostegno comunitario devono, anche nei casi in cui possano ritenersi ammissibili secondo quanto previsto dal precedente art. 88, essere in ogni caso notificati e approvati dalla Commissione secondo le disposizioni del regolamento n. 1698/2005, nell'ambito della programmazione di cui all'art. 16. Tale notifica, peraltro, sostituisce quella di cui all'art. 88,

« nel rispetto delle condizioni, è erogato su base annua sotto forma di aiuto forfettario, temporaneo e decrescente, per un periodo massimo di cinque anni a decorrere dalla data in cui la nuova norma acquista efficacia vincolante in forza della normativa comunitaria, nel rispetto del massimale fissato nell'allegato I (10.000 euro per azienda). »

⁴³ A sua volta l'art. 1 suddivide in 5 punti il campo di azione del regolamento: contiene le norme generali del sostegno comunitario cofinanziato dal FEASR; definisce gli obiettivi che la politica di sviluppo rurale contribuisce a perseguire; definisce il contesto strategico della politica di sviluppo rurale; definisce le priorità e le misure di sviluppo rurale e stabilisce le norme concernenti il partenariato la programmazione, la valutazione, la gestione finanziaria, la sorveglianza ed il controllo, sulla base di responsabilità condivise tra Stati membri e Commissione.

par. 3 TCE (ora art. 108, par. 3, TFUE). Si tratta, dunque, di aiuti aggiuntivi (in esubero rispetto ai massimali) relativi a misure già ricomprese nei programmi di sviluppo rurale: pur costituendo aiuti di Stato perché erogati al di fuori dei limiti previsti dal regolamento, essi risultano comunque soggetti a notifica e a successiva approvazione della Commissione, così che non occorre assoggettarli ad un'inutile duplicazione procedurale: tali aiuti aggiuntivi vanno, infatti, inseriti nei piani di sviluppo rurale così che essi vengono notificati alla Commissione unitamente a questi ultimi e, del pari, trattandosi di misure ricomprese nei piani, vengono approvate dalla Commissione con l'approvazione di essi.

5. *Segue: Gli aiuti diretti*

Com'è noto, la disciplina sugli aiuti diretti è stata oggetto di una radicale riforma con il regolamento Ce n. 1782/2003 del Consiglio del 29 settembre 2003, che ha introdotto, tra l'altro, il c.d. regime di pagamento unico, sostanzialmente disaccoppiando l'erogazione dell'aiuto dalle produzioni concretamente ottenute dall'agricoltore e, anche, rendendo indipendente il godimento dell'aiuto dalla stessa necessità di una coltivazione del fondo. Detto regolamento conteneva, peraltro, alcune disposizioni che contemplavano possibili aiuti statali⁴⁴.

Il regolamento n. 1782/2003⁴⁵ è stato poi sostituito, a seguito della verifica del c.d. stato di salute della PAC, con il regolamento Ce n. 73/2009 del Consiglio del 19 gennaio 2009, che stabilisce norme comuni relative ai regimi di sostegno diretto agli agricoltori nell'ambito della politica agricola comune e istituisce taluni regimi di sostegno a favore degli agricoltori, e che modifica i regolamenti (Ce) n. 1290/2005, (Ce) n. 247/2006, (Ce) n. 378/2007 e abroga il regolamento (Ce) n. 1782/2003. Orbene, l'art. 139 del regolamento n. 73/2009 è rubricato «Aiuti di Stato», e dispone che «in deroga all'art. 180 del regolamento n. 1234/2007 e all'art. 3 del regolamento n. 1184/2006, gli artt. 87, 88 e 89 del Trattato non si applicano ai pagamenti erogati dagli Stati membri a norma del

⁴⁴ Ad esempio, gli artt. 87, per la frutta a guscio; 90 *bis*, per le colture energetiche; 107, par. 3, per i pagamenti per superficie per i seminativi; 110 *tervicies*, par. 4, per i frutti rossi; 143 *quater*, per i nuovi Stati membri.

⁴⁵ Su cui v. L. COSTATO, *La riforma della PAC del 2003 e la circolazione dei fondi rustici*, in *Dir. giur. agr. amb.*, 2003, p. 663 ss.; ID., *La riforma della PAC del 2003 e i cereali (con particolare riferimento al grano duro)*, in *Nuovo dir. agr.*, 2004, p. 79 ss.; ID., *Sulla natura giuridica del regime di pagamento unico previsto dalla riforma della Pac*, in *Agricoltura Istituzioni Mercati*, 2004, p. 41 ss.; F. ALBISINNI, *Profili di diritto europeo per l'impresa agricola*, Viterbo, Agnesotti Ed., 2005; L. RUSSO, *Riforma della PAC e allargamento dell'Unione*, Roma, Aracne, 2005; assai interessanti risultano gli Atti del Convegno tenutosi a Ferrara e a Rovigo, 19-20 novembre 2004, pubblicati in E. CASADEI - G. SGARBANTI (a cura di), *Il nuovo diritto agrario comunitario*, Milano, Giuffrè, 2005.

presente regolamento a norma (*sic*) degli artt. 41, 57, 64, 68, 69, 70 e 71, dell'art. 82, par. 2, dell'art. 86, dell'art. 98, par. 4, dell'art. 111, par. 5, dell'art. 120, dell'art. 129, par. 3, e degli artt. 131, 132 e 133 del medesimo».

In altri termini, non sono considerati e non sono considerabili quali aiuti di Stato quelle misure poste sì in essere dagli Stati con risorse proprie, ma espressamente previste dal regolamento n. 73/2009 (e, prima di esso, dal regolamento n. 1782/2003), in quanto misure rientranti a pieno titolo nell'attuazione della PAC.

Contestualmente al regolamento n. 73/2009, la Comunità ha approvato in pari data il regolamento Ce n. 72/2009 del Consiglio del 19 gennaio 2009, con cui si modificano ed abrogano una serie di regolamenti «al fine di adeguare la politica agricola comune»⁴⁶.

Tra i vari interventi disposti dal regolamento in esame, mette conto evidenziare quanto indicato nel *considerando* n. 20, in cui si legge che «ai fini della certezza del diritto e della semplificazione, è opportuno chiarire e armonizzare le disposizioni sulla disapplicazione degli artt. 87, 88 e 89 del Trattato con riguardo ai pagamenti erogati dagli Stati membri» a norma di alcuni regolamenti, precisando che tali aiuti possono essere ammessi, essendo concessi sulla scorta di specifiche disposizioni dei regolamenti di cui *infra*, le quali recano idonee condizioni per l'erogazione degli aiuti stessi, tali da evitare indebite distorsioni della concorrenza. In particolare, si tratta dei regolamenti n. 1234/2007, sull'OCM unica; n. 247/2006, recante misure specifiche nel settore dell'agricoltura a favore delle regioni ultraperiferiche dell'Unione; n. 320/2006, relativo ad un regime temporaneo per la ristrutturazione dell'industria dello zucchero nella Comunità; n. 1405/2006, recante misure specifiche nel settore dell'agricoltura a favore delle isole minori del Mar Egeo; n. 3/2008, relativo ad azioni di informazione e di promozione dei prodotti agricoli sul mercato interno e nei Paesi terzi; n. 479/2008, relativo all'OCM del mercato vitivinicolo.

La disapplicazione delle norme del Trattato, per i regolamenti diversi dal regolamento n. 1234/2007, viene sempre prevista «in deroga all'art. 180 del regolamento n. 1234/2007 e all'art. 3 del regolamento n. 1184/2006»: in questo modo la deroga opera sempre a 360 gradi, dal momento che la prima disposizione concerne gli aiuti di Stato per i prodotti assoggettati all'OCM unica, mentre la seconda, relativa sempre ai limiti di applicabilità delle norme del Trattato agli aiuti di Stato, è, come si è visto in precedenza, operante per i soli prodotti agricoli esclusi dall'OCM.

⁴⁶ Regolamento (Ce) n. 72/2009 del Consiglio del 19 gennaio 2009 che modifica i regolamenti (Ce) n. 247/2006, (Ce) n. 320/2006, (Ce) n. 1405/2006, (Ce) n. 1234/2007, (Ce) n. 3/2008 e (Ce) n. 479/2008 e che abroga i regolamenti (Cee) n. 1883/78, (Cee) n. 1254/89, (Cee) n. 2247/89, (Cee) n. 2055/93, (Ce) n. 1868/94, (Ce) n. 2596/97, (Ce) n. 1182/2005 e (Ce) n. 315/2007 al fine di adeguare la politica agricola comune, in *Gu-Ue* n. L 30 del 31 gennaio 2009.

6. Le presunzioni di compatibilità per gli aiuti di Stato nel settore agricolo in base alla disciplina generale del TFUE: il regolamento Ce n. 994/98 del Consiglio

Come si è visto esaminando le norme del TFUE in materia di aiuti di Stato, il Consiglio può, a norma dell'art. 109, stabilire tutti i regolamenti utili ai fini dell'applicazione degli artt. 107 e 108 e fissare, in particolare, le condizioni per l'applicazione del par. 3 dell'art. 108, eventualmente individuando, altresì, le categorie di aiuti dispensate da questa procedura.

Avvalendosi di tale possibilità, il Consiglio ha emanato il regolamento Ce n. 994/98⁴⁷, sull'applicazione degli artt. 92 e 93 del Trattato (poi artt. 87 e 88 e, ora, 107 e 108 TFUE) a determinate categorie di aiuti di Stato orizzontali.

Il regolamento in oggetto autorizza la Commissione ad adottare propri regolamenti per individuare determinate categorie di aiuti da esentare dall'obbligo di notifica preventiva⁴⁸: tale dispensa è prevista essenzialmente per evidenti motivi di semplificazione amministrativa e di snellimento dell'attività della Commissione, dal momento che gli obblighi di notifica preventiva comportano da soli una grossa mole di lavoro in capo alla Istituzione comunitaria, chiamata ad esaminare tutti i progetti di nuovi aiuti, oltre che ad esaminare gli aiuti esistenti. Al contempo, le esigenze di semplificazione non possono, tuttavia, comportare il rischio di aiuti «pericolosi»: per tale motivo, la possibilità di esenzione è prevista solamente per alcune categorie di aiuti, e segnatamente solo per quelle in cui la Commissione stessa ha acquisito, col tempo, una considerevole esperienza, ed è dunque in grado di indicare *ex ante* alcuni parametri che, se rispettati dalle varie misure di aiuto, fanno presumere la non incompatibilità dell'aiuto stesso col mercato interno.

Il regolamento in esame contempla, in particolare, all'art. 1, alcune categorie di aiuti per le quali a determinate condizioni⁴⁹ la Commissione può (non

⁴⁷ Del Consiglio del 7 maggio 1998, in *Guce* n. L 142 del 14 maggio 1998.

⁴⁸ Mette conto evidenziare che, a seguito del Trattato di Lisbona, la delega alla Commissione di poteri normativi, volti ad integrare o modificare elementi non essenziali di un atto legislativo, è disciplinata dall'art. 290 TFUE, il quale si discosta sotto vari profili dalla precedente regolamentazione della fattispecie, rappresentata dalla decisione del Consiglio n. 1999/468/Ce sulla comitologia. Un esempio dell'esercizio della nuova delega di poteri si rinviene nella direttiva n. 2010/31/UE del 19 maggio 2010, in *Gu-Ue* n. L 153 del 18 giugno 2010, p. 13 ss., segnatamente negli articoli da 22 a 25. Una prima presa di posizione del Parlamento europeo sui presupposti e sull'esercizio della delega si rinviene nel Progetto di relazione sul potere di delega legislativa della Commissione giuridica 2010/2021/INI del 2 marzo 2010; in argomento, v. R. ADAM - A. TIZZANO, *Lineamenti di diritto dell'Unione europea*, cit. *supra*, nota 1, p. 188 ss. Nel caso di specie, il regolamento del Consiglio n. 994/98 contiene una amplissima delega alla Commissione, prevedendo, in particolare, la procedura del comitato consultivo.

⁴⁹ In particolare, ex art. 1, par. 2, regolamento n. 994/98, la Commissione con i propri regolamenti deve specificare, per ogni categoria di aiuti, la finalità dell'aiuto, le categorie dei beneficiari, i massimali dell'aiuto (in termini di intensità in relazione ad un insieme di costi ammissibili o in termini di importi massimi), le condizioni relative all'eventuale cumulo degli aiuti, le condizioni

deve) dichiararne la compatibilità col mercato comune e, nel caso, non assoggettati all'onere di preventiva notifica; si tratta di quelli disposti:

- in favore delle PMI;
- in favore della ricerca e dello sviluppo;
- in favore della tutela dell'ambiente;
- in favore dell'occupazione e della formazione;
- nel rispetto della mappa approvata dalla Commissione per ogni Stato membro, relativamente all'erogazione di aiuti a finalità regionale.

L'art. 2 del regolamento n. 994/98 autorizza, altresì, la Commissione ad esentare gli aiuti c.d. *de minimis*, ovvero quegli aiuti concessi alla stessa impresa che, non superando un determinato importo in un determinato arco di tempo, sono considerati privi di efficacia distorsiva.

I regolamenti della Commissione devono avere, ex art. 4 del regolamento, una validità temporale determinata e sono in ogni caso emessi *rebus sic stantibus*: gli stessi potranno così essere modificati o abrogati in qualsiasi momento, «se cambiano le circostanze relative ad uno qualsiasi dei fatti che hanno determinato la loro adozione o se tale modifica o abrogazione è resa necessaria dal progressivo sviluppo o funzionamento del mercato comune», fatto solo salvo un periodo di adeguamento.

I regimi di aiuto o gli aiuti individuali erogati in forza di regolamenti applicativi del regolamento n. 994/98 sono, quindi, esentati dal controllo *ex ante* ma comunque assoggettati ad un controllo *ex post* ad opera della Commissione: motivo per cui si prevede sempre un onere informativo a carico degli Stati membri sugli aiuti erogati in forza di detti regolamenti.

Il regolamento prevede, all'art. 3, che la Commissione, perché un aiuto possa essere esentato dall'obbligo di preventiva notifica e, così, presumersi compatibile con il mercato interno, imponga agli Stati membri norme precise per garantire la trasparenza degli aiuti e, seppure *a posteriori*, il controllo di quegli stessi aiuti.

7. Segue: I regolamenti di esenzione della Commissione: gli aiuti alle PMI di produzione agricola

Dei vari provvedimenti attuativi del regolamento n. 994/98 del Consiglio, due sono destinati specificamente al settore agricolo e attualmente in vigore: il regolamento n. 1857/2006 della Commissione, relativo all'applicazione degli artt. 87 e 88 del Trattato agli aiuti di Stato a favore delle piccole e medie imprese attive nella produzione di prodotti agricoli e recante modifica del re-

del controllo *ex post*. Oltre a tali condizioni obbligatorie, il par. 3 dell'art. 1, individua alcune ulteriori condizioni facoltative a disposizione della Commissione.

golamento (Ce) n. 70/2001, e il regolamento n. 1535/2007 della Commissione relativo all'applicazione degli artt. 87 e 88 del Trattato CE agli aiuti *de minimis* nel settore della produzione dei prodotti agricoli.

Nel presente paragrafo si esaminerà la normativa concernente gli aiuti statali alle PMI, mentre in quello che segue si dirà degli aiuti *de minimis*.

Prima di entrare nel dettaglio delle singole discipline è, peraltro, opportuno svolgere qualche considerazione di carattere generale su come la Commissione ha inteso svolgere l'attività demandata dal Consiglio con il ricordato regolamento n. 994/98.

In linea di massima la Commissione, laddove interviene con un regolamento esentativo, indipendentemente dal settore di riferimento, prevede che l'aiuto o il regime di aiuti risulti conforme ad una serie di precondizioni espressamente individuate nei suddetti regolamenti, oltre che negli Orientamenti dalla stessa predisposti: in particolare, gli aiuti, per godere dell'esenzione e, correlativamente, della presunzione di compatibilità con il mercato interno, devono: *i.* perseguire un interesse generale della Comunità: c.d. principio della contropartita⁵⁰; *ii.* risultare necessari per il conseguimento dell'obiettivo perseguito, non altrimenti raggiungibile ed avere una durata, un'intensità e un ambito di applicazione proporzionati alla rilevanza del risultato perseguito⁵¹; a tal fine per poter essere esentato è necessario che l'aiuto sia trasparente, ovvero devono essere chiari obiettivo, forma, mezzi finanziari, ragioni di incompatibilità, proprio per far sì che possano essere valutati sulla base di tutti gli elementi, la natura e la portata dell'aiuto rispetto agli scambi comunitari e alla concorrenza; *iii.* non presentare collegamenti con esportazione di prodotti né risultare subordinati all'impiego preferenziale di prodotti interni⁵²; *iv.* quanto agli aiuti nel settore agricolo, non interferire con il funzionamento dell'OCM.

Quanto agli interessi di carattere generale, l'obiettivo perseguito dagli aiuti esentati dal regolamento è proprio quello di facilitare lo sviluppo delle attività economiche delle piccole e medie imprese, considerate quali strutture determinanti nella creazione di posti di lavoro e, più in generale, quali fattori di stabilità sociale e di dinamismo economico. Gli aiuti a tale settore sono

⁵⁰ Sono, infatti, vietati i c.d. aiuti di funzionamento, «intesi meramente a migliorare la situazione finanziaria dei produttori senza contribuire in alcun modo allo sviluppo del settore»: così gli *Orientamenti comunitari per gli aiuti di Stato nel settore agricolo e forestale 2007-2013*, punto III.15, v. *infra*, par. 10. Sono considerati aiuti di funzionamento anche gli aiuti retroattivi, ovvero concessi con riguardo ad attività già intraprese dal beneficiario, non presentando essi la necessaria componente di incentivo, «poiché l'unico suo scopo è di sollevare il beneficiario da un onere finanziario» (così il punto III.16 degli *Orientamenti*). Prima ancora dell'adozione degli *Orientamenti* attualmente in vigore, v. sentenza della Corte di giustizia del 19 settembre 2002 in causa n. C-113/00, *Spagna c. Commissione*, in *Raccolta*, 2002, I, p. 7601, punto 71.

⁵¹ Così A. BIONDI, *Gli aiuti di Stato*, cit. *supra*, nota 4, p. 471; si tratta, in particolare, di una applicazione del principio di proporzionalità.

⁵² Per evidenti problemi di incompatibilità di siffatti aiuti con gli obblighi assunti dall'UE in seno all'Organizzazione mondiale del commercio.

dunque visti positivamente, contribuendo a superare le difficoltà che il mercato può frapporre al loro sviluppo, sempre nel rispetto della sottile linea che separa gli aiuti leciti da quelli distorsivi⁵³.

Ciò precisato, per venire agli aiuti alle piccole e medie imprese, sulla scorta del regolamento n. 994/98 è stato in origine adottato dalla Commissione il regolamento n. 70/2001⁵⁴; tale regolamento (la cui efficacia è ora venuta meno, essendo applicabile, ex art. 10, solo fino al 30 giugno 2008, con previsione di un regime transitorio di esenzione per i sei mesi successivi) ha, tuttavia, escluso dal suo campo di applicazione le PMI operanti nel settore agricolo (ovvero quelle attive nel settore della produzione, della commercializzazione e della trasformazione di prodotti agricoli)⁵⁵.

La *ratio* dell'originaria esclusione dei prodotti agricoli dal campo di applicazione del regolamento n. 70/2001 andava ravvisata nel timore della Commissione che, in assenza di un controllo preventivo, gli Stati potessero porre in essere aiuti distorsivi.

Il trattamento deteriore riservato al settore agricolo è stato presto rivisto, a seguito dell'adozione del regolamento Ce n. 1/2004 della Commissione del 23 dicembre 2003, relativo all'applicazione degli artt. 87 e 88 del Trattato CE agli aiuti di Stato a favore delle piccole e medie imprese attive nel settore della produzione, della trasformazione e della commercializzazione dei prodotti agricoli. Come chiarito nei *considerando* che precedono il testo del regolamento n. 1/2004, esso viene a colmare un vuoto normativo, dal momento che, come detto, il regolamento n. 70/2001 non si applicava agli aiuti a favore delle PMI nel settore della produzione, della commercializzazione e della trasformazione dei prodotti agricoli; tuttavia, la Commissione dà atto di aver applicato gli artt. 87 e 88 a tale tipologia di aiuti «in numerose decisioni» e di aver predisposto propri orientamenti al riguardo; la Commissione riconosce altresì di aver maturato una «considerevole esperienza» anche in questo settore, così che vi è l'opportunità, per garantire un controllo efficace e semplificare le formalità amministrative, senza indebolire la sorveglianza della Commissione, di esercitare i poteri conferiti dal regolamento n. 994/98 (così il 3° *considerando*).

Il regolamento in esame, ai sensi del suo art. 20, era destinato ad avere validità fino al 31 dicembre 2006: il ridotto periodo di applicazione, di soli due anni, rendeva evidente la cautela della Commissione nell'aprire le porte

⁵³ Cfr. il 5° *considerando* del regolamento n. 1857/06, che ricorda, tra le cause di possibili limiti allo sviluppo delle PMI, le limitate risorse e la difficoltà di accesso al credito.

⁵⁴ Del 12 gennaio 2001, relativo all'applicazione degli artt. 87 e 88 del Trattato CE agli aiuti di Stato a favore delle piccole e medie imprese, in *Guce* n. L 10 del 13 gennaio 2001, p. 33 ss.

⁵⁵ In un secondo momento, con il regolamento n. 364/2004 della Commissione si è esteso il campo di applicazione del regolamento n. 70/2001 anche agli aiuti a favore della ricerca e dello sviluppo, mediante l'inserimento degli artt. 5 *bis* ss.

dell'esenzione a categorie di aiuti destinate al settore agricolo e, così, la natura sostanzialmente «sperimentale» dello stesso.

Una volta cessata l'efficacia del regolamento n. 1/2004, la materia è stata disciplinata dal regolamento Ce n. 1857/2006 della Commissione del 15 dicembre 2006, attualmente vigente, essendo destinato ad applicarsi, giusta quanto previsto dal suo art. 23, dal 1° gennaio 2007 fino al 31 dicembre 2013.

Conformemente agli impegni assunti con l'ingresso nella WTO sono comunque esclusi dall'esenzione e dalla valutazione di compatibilità gli aiuti erogati per favorire le esportazioni o per favorire i prodotti interni (art. 1, par. 2); del pari, come già generalmente previsto nei regolamenti attuativi del regolamento n. 994/98, non sono esentabili gli aiuti al funzionamento (ovvero quelli intesi meramente a migliorare la situazione finanziaria del beneficiario senza contribuire allo sviluppo del settore) e, ex art. 18, quelli retroattivi, concessi per attività già intraprese o servizi già ricevuti dal beneficiario.

La definizione di piccole e medie imprese è quella di cui al regolamento n. 70/2001⁵⁶ il quale, a sua volta suddivide la categorie in microimprese (quelle che occupano meno di 10 persone e realizzano un fatturato annuo non superiore a 2 milioni di euro); piccole imprese (fino a 49 dipendenti e fatturato non superiore a 10 milioni di euro); medie imprese (fino a 249 dipendenti, e fatturato annuo non superiore a 50 milioni di euro). Sulla scorta di tale definizione, è del tutto evidente la rilevanza per il nostro Paese dei regolamenti esentativi per gli aiuti statali alle PMI, le quali costituiscono l'ossatura del nostro sistema produttivo; quanto al settore agricolo non è, peraltro, eccessivo rilevare che la quasi totalità delle imprese agricole rientra nella definizione sopra riportata.

L'art. 3 del regolamento n. 1857/2006 reca le condizioni affinché un aiuto individuale o un regime di aiuto possa usufruire dell'esenzione: a tal fine occorre il rispetto di un massimale previsto dal regolamento per ogni singola misura di aiuto⁵⁷ e che l'aiuto sia trasparente e, dunque, per esso sia sempre possibile calcolarne l'intensità, anche qualora sia concesso in forma diversa da una sovvenzione⁵⁸.

L'art. 19 stabilisce l'incumulabilità degli aiuti esentati in forza del regolamento con altri aiuti di Stato, neppure con quelli concessi sulla scorta del regolamento sul sostegno allo sviluppo rurale (regolamento n. 1698/2005) in relazione ai medesimi costi ammissibili, se e in quanto il cumulo comporti sfo-

⁵⁶ Cfr. l'art. 2, punto 5, del regolamento n. 1857/2006, che rinvia alla definizione di cui all'allegato I al regolamento n. 70/2001.

⁵⁷ E i massimali, di norma, come indicato nel 12° *considerando*, devono essere espressi in termini di intensità di aiuto in relazione ai costi ammissibili, piuttosto che in termini di importi massimi.

⁵⁸ Per tale ipotesi, deve essere possibile calcolarne «esattamente l'equivalente lordo sovvenzione come percentuale della spesa ammissibile ex ante, senza dover effettuare una valutazione di rischio» (così la definizione di «aiuto trasparente» ex art. 2, punto 18, regolamento n. 1857/2006).

ramento dei massimali fissati dal regolamento n. 1857/2006⁵⁹; l'incumulabilità è disposta anche con gli aiuti *de minimis*, sempre che il cumulo dia vita ad un aiuto di intensità superiore al livello fissato dal regolamento n. 1857/2006.

Come accennato, l'esenzione opera *ex ante*, ma non implica una totale assenza di controllo dell'aiuto esentato ad opera della Commissione; quest'ultimo avviene, per gli aiuti contemplati nei regolamenti di esenzione, in deroga a quanto previsto dall'art. 108 TFUE, *a posteriori*. A tal fine il regolamento richiede agli Stati membri la compilazione di un formulario, allo scopo di fornire alla Commissione una scheda contenente informazioni sintetiche sull'aiuto esentato⁶⁰, oltre alla redazione di una relazione annuale sull'applicazione del regolamento, sempre allo scopo di rendere possibile il controllo, eventuale, *ex post* ad opera della Commissione.

Conformemente alle sue finalità, il regolamento lascia impregiudicata la facoltà degli Stati di predisporre progetti di aiuti destinati alle piccole e medie imprese al di fuori dei limiti e delle condizioni stabilite nel regolamento di esenzione; in tali ipotesi, opera la disciplina generale di cui all'art. 108 TFUE e, così, il progetto dovrà essere ritualmente notificato alla Commissione affinché quest'ultima possa valutarne la compatibilità o meno col mercato interno. A sua volta, la Commissione esaminerà e valuterà il progetto istitutivo dell'aiuto o del regime di aiuto sulla base dei propri *Orientamenti per gli aiuti di Stato nel settore agricolo e forestale 2007-2013*⁶¹.

Mette conto rilevare una significativa differenziazione sussistente tra il nuovo regolamento n. 1857/2006 ed il precedente regolamento n. 1/2004; il regolamento più recente, infatti, è destinato a disciplinare gli aiuti alle piccole e medie imprese operanti nel solo settore della produzione primaria: con esclusione, dunque, delle imprese di commercializzazione e di trasformazione di prodotti agricoli⁶². A tal fine il regolamento modifica (con l'art. 21) il regolamento n. 70/2001, per far sì che quest'ultimo possa applicarsi anche al settore della trasformazione e della commercializzazione dei prodotti agricoli⁶³.

⁵⁹ I quali, a loro volta, sono armonizzati con quelli stabiliti dal regolamento n. 1698/2005: cfr. il 16° *considerando*.

⁶⁰ Da trasmettersi almeno dieci giorni prima dell'entrata in vigore del regime di aiuti o dell'aiuto individuale esentato a norma del regolamento: art. 20, par. 1; si tratta di una condizione necessaria per l'esenzione: cfr. l'art. 3.

⁶¹ Così l'art. 3, par. 4, del regolamento n. 1857/2006; gli *Orientamenti* assumono, dunque, in presenza di regolamenti esentativi, valenza residuale, essendo destinati ad operare solo per quegli aiuti concessi dagli Stati al di fuori delle misure rientranti nella PAC e che, al tempo stesso, non risultino «coperti» dall'operatività di un regolamento esentativo.

⁶² Come chiarito già dalla sua intitolazione, essendo esso «relativo all'applicazione degli artt. 87 e 88 del Trattato agli aiuti di Stato a favore delle piccole e medie imprese attive nella produzione di prodotti agricoli e recante modifica del regolamento (Ce) n. 70/2001».

⁶³ Con la cessazione di efficacia (dal 30 giugno 2008) del regolamento n. 70/2001 la materia – per le imprese di commercializzazione e di trasformazione dei prodotti agricoli e per le imprese non agricole – è ora disciplinata dal regolamento n. 800/2008, di cui si dirà al paragrafo seguente.

Con il regolamento n. 1857/2006, dunque, si suddivide disciplinarmente il settore agricolo, scorporando le imprese di commercializzazione e di trasformazione di prodotti agricoli da quelle attive nel settore della produzione primaria⁶⁴: la normativa speciale è destinata ad operare solo per queste ultime, dal momento che l'attività di trasformazione e di commercializzazione di prodotti agricoli presenta differenze strutturali con l'attività produttiva agricola, e che essa risulta, anzi, «spesso simile a quella dei prodotti industriali» (così il 6° *considerando*)⁶⁵.

Per poter escludere dal proprio ambito gli aiuti alla commercializzazione e alla trasformazione di prodotti agricoli, opportunamente il regolamento chiarisce anche cosa debba intendersi per attività di commercializzazione e per attività di trasformazione. In particolare, per trasformazione di prodotti agricoli si intende qualsiasi trattamento di un prodotto agricolo dove il prodotto ottenuto rimane comunque un prodotto agricolo, con l'eccezione delle attività agricole necessarie per la preparazione di un prodotto animale o vegetale per la prima vendita; per commercializzazione di prodotti agricoli si intende, invece, la detenzione, la messa in vendita, l'esposizione ai fini della vendita, o qualsiasi altra modalità di immissione sul mercato esclusa la prima vendita da parte del produttore primario a rivenditori o trasformatori e ogni attività volta a preparare un prodotto per tale prima vendita; perché si abbia prima vendita, è necessario che questa non avvenga in locali separati a tal fine destinati.

È, quindi, indiscusso che l'attività di produzione primaria ricomprende anche una attività di vendita, dal momento che la produzione agricola ha come naturale destinatario il mercato, e segnatamente la vendita della produzione a rivenditori o trasformatori come anche la vendita diretta al consumatore, purché, come chiarito nelle definizioni sopra riportate, essa non avvenga in locali separati destinati a quello specifico fine.

Va, peraltro, osservato come il regolamento n. 1857/2006 non solo operi, come si è visto, una suddivisione del comparto agricolo, occupandosi solo degli aiuti concessi alle imprese di produzione primaria agricola, ma rechi altresì una propria specifica definizione di prodotto agricolo. Ai sensi dell'art. 2, punto 2., per «prodotti agricoli» ai fini dell'applicazione del regolamento si intendono non solo quelli elencati nell'allegato I del TFUE, ma anche tutti i

⁶⁴ V. A. JANNARELLI, *La concorrenza e l'agricoltura nell'attuale esperienza europea: una relazione "speciale"*, in *Riv. dir. agr.*, 2009, I, p. 515 ss., spec. p. 549 ss.; cfr. anche ID., *Il pluralismo definitorio dell'attività agricola alla luce della recente disciplina comunitaria sugli aiuti di Stato: prime considerazioni critiche*, in *Riv. dir. agr.*, 2007, I, p. 3 ss.; I. CANFORA, *La commercializzazione dei prodotti agricoli nel diritto italiano e comunitario*, Bari, Cacucci, 2008, p. 102 ss.

⁶⁵ Con l'eccezione degli aiuti alle organizzazioni dei produttori, previsti all'art. 9 del regolamento, le quali svolgono essenzialmente attività di commercializzazione dei prodotti degli associati, concentrandone l'offerta: cfr. A. JANNARELLI, *Il pluralismo definitorio dell'attività agricola*, cit. *supra*, nota 64, spec. p. 16 ss.

sugheri (e, dunque, anche quelli di cui ai codici NC 4502, 4503 e 4504, e non soltanto quelli di cui al codice 4501) e i prodotti di imitazione o di sostituzione del latte e dei prodotti lattiero-caseari; sono, invece, esclusi dalla definizione i prodotti della pesca e dell'acquacoltura, come individuati dal regolamento n. 104/2000⁶⁶.

A livello definitorio è, in ogni caso, evidente lo scostamento rispetto ai canoni generali del diritto comunitario: sia nella definizione di prodotto agricolo, stante l'inclusione di sugheri ancorché non contemplati nell'allegato I (il quale comprende solo il sughero naturale greggio e cascami di sughero, sughero frantumato, granulato o polverizzato), nonché dei prodotti di imitazione o di sostituzione del latte e dei prodotti lattiero-caseari, e per l'esclusione dei prodotti della pesca e dell'acquacoltura, rientranti al contrario nell'allegato I e nella definizione di cui all'art. 38 TFUE (già art. 32 TCE), sia per lo scollamento tra attività di produzione primaria e quelle di commercializzazione e di trasformazione, che rappresenta, ancora, un *proprium* del solo microordinamento degli aiuti di Stato.

Ciò precisato, resta da osservare che il regolamento individua una serie di categorie di aiuti, e segnatamente:

- agli investimenti nelle aziende agricole (art. 4);
- per la conservazione di paesaggi e di fabbricati tradizionali (art. 5);
- per il trasferimento di fabbricati agricoli (art. 6);
- per l'insediamento giovani agricoltori (art. 7);
- al prepensionamento (art. 8);
- all'avviamento di organizzazioni di produttori (art. 9);
- per compensare dei costi per la prevenzione e l'eradicazione di fitopatie ed epizootie o infezioni parassitarie (art. 10)⁶⁷;
- per compensare gli agricoltori per le perdite di piante e animali a causa di avversità atmosferiche assimilabili a calamità naturali (art. 11)⁶⁸;
- per il pagamento di premi assicurativi (art. 12);
- per la ricomposizione fondiaria (art. 13);
- per promuovere la produzione di prodotti agricoli di qualità (art. 14);
- per costi di assistenza tecnica (art. 15);
- a imprese del settore zootecnico (art. 16);

⁶⁶ Su cui v. *infra*, par. 11.

⁶⁷ Rileva F. GENCARELLI, *Gli aiuti di Stato in agricoltura*, cit. *supra*, nota 16, p. 39, che l'inserimento nel regolamento n. 1857/2006 dell'esenzione dall'obbligo di notifica anche per gli aiuti per le perdite derivanti da fitopatie, epizootie e da infestazioni parassitarie (e per avversità atmosferiche), oltre a consentire il rapido versamento dell'aiuto in caso di crisi, ha l'effetto di ridurre sensibilmente le notifiche alla Commissione, posto che nel periodo 2000-2005 sono state notificate 309 nuove misure di aiuto.

⁶⁸ L'indennizzo deve, peraltro, risultare tale da non compensare integralmente le perdite, allo scopo di responsabilizzare l'agricoltore; tanto che a far tempo dal 2010 l'ammontare degli indennizzi dovrà ridursi per gli operatori che non sottoscriveranno apposita polizza assicurativa.

- stabiliti in altri regolamenti Ce quali i regolamenti n. 1255/1999, n. 1782/2003 (artt. 87, 107.3, 125.5) e n. 2200/96 (art. 17).

Come è agevole verificare, la gran parte delle possibili misure di aiuto disciplinate dal regolamento n. 1857/2006 sono già contemplate nel regolamento sul sostegno allo sviluppo rurale (anche perché è difficile immaginare misure di aiuto ulteriori e diverse): tra i due provvedimenti normativi sussiste, peraltro, un coordinamento di fondo, laddove si prevede che gli aiuti previsti dai due regolamenti e, dunque, dal regolamento n. 1857/2006 e dal regolamento n. 1698/2005, devono essere armonizzati tra loro e, in ogni caso, non possono superare i massimali stabiliti dal regolamento n. 1857/2006, a loro volta fissati tenendo conto di quanto previsto dal regolamento temporalmente precedente.

In argomento, deve inoltre evidenziarsi anche il coordinamento tra la disciplina di cui al regolamento n. 1857/2006 con quella in tema di aiuti diretti, dal momento che l'art. 17, regolamento n. 1857/2006 prevede la compatibilità col mercato interno e l'esenzione dall'obbligo di notifica per gli aiuti alle PMI qualora rispettino tutte le condizioni previste dal regolamento n. 1782/2003; *mutatis mutandis*, tale previsione opera anche per il successivo regolamento n. 73/2009, che ha preso il posto del regolamento n. 1782/2003, di cui ne ha disposto l'abrogazione.

8. *Segue: Il regolamento generale di esenzione per categoria*

Tra i regolamenti di esenzione occorre senz'altro ricordare il regolamento Ce n. 800/2008 della Commissione del 6 agosto 2008, che dichiara alcune categorie di aiuti compatibili con il mercato comune in applicazione degli artt. 87 e 88 del Trattato (regolamento generale di esenzione per categoria).

Detto regolamento⁶⁹ da un lato semplifica, armonizzando e riunendo in un unico testo normativo, esenzioni per categoria precedentemente disciplinate da regolamenti diversi (ovvero gli aiuti a favore delle PMI, per l'occupazione e la formazione, a finalità regionale, per la ricerca e sviluppo delle PMI) e, dall'altro, introduce nuove categorie di aiuti esentati (quelli finalizzati alla tutela ambientale, per l'innovazione, la ricerca e lo sviluppo a favore delle grandi imprese, sotto forma di capitale di rischio e per le imprese di nuova formazione da parte di imprenditori donne).

Con riguardo agli aiuti alle piccole e medie imprese, come accennato in precedenza, il regolamento n. 800/2008 ha sostituito il precedente regolamento n. 70/2001, il cui termine di validità è scaduto il 30 giugno 2008; al riguar-

⁶⁹ Preconizzato dal Piano di azione nel settore degli aiuti di Stato adottato dalla Commissione, del 7 giugno 2005, Com(2005)107 def., su cui v. M. L. TUFANO, *La disciplina degli aiuti di Stato nell'Unione europea: dal controllo all'enforcement*, in *Dir. Un. Eur.*, 2010, p. 381 ss.

do, il nuovo regolamento definisce le PMI nel proprio allegato I, il quale riprende la precedente definizione – che distingueva tra micro, piccole e medie imprese – offerta dal regolamento n. 70/2001, di cui si è detto nel paragrafo precedente.

Il regolamento n. 800/2008 è suddiviso in Capi, di cui il primo contenente le «Disposizioni comuni» alle varie misure di aiuto⁷⁰; il secondo, suddiviso in 9 sezioni⁷¹, dedicato alle «Disposizioni specifiche per le diverse categorie di aiuti» ed il terzo contenente le «Disposizioni finali». Secondo quanto previsto dall'art. 45, il regolamento è destinato ad avere efficacia fino al 31 dicembre 2013.

Il regolamento n. 800/2008, come detto, accorpa una serie di discipline precedentemente affidate ad atti normativi distinti: esso contiene, in particolare, la disciplina degli aiuti di Stato in favore delle PMI (già disciplinati dal regolamento n. 70/2001), in favore della formazione (in precedenza, considerati dal regolamento n. 68/2001), a favore dell'occupazione (regolamento n. 2204/2002), per investimenti a finalità regionale (regolamento n. 1628/2006). I regolamenti n. 68/2001, n. 70/2001, n. 2204/2002 hanno cessato di avere efficacia il 30 giugno 2008, mentre è stato abrogato il regolamento n. 1628/2006.

Lo scopo del regolamento è, quindi, quello di individuare alcune categorie di aiuti che, se erogati dagli Stati membri nel rispetto di una serie di condizioni dettate dal regolamento, fanno presumere la compatibilità degli aiuti stessi con il mercato interno, giustificando l'esenzione dall'obbligo di preventiva notifica. Come sempre, peraltro, il controllo della Commissione non è escluso, ma solo spostato temporalmente, intervenendo esso *a posteriori* (art. 10): a tal fine sono previsti (dall'art. 9) obblighi di informativa da parte degli Stati⁷².

Il regolamento tiene conto, inoltre, del possibile cumulo degli aiuti esentati in base al regolamento stesso con altri aiuti di cui l'impresa destinataria abbia beneficiato: in linea di principio l'art. 7 dispone il divieto di cumulo degli aiuti esentati in forza del regolamento con aiuti *de minimis* o con altri finanziamenti comunitari per gli stessi costi ammissibili, quando il cumulo comporti un superamento delle soglie massime di intensità di aiuto fissate dal regolamento.

⁷⁰ Cfr. il 4° *considerando*, secondo cui «è opportuno che un unico regolamento sostituisca i regolamenti summenzionati [regolamenti n. 68/2001, n. 70/2001, n. 2204/2002, n. 1628/2006]. È necessario che detta semplificazione si basi, tra le altre cose, su un insieme di definizioni armonizzate e di disposizioni orizzontali comuni stabilite al capo I del presente regolamento».

⁷¹ Una per ogni macrotipologia di aiuto, ovvero gli aiuti a finalità regionale; gli aiuti agli investimenti e all'occupazione in favore delle PMI; gli aiuti all'imprenditoria femminile; gli aiuti per la tutela ambientale; gli aiuti alle PMI per servizi di consulenza e per la partecipazione di PMI alle fiere; gli aiuti sotto forma di capitale di rischio; gli aiuti a favore della ricerca, dello sviluppo e dell'innovazione; gli aiuti alla formazione e, infine, gli aiuti in favore dei lavoratori svantaggiati e disabili.

⁷² Con una disposizione innovativa, l'art. 10, par. 3, prevede che se lo Stato membro non comunica le informazioni richieste, la Commissione può adottare una decisione che stabilisce che le future misure di aiuto cui si applica il regolamento dovranno, invece, essere notificate ex art. 88, par. 3, del Trattato (ora art. 108, par. 3, TFUE).

Il regolamento n. 800/2008 stabilisce, infine, all'art. 1, par. 2, la sua inapplicabilità (operando, così, la disciplina generale del Trattato) agli aiuti ad attività connesse all'esportazione e, dunque, agli aiuti direttamente connessi ai quantitativi esportati e agli aiuti condizionati all'impiego di prodotti interni rispetto ai prodotti di importazione: la *ratio* della mancata esenzione si ritrova, ancora una volta, negli obblighi assunti dall'UE in seno all'OMC⁷³.

Il regolamento in oggetto viene in considerazione anche ai nostri fini, dal momento che esso contiene talune disposizioni applicabili al settore agricolo: per quanto concerne quest'ultimo esso, infatti, esenta dal divieto di notifica preventiva esclusivamente gli aiuti alla ricerca e allo sviluppo, alla formazione, per la tutela dell'ambiente e a favore dei lavoratori svantaggiati e disabili, purché tali categorie di aiuti non rientrino nel campo di applicazione del regolamento Ce n. 1857/2006 sugli aiuti alle PMI nel settore della produzione agricola primaria.

In sostanza, il regolamento n. 800/2008 si applica anche al settore della produzione primaria agricola per quanto concerne gli aiuti:

- alla formazione,
- sotto forma di capitale di rischio,
- alla ricerca e allo sviluppo,
- per la tutela dell'ambiente,
- in favore dei lavoratori svantaggiati e disabili

ma solo quando tali categorie di aiuti non ricadano nel campo di applicazione del regolamento n. 1857/2006.

Allorché fa riferimento al settore agricolo, il regolamento ribadisce il trattamento differenziato tra le imprese di produzione agricola e quelle di trasformazione e di commercializzazione di prodotti agricoli: per queste ultime, infatti, si applica in maniera quasi indistinta la generale disciplina dettata per le imprese commerciali o industriali; esso non si applica, infatti, (art. 1, par. 3, lett. c.) agli aiuti in favore di attività di trasformazione e commercializzazione di prodotti agricoli (senza che, dunque, possa applicarsi il regime esentativo) quando: *i.* l'importo dell'aiuto è fissato in base al prezzo o alla quantità dei prodotti agricoli acquistati da produttori primari o immessi sul mercato da produttori primari; *ii.* l'aiuto è subordinato al fatto di essere parzialmente o interamente trasferito a produttori primari. Come chiarito dal 12° *considerando*, la *ratio* della inapplicabilità del regolamento a tali tipologie di aiuti si ritrova nel timore di una loro interferenza con il funzionamento dell'organizzazione comune di mercato: ed infatti o tali tipologie di aiuti sono previste dalle regole che sottendono la stessa OCM o, altrimenti, esse devono considerarsi

⁷³ Si precisa, peraltro, che a determinate condizioni, espressamente previste nell'art. 27, possono essere ammessi, non costituendo aiuti all'esportazione, quelli inerenti i costi di partecipazione di PMI a fiere.

sempre vietate, potendo perturbarne, se non pregiudicarne, il funzionamento e l'efficacia.

Oltre a ciò occorre, peraltro, rilevare che permane una ulteriore sia pur modesta e limitata differenziazione di disciplina per il settore della commercializzazione e della trasformazione agricola rispetto a quella dettata per il settore della trasformazione e della commercializzazione di prodotti non agricoli (cfr. artt. 13 e 15). In particolare: gli artt. 13, par. 9, in tema di aiuti regionali agli investimenti e all'occupazione, e 15, in tema di aiuti agli investimenti e all'occupazione in favore delle PMI, prevedono, infatti, una maggiore intensità di aiuto se questo è destinato alle imprese di trasformazione e commercializzazione di prodotti agricoli rispetto agli stessi aiuti erogati in favore di imprese industriali o commerciali.

Stante il trattamento differenziato previsto per le imprese agricole primarie⁷⁴ e quelle di trasformazione e commercializzazione di prodotti agricoli, il regolamento – come già il regolamento n. 1857/2006 – definisce ai propri fini (all'art. 2, punti 23 e 24) l'attività di commercializzazione e quella di trasformazione di prodotti agricoli, riprendendo alla lettera le definizioni già contenute nel regolamento n. 1857/2006, di cui si è detto in precedenza⁷⁵. Parimenti, il regolamento contiene una propria definizione di prodotti agricoli, individuati *i.* nei prodotti elencati nell'allegato I al Trattato, con l'esclusione di quelli della pesca e dell'acquacoltura, come individuati dal regolamento n. 104/2000, *ii.* nei sugheri di cui ai codici NC 4502, 4503 e 4504⁷⁶ e *iii.* nei prodotti di imitazione o di sostituzione del latte o dei prodotti lattiero-caseari. Come chiarito al punto II.6 degli *Orientamenti comunitari per gli aiuti di Stato nel settore agricolo e forestale 2007-2013*, alla nota 4, per «prodotti di imitazione o di sostituzione del latte e dei prodotti lattiero-caseari» si intendono quei prodotti che potrebbero essere confusi con il latte e/o con i prodotti lattiero-caseari, pur avendo una

⁷⁴ Che pure possono (anzi, devono) porre in essere attività di vendita a commercianti o industriali, e possono altresì operare attività di vendita diretta al consumatore, sempre che essa non avvenga in locali separati, dedicati a quella specifica finalità: la definizione dell'attività di commercializzazione riprende, infatti, quella già vista nel paragrafo precedente, fornita dal regolamento n. 1857/2006: v., sul punto, subito *infra* nel testo e la nota successiva.

⁷⁵ E, dunque, per la trasformazione, «qualsiasi trattamento di un prodotto agricolo dove il prodotto ottenuto rimane comunque un prodotto agricolo, con l'eccezione delle attività agricole necessarie per la preparazione di un prodotto animale o vegetale per la prima vendita» e, per la commercializzazione, «la detenzione o l'esposizione di un prodotto agricolo allo scopo di vendere, mettere in vendita, consegnare o immettere sul mercato in qualsiasi altro modo detto prodotto, esclusa la prima vendita da parte di un produttore primario a rivenditori o trasformatori e ogni attività volta a preparare un prodotto per tale prima vendita; la vendita, da parte di un produttore primario ai consumatori finali è considerata una commercializzazione se avviene in locali separati a tal fine destinati».

⁷⁶ 4502: sughero naturale, scrostato o semplicemente squadrato, o in cubi, lastre, fogli o strisce di forma quadrata o rettangolare (compresi gli sbocchi a spigoli vivi per turaccioli); 4503: lavori di sughero naturale; 4504: sughero agglomerato (con o senza legante) e lavori di sughero agglomerato. Mentre il codice 4501 riguarda il sughero naturale greggio o semplicemente preparato, cascami di sughero, sughero frantumato, granulato o polverizzato: in altri termini, ricomprende le denominazioni già presenti nell'allegato I.

composizione diversa, in quanto contenenti materie grasse e/o proteine non provenienti dal latte e contenenti o meno proteine derivate dal latte⁷⁷.

9. La disciplina degli aiuti *de minimis*

Come si ricorderà, gli aiuti *de minimis* sono contemplati nell'art. 2 del regolamento n. 994/98 del Consiglio, il quale autorizza la Commissione ad individuare aiuti che non soddisfano tutti i criteri di cui all'art. 92, par. 1, del Trattato (ora art. 107 TFUE), in relazione al loro modesto ammontare (non superiore ad un importo prestabilito in un determinato arco temporale di riferimento per ogni singola impresa beneficiaria) e, conseguentemente, disporre l'esenzione dall'obbligo di notifica preventiva.

Il motivo dell'esenzione dall'obbligo di notifica va, come già accennato, ravvisato nel fatto che, stante il loro esiguo ammontare, tali misure di sostegno non sono considerabili come «aiuti di Stato» in senso tecnico, così che ad essi non è innanzitutto applicabile l'art. 107, par. 1, TFUE.

In materia di *de minimis*, prima ancora del ricordato regolamento, la prassi aveva registrato una Comunicazione della Commissione nel 1996⁷⁸; a seguito dell'autorizzazione di cui al regolamento n. 994/98, la Commissione adottò poi il regolamento Ce n. 69/2001⁷⁹, successivamente sostituito dal regolamento Ce n. 1998/2006 del 15 dicembre 2006, relativo all'applicazione degli artt. 87 e 88 del Trattato agli aiuti d'importanza minore («*de minimis*»), attualmente vigente e destinato ad applicarsi nel periodo dal 1° gennaio 2007 fino al 31 dicembre 2013.

Per gli aiuti *de minimis* si è registrata una vicenda analoga a quella di cui si è detto per gli aiuti alle piccole e medie imprese: in origine, anche in questo settore la disciplina comunitaria escludeva dal proprio campo di applicazione gli aiuti *de minimis* nei settori della produzione, trasformazione e commercializzazione dei prodotti agricoli; sussistendo, per le imprese rientranti in questi campi di attività, il rischio che aiuti anche di importo modesto potessero presentare i requisiti di cui all'art. 87, par. 1, TCE (ora art. 107 TFUE), ed avere, così, effetto distorsivo.

In seguito, la Commissione, sulla scorta dell'esperienza acquisita, ha ritenuto di poter rivedere i propri convincimenti, ritenendo così che anche per il settore agricolo potessero individuarsi aiuti di importanza minore tali da non

⁷⁷ Rinviossi a quanto disposto dall'art. 3, par. 2, del regolamento (Ce) n. 1898/97 del Consiglio relativo alla protezione della denominazione del latte e dei prodotti lattiero-caseari all'atto della loro commercializzazione.

⁷⁸ Pubblicata in *Guce* n.C 68 del 6 marzo 1996.

⁷⁹ Del 12 gennaio 2001, relativo all'applicazione degli artt. 87 e 88 del Trattato CE agli aiuti di importanza minore («*de minimis*»), in *Guce* n. L 10 del 13 gennaio 2001.

pregiudicare il corretto funzionamento del mercato; venne pertanto adottato il regolamento Ce n. 1860/2004 concernente gli aiuti *de minimis* nel settore dell'agricoltura e della pesca, comprendendo la produzione, la trasformazione e la commercializzazione di prodotti agricoli: la cautela della Commissione nell'individuazione di questa categoria di «non aiuti» fu evidente, stabilendosi una soglia massima degli aiuti pari a 3.000 euro per destinatario e per triennio⁸⁰.

Dopo poco, si è concluso anche per i *de minimis* il processo di scorporo delle attività di commercializzazione e di trasformazione da quelle di produzione primaria, le quali sono state fatte confluire nel campo di applicazione del regolamento Ce n. 1998/2006, stanti le riscontrate analogie tra tale settore e quello della produzione industriale.

Infine, per motivi di chiarezza e semplificazione il regolamento n. 1860/2004 è stato abrogato e sostituito con il regolamento Ce n. 1535/2007 della Commissione del 20 dicembre 2007, relativo all'applicazione degli artt. 87 e 88 del Trattato Ce agli aiuti *de minimis* nel (solo) settore della produzione dei prodotti agricoli.

Con l'abrogazione del regolamento del 2004 si è altresì scissa la disciplina, originariamente unitaria, per gli aiuti *de minimis* nel settore dell'agricoltura e in quello della pesca, dal momento che il regolamento n. 1535/2007 ha per oggetto i prodotti agricoli di cui all'Allegato I al TFUE, con l'espressa esclusione di quelli della pesca e dell'acquacoltura, i quali sono stati oggetto di specifica disciplina con il regolamento Ce n. 875/2007 (su cui, v. *infra*, par. 11).

Riassumendo, attualmente la disciplina sugli aiuti di importanza minore è contenuta, quanto alle imprese operanti nel settore della trasformazione e commercializzazione di prodotti agricoli, nel regolamento Ce n. 1998/2006 (regolamento di applicazione generale) e, quanto alla produzione primaria di prodotti agricoli (con l'esclusione di quelli della pesca), nel regolamento Ce n. 1535/2007.

Ed è, dunque, su quest'ultimo, quale espressione della specificità dedicata dal legislatore comunitario al settore agricolo, che ci si soffermerà brevemente.

Secondo quanto previsto dall'art. 1, esso non è applicabile:

- agli aiuti per favorire le esportazioni o subordinati all'impiego preferenziale di prodotti interni;
- alle imprese in difficoltà, stanti i problemi – evidenziati dagli *Orientamenti comunitari sugli aiuti di Stato per il salvataggio e la ristrutturazione di imprese in difficoltà*⁸¹ – legati alla determinazione dell'equivalente sovvenzione lorda;

⁸⁰ Oltre a quella, di carattere più generale, rappresentata dallo 0,3% del valore della produzione agricola annua.

⁸¹ In *Gu-UE* n. C 244 del 1° ottobre 2004.

- agli aiuti il cui importo è fissato in base al prezzo o al quantitativo di prodotti commercializzati, conformemente alla giurisprudenza della Corte di giustizia secondo cui in caso di istituzione di OCM gli Stati membri sono tenuti ad astenersi da qualsiasi misura che possa derogarvi o recarvi pregiudizio⁸².

Come detto, ai fini del regolamento in esame, per prodotti agricoli si devono intendere quelli elencati nell'allegato I al Trattato, con l'eccezione dei prodotti della pesca e dell'acquacoltura, individuati dal regolamento n. 104/2000, per i quali è operante una specifica disciplina sugli aiuti *de minimis* (v. *infra*, par. 11); non vengono, invece, inseriti nella definizione i sugheri né i prodotti di imitazione/sostituzione del latte (che, al contrario, vengono considerati prodotti agricoli nei regolamenti in tema di aiuti alle piccole e medie imprese: v. *supra*, par. 7 e 8).

Sono considerati *de minimis* solo gli aiuti destinati alla stessa impresa che non superano l'importo di 7.500 € (valore al lordo delle imposte) nell'arco di tre esercizi fiscali, indipendentemente dalla forma degli aiuti o dall'obiettivo perseguito: è così evidente l'innalzamento disposto dal regolamento n. 1535/2007 rispetto alla soglia in precedenza fissata dal regolamento n. 1860/2004, pari a € 3.000⁸³.

Oltre a tale limite, ve ne è un altro specifico per il settore agricolo, rappresentato dal tetto massimo, per ogni Stato membro, pari allo 0,75% del valore annuale della produzione agricola⁸⁴.

Stante la rilevanza dell'individuazione degli importi ai fini dell'inquadramento di un aiuto quale *de minimis* oppure no, il regolamento si applica solo agli aiuti trasparenti (per i quali, come detto, è possibile calcolare *ex ante* e con precisione l'equivalente sovvenzione lorda, senza dover effettuare una analisi del rischio), e stabilisce che i meccanismi di calcolo devono essere uguali in tutti gli Stati membri, per favorire l'uniformità di applicazione della disciplina e la parità di trattamento.

Anche per gli aiuti *de minimis* si stabilisce una forma di controllo, sia pure *a posteriori*, ed eventuale, ad opera della Commissione, lasciando tuttavia

⁸² Il 7° considerando richiama sul punto quanto statuito al punto 73 della sentenza della Corte del 19 settembre 2002 in causa n. C-113/00, *Spagna c. Commissione*, cit. *supra*, nota 50, secondo cui «secondo una giurisprudenza costante, infatti, quando la Comunità ha adottato, in forza dell'art. 34 CE, una disciplina con cui si istituisce un'organizzazione comune di mercato in un settore determinato, gli Stati membri sono tenuti ad astenersi da qualsiasi misura tale da derogarvi o da portarvi pregiudizio (v., in particolare, in tal senso sentenze 29 novembre 1978 in causa n. 83/78, *Pigs Marketing Board*, in *Raccolta*, 1978, p. 2347, punto 56, e 26 giugno 1979 in causa n. 177/78, *Pigs and Bacon Commission*, cit. *supra*, nota 34, punto 14)».

⁸³ La soglia massima stabilita per il settore della produzione primaria agricola è, peraltro, sensibilmente inferiore a quella stabilita dal regolamento n. 1998/2006 per le imprese non agricole e per quelle di commercializzazione e di trasformazione di prodotti agricoli, dal momento che per queste ultime essa è pari, infatti, ad € 200.000 nel triennio (€ 100.000 nel settore dei trasporti).

⁸⁴ Cfr. F. GENCARELLI, *Gli aiuti di Stato in agricoltura*, cit. *supra*, nota 16, p. 46: per l'Italia tale limite – riportato nell'allegato al regolamento – ammonta a circa € 320 milioni, è assegnato per l'80% alle regioni.

soprattutto agli Stati il compito della loro corretta gestione; a tal fine è fatto obbligo agli Stati di informare i beneficiari che l'aiuto è *de minimis* facendo riferimento espresso al regolamento, richiedendo agli stessi, prima dell'erogazione, di dichiarare ogni altro aiuto *de minimis* percepito nell'anno in corso e nei due esercizi fiscali precedenti e che non vi è superamento del massimale individuale sopra indicato⁸⁵. È peraltro compito dello Stato quello di procedere con l'erogazione di aiuto *de minimis* solo dopo aver accertato che gli importi percepiti dal destinatario nell'esercizio in corso e nei due precedenti non supera i massimali stabiliti dal regolamento. Gli Stati hanno, altresì, l'obbligo di conservare per almeno dieci anni tutte le informazioni sugli aiuti *de minimis* erogati e di trasmettere alla Commissione le pertinenti informazioni nel caso in quest'ultima ne chieda conto.

10. Gli orientamenti della Commissione per gli aiuti di Stato nel settore agricolo e forestale 2007-2013

Gli *Orientamenti comunitari per gli aiuti di Stato nel settore agricolo e forestale 2007-2013* (2006/C 319/01), sono stati pubblicati in *Gu-Ue* n. C 319 del 27 dicembre 2006. Essi si applicano agli aiuti relativi al settore della produzione, trasformazione, commercializzazione di prodotti agricoli, con esclusione di quelli della pesca e dell'acquacoltura⁸⁶: così il punto II.5.

Si tratta di un atto di autolimitazione degli ampi poteri discrezionali che la Commissione possiede in materia, dal momento che con gli *Orientamenti* la Commissione chiarisce in anticipo a quali criteri si atterrà nella valutazione di aiuti di Stato rientranti nel loro campo di applicazione; peraltro, pur trattandosi di un atto privo di una precisa base giuridica la Corte di giustizia ne ha riconosciuto il carattere vincolante per la stessa Commissione, anche tenuto conto del principio del legittimo affidamento che gli stessi contribuiscono a determinare in capo agli Stati membri⁸⁷.

Gli *Orientamenti* in questione hanno sostituito quattro documenti precedenti, ovvero gli «*Orientamenti comunitari del 2000 per gli aiuti di Stato nel settore agricolo*»⁸⁸, gli «*Orientamenti comunitari per gli aiuti di Stato a favore della pubblicità dei prodotti di cui all'allegato I del Trattato, nonché di determinati prodotti non compresi in detto allegato*»⁸⁹, gli «*Orientamenti co-*

⁸⁵ Così l'art. 4 del regolamento. In caso di superamento del massimale, lo Stato provvede alla notifica alla Commissione dell'aiuto ovvero provvede al recupero dell'aiuto presso il beneficiario.

⁸⁶ Oggetto di specifici *Orientamenti* della Commissione, su cui v. *infra*, al paragrafo successivo.

⁸⁷ V. le sentenze citate da F. GENCARELLI, *Gli aiuti di Stato in agricoltura*, cit. *supra*, nota 16, p. 40.

⁸⁸ In *Guce* n. C 319 del 1° febbraio 2000.

⁸⁹ In *Guce* n. C 252 del 12 settembre 2001.

*munitari per gli aiuti di Stato per i test TSE, i capi morti e i rifiuti dei macelli*⁹⁰, e la «Comunicazione della Commissione in merito agli aiuti di Stato per prestiti agevolati a breve termine nel settore agricolo»⁹¹: così il punto VIII.D.194, in cui si specifica che dal 1° gennaio 2007 la Commissione non applicherà più tali testi.

Al di là della enunciazione dei propri ambiti di applicazione, di cui si è detto poc'anzi, va comunque rilevata la natura sostanzialmente residuale degli *Orientamenti*: i quali, infatti, sono destinati ad operare solo per quegli aiuti (o regimi di aiuto) non disciplinati da provvedimenti normativi dell'Unione e, dunque, trattandosi di aiuti «agricoli», non contemplati né dai regolamenti attuativi della PAC né dai regolamenti di esenzione⁹²; il testo degli *Orientamenti*, inoltre, risulta ben armonizzato con la restante normativa di cui si è detto, contenendo, ad esempio, le medesime definizioni di trasformazione e di commercializzazione di prodotti agricoli di cui ai regolamenti di esenzione in precedenza esaminati; la stessa definizione di prodotto agricolo è tale da comprendere, similmente a quanto operato dai regolamenti di esenzione, non solo i prodotti dell'allegato I al Trattato (con l'esclusione di quelli della pesca), ma anche tutti i sugheri e i prodotti di imitazione e di sostituzione del latte e dei prodotti lattiero-caseari⁹³.

Gli *Orientamenti* ribadiscono – nel Capitolo III, dedicato ai «Principi generali» – i principi enunciati anche nei regolamenti esentativi approvati dalla Commissione e, dunque, la necessaria subordinazione della normativa in tema di aiuti di Stato alla disciplina sull'OCM, conformemente alla giurisprudenza della Corte di giustizia, tale da impedire l'ammissibilità di aiuti che possano interferire con o perturbare il funzionamento dell'OCM⁹⁴; l'incompatibilità di aiuti concessi per attività connesse all'esportazione e, così, direttamente connessi con i quantitativi esportati e di quelli subordinati all'impiego preferenziale di prodotti interni, stante l'evidente contrasto di essi con gli impegni assunti in sede WTO⁹⁵; l'incompatibilità di aiuti di funzionamento, e dunque senza contropartita, destinati solo a ridurre i costi di esercizio per il beneficiario⁹⁶; il divieto, per lo stesso motivo, di aiuti retroattivi, ovvero per attività già intraprese o servizi già ricevuti al momento della decisione di compatibilità

⁹⁰ In *Guce* n. C 324 del 24 dicembre 2002.

⁹¹ In *Guce* n. C 44 del 16 febbraio 1996.

⁹² Cfr. il punto III.14 degli *Orientamenti*, secondo cui «I presenti orientamenti si applicano fatte salve eventuali deroghe specifiche stabilite dai trattati o dalla normativa comunitaria».

⁹³ V., al riguardo, le definizioni di cui ai punti II.6, II.7 e II.8 degli *Orientamenti*.

⁹⁴ Richiamandosi all'uopo la sentenza della Corte di giustizia in causa n. 177/78, *Pigs and Bacon Commission*, cit. *supra*, nota 34: v. il punto III.11.

⁹⁵ Precisandosi peraltro che di norma non sono considerati aiuti all'esportazione quelli per i costi di partecipazione a fiere, ovvero per studi e consulenze per il lancio di nuovi prodotti ovvero per l'apertura di nuovi mercati: così il punto III.12.

⁹⁶ Così il punto III.15.

dell'aiuto, non sussistendo in tal caso la necessaria componente di incentivo e dovendo, dunque, essere assimilati agli aiuti di funzionamento⁹⁷.

Rispetto agli *Orientamenti* precedenti, quelli vigenti differenziano il trattamento tra aiuti ai produttori agricoli e aiuti agli operatori della commercializzazione o trasformazione dei prodotti agricoli; per questi ultimi si prevede, a far tempo dal 1° gennaio 2007, l'applicabilità della disciplina per le imprese non agricole⁹⁸.

È interessante verificare come la Commissione intenda il proprio ruolo con riguardo agli aiuti in favore di imprese operanti nel settore della produzione di prodotti agricoli non disciplinati dall'organizzazione comune di mercato: per tali settori, si ricorderà, dispone l'art. 3 del regolamento n. 1184/2006, il quale non richiama l'applicabilità delle norme del Trattato in tema di obblighi di notifica da parte degli Stati membri. Al punto III.21 degli *Orientamenti* la Commissione dà atto di non potersi opporre adottando una decisione negativa, potendo solo presentare proprie «osservazioni»; tuttavia nel summenzionato punto si prevede che se uno Stato membro non dovesse tener conto delle osservazioni o delle raccomandazioni della Commissione, quest'ultima si riserva di ricorrere all'art. 226 TCE (ora art. 258 TFUE), secondo cui la Commissione, quando reputi che uno Stato membro abbia mancato a uno degli obblighi ad esso incombenti in base al Trattato, emette un parere motivato e se lo Stato non si conforma al parere motivato nel termine fissato, la Commissione può adire la Corte di giustizia.

Con specifico riguardo alle misure di sviluppo rurale, disciplinate nel Capitolo IV, viene manifestata la necessità di una coerenza tra le misure di aiuto previste per gli interventi di politica strutturale (ovvero tutte le misure ammissibili al cofinanziamento ex regolamento n. 1698/2005) e quelle sostenute con aiuti di Stato, così che la Commissione precisa che non verranno autorizzati aiuti di Stato non coerenti con il programma di sviluppo rurale e, in particolare, gli aiuti di Stato che portano ad un aumento della capacità per la quale non si possono trovare sbocchi normali sul mercato⁹⁹.

Il Capitolo VIII è, infine, dedicato agli aspetti procedurali: sul punto si ribadisce la necessità della notifica del progetto di aiuto ex art. 88, par. 3, del Trattato (ora art. 108 TFUE) ed ex regolamento n. 659/1999, recante modalità di applicazione dell'art. 88, fatti salvi gli aiuti contemplati nei regolamenti di esenzione adottati dalla Commissione in forza dell'autorizzazione ricevuta

⁹⁷ Così il punto III.16.

⁹⁸ Cfr. il punto III.17. Come previsto al successivo punto 19, a meno che gli orientamenti non facciano riferimento al settore agricolo in generale, anziché alla sola produzione primaria agricola o alla sola trasformazione o commercializzazione di prodotti agricoli, gli aiuti alla trasformazione o alla commercializzazione sono dichiarati compatibili solo se può essere dichiarata compatibile la concessione dei medesimi ad imprese non agricole.

⁹⁹ Così il punto IV.26.

con il regolamento n. 994/98 del Consiglio. Nei punti VIII.184 e VIII.185 vengono presi in considerazione gli aiuti supplementari erogati dagli Stati ex art. 89, del regolamento n. 1698/2005, ribadendo che non è necessario notificare separatamente gli aiuti di Stato costituenti finanziamenti supplementari¹⁰⁰ a favore di misure di sviluppo rurale purché essi siano stati notificati alla Commissione in base allo stesso regolamento n. 1698/2005 e approvati dalla Commissione in quanto parte della programmazione di sviluppo rurale ivi prevista. A tale fine, le misure in oggetto – per usufruire dell'esenzione – devono rispettare tutte le condizioni sostanziali previste per gli aiuti di Stato, con particolare riferimento ai costi ammissibili e alle intensità di aiuto stabilite dagli *Orientamenti* stessi. Ogni altro aiuto di Stato concesso per misure diverse, anche se incluse nel programma di sviluppo rurale, o per misure soggette a condizioni diverse da quelle esposte nel piano, devono invece formare oggetto di notifica separata ai sensi, ora, dell'art. 108, par. 3, TFUE.

Oltre agli *Orientamenti* di cui si è detto, occorre segnalare anche gli «*Orientamenti comunitari sugli aiuti di Stato per il salvataggio e la ristrutturazione di imprese in difficoltà*» (2004/C 244/02¹⁰¹): siffatti aiuti sono visti con particolare diffidenza, perché l'uscita dal mercato delle imprese inefficienti rientra nel normale funzionamento del mercato, così che tenere artificialmente in vita imprese decotte non può non essere ammesso in via del tutto eccezionale.

Dopo aver chiarito quali debbano essere le condizioni perché una impresa possa dirsi in «difficoltà», gli *Orientamenti* distinguono tra gli aiuti per il salvataggio, intesi quale forma di assistenza temporanea e reversibile, e quelli per la ristrutturazione, la quale si fonda su un piano realizzabile, coerente e di ampia portata volto a ripristinare la redditività a lungo termine dell'impresa.

Mette conto rilevare che detti *Orientamenti*¹⁰² si applicano alle imprese di tutti i settori, esclusi i settori del carbone e dell'acciaio ed incluso, quindi, anche il settore agricolo, che nella specie non usufruisce di un trattamento differenziato; tuttavia, la sezione 5 degli *Orientamenti* in discorso contiene disposizioni ulteriori relative al solo settore agricolo che conserva, così, anche se in misura limitata, margini di specialità.

¹⁰⁰ I cui importi devono essere «chiaramente» indicati nei piani di sviluppo rurale, ai sensi del punto VIII.185 degli *Orientamenti*.

¹⁰¹ Pubblicati in *Gu-Ue* n. C 244 del 1° ottobre 2004.

¹⁰² Destinati a conservare efficacia fino al 9 ottobre 2009, e successivamente prorogati fino al 9 ottobre 2012 a seguito della Comunicazione della Commissione relativa alla proroga degli *Orientamenti* in esame, in *Gu-Ue* n. C 156 del 9 luglio 2009.

11. Gli aiuti di Stato nel settore della pesca e dell'acquacoltura (cenni)

Come si è osservato in precedenza, il settore della pesca e dell'acquacoltura, in tema di aiuti di Stato, è destinatario di un trattamento differenziato rispetto a quello riservato al settore agricolo.

Vi è, in particolare, un perfetto parallelismo tra i due settori – ovvero tra quello della pesca e dell'acquacoltura, da un lato, e quello degli altri prodotti agricoli, dall'altro – dal momento che anche per il primo sono stati stilati degli Orientamenti specifici (*Orientamenti per l'esame degli aiuti di Stato nel settore della pesca e dell'acquacoltura*¹⁰³), nonché regolamenti di esenzione, di individuazione di aiuti *de minimis*, e, parimenti, anche per esso occorre tener conto delle relative discipline in tema di organizzazione comune di mercato e di carattere strutturale, con cui vengono previste misure di aiuto ad opera degli Stati membri, in via esclusiva o concorrente con l'intervento dell'Unione europea.

Con riguardo a queste ultime, la normativa di base per l'organizzazione di mercato del settore della pesca e dell'acquacoltura è data dal regolamento Ce n. 104/2000¹⁰⁴, il cui art. 32 dispone che, fatte salve eventuali disposizioni contrarie adottate ex artt. 36 e 37 TCE (ora 42 e 43 TFUE), gli artt. 87, 88 e 89 del Trattato (ora artt. 107 ss. TFUE) si applicano alla produzione e al commercio dei prodotti della pesca e dell'acquacoltura indicati nell'art. 1. Si ribadisce, in sostanza, che in presenza di OCM non è consentito agli Stati di alterarne o pregiudicarne il funzionamento con aiuti statali, se non espressamente consentiti e previsti dalla pertinente normativa comunitaria.

Quanto agli interventi di natura strutturale, essi sono disciplinati dal regolamento Ce n. 1198/2006¹⁰⁵ relativo al Fondo europeo per la pesca e, in particolare, agli aiuti di Stato è dedicato l'art. 7. A sua volta, come già l'equivalente regolamento n. 1698/2005 per i prodotti agricoli, stabilisce l'applicabilità degli artt. 87, 88 e 89 del Trattato (ora artt. 107, 108 e 109 TFUE) agli aiuti statali in favore delle imprese del settore della pesca, con l'esclusione dei contributi finanziari degli Stati membri alle operazioni cofinanziate dal FEP, mentre i finanziamenti statali in esubero rispetto alle previsioni del regolamento sono sottoposti alla regola generale circa l'applicabilità della disciplina del TFUE in tema di aiuti di Stato.

In tema di aiuti *de minimis*, essi sono disciplinati dal regolamento n.

¹⁰³ In *Gu-UE* n. C 229 del 14 settembre 2004.

¹⁰⁴ Del Consiglio del 17 dicembre 1999, in *Guce* n. L 17 del 21 gennaio 2000.

¹⁰⁵ Del Consiglio del 27 luglio 2006, in *Gu-UE* n. L 223 del 15 agosto 2006. Ai sensi dell'art. 1, il regolamento «istituisce il Fondo europeo per la pesca (di seguito «FEP») e definisce il quadro degli interventi di sostegno della Comunità a favore dello sviluppo sostenibile del settore della pesca, delle zone di pesca e della pesca nelle acque interne».

875/2007 della Commissione¹⁰⁶: come si ricorderà, l'originario regolamento n. 1860/2004 disciplinava gli aiuti *de minimis* nei settori dell'agricoltura e della pesca; questa normativa di carattere unitario è stata successivamente smembrata in due rami: l'uno, concernente gli aiuti *de minimis* nel solo settore agricolo, facente capo al regolamento Ce n. 1535/2007 (di cui si è detto *supra*, al par. 10); l'altro, relativo ai prodotti della pesca e dell'acquacoltura come individuati nell'art. 1 del regolamento Ce n. 104/2000, disciplinato dal regolamento n. 875/2007.

Mette conto rilevare che il regolamento n. 875/2007 si applica indistintamente agli aiuti *de minimis* concessi sia alle imprese attive nel settore della pesca, sia a quelle attive nel settore della trasformazione e della commercializzazione dei prodotti della pesca¹⁰⁷. Per l'agricoltura, invece, la normativa è unica per i produttori come anche per i trasformatori e i commercianti, e stabilisce quale soglia massima affinché un aiuto possa rientrare nella definizione l'importo di euro 30.000 concesso alla stessa impresa nell'arco di tre esercizi finanziari, sempre che l'importo cumulativo corrisposto dallo Stato membro non superi, nel triennio, uno specifico importo indicato, per ogni Stato membro, nell'allegato al regolamento stesso, corrispondente al 2,5% circa del valore della produzione annuale¹⁰⁸. Come chiarito dal 5° *considerando*, l'esperienza acquisita dalla Commissione ha dimostrato che il rischio che gli aiuti *de minimis*, così come poc'anzi individuati, falsino la concorrenza è meno elevato di quanto si stimasse nel 2004 (quando col regolamento n. 1860/2004 si disciplinarono gli aiuti *de minimis* nei settori dell'agricoltura e della pesca fissando quale massimale l'importo di euro 3.000 nel triennio per ogni destinatario).

Infine, come accennato, anche nel settore della pesca e dell'acquacoltura esiste un regolamento di esenzione per gli aiuti di Stato alle piccole e medie imprese attive nel settore della produzione, della trasformazione e della commercializzazione dei prodotti della pesca: si tratta del regolamento Ce n. 736/2008 della Commissione¹⁰⁹, avente come proprio ambito di riferimento le piccole e medie imprese di produzione o trasformazione e commercializzazione dei prodotti della pesca o dell'acquacoltura indicati nell'art. 1 del regolamento Ce n. n. 104/2000. Anche in questo caso, a differenza di quanto pre-

¹⁰⁶ Del 24 luglio 2007, relativo all'applicazione degli artt. 87 e 88 del Trattato CE agli aiuti *de minimis* nel settore della pesca e recante modifica del regolamento (Ce) n. 1860/2004.

¹⁰⁷ Definite come «l'intera serie di operazioni di movimentazione, trattamento, produzione e distribuzione effettuate tra il momento dello sbarco e l'ottenimento del prodotto finale»: così l'art. 2, lett. c., del regolamento n. 875/2007.

¹⁰⁸ Cfr. il 6° *considerando*; il massimale per l'Italia è pari a € 94.325.000,00.

¹⁰⁹ Del 22 luglio 2008, relativo all'applicazione degli artt. 87 e 88 del Trattato agli aiuti di Stato a favore delle piccole e medie imprese attive nel settore della produzione, della trasformazione e della commercializzazione dei prodotti della pesca, in *Gu-UE* n. L 201 del 30 luglio 2008.

visto per il settore agricolo, la disciplina è unica per i produttori e per i trasformatori.

A chiudere il cerchio vi sono, poi, come già ricordato, gli *Orientamenti comunitari per l'esame degli aiuti di Stato nel settore della pesca e dell'acquacoltura* (2004/C229/03)¹¹⁰ per i quali valgono, *mutatis mutandis*, le considerazioni già svolte (nel paragrafo precedente) con riferimento agli *Orientamenti per gli aiuti di Stato nel settore agricolo*; a differenza di questi ultimi, gli Orientamenti relativi al settore della pesca hanno solo un termine iniziale di efficacia (applicandosi agli aiuti notificati successivamente al 1° novembre 2004) e non anche un termine finale.

12. La definizione di attività agricola e di prodotto agricolo nel micro sistema degli aiuti di Stato ed il suo difficile coordinamento con le definizioni del Trattato. Valutazioni critiche e conclusive

Dopo aver cercato di dare conto, sia pure sommariamente, della complessa normativa comunitaria in materia di aiuti di Stato in agricoltura, è possibile cercare di trarre qualche considerazione di sintesi.

Va innanzitutto evidenziato che la complessità sembra essere una caratteristica ineliminabile della materia, dal momento che il sistema delineato dagli artt. 107 ss. TFUE implica una normazione attuativa ad opera del Consiglio e della Commissione, primariamente allo scopo di individuare i più o meno ampi margini di manovra a disposizione degli Stati membri per porre in essere aiuti non incompatibili col mercato interno; la stretta correlazione tra gli aiuti di Stato e le ragioni dell'economia comporta, inoltre, una continua opera di adattamento e di revisione degli atti normativi comunitari, emanati sempre *rebus sic stantibus*. Si tratta, in definitiva, di una normativa intimamente legata alle specificità del momento, e quindi tale da poter subire repentini cambiamenti se e in quanto la realtà economico-sociale lo imponga.

A ciò deve aggiungersi la sussistenza di quello che si è definito il «doppio binario» che a livello di normativa primaria caratterizza il settore della produzione e della commercializzazione dei prodotti agricoli ai sensi del Trattato. Come si è visto, il settore agricolo deve fare i conti non solo con l'applicabilità della disciplina generale di cui sopra, ovvero degli artt. 107 ss. TFUE, ma anche con quanto previsto dall'art. 42 del medesimo Trattato (il quale, come si è visto, autorizza il Consiglio a stabilire se e in che misura la suddetta disciplina generale sia applicabile al settore agricolo) e con l'attuazione della politica agricola comune (ora, dell'Unione europea) la quale, a sua volta,

¹¹⁰ In *Gu-Ue* n. C 229 del 14 settembre 2004.

comporta una ineliminabile deroga alle norme generali in materia di tutela della concorrenza.

In questo modo, i settori dell'agricoltura e della pesca risultano assoggettati a due categorie di norme: quelle speciali, volte alla messa in opera delle misure di politica agricola e della pesca che possono talora anche comportare la totale o parziale disapplicazione delle norme *antitrust* del TFUE, e, nei limiti in cui le norme speciali lo consentano, quelle generali in tema di aiuti di Stato, che trovano la loro fonte negli artt. 107 ss. TFUE.

La sussistenza di distinte norme di rango primario che legittimano l'adozione delle rispettive normative secondarie di attuazione determina, dunque, il doppio binario normativo di cui si è detto in precedenza, ovvero lo sviluppo di due filoni normativi non privi, peraltro, di interferenze, non operando su binari completamente paralleli.

Peraltro, anche grazie alla recente opera di armonizzazione, di coordinamento e di (tendenziale) semplificazione svolta dalla Commissione nell'ultimo quinquennio, di cui si è cercato di dare conto nei paragrafi che precedono, le discipline generate dalle diverse fonti interessate sembrano aver trovato una sistematizzazione tale da evitare potenziali conflitti o discrasie.

Ciò non di meno, la materia degli aiuti di Stato nel settore agricolo appare ancor oggi caratterizzata da una moltitudine di interventi normativi, le quali rendono non agevole il lavoro dell'interprete e dell'operatore che voglia comprendere come muoversi all'interno di quella che a volte appare una vera e propria giungla normativa, resa peraltro quasi necessitata dalla odierna situazione economica, tale da rendere gli aiuti di Stato non solo ineliminabili – e dunque da guidare attraverso i regolamenti di esenzione e gli Orientamenti, volti a favorire meno aiuti ma più mirati – ma anche sempre più necessari, alla luce della progressiva diminuzione di risorse a disposizione dell'Unione.

L'intimo collegamento esistente tra la materia degli aiuti di Stato e le condizioni dell'economia dell'Unione e degli Stati membri ha, altresì, comportato la delineazione di confini del tutto originali di ciò che può essere considerato rientrante nel settore dell'agricoltura.

Si è osservato come i regolamenti della Commissione, finalizzati alla individuazione di categorie di aiuti statali, destinati ad imprese agricole, esentati dall'obbligo della previa notifica (segnatamente il regolamento generale di esenzione per categoria e quello concernente gli aiuti alle PMI agricole), includano, da un lato, tra le imprese destinatarie della relativa disciplina, anche quelle dedite alla produzione di prodotti *ulteriori* rispetto a quelli elencati nell'allegato I del Trattato mentre, dall'altro, *escludono* dal loro ambito di applicazione le imprese attive nella trasformazione o nella commercializzazione di prodotti agricoli ricompresi nel suddetto allegato al TFUE.

Il micro ordinamento degli aiuti di Stato ha, infatti, elaborato una propria definizione di prodotto agricolo, escludendo da tale ambito definitorio i pro-

dotti della pesca e dell'acquacoltura: così che gli aiuti statali alle imprese operanti nel settore della pesca o dell'acquacoltura, in considerazione della loro specificità, vengono disciplinati da atti normativi del tutto autonomi, ed operanti anche in questo caso su un doppio binario, ovvero tanto sul versante della politica comune della pesca, quanto su quello, di carattere generale, collegato all'attuazione della disciplina generale di cui agli artt. 107 ss. TFUE.

Si è, al riguardo, già evidenziato che la definizione di prodotto agricolo, destinata a valere ai limitati fini della normativa *de qua*, è tale da comprendere non solo i prodotti di cui all'allegato I al TFUE, con l'esclusione di quelli della pesca, ma anche tutti i sugheri di cui ai codici NC 4502, 4503 E 4504 (mentre nell'allegato I ve ne sono ricompresi solo alcuni) nonché i prodotti di imitazione o di sostituzione del latte e dei prodotti lattiero-caseari; gli stessi Orientamenti della Commissione utilizzano questa definizione ai fini della delimitazione del comparto agricolo, così che anche gli aiuti alle imprese attive nella produzione di quei prodotti saranno valutati secondo gli Orientamenti «agricoli».

Tale soluzione non si ritrova, invece, nel regolamento volto ad individuare i limiti propri degli aiuti *de minimis* in agricoltura, in cui la definizione di prodotto agricolo risulta più ristretta, venendo a coincidere con quella dell'allegato I, con la sola eccezione dei prodotti della pesca e dell'acquacoltura (per i quali, come si è osservato, opera una specifica disciplina *de minimis*): conseguentemente, il produttore di un sughero non ricompreso nell'allegato I (o di un succedaneo del latte) viene eccezionalmente considerato come produttore agricolo ai limitati fini dell'applicazione dei regolamenti di esenzione, mentre ritorna ad essere qualificato come imprenditore non agricolo quando si debba determinare il limite all'erogazione di aiuti *de minimis*.

La deroga micro ordinamentale non si limita, peraltro, alla definizione di ciò che deve intendersi per «prodotto agricolo», dal momento che, come si è visto, i regolamenti di esenzione sopra esaminati e il regolamento sui *de minimis* nel settore agricolo non risultano applicabili a quegli imprenditori che sono dediti alla commercializzazione o alla trasformazione di prodotti agricoli: ciò che rileva ai fini dell'applicazione della speciale disciplina dettata per il settore è, dunque, non solo l'ottenimento di un prodotto che sia qualificabile come agricolo ai sensi delle speciali definizioni ivi contenute, ma anche l'assenza di una attività diversa dalla mera produzione (e dalla prima vendita) di quel prodotto. Così la «commercializzazione» di un prodotto agricolo, o l'ottenimento di un siffatto prodotto ma a seguito di un procedimento di manipolazione o di trasformazione determina l'esclusione della relativa impresa dal novero delle imprese agricole ai sensi e per gli effetti dell'applicazione della normativa di esenzione per gli aiuti statali al settore agricolo e di quella sugli aiuti *de minimis* in agricoltura¹¹¹.

¹¹¹ Mette conto osservare che analogo scorporo delle attività di commercializzazione e di trasformazione non si rinviene, invece, nel regolamento sugli aiuti *de minimis* nel settore della pesca,

La differenziazione disciplinare ha comportato, inoltre, la predisposizione di specifiche definizioni di ciò che deve intendersi per «commercializzazione» e per «trasformazione» di prodotti agricoli, onde evitare dubbi interpretativi sulla individuazione della normativa concretamente applicabile alle relative imprese.

La particolare delineazione dei confini di applicazione della normativa speciale approntata per il settore agricolo quanto agli aiuti di Stato opera, peraltro, solamente per uno dei due binari che interessano la materia; occorre, invero, sempre ricordare quanto previsto dalla normativa riconducibile al secondo filone normativo, ovvero a quello che trova la propria fonte negli artt. 38 ss. TFUE, e dunque nelle norme del Trattato in materia di agricoltura e che, in particolare, dettano i principi della politica agricola comune: relativamente a questo troncone normativo non si ravvisano scostamenti rispetto ai principi, così che l'individuazione di ciò che deve considerarsi prodotto agricolo avviene sulla scorta di quanto stabilito dall'art. 38 del Trattato e, al tempo stesso, l'attività di commercializzazione e di trasformazione di un prodotto incluso nell'allegato I non risulta destinataria di un trattamento giuridico distinto da quello previsto per gli aiuti alla produzione primaria.

Certamente, questo pluralismo definitorio non aiuta l'interprete – costringendolo, anzi, a verificare continuamente i relativi ambiti di applicazione di ogni singolo provvedimento normativo – ma deve ritenersi frutto della natura essenzialmente «pragmatica» del diritto sugli aiuti di Stato e, più in generale, dell'intero diritto a tutela della concorrenza tra imprese, strettamente collegato alla realtà economico-finanziaria e al mercato, per sua natura mutevole e variabile.

Di esso occorre sicuramente prendere atto, senza la necessità, peraltro, di rinvenire – per quanto sopra rilevato – ragioni sistematiche alla sua radice; né la sussistenza di una affatto particolare opera di cesellatura dei confini di ciò che può essere considerato agricolo ai fini dell'applicazione di certa normativa sugli aiuti di Stato può essere valutata in termini di uno «scardinamento» dei principi del diritto dell'UE o assumere la veste di un prodromo per un nuovo corso del diritto agrario comunitario: più semplicemente, le specifiche esigenze collegate alla disciplina sugli aiuti di Stato hanno indotto la Comunità ad adottare ambiti definitivi peculiari, i quali, tuttavia, sono destinati ad avere una rilevanza limitata al solo settore degli aiuti di Stato.

L'esistenza di deroghe alla normativa generale non è, peraltro, neppure una novità o una caratteristica della sola disciplina sugli aiuti di Stato: basti pensare, ad esempio, per restare all'interno della normativa *antitrust*, all'eccezione al divieto di accordi potenzialmente lesivi della concorrenza prevista

il cui regime è destinato ad applicarsi indistintamente ai produttori primari (e, dunque, ai pescatori o agli allevatori di pesce) e ai trasformatori o distributori.

già dal regolamento Cee n. 26/62, ovvero dal regolamento che ha inteso dare attuazione alla previsione di cui all'art. 42 del Trattato Cee (ora art. 42 TFUE) e, in particolare, dalla seconda frase del par. 1 dell'art. 2; la disposizione in esame, dopo l'abrogazione del regolamento n. 26/62, è stata ripresa dal 2° comma del par. 1 dell'art. 2, regolamento Ce n. 1184/2006¹¹², secondo cui l'art. 81 del Trattato (ora art. 101 TFUE) tendenzialmente non si applica «agli accordi, decisioni e pratiche di imprenditori agricoli, di associazioni di imprenditori agricoli o di associazioni di dette associazioni appartenenti ad un unico Stato membro»: come da tempo rilevato in dottrina¹¹³, più che dalla giurisprudenza della Corte di giustizia¹¹⁴, tale eccezione¹¹⁵ opera non per tutti i produttori dei prodotti di cui all'allegato I ma solo per gli accordi posti in essere dagli agricoltori in senso stretto: e dunque, per utilizzare il linguaggio dei regolamenti sopra esaminati, per i soli produttori agricoli primari e non anche per i commercianti od i trasformatori di prodotti agricoli.

Già nel 1962 era, dunque, sorta l'esigenza di scorporare, sia pure ai limitati fini dell'individuazione dei soggetti partecipanti alle intese da considerarsi lecite, il settore agricolo primario da quello che, per dimensioni e volume di affari, solo per certi fini veniva considerato agricolo, apparendo tuttavia, nella sostanza (e, per quanto più interessa, in sede di esame della compatibilità di aiuti statali in loro favore), più simile a quello industriale o commerciale.

Ma definizioni speciali o derogatorie ai principi del Trattato si ritrovano anche in altri e successivi, rilevanti, provvedimenti normativi: si pensi alla definizione di «impresa alimentare» di cui al regolamento Ce n. 178/2002, finalizzata alla delimitazione di una platea di soggetti destinataria delle regole specifiche dettate per il settore alimentare, e formulata in maniera tale da ricomprendere trasversalmente tanto le imprese agricole primarie quanto quelle in-

¹¹² Valevole, come si è rilevato, per i soli prodotti agricoli privi di OCM; per gli altri prodotti, la relativa disciplina si ritrova ora nell'art. 176 del regolamento Ce n. 1234/2007, che riprende, quasi alla lettera, quanto disposto dall'art. 2, del regolamento n. 1184/2006: in dottrina, v. A. JANNARELLI, *sub artt. 175-179*, in *Il regolamento unico sull'organizzazione comune dei mercati*, cit. *supra*, nota 31, p. 181 ss.

¹¹³ Cfr. G. SGARBANTI, *Mercato agricolo*, cit. *supra*, nota 23, p. 445; ID., *Le fonti del diritto agrario*, I, *Le fonti costituzionali e comunitarie*, Padova, Cedam, 1988, p. 299 s.; A. JANNARELLI, *Il regime della concorrenza nel settore agricolo tra mercato unico europeo e globalizzazione dell'economia*, in *Riv. dir. agr.*, 1997, I, p. 416 ss., spec. p. 432 s., secondo cui è l'intero regolamento n. 26/62 riferibile ai soli prodotti agricoli di quello che all'epoca era l'allegato II al Trattato.

¹¹⁴ Per la quale non è in ogni caso revocabile in dubbio che l'ambito di applicazione del regolamento n. 26/62 sia comunque limitato ai soli produttori o commercianti di prodotti inclusi nell'allegato al Trattato (ora allegato I al TFUE): cfr. sentenze della Corte di giustizia del 25 marzo 1981 in causa n. 61/80, *Coöperatieve Stremsel c. Commissione*, in *Raccolta*, 1981 p. 851 e del 30 gennaio 1985 in causa n. 123/83, *Bureau national interprofessionnel du cognac*, in *Raccolta*, 1985, p. 391 ss.

¹¹⁵ La quale (v. sentenza della Corte di giustizia del 12 dicembre 1995 in cause riunite n. C-319/93, n. C-40/94 e n. C-224/94, *Dijkstra*, in *Raccolta*, 1995, I, p. 4471) si somma alle altre contemplate nel medesimo art. 2: per un sommario esame della disciplina sia consentito il rinvio a RUSSO, *sub art. 36*, in F. POCAR (a cura di), *Commentario breve ai Trattati della Comunità e dell'Unione europea*, Padova, Cedam, 2001.

dustriali; assoggettando, così, le prime e le seconde ad un *corpus* disciplinare sostanzialmente unitario. Oppure alla definizione di ciò che deve intendersi per attività agricola ai sensi e per gli effetti di cui al regolamento Ce n. 73/2009 in materia di aiuti diretti agli agricoltori, in cui si consente la percezione di aiuti anche a chi non svolge attività produttiva agricola (e dunque anche a chi, a rigore, non rientra nella definizione di agricoltore riconducibile al Trattato e, segnatamente, alla previsione dell'art. 38), limitandosi a mantenere il terreno in buone condizioni agronomiche e ambientali.

Certo è che la centralità del Trattato e delle definizioni in esse contenute lascia progressivamente – e inesorabilmente – sempre più spazio agli interventi della normazione secondaria, la quale risulta maggiormente ancorata ai bisogni e alle opportunità del momento e, proprio per tale motivo, risulta dotata di un grado sensibilmente inferiore di sistematicità delle disposizioni di rango primario, tanto che anche per il diritto dell'Unione europea si stanno ponendo – e non da poco – problemi di interpretazione, di coordinamento e di coerenza interna che la dottrina italiana già da tempo lamenta con riferimento al diritto nazionale. Sul punto occorre, peraltro, rilevare che le norme dei trattati (a seguito di Lisbona) hanno natura di norme primarie e, dunque, latamente «costituzionali», così che emerge con sufficiente chiarezza la zona d'ombra che investe i provvedimenti della normazione secondaria comunitaria laddove essi contengono non irrilevanti deroghe a disposizioni dei trattati in assenza di un'autorizzazione di queste ultime.

E così, per fare un esempio all'interno della disciplina della concorrenza, mentre la limitazione all'esenzione dal divieto di accordi lesivi della concorrenza ai soli produttori agricoli trova la propria fonte nella norma autorizzatoria rappresentata, ora, dall'art. 42 TFUE, che attribuisce al Consiglio (ora, congiuntamente al Parlamento) la facoltà di stabilire in che misura applicare la disciplina *antitrust* alle imprese operanti in agricoltura, il trattamento differenziato previsto per le imprese di trasformazione e di commercializzazione di prodotti agricoli, da un lato, e quelle di produzione primaria, quanto alla disciplina dettata per gli aiuti di Stato, che pur potrebbe trovare legittimazione nel ricordato art. 42 del TFUE, appare essere frutto di una decisione adottata dalla sola Commissione, dal momento che nulla è previsto in proposito nel regolamento autorizzativo del Consiglio n. 994/98, di cui si è detto in precedenza al par. 6.

Analogamente può dirsi con riguardo alla peculiare definizione di attività agricola contenuta nel regolamento Ce n. 73/2009 (e, prima di esso, dal regolamento Ce n. 1782/2003), posto che si consente la fruizione di aiuti diretti – e, dunque, di aiuti chiaramente distorsivi del gioco della concorrenza – anche a chi non produce, né trasforma o commercializza prodotti agricoli, limitandosi a svolgere l'attività di custode del terreno a disposizione: ancora una volta si è in presenza di un regolamento che contiene previsioni in deroga alla

disciplina generale *antitrust* il quale, se può dirsi legittimato e autorizzato per gli interventi ivi regolamentati in favore degli operatori agricoli di cui all'art. 38 TFUE, giusta il combinato disposto tra tale disposizione e il successivo art. 42, non altrettanto sembra esserlo con riferimento agli aiuti disposti in favore di chi agricoltore non è in base ai Trattati¹¹⁶.

Per tornare agli aiuti di Stato, occorre, infine, considerare che lo scorporo disciplinare delle imprese di produzione agricola primaria da quelle di trasformazione e di commercializzazione di prodotti che sono pur sempre agricoli ai sensi del Trattato può, altresì, comportare, difficoltà di carattere burocratico-amministrativo nella gestione della materia sotto il profilo interno, con particolare riferimento al ruolo del Ministero «agricolo» italiano. Quest'ultimo, infatti, è strutturato in maniera tale da adeguarsi alla definizione di prodotto agricolo in base al Trattato: le competenze del MIPAAF concernono oggi, infatti, non solo le attività di produzione primaria, ma anche quelle di prima trasformazione di prodotti inclusi nell'elenco dell'allegato I al TFUE.

In forza di quanto previsto dall'art. 33, dlgo n. 300/1999¹¹⁷, e successivamente ribadito dal comma 9 dell'art. 1, d.l. n. 85/08¹¹⁸, il Ministero è competente non solo in materia di produzione primaria ma anche in quella di prima trasformazione dei prodotti agricoli, come definiti dal par. 1 dell'art. 32 TCE (ora art. 38 TFUE); il regolamento recante riorganizzazione del MIPAAF¹¹⁹ ha, con il proprio art. 3, attribuito al neo istituito «Dipartimento delle politiche competitive del mondo rurale e della qualità», e segnatamente agli uffici della «Direzione generale della competitività per lo sviluppo rurale», le competenze per le «problematiche in materia di aiuti di Stato», pur se al contempo vengono attribuite ai diversi uffici della «Direzione generale dello sviluppo agroalimentare e della qualità» – anch'essa facente parte del ricordato Dipartimento – «l'elaborazione, attuazione e coordinamento delle politiche di sviluppo economico delle imprese agricole, della cooperazione agroalimentare, dell'organizzazione e l'integrazione dei mercati, nonché della prima trasformazione industriale dei prodotti agricoli, fatte salve le competenze del Ministero dello sviluppo economico».

La differenziazione disciplinare presente nel diritto comunitario per le

¹¹⁶ E non a caso autorevole dottrina ritiene che il regolamento Ce n. 1782/2003 e, ora, il regolamento n. 73/2009, mal si concilii con le finalità della PAC, di cui all'art. 39 del TFUE: cfr. COSTATO, *La riforma della PAC del 2003 e le norme agrarie del Trattato*, in *Riv. dir. agr.*, 2005, I, p. 478 ss.; in argomento v. anche D. BIANCHI, *La Pac «camaleontica» alla luce del Trattato di Lisbona*, in *Riv. dir. agr.*, 2009, I, p. 592 ss.

¹¹⁷ Dlgo 30 luglio 1999, n. 300, recante riforma dell'organizzazione del Governo.

¹¹⁸ D.l. 16 maggio 2008, n. 85, convertito, con modificazioni, dalla legge 14 luglio 2008, n. 121.

¹¹⁹ Dpr 22 luglio 2009, n. 129, Regolamento recante riorganizzazione del Ministero delle politiche agricole, alimentari e forestali, a norma dell'art. 74 del d.l. 25 giugno 2008, n. 112, convertito, con modificazioni, dalla legge 6 agosto 2008, n. 133.

imprese di produzione agricola primaria e per quelle di trasformazione impone, dunque, agli uffici del Ministero, di esercitare le proprie competenze al riguardo utilizzando basi giuridiche diverse, ogni qualvolta lo Stato decida di porre in essere in prima persona misure di aiuto per operatori del settore agricolo, dovendo tenere separate le discipline concernenti gli aiuti ai produttori primari e quelli ai primi trasformatori, pur se le relative attività siano svolte da una struttura produttiva unitaria e considerata, per il diritto domestico, quale unica attività imprenditoriale agricola¹²⁰.

Luigi Russo*

¹²⁰ Come evidenziato in dottrina, il riferimento alla sola produzione agricola primaria contenuto nei regolamenti di esenzione e in quello sugli aiuti *de minimis* delinea una impresa agricola dai confini più ristretti rispetto a quelli desumibili dalla normativa interna, così che la medesima struttura produttiva, qualificabile in termini di impresa agricola ai sensi dell'art. 2135 c.c., potrebbe risultare beneficiaria tanto di aiuti statali assoggettati alla disciplina comunitaria destinata alle imprese agricole in senso stretto (ovvero di sola produzione primaria) quanto di aiuti disciplinati dalle norme previste per le imprese non agricole (al cui interno ricadono le imprese attive nel settore della commercializzazione e nella trasformazione di prodotti agricoli): così A. JANNARELLI, *Il pluralismo definitorio dell'attività agricola*, cit. *supra*, nota 64, p. 12. Mette conto rilevare (v. A. JANNARELLI, *Aiuti comunitari e aiuti di Stato*, cit. *supra*, nota 32, p. 379) che a livello comunitario la competenza in materia di aiuti di Stato è propria della DG Concorrenza della Commissione, ad eccezione degli aiuti di Stato al settore agricolo, per i quali è competente la DG Agricoltura.

* Professore associato di Diritto agrario / Università degli Studi di Ferrara.

I. SENTENZE E COMMENTI

IL TERMINE «PURO» NON PUÒ ESSERE UTILIZZATO PER COMPLETARE LA DENOMINAZIONE DI VENDITA DEI PRODOTTI DI CIOCCOLATO

Corte di giustizia

Sentenza del 25 novembre 2010 in causa n. C-47/09*

Commissione europea c. Repubblica italiana

Art. 226 CE - Ricorso per inadempimento - Direttiva n. 2000/36/Ce, art. 3, n. 5 - Commercializzazione dei prodotti di cacao e di cioccolato - Aggiunta della dicitura «puro» o «cioccolato puro» all'etichettatura di taluni prodotti - Violazione delle disposizioni di armonizzazione in materia di denominazione di vendita del cioccolato.

Prevedendo la possibilità di completare con l'aggettivo «puro» la denominazione di vendita dei prodotti di cioccolato che non contengono grassi vegetali diversi dal burro di cacao, la Repubblica italiana è venuta meno agli obblighi ad essa incombenti in forza, da una parte, dell'art. 3, n. 5, della direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio 23 giugno 2000, n. 2000/36/Ce, relativa ai prodotti di cacao e di cioccolato destinati all'alimentazione umana, e, dall'altra, del combinato disposto degli artt. 3, n. 1, di detta direttiva e 2, n. 1, lett. a., della direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio 20 marzo 2000, n. 2000/13/Ce, relativa al ravvicinamento delle legislazioni degli Stati membri concernenti l'etichettatura e la presentazione dei prodotti alimentari, nonché la relativa pubblicità.

(Omissis) **In diritto**

1. Con il suo ricorso, la Commissione delle Comunità europee chiede alla Corte di dichiarare che la Repubblica italiana, prevedendo la possibilità di completare con l'aggettivo «puro» o con la dicitura «cioccolato puro» l'etichettatura dei prodotti di cioccolato che non contengano grassi vegetali diversi dal burro di cacao, è venuta meno agli obblighi ad essa incombenti in forza, da un lato, dell'art. 3, n. 5, della di-

* Inedita in *Raccolta*. Il testo integrale della sentenza è reperibile sul sito internet www.curia.europa.eu. In argomento v. *infra*, p. 261 ss., il commento di *FAUSTO CAPELLI* nonché, p. 277 ss., il commento di *DANIELE PISANELLO*.

rettiva del Parlamento europeo e del Consiglio 23 giugno 2000, n. 2000/36/Ce, relativa ai prodotti di cacao e di cioccolato destinati all'alimentazione umana (*Guce* n. L 197, p. 19), e, dall'altro, del combinato disposto degli artt. 3 della direttiva n. 2000/36 e 2, n. 1, lett. a., della direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio 20 marzo 2000, n. 2000/13/Ce, relativa al ravvicinamento delle legislazioni degli Stati membri concernenti l'etichettatura e la presentazione dei prodotti alimentari, nonché la relativa pubblicità (*Guce* n. L 109, p. 29).

(*Omissis*)

Fase precontenziosa del procedimento

14. Con lettera del 22 marzo 2004, la Commissione attirava l'attenzione delle autorità italiane sull'incompatibilità della legge n. 39/2002 e del decreto legislativo n. 178/2003 con il regime delle direttive n. 2000/13 e n. 2000/36. Le autorità italiane rispondevano con una nota in data 23 aprile 2004 del Ministero delle Attività Produttive.

15. Non reputandosi soddisfatta di questa risposta, la Commissione avviava il procedimento di inadempimento previsto dall'art. 226 CE e, di conseguenza, in data 13 ottobre 2004, inviava alla Repubblica italiana una lettera di diffida.

16. In assenza di risposta da parte delle autorità italiane, in data 5 luglio 2005 la Commissione emetteva un parere motivato invitando tale Stato membro ad adottare le misure necessarie per conformarsi a detto parere entro due mesi dalla ricezione dello stesso.

17. In risposta, le autorità italiane, con lettere del 21 ottobre e del 4 novembre 2005, esprimevano l'intenzione di modificare gli artt. 6 e 7 del decreto legislativo n. 178/2003 e, su tale base, chiedevano la chiusura del presente procedimento.

18. Constatando che, nonostante ulteriori scambi di corrispondenza, la situazione rimaneva immutata, la Commissione ha deciso di presentare il ricorso in esame.

Sul ricorso

Argomenti delle parti

19. La Commissione asserisce che la normativa italiana, prevedendo la possibilità, ex art. 28, n. 1, della legge n. 39/2002 ed ex art. 6 del decreto legislativo n. 178/2003, di completare con l'aggettivo «puro» o con la dicitura «cioccolato puro» l'etichettatura dei prodotti di cioccolato e, più precisamente, le denominazioni di vendita elencate nell'allegato I di tale decreto per i prodotti che non contengono grassi vegetali diversi dal burro di cacao, ha introdotto una denominazione supplementare per i prodotti di cioccolato a seconda che essi possano essere considerati «puri» o «non puri». Questa distinzione costituirebbe, in sostanza, una violazione dell'art. 3, nn. 1 e 5, della direttiva n. 2000/36 e sarebbe contraria alla giurisprudenza della Corte, che ha riconosciuto la natura identica dei prodotti di cioccolato che contengono fino al 5% al massimo di taluni grassi vegetali (sentenza 16 gennaio 2003, causa n. C-14/00, *Commissione c. Italia*, in *Raccolta*, I, p. 513, punto 87).

20. La Commissione ricorda che l'utilizzo di grassi vegetali diversi dal burro di cacao è rigorosamente regolamentato. Non solo un tale utilizzo è limitato a sei sostanze elencate in modo tassativo nell'allegato II della direttiva n. 2000/36, ma l'aggiunta delle stesse non può superare il 5% del prodotto finito. Inoltre, come richiesto

dal nono *considerando* di detta direttiva, l'informazione circa la presenza di grassi vegetali deve essere corretta, imparziale, obiettiva e tale da non indurre in errore il consumatore. Di conseguenza, l'art. 2, n. 2, di detta direttiva prevede che la dicitura «contiene grassi vegetali diversi dal burro di cacao» debba figurare «accanto» e non all'interno della denominazione di vendita. Il legislatore comunitario avrebbe previsto di informare il consumatore circa la presenza o meno, nel prodotto di cioccolato, di grassi vegetali diversi dal burro di cacao mediante l'etichettatura, e non tramite l'impiego di una distinta denominazione di vendita.

21. La Commissione osserva che la distinzione creata dalla normativa italiana è doppiamente ingannevole per un consumatore medio. Essa ritiene infatti che l'utilizzo dell'aggettivo «puro» non sia né corretto, né imparziale, né obiettivo e che sia pertanto di per sé ingannevole.

22. Innanzi tutto, il termine «puro» conferirebbe automaticamente una connotazione negativa al prodotto che non reca tale dicitura.

23. Inoltre, il fatto di aver creato due categorie di prodotti di cioccolato, laddove la legge ne prevede solo una, ingannerebbe il consumatore inducendolo a pensare che esistano due categorie di cioccolato.

24. Infine, la dicitura «cioccolato puro» non sarebbe sufficientemente esplicita per informare il consumatore del fatto che il cioccolato di cui trattasi contiene soltanto burro di cacao, senza aggiunta di altri grassi vegetali.

25. La Repubblica italiana non contesta il fatto che le denominazioni di vendita di cui all'allegato I della direttiva n. 2000/36 siano obbligatorie ed elencate tassativamente. Essa afferma, tuttavia, che la denominazione di vendita non esaurisce il contenuto dell'etichettatura. Sarebbe evidente che gli Stati membri possono aggiungere altre diciture nell'etichettatura, in particolare allo scopo di indicare ai consumatori che non sono stati usati grassi vegetali diversi dal burro di cacao. Quindi, sarebbe possibile inserire nell'etichettatura tutte le indicazioni che non creino confusione con la denominazione di vendita, che deve rimanere quella di cui all'allegato I.

26. Il legislatore italiano non avrebbe inteso introdurre una nuova denominazione di vendita, né un'indicazione di criterio di qualità basata non sul tenore di cacao superiore al minimo richiesto, bensì sull'uso esclusivo del burro di cacao. L'aggettivo «puro» non avrebbe una connotazione qualitativa, bensì sarebbe meramente descrittivo. Esso, quindi, svolgerebbe unicamente la funzione di indicare la composizione del prodotto in esame, senza fornire un giudizio *a priori* sulla qualità superiore o meno di tale prodotto. Per la Repubblica italiana, dunque, l'art. 6 del decreto legislativo n. 178/2003 è conforme all'art. 3, nn. 1 e 5, della direttiva n. 2000/36.

27. La Repubblica italiana sostiene che l'apposizione dell'aggettivo «puro» persegue la finalità di indicare che come grasso vegetale si è usato solo il burro di cacao, ad esclusione di qualsiasi altro. Ciò spiegherebbe perché l'apposizione dell'aggettivo «puro» alla denominazione di vendita non interferisce con questa, che rimane immutata. Per questa ragione non si può affermare che in tal modo venga introdotta una nuova denominazione, non prevista all'allegato I della direttiva n. 2000/36.

28. La Repubblica italiana afferma che l'espressione «cioccolato puro» è meramente descrittiva, in quanto si limita a trasmettere un'informazione al consumatore, informazione a cui il consumatore ha diritto ai sensi del decimo *considerando* delle direttive n. 2000/36 e n. 2000/13. Sulla base di questa informazione, il consumatore deciderà liberamente quale prodotto preferisce acquistare. In un contesto in cui il

consumatore è perfettamente al corrente che nella composizione dei prodotti di cioccolato possono essere utilizzati grassi vegetali diversi dal burro di cacao, diciture di questo genere sarebbero percepite proprio come informazioni sulla presenza o meno dei suddetti grassi vegetali.

Giudizio della Corte

Sulla censura relativa alla violazione degli obblighi derivanti dagli artt. 3, n. 1, della direttiva n. 2000/36 e 2, n. 1, lett. *a.*, della direttiva n. 2000/13

29. Per quanto riguarda l'inadempimento degli obblighi derivanti dagli artt. 3, n. 1, della direttiva n. 2000/36 e 2, n. 1, lett. *a.*, della direttiva n. 2000/13, occorre preliminarmente constatare che, come osservato dalla Commissione, l'art. 3 della direttiva n. 2000/36 ha realizzato un'armonizzazione completa delle denominazioni di vendita relative ai prodotti di cacao e di cioccolato destinati all'alimentazione umana finalizzata a garantire l'unicità del mercato interno. Le denominazioni di vendita di cui all'allegato I della direttiva n. 2000/36, a norma del suo art. 3, n. 1, sono al tempo stesso obbligatorie e riservate ai prodotti in esso indicati. L'aggiunta di aggettivi qualificativi è subordinata al rispetto delle condizioni specifiche previste all'art. 3, n. 5, della direttiva n. 2000/36. Inoltre, l'art. 4 di tale direttiva prevede che gli Stati membri non adottino, per i prodotti indicati nell'allegato I, disposizioni nazionali non previste dalla stessa direttiva n. 2000/36. Da ciò si evince che l'art. 3 di tale direttiva ha proceduto ad un'armonizzazione completa delle denominazioni di vendita dei prodotti di cioccolato, di cui, peraltro, la Repubblica italiana non ha mai contestato il carattere vincolante.

30. Questa interpretazione è ulteriormente suffragata dalla storia di detta direttiva. La direttiva del Consiglio 24 luglio 1973, n. 73/241/Cee, relativa al ravvicinamento delle legislazioni degli Stati membri concernenti i prodotti di cacao e di cioccolato destinati all'alimentazione umana (*Guce* n. L 228, p. 23), indica, al settimo *considerando*, «che nei prodotti di cioccolato l'utilizzazione di sostanze grasse vegetali diverse dal burro di cacao è ammessa in taluni Stati membri, dove si fa largamente uso di tale autorizzazione; che tuttavia non si può decidere fin d'ora sulle possibilità e le modalità dell'estensione dell'utilizzazione di tali sostanze grasse a tutta la Comunità, dato che le informazioni economiche e tecniche disponibili a tutt'oggi non permettono di stabilire una posizione definitiva e che di conseguenza la situazione dovrà essere riesaminata alla luce dell'evoluzione futura».

31. Quindi, al momento dell'adozione della direttiva n. 73/241, il legislatore comunitario, per quanto riguarda le disparità tra le normative degli Stati membri, non era stato in grado di adottare, tramite tale direttiva, una posizione definitiva sulle conseguenze, per quanto attiene alla denominazione o all'etichettatura, dell'utilizzo di grassi vegetali diversi dal burro di cacao nei prodotti di cioccolato. Il Consiglio dell'Unione europea si era pertanto limitato, per quanto concerne l'utilizzo di sostanze grasse vegetali diverse dal burro di cacao, ad instaurare un regime provvisorio, destinato ad essere riesaminato, conformemente all'art. 14, n. 2, lett. *a.*, di detta direttiva, alla scadenza di un termine di tre anni.

32. Con la direttiva n. 2000/36 il legislatore comunitario ha previsto che l'aggiunta di grassi vegetali sostitutivi non implica tanto l'impiego di denominazioni differenti per tali prodotti, bensì la presenza di informazioni supplementari sull'etichetta. Per quanto

riguarda i prodotti di cioccolato nei quali sono stati aggiunti grassi vegetali diversi dal burro di cacao, l'art. 2 della direttiva n. 2000/36, letto alla luce del suo nono *considerando*, garantisce al consumatore un'informazione corretta, imparziale e obiettiva sul prodotto considerato, la quale si spinge oltre all'elenco dei suoi ingredienti, attraverso l'utilizzo della formula «contiene grassi vegetali oltre al burro di cacao».

33. In proposito, nel decimo *considerando* della direttiva n. 2000/36 si enuncia, senza tuttavia imporre l'uso di alcuna dicitura specifica, che l'etichettatura può indicare che non sono stati aggiunti grassi vegetali diversi dal burro di cacao, purché l'informazione sia corretta, imparziale, obiettiva e tale da non indurre in errore il consumatore.

34. Per quanto attiene alla valutazione della compatibilità della normativa italiana con le disposizioni della direttiva n. 2000/36, come appena ricordate e contestualizzate, occorre in primo luogo constatare che l'art. 6 del decreto legislativo n. 178/2003 dispone che taluni prodotti di cioccolato, che non contengono grassi vegetali diversi dal burro di cacao, possono riportare nell'etichettatura il termine «puro» abbinato al termine «cioccolato» in aggiunta o integrazione alle denominazioni di vendita. Orbene, se l'aggiunta al termine «cioccolato» delle parole «al latte» o «bianco» o «ripieno» dev'essere considerata all'origine di altrettante nuove denominazioni di vendita, lo stesso deve valere per l'aggiunta del termine «puro».

35. Tuttavia, occorre constatare che la direttiva n. 2000/36 non prevede né la denominazione di vendita «cioccolato puro» né l'introduzione di una siffatta denominazione da parte di un legislatore nazionale.

36. Pertanto, consentendo una siffatta modifica delle denominazioni di vendita, l'art. 6 del decreto legislativo n. 178/2003 si pone in contrasto col sistema obbligatorio e tassativo delle denominazioni di vendita istituito dall'art. 3, n. 1, della direttiva n. 2000/36 e disciplinato dall'art. 4 di detta direttiva.

37. In secondo luogo, va anche rilevato che, come afferma la Commissione, il sistema di duplice denominazione instaurato dal legislatore italiano non rispetta neppure i requisiti stabiliti dall'art. 2, n. 1, lett. a., della direttiva n. 2000/13, in forza del quale il consumatore deve disporre di un'informazione corretta, imparziale ed obiettiva che non lo induca in errore.

38. Sebbene la Repubblica italiana abbia giustamente sottolineato il diritto dei consumatori ad una corretta informazione, ciò nondimeno una modifica delle denominazioni di vendita come quella cui si è proceduto nella specie non rappresenta un metodo appropriato per realizzare tale scopo.

39. Occorre, infatti, ricordare che la Corte ha dichiarato che l'aggiunta di sostanze grasse vegetali diverse dal burro di cacao a prodotti di cacao e di cioccolato che rispettano i contenuti minimi previsti dalla direttiva n. 73/241, ora sostituita dalla direttiva n. 2000/36, non può produrre l'effetto di modificare sostanzialmente la natura di tali prodotti al punto di trasformarli in prodotti diversi (v. sentenze 16 gennaio 2003, causa n. C-12/00, *Commissione c. Spagna*, in *Raccolta*, I, p. 459, punto 92, e *Commissione c. Italia*, cit., punto 87).

40. Da tale giurisprudenza risulta che l'utilizzo di grassi vegetali diversi dal burro di cacao, entro i limiti fissati dall'art. 2, n. 1, della direttiva n. 2000/36, non genera di per sé una modifica di tali prodotti atta a giustificare una distinzione delle loro denominazioni di vendita.

41. L'inserimento, invece, in un'altra parte dell'etichetta di un'indicazione neu-

tra ed obiettiva che informi i consumatori dell'assenza, nel prodotto, di sostanze grasse vegetali diverse dal burro di cacao sarebbe sufficiente a garantire un'informazione corretta dei consumatori (v., in questo senso, citate sentenze *Commissione c. Spagna*, punto 93, e *Commissione c. Italia*, punto 88).

42. Da ciò si evince che, sebbene secondo la normativa italiana l'utilizzo dell'aggettivo «puro» non sia obbligatorio, l'autorizzazione ad introdurre denominazioni di vendita differenti da quelle previste dalla direttiva n. 2000/36 è idonea a suggerire l'esistenza di una distinzione tra le caratteristiche fondamentali dei prodotti in questione.

43. Conseguentemente, la disposizione dell'art. 6 del decreto legislativo n. 178/2003, consentendo di mantenere due categorie di denominazioni di vendita che, in sostanza, designano il medesimo prodotto, è idonea ad indurre in errore il consumatore e, pertanto, può ledere il suo diritto ad un'informazione corretta, imparziale ed obiettiva.

44. Da quanto precede si evince che tale art. 6 viola i requisiti di cui agli artt. 3, n. 1, della direttiva n. 2000/36 e 2, n. 1, lett. a., della direttiva n. 2000/13. Pertanto, la prima censura è fondata.

Sulla censura vertente sulla violazione degli obblighi imposti dall'art. 3, n. 5, della direttiva n. 2000/36

45. Per rispondere a questa censura sollevata dalla Commissione, occorre constatare che, come ricordato ai punti 29-36 di questa sentenza, l'art. 3 della direttiva n. 2000/36, come interpretato alla luce dell'art. 4 della stessa, ha proceduto ad un'armonizzazione completa delle denominazioni di vendita dei prodotti di cioccolato. Nel contesto di tale sistema obbligatorio e tassativo, l'apposizione di aggettivi qualificativi è subordinata al rispetto delle specifiche condizioni stabilite dall'art. 3, n. 5, di detta direttiva.

46. Orbene, è giocoforza constatare che, lungi dal rispettare dette condizioni, l'art. 6 del decreto legislativo n. 178/2003 prevede la possibilità che per taluni prodotti di cioccolato, tra cui in particolare quelli contemplati dall'art. 3, n. 5, della direttiva n. 2000/36, il termine «puro» sia integrato o aggiunto al termine «cioccolato» nelle denominazioni di vendita quando tali prodotti non contengono grassi vegetali diversi dal burro di cacao.

47. Pertanto, l'art. 6 del decreto legislativo n. 178/2003 non è conforme ai requisiti stabiliti dall'art. 3, n. 5, della direttiva n. 2000/36, in quanto consente di completare con una siffatta dicitura, relativa ad un criterio di qualità, le denominazioni di vendita dei prodotti indicati in quest'ultimo articolo.

48. Di conseguenza, la seconda censura deve essere accolta.

49. Alla luce dell'insieme delle considerazioni che precedono, occorre dichiarare che la Repubblica italiana, prevedendo la possibilità di completare con l'aggettivo «puro» la denominazione di vendita dei prodotti di cioccolato che non contengono grassi vegetali diversi dal burro di cacao, è venuta meno agli obblighi ad essa incombenti in forza, da una parte, dell'art. 3, n. 5, della direttiva n. 2000/36 e, dall'altra, del combinato disposto degli artt. 3, n. 1, di detta direttiva e 2, n. 1, lett. a., della direttiva n. 2000/13.

(*Omissis*)

LIMITI DI UTILIZZO DEL TERMINE «PURO» NELLE ETICHETTE DEI PRODOTTI DI CIOCCOLATO

Sommario: **I.** Osservazioni introduttive - **1.** I problemi relativi alla definizione del termine «cioccolato» - **2.** La direttiva Cee n. 73/241 sui prodotti di cacao e di cioccolato - **3.** La legge italiana n. 351 del 30 aprile 1976 sui prodotti di cioccolato - **4.** La prima procedura di infrazione introdotta dalla Commissione europea contro l'Italia - **II.** La sentenza della Corte di giustizia del 25 novembre 2010 in causa n. C-47/2009 che conclude la seconda procedura di infrazione contro l'Italia introdotta per contestare l'utilizzo della denominazione «cioccolato puro» - **1.** Informazione del consumatore - **2.** Comunicazione al consumatore dell'assenza di grassi vegetali - **3.** La soluzione adottata dal Governo italiano **4.** La seconda procedura di infrazione - **5.** Il dilemma attuale del Governo italiano - **III.** Valutazioni finali e conclusive.

I. Osservazioni introduttive

Le vicende che hanno portato all'adozione della direttiva Ce n. 2000/36¹, relativa ai prodotti di cacao e cioccolato, sulla quale si è pronunciata la Corte di giustizia con la sentenza sopra riportata e qui commentata², possono essere, in forma schematica e semplificata, così sinteticamente riassunte.

1. I PROBLEMI RELATIVI ALLA DEFINIZIONE DEL TERMINE «CIOCCOLATO»

Per molti anni vi sono state divergenze radicali fra i produttori europei sul modo di definire i prodotti di cioccolato.

In alcuni Paesi, come l'Italia, i produttori avevano da sempre escluso, nella produzione di cioccolato, l'impiego di grassi vegetali diversi dal burro di cacao.

In altri Paesi, invece, come la Gran Bretagna, i produttori impiegavano da

¹ Direttiva n. 2000/36/Ce del Parlamento europeo e del Consiglio, del 23 giugno 2000, relativa ai prodotti di cacao e di cioccolato destinati all'alimentazione umana, in *Guce* n. L 197 del 3 agosto 2000, p. 19 ss.

² Sentenza della Corte di giustizia del 25 novembre 2010 emessa in causa n. C-47/09, *Commissione c. Repubblica italiana*, inedita in *Raccolta*.

tempo, nella produzione di cioccolato, grassi vegetali diversi dal burro di cacao.

Tale posizione divergente ha comportato, per anni, il divieto di commercializzare in Italia, mediante la denominazione di vendita «cioccolato», un prodotto che risultasse composto anche da grassi vegetali diversi dal burro di cacao.

Nel 1973 hanno aderito alla Comunità europea tre nuovi Stati, Regno Unito, Irlanda e Danimarca, nei quali, per la produzione di cioccolato, venivano tradizionalmente impiegati grassi vegetali diversi dal burro di cacao.

L'adesione dei tre Stati, appena menzionati, ha avuto l'effetto di trasferire a livello comunitario la disciplina del settore, affidando alle istituzioni europee la competenza ad occuparsi delle posizioni divergenti tra i produttori cui sopra abbiamo accennato.

2. LA DIRETTIVA CEE N. 73/241 SUI PRODOTTI DI CACAO E DI CIOCCOLATO

Proprio nel 1973, infatti, è stata adottata la direttiva Cee n. 73/241³ che è la prima direttiva di armonizzazione delle disposizioni degli Stati membri applicabile nel settore dei prodotti di cacao e cioccolato, con la quale si è anche cercato di armonizzare le regole nazionali sull'impiego di grassi vegetali diversi dal burro di cacao nella produzione di cioccolato.

Ma, relativamente a questo aspetto, le posizioni divergenti sono rimaste inalterate e la predetta direttiva Cee n. 73/241 non ha potuto fare altro che prenderne atto in un proprio specifico *considerando*.

Infatti il *considerando* n. 7 della direttiva Cee n. 73/241 precisava che:

«nei prodotti di cioccolato l'utilizzazione di sostanze grasse vegetali diverse dal burro di cacao è ammessa in taluni Stati membri, dove si fa largamente uso di tale autorizzazione; che tuttavia non si può decidere fin d'ora sulle possibilità e le modalità dell'estensione dell'utilizzazione di tali sostanze grasse a tutta la Comunità, dato che le informazioni economiche e tecniche disponibili a tutt'oggi non permettono di stabilire una posizione definitiva e che di conseguenza la situazione dovrà essere riesaminata alla luce dell'evoluzione futura».

Come si vede, la direttiva Cee n. 73/241, prendendo atto delle divergenze ancora esistenti, ha evitato di procedere all'armonizzazione delle disposizioni nazionali degli Stati membri applicabili in materia, rinviando tale armonizzazione ad una scadenza successiva⁴.

³ Direttiva n. 73/241/Cee del Consiglio, del 24 luglio 1973, relativa al ravvicinamento delle legislazioni degli Stati membri concernenti i prodotti di cacao e di cioccolato destinati all'alimentazione umana, in *Guce* n. L 228 del 16 agosto 1973, p. 23 ss.

⁴ Sui problemi concernenti il divieto di usare in Italia le denominazioni di vendita del cioccolato per designare un prodotto composto anche da grassi vegetali diversi dal burro di cacao v. F. CAPELLI, *Dialogo sul cioccolato*, in *Alimenta*, 1995, n. 9, p. 119; G. DE GIOVANNI, *Il problema dell'uso dei grassi vegetali diversi dal burro di cacao nei prodotti di cioccolato*, in *Alimenta*, 1997, n. 11/12, p. 227; ID., *Ancora sui prodotti di cacao e di cioccolato*, in *Alimenta*, 2000, n. 5, p. 103.

Secondo l'art. 14, par. 2, lett. *a.*, della stessa direttiva Cee n. 73/241, il primo tentativo di armonizzazione avrebbe dovuto essere effettuato entro un termine di tre anni dopo l'entrata in vigore della direttiva medesima.

Tale termine è stato però abbondantemente superato senza che si arrivasse ad un accordo, anche se la direttiva Cee n. 73/241 ha subito, nel corso degli anni, numerose modifiche.

L'opposizione alla proposta di consentire l'impiego di grassi vegetali diversi dal burro di cacao nella produzione di cioccolato è stata condotta, oltre che dai Paesi membri che sostenevano la posizione italiana, anche dal Parlamento europeo e da vari Paesi terzi (ACP) soprattutto africani (paesi produttori di cacao).

3. LA LEGGE ITALIANA N. 351 DEL 30 APRILE 1976 SUI PRODOTTI DI CIOCCOLATO

Nel frattempo, l'Italia aveva adottato la legge 30 aprile 1976, n. 351 che vietava la commercializzazione nel nostro Paese del cioccolato contenente grassi vegetali diversi dal burro di cacao. Il divieto doveva essere ovviamente inteso nel senso che era proibita la commercializzazione, con la denominazione «*cioccolato*», di un prodotto contenente grassi vegetali diversi dal burro di cacao, con la conseguenza che tale prodotto poteva essere normalmente commercializzato anche in Italia, purché con una denominazione di vendita diversa.

Tale disciplina ha creato, ovviamente, qualche tensione a livello europeo ma non ha determinato, per diversi anni, veri e propri contenziosi.

In altre parole, per diversi anni, a partire dall'entrata in vigore della citata legge n. 351/1973, in Italia è stata esclusa la possibilità di utilizzare la denominazione «*cioccolato*» per designare prodotti composti da grassi vegetali diversi dal burro di cacao, i quali dovevano invece essere messi in commercio (cfr. art. 6 della legge) con la dicitura «*surrogato di cioccolato*».

L'esclusione di tale possibilità (con l'obbligo della dicitura predetta) è stata ulteriormente precisata in una circolare del Ministero della Salute del 15 marzo 1996, in base alla quale venivano espressamente presi di mira i prodotti di cacao e cioccolato contenenti grassi vegetali diversi dal burro di cacao, originari del Regno Unito, dell'Irlanda e della Danimarca.

L'emissione della citata circolare del Ministero della Salute, ha determinato una prima reazione della Commissione europea nel 1997 e l'avvio di una procedura di infrazione contro l'Italia nel 1998 che ha portato all'introduzione, nel gennaio dell'anno 2000, di un ricorso fondato sull'art. 226 del Trattato Ce.

4. LA PRIMA PROCEDURA DI INFRAZIONE INTRODotta DALLA COMMISSIONE EUROPEA CONTRO L'ITALIA

Nel primo procedimento di infrazione davanti alla Corte di giustizia, portante il numero di ruolo n. C-14/2000, deciso con sentenza del 16 gennaio

2003⁵, si è discusso della legittimità della pretesa dell'Italia di imporre l'utilizzazione, nella commercializzazione dei prodotti di cioccolato contenenti grassi vegetali diversi dal burro di cacao, della dicitura «*surrogato di cioccolato*», sopra ricordata.

Il ricorso della Commissione del gennaio 2000, facendo riferimento alle norme del Trattato Ce in materia di libertà di circolazione delle merci nel mercato unico (artt. 28 e 30 del Trattato Ce, ora artt. 34 e 36 TFUE) sosteneva, come era ovvio, l'illegittimità della pretesa dello Stato italiano di vietare l'utilizzo della denominazione «*cioccolato*» per i prodotti contenenti grassi vegetali diversi dal burro di cacao, che, come ricordato, secondo l'art. 6 della citata legge n. 351/1976 (e secondo la citata circolare del Ministero della Salute del 1996) dovevano essere posti in commercio in Italia con la dicitura «*surrogato di cioccolato*».

Nonostante il predetto divieto fosse già contenuto nell'art. 6 della legge n. 351/1976, la Commissione europea ha osato contestarlo ufficialmente all'Italia, con il ricorso presentato davanti alla Corte di giustizia, soltanto nell'anno 2000 (24 anni dopo!), perché nel 2000 era stato raggiunto l'accordo, in sede comunitaria, sul riconoscimento del diritto dei produttori europei di utilizzare la denominazione «*cioccolato*», anche per i prodotti contenenti una percentuale non superiore al 5% di grassi vegetali diversi dal burro di cacao.

Ciò è avvenuto con l'adozione della direttiva Ce n. 2000/36 sui prodotti di cacao e cioccolato, citata agli inizi.

In effetti, l'art. 2, n. 1, della direttiva Ce n. 2000/36 ha riconosciuto che anche i prodotti di cacao e cioccolato, composti con grassi vegetali diversi dal burro di cacao in una percentuale non eccedente il 5%, potessero essere designati con la denominazione «*cioccolato*».

Dopo l'entrata in vigore della direttiva Ce n. 2000/36, mentre era in corso il citato procedimento di infrazione avviato dalla Commissione contro l'Italia, era diventata quindi insostenibile, per il Governo italiano, la pretesa di continuare ad imporre ai produttori degli altri Paesi membri l'utilizzo della dicitura «*surrogato di cioccolato*», per i loro prodotti contenenti grassi vegetali diversi dal burro di cacao in una percentuale non superiore al 5%.

L'esito del procedimento di infrazione contro l'Italia appariva quindi scontato, dopo l'entrata in vigore della direttiva Ce n. 2000/36, anche se la sua applicazione concreta era stata fissata (art. 7, par. 1) alla data del 3 agosto 2003, a partire dalla quale la precedente direttiva Cee n. 73/241 doveva considerarsi abrogata.

In realtà, il Governo italiano avrebbe potuto evitare una sentenza sfavo-

⁵ Sentenza della Corte di giustizia del 16 gennaio 2003 in causa n. C-14/00, *Commissione c. Repubblica italiana*, in *Raccolta*, 2003, I, p. 513 ss. Cfr. anche sentenza della Corte di giustizia del 16 gennaio 2003 in causa n. C-12/00, *Commissione c. Regno di Spagna*, in *Raccolta*, 2003, I, p. 459 ss.

revoles soltanto se fosse riuscito a dimostrare che l'aggiunta dei grassi vegetali, diversi dal burro di cacao, modificava a tal punto la composizione del cioccolato da farlo diventare un prodotto diverso agli occhi dei consumatori italiani, tradizionalmente abituati a consumare cioccolato privo di tali grassi.

Una tesi del genere è stata in effetti sostenuta, in quanto era possibile fondarla su una disposizione specifica della direttiva Cee n. 79/112 in materia di etichettatura dei prodotti alimentari.

Infatti, in base all'art. 5, n. 1, lett. c., della direttiva Cee n. 79/112⁶ (ora divenuto art. 5, n. 1, lett. c. della direttiva Ce n. 2000/13)⁷ lo Stato membro di destinazione di un prodotto alimentare (nel caso di specie: Italia) può imporre al produttore dello Stato membro di origine del medesimo (nel caso di specie: Gran Bretagna) di modificare la denominazione di vendita, impiegata per designare il proprio prodotto al momento della commercializzazione nel Paese di destinazione, se la composizione del prodotto medesimo fosse tale da farlo apparire un prodotto diverso da quello conosciuto con tale denominazione dai consumatori del Paese di destinazione.

La Corte di giustizia ha esaminato anche questa obiezione nel corso della procedura di infrazione ed ha concluso che la sola aggiunta del 5% di grassi vegetali diversi dal burro di cacao non aveva l'effetto di trasformare il prodotto considerato in un prodotto diverso, sfornito dei requisiti necessari per potersi fregiare della denominazione di vendita «cioccolato».

Il procedimento di infrazione n. 14/2000 è quindi terminato con la sentenza pronunciata il 16 gennaio 2003⁸, con la quale la Corte di giustizia ha dichiarato la illegittimità delle disposizioni contenute nella legge italiana n. 351/1976 più volte citata, che prevedevano il divieto di porre in commercio in

⁶ Direttiva n. 79/112/Cee del Consiglio, del 18 dicembre 1978, relativa al ravvicinamento delle legislazioni degli Stati membri concernenti l'etichettatura e la presentazione dei prodotti alimentari destinati al consumatore finale, nonché la relativa pubblicità, in *Guce* n. L 33 dell'8 febbraio 1979, p. 1.

⁷ Direttiva n. 2000/13/Ce del Parlamento europeo e del Consiglio, del 20 marzo 2000, relativa al ravvicinamento delle legislazioni degli Stati membri concernenti l'etichettatura e la presentazione dei prodotti alimentari, nonché la relativa pubblicità, in *Guce* n. L 109 del 6 maggio 2000, p. 29 ss.

⁸ Cfr. i commenti di F. ALBISINNI, *La Corte di giustizia, il cioccolato e la concorrenza*, in *Riv. dir. agr.*, 2003, II, p. 141 ss.; L. A. BOURGES, *España e Italia condenadas por obstaculizar la libre circulación de mercancías: ¿un final feliz para la "guerra del chocolate"?*, in *Gaceta Jurídica de la C.E. y de la Competencia*, 2003, n. 224, p. 115 ss.; R. CONTI - R. FOGLIA (a cura di), *È cioccolato anche il prodotto contenente grassi vegetali diversi dal burro di cacao*, in *Corr. Giur.*, 2003, 4, p. 523 ss.; L. COSTATO, *Burro di cacao e cioccolata*, in *Riv. dir. agr.*, 2003, II, p. 17 ss.; O. FIUMARA, *Cioccolato e cioccolato puro*, in *Rassegna dell'avvocatura dello Stato*, 2003, p. 48 s.; A. NAUMANN, *Kein "Reinheitsgebot" für Schokolade*, in *European Law Reporter*, 2003, p. 107 ss.; V. PAONE, in *Foro it.*, 2003, IV, c. 72 ss.; D. SLATER, *Marché intérieur. Arrêt "Directive Chocolat"*, *RDUE*, 2003, p. 290 s.; F. SPAGNUOLO, *Il principio di proporzionalità come parametro di legittimità nelle sentenze della Corte di giustizia sulle normative nazionali relative alla circolazione delle merci e alla tutela dei consumatori*, in *Riv. it. dir. pubbl. comun.*, 2003, p. 1544 ss.; G. DE GIOVANNI, *La questione del cioccolato "puro"*, in *Alimenta*, 2006, n. 1, p. 7; F. SARMIENTO LALUNA, *La introducción del cioccolato puro a la italiana: ¿una nueva guerrilla del chocolate?*, in *Revista de Derecho Alimentario*, n. 11, 2006, p. 16 ss.; G. DE GIOVANNI, *Due pesi due misure. I casi miele e cioccolato*, in *Alimenta*, 2007, n. 3, p. 55.

Italia prodotti di cacao e cioccolato con la denominazione «*cioccolato*», se contenevano grassi vegetali diversi dal burro di cacao, con l'obbligo di utilizzare, per questi stessi prodotti, la dicitura «*surrogato di cioccolato*».

II. La sentenza della Corte di giustizia del 25 novembre 2010 in causa n. C-47/2009 che conclude la seconda procedura di infrazione contro l'Italia introdotta per contestare l'utilizzo della denominazione «*cioccolato puro*»

1. INFORMAZIONE DEL CONSUMATORE

Non essendo più possibile vietare, a seguito dell'applicazione della direttiva Ce n. 2000/36 e dopo la sentenza della Corte di giustizia del 16 gennaio 2003, sopra esaminata, l'utilizzo della denominazione «*cioccolato*» anche per designare i prodotti contenenti una percentuale non superiore al 5% di grassi vegetali diversi dal burro di cacao, il Governo italiano si è posto il problema di come tenere distinto il cioccolato, contenente grassi vegetali diversi dal burro di cacao, da quello prodotto in Italia tradizionalmente privo, per legge, di tali grassi.

Tale distinzione trovava la sua giustificazione nella necessità di informare i consumatori italiani che non erano al corrente delle differenze praticate sul mercato europeo, dato che in Italia i grassi vegetali, diversi dal burro di cacao, non venivano in alcun modo utilizzati perché vietati per legge.

La soluzione di tale problema non poteva però prescindere, ovviamente, dalla regolamentazione specifica contenuta nella direttiva Ce n. 2000/36 sopra esaminata.

Ma le posizioni divergenti tra i diversi Stati membri, segnalate agli inizi, non solo avevano decisamente impedito il raggiungimento di soluzioni armonizzate con la prima direttiva Cee n. 73/241 (pur non avendo ostacolato la conclusione di un accordo su alcuni punti nodali in essa disciplinati), ma non avevano neppure consentito di ottenere l'inserimento di prescrizioni chiare e di agevole applicazione, all'interno della direttiva Ce n. 2000/36, per quanto riguarda l'indicazione, da apporre in etichetta, destinata a segnalare ai consumatori la presenza o l'assenza di grassi vegetali diversi dal burro di cacao.

Infatti l'art. 2, par. 2, della direttiva Ce n. 2000/36 stabilisce che:

«I prodotti di cioccolato che, a norma del par. 1, contengono grassi vegetali diversi dal burro di cacao, possono essere immessi in commercio in tutti gli Stati membri, a condizione che la loro etichettatura, a norma dell'art. 3, rechi la menzione ben visibile e chiaramente leggibile: "contiene altri grassi vegetali oltre al burro di cacao". Tale menzione appare nello stesso campo visivo dell'elenco degli ingredienti, ben distinta da questo, con carat-

teri di corpo almeno pari all'elenco e in grassetto accanto alla denominazione di vendita; indipendentemente da questa disposizione, la denominazione di vendita del prodotto può apparire anche altrove».

Come si vede, secondo la direttiva Ce n. 2000/36 deve essere segnalata obbligatoriamente in etichetta la presenza, nel cioccolato, di grassi vegetali diversi dal burro di cacao⁹, mentre non è contenuta nella direttiva medesima alcuna disposizione riguardante l'assenza di tali grassi vegetali.

In effetti, dalla formulazione dell'art. 2, par. 2, della direttiva Ce n. 2000/36 sopra riportato, si deduce immediatamente che il legislatore comunitario, per superare le posizioni divergenti sopra ricordate, ha ritenuto di dover fare una concessione agli operatori europei che, nella produzione del cioccolato, utilizzavano anche altri grassi vegetali in aggiunta al burro di cacao.

Tali operatori vengono in sostanza autorizzati ad aggiungere, nella produzione del cioccolato, il 5% dei predetti grassi vegetali «a condizione che» tale aggiunta sia indicata in modo ben visibile nell'etichetta del prodotto.

Così come formulata, la disposizione sopra riportata riconosce implicitamente (se non esplicitamente) che il solo prodotto legittimato a fregiarsi della denominazione di vendita «cioccolato» è unicamente quello composto con burro di cacao. Per concessione del legislatore comunitario viene però consentito al produttore europeo di cioccolato, interessato ad aggiungere grassi vegetali diversi dal burro di cacao, di utilizzarli nella propria attività di produzione purché tale aggiunta non superi la percentuale del 5% e purché la presenza di tali grassi venga indicata in modo ben visibile nell'etichetta¹⁰.

Ma se il prodotto, "implicitamente" inteso come cioccolato dalla stessa direttiva Ce n. 2000/36 nel senso sopra chiarito, è quello non contenente grassi vegetali diversi dal burro di cacao, sarebbe stato necessario precisare, nella direttiva medesima, come il consumatore avrebbe dovuto essere informato in modo compiuto sulle caratteristiche del prodotto offerto in vendita con la denominazione «cioccolato».

2. COMUNICAZIONE AL CONSUMATORE DELL'ASSENZA DI GRASSI VEGETALI

Come sopra ricordato, la direttiva Ce n. 2000/36 non stabilisce normativamente in che modo deve essere segnalata in etichetta, al consumatore, l'as-

⁹ Si tratta di sei tipi di grassi di origine tropicale elencati nell'Allegato II della direttiva Ce n. 2000/36.

¹⁰ Si potrebbe sostenere che, dal punto di vista formale, sia stato riservato ai produttori di cioccolato contenente grassi vegetali diversi dal burro di cacao, un trattamento analogo a quello riservato ai produttori di prodotti contenenti sostanze allergeniche. Anche questi produttori possono senz'altro commercializzare i loro prodotti ma, in base alla direttiva Ce n. 2003/89 (in *Gu-UE* n. L 308 del 2003), devono obbligatoriamente indicare, in modo chiaro e visibile, insieme all'elenco degli ingredienti, tutte le sostanze allergeniche che sono contenute nel prodotto finito. Ovviamente, le finalità perseguite dalla citata direttiva n. 2003/89 sono diverse, trattandosi di segnalare al consumatore la presenza di sostanze che potrebbero danneggiarlo. Ma alla base, per quanto qui interessa, vi è in sostanza la necessità di informare compiutamente il consumatore.

senza di grassi vegetali diversi dal burro di cacao.

Essa si occupa, come sappiamo, soltanto dell'ipotesi contraria: vale a dire dell'informazione da comunicare al consumatore quando i grassi vegetali diversi dal burro di cacao sono presenti nel cioccolato.

In tal caso, come si è visto, l'informazione al consumatore è costituita dal messaggio: «*contiene altri grassi vegetali oltre al burro di cacao*».

Nell'ipotesi in cui tali grassi fossero assenti, il consumatore dovrebbe esso stesso a dedurne l'assenza mediante la lettura dell'elenco degli ingredienti riportato in etichetta.

Si tratta, però, di una informazione che gli economisti qualificherebbero come "asimmetrica", perché non tutti i consumatori possono conoscere le vicende relative al cioccolato che abbiamo in precedenza descritto.

In mancanza di informazioni normativamente imposte, sarebbe stato certo possibile agli operatori fornire essi stessi, sulle etichette dei loro prodotti, messaggi adeguati ai consumatori.

Questa possibilità è addirittura espressamente menzionata nel *considerando* n. 10 della stessa direttiva Ce n. 2000/36 secondo cui:

«*D'altro canto, la direttiva n. 79/112/Cee non osta a che l'etichettatura dei prodotti di cioccolato indichi che non sono stati aggiunti grassi vegetali diversi dal burro di cacao, purché l'informazione sia corretta, imparziale, obiettiva e tale da non indurre in errore il consumatore*».

Il legislatore comunitario ha quindi imposto ai produttori di indicare in etichetta soltanto la presenza di grassi vegetali diversi dal burro di cacao, mentre ha affidato agli stessi produttori il compito di fornire ai consumatori ogni informazione relativa all'assenza dei grassi vegetali medesimi.

Stando così le cose, il problema che ha incontrato il Governo italiano al momento della trasposizione della direttiva Ce n. 2000/36 nel diritto interno, è stato quello di individuare il tipo di comunicazione da adottare per segnalare ai consumatori l'assenza, nel cioccolato, di grassi vegetali diversi dal burro di cacao.

Seguendo le indicazioni del *considerando* n. 10 della direttiva Ce n. 2000/36, sarebbe stato agevole lasciare libero ogni produttore di scegliere la formula ritenuta più adatta.

3. LA SOLUZIONE ADOTTATA DAL GOVERNO ITALIANO

Orbene, forse per evitare che il mercato italiano dei prodotti di cioccolato venisse invaso da una miriade di etichette redatte in modo diverso soltanto per comunicare lo stesso messaggio relativo all'assenza di grassi vegetali diversi dal burro di cacao, il Governo italiano ha optato per l'adozione di una disposizione normativa.

E così, sulla base della legge comunitaria del 2001 (legge 1° marzo 2002

n. 39) è stato adottato il dlgs 12 giugno 2003 n. 178¹¹, il cui art. 6 primo comma così stabilisce:

«I prodotti di cioccolato di cui all'allegato I, punti 3, 4, 5, 6, 7, 8, 9 e 10, che non contengono grassi vegetali diversi dal burro di cacao, fatta eccezione per il ripieno diverso dai prodotti di cacao e cioccolato, possono riportare nell'etichettatura il termine "puro" abbinato al termine "cioccolato" in aggiunta o integrazione alle denominazioni di vendita di cui all'allegato I oppure la dizione "cioccolato puro" in altra parte dell'etichetta».

Come si vede, nell'effettuare la scelta di disciplinare normativamente la comunicazione ai consumatori concernente l'assenza, nel cioccolato, di grassi vegetali diversi dal burro di cacao, il Governo italiano ha in sostanza consentito ai produttori di utilizzare l'aggettivo «puro» o l'espressione «cioccolato puro» per segnalare tale assenza.

In altre parole, tutti i produttori, sulla base delle norme predette, avevano la possibilità di comunicare ai consumatori l'assenza, nel cioccolato, dei grassi vegetali diversi dal burro di cacao, riportando in etichetta l'aggettivo *puro* accanto alla denominazione di vendita *cioccolato*, oppure integrando le varie denominazioni di vendita, ammesse dalla direttiva Ce n. 2000/36 («cioccolato al latte», etc.)¹², con la dizione «cioccolato puro».

Così facendo, pertanto, la disposizione italiana, anche se non obbligatoria, ma soltanto facoltativa, comportava un'integrazione della denominazione di vendita dei prodotti di cioccolato disciplinata dalla direttiva Ce n. 2000/36.

4. LA SECONDA PROCEDURA DI INFRAZIONE

Per questo, la Commissione europea, ritenendo che l'Italia avesse violato tanto la direttiva Ce n. 2000/36 sui prodotti di cioccolato quanto la direttiva Ce n. 2000/13 sull'etichettatura dei prodotti alimentari, ha introdotto in data 30 gennaio 2009 il ricorso che ha dato vita alla seconda procedura di infrazione (n. C 47/2009) terminata con la sentenza del 25 novembre 2010 qui commentata.

La sentenza della Corte di giustizia ha accertato (cfr. punto 43) la violazione, da parte dell'Italia, della direttiva Ce n. 2003/36 per aver consentito agli operatori di: «*mantenere due categorie di denominazioni di vendita che, in sostanza, designano il medesimo prodotto*».

Secondo la sentenza, pertanto, l'Italia, consentendo che il cioccolato non contenente grassi vegetali diversi dal burro di cacao potesse utilizzare la denominazione di vendita «*cioccolato puro*», mentre tale denominazione non era utilizzabile per il cioccolato contenente tali grassi, ha violato la direttiva

¹¹ Dlgs n. 178 del 12 giugno 2003. Attuazione della direttiva n. 2000/36/Ce relativa ai prodotti di cacao e di cioccolato destinati all'alimentazione umana, in *Guri* n. 165 del 18 luglio 2003.

¹² L'elenco delle denominazioni di vendita dei prodotti di cacao e cioccolato è riportato nell'Allegato I della direttiva n. 2000/36/Ce.

Ce n. 2000/36 che ha armonizzato le disposizioni nazionali degli Stati membri in materia di denominazione di vendita del cioccolato.

Trattandosi di una direttiva di armonizzazione totale, per quanto riguarda le denominazioni di vendita, l'Italia, come tutti gli altri Stati membri, non poteva introdurre disposizioni nazionali destinate a modificare la disciplina delle denominazioni di vendita introdotte dalla direttiva Ce n. 2000/36¹³.

5. IL DILEMMA ATTUALE DEL GOVERNO ITALIANO

La sentenza della Corte di giustizia, qui considerata, impone senz'altro allo Stato italiano di modificare il decreto legislativo sopra richiamato, nel senso che lo stesso non deve comportare aggiunte, variazioni o integrazioni alle denominazioni di vendita dei prodotti di cioccolato riportate nell'Allegato I della direttiva Ce n. 2000/36.

Uguualmente il predetto decreto legislativo non potrà comportare aggiunte o variazioni alle altre disposizioni della direttiva Ce n. 2000/36 che hanno armonizzato in modo totale altri aspetti specifici disciplinati dalle normative nazionali degli Stati membri.

Dopo la sentenza della Corte di giustizia, pertanto, il Governo italiano si trova nuovamente di fronte allo stesso dilemma posto dalla precedente sentenza del 16 gennaio 2003 (causa n. C-14/2000), che aveva chiuso la prima procedura di infrazione avviata nel 2000, sopra esaminata.

Il dilemma può essere così sintetizzato: è opportuno che il Governo italiano adotti una nuova disposizione normativa correggendo quella contenuta nell'art. 6 del dlgo n. 178/2003 dichiarato incompatibile con la regolamentazione comunitaria, oppure conviene lasciare liberi i produttori di indicare in etichetta, sotto la loro responsabilità, le espressioni ritenute più adeguate per segnalare ai consumatori l'assenza, nel cioccolato da essi prodotto, di grassi vegetali diversi dal burro di cacao?

Quest'ultima soluzione sarebbe ovviamente del tutto legittima non solo perché suggerita dal decimo *considerando* della direttiva Ce n. 2000/36 sopra riportato, ma soprattutto perché potrebbe stimolare i produttori a far ricorso a forme di pubblicità comparativa in base alla direttiva Ce n. 97/55¹⁴ che ha modificato, integrandola, la direttiva Cee n. 84/450¹⁵ sulla pubblicità ingannevole.

¹³ Cfr. F. CAPELLI, *Direttive di armonizzazione totale, direttive di armonizzazione parziale e direttive opzionali*, in questa *Rivista*, 2000, p. 755.

¹⁴ Direttiva n. 97/55/Ce del Parlamento europeo e del Consiglio del 6 ottobre 1997 che modifica la direttiva 84/450/Cee relativa alla pubblicità ingannevole al fine di includervi la pubblicità comparativa, in *Guce* n. L 290 del 23 ottobre 1997, p. 18 ss.

¹⁵ Direttiva n. 84/450/Cee del Consiglio del 10 settembre 1984 relativa al ravvicinamento delle disposizioni legislative, regolamentari ed amministrative degli Stati membri in materia di pubblicità ingannevole, in *Guce* n. L 250 del 19 settembre 1984, p. 17 ss.

Orbene, poiché la disciplina sulla pubblicità comparativa, attualmente applicabile, consente di ricorrere a tale forma di pubblicità anche nel settore dei prodotti con denominazione di origine protetta (DOP) o con indicazione geografica protetta (IGP)¹⁶, nessun dubbio può sussistere sul fatto che tale forma di pubblicità possa essere utilizzata nel settore del cioccolato, così come disciplinato dalla direttiva Ce n. 2000/36.

In effetti la giurisprudenza della Corte è molto aperta all'utilizzo della pubblicità comparativa¹⁷. Ma questa facoltà concessa agli operatori potrebbe determinare l'utilizzo di espressioni o diciture che potrebbero abbinarsi, ancora una volta, alla denominazione di vendita «cioccolato» disciplinata dalla direttiva Ce n. 2000/36.

In tal caso si finirebbe per avere, sul mercato italiano, differenti etichette, formulate in modo diverso, suscettibili di creare qualche difficoltà ai consumatori.

Potrebbe essere quindi necessario trovare una soluzione alternativa, prendendo in considerazione i particolari aspetti che non sono stati assoggettati ad armonizzazione totale tramite la direttiva Ce n. 2000/36.

Il più importante di tali aspetti, che interessa precipuamente l'argomento che stiamo esaminando, riguarda proprio l'indicazione che deve essere inserita in etichetta per evidenziare l'assenza, nel cioccolato, di grassi vegetali diversi dal burro di cacao.

Come già ricordato, la direttiva Ce n. 2000/36 prende unicamente in considerazione il caso in cui occorra informare il consumatore sulla presenza nel cioccolato di grassi vegetali diversi dal burro di cacao.

Al contrario, l'ipotesi in cui nel cioccolato tali grassi siano assenti, non viene né considerata, né disciplinata dalla più volte citata direttiva Ce n. 2000/36, la quale, come pure ricordato, si limita, nel *considerando* n. 10, a

¹⁶ Infatti, la direttiva n. 84/450, che è stata modificata dalla direttiva Ce n. 2005/29 (art. 14) sulle pratiche commerciali sleali riconosce al par. 1 dell'art. 3 *bis* che: «Per quanto riguarda il confronto, la pubblicità comparativa è ritenuta lecita qualora siano soddisfatte le seguenti condizioni: che essa [omissis] e, per i prodotti recanti denominazione di origine, si riferisca in ogni caso a prodotti aventi la stessa denominazione» (la norma corrisponde all'art. 4 della nuova direttiva n. 2006/114/Ce del Parlamento europeo e del Consiglio, del 12 dicembre 2006, concernente la pubblicità ingannevole e comparativa (versione codificata), in *Gu-UE* n. L 376 del 27 dicembre 2006, p. 21 ss.).

¹⁷ A tale proposito occorre anche ricordare che la Corte di giustizia, nell'interpretare la disposizione riportata nel testo, ha addirittura affermato nella sentenza emessa in data 19 aprile 2007 nella causa n. C-381/05 (*De Landtsheer Emmanuel SA c. Comité Interprofessionnel du Vin de Champagne et Veuve Clicquot Ponsardin SA*, in *Raccolta*, 2007, I, p. 3115) che è possibile effettuare la comparazione anche tra un prodotto provvisto di denominazione protetta ed uno della stessa categoria che ne sia privo (cfr. punti 66 ss. della sentenza); cfr. inoltre, in argomento, le conclusioni dell'Avvocato Generale Mengozzi (punti n. 199 ss.). Su tale aspetto si veda anche la sentenza della Corte di giustizia in causa n. C-159/09 del 18 novembre 2010 (*Lidl Snc c. Vierzon Distribution SA*) che ha fornito ulteriori precisazioni. Infatti, secondo tale sentenza, il produttore di un semplice prosciutto potrebbe, rispettando ovviamente tutte le prescrizioni imposte dalle direttive applicabili in materia, pretendere di avviare una pubblicità comparativa anche nei confronti di un produttore di «Prosciutto di Parma».

riconoscere la legittimità del ricorso ad un'adeguata informazione al consumatore da riportare sull'etichetta del prodotto.

Per disciplinare questo aspetto specifico, pertanto, in considerazione del fatto che l'informazione al consumatore sulla reale composizione del cioccolato offerto in vendita è indubbiamente rilevante per uno Stato membro che intenda tutelare i consumatori senza operare discriminazioni nei confronti dei produttori, è da ritenere del tutto legittimo un intervento dello Stato italiano alla luce della giurisprudenza della Corte di giustizia in materia di qualità dei prodotti agro-alimentari.

III. Valutazioni finali e conclusive

Secondo la giurisprudenza della Corte di giustizia, quando un prodotto alimentare non è assoggettato ad una direttiva comunitaria (o ad un regolamento Ce) che armonizza in modo «totale» le legislazioni nazionali degli Stati membri relativamente a tale prodotto (in quanto riguarda: produzione, denominazione, presentazione, imballaggio, etc.), gli Stati membri possono esercitare le loro competenze per promuovere la qualità del prodotto in questione, nel rispetto delle regole applicabili all'interno dell'ordinamento comunitario.

Ciò risulta espressamente riconosciuto dalla Corte di giustizia nella nota sentenza pronunciata sui *formaggi olandesi*¹⁸.

In tale sentenza, infatti, al punto n. 13, si precisa in modo chiaro che:

«In mancanza di qualsiasi norma comunitaria sulla qualità dei prodotti, la Corte ritiene che gli Stati membri conservino il potere d'imporre siffatte norme ai produttori di formaggio stabiliti nel loro territorio. Tale potere comprende non solo le norme ritenute necessarie per la tutela del consumatore o della sanità pubblica, ma anche quelle che lo Stato membro desidera promulgare onde migliorare la qualità della produzione nazionale».

Come si vede, la Corte di giustizia riconosce che gli Stati membri, in base alla stessa normativa comunitaria, hanno il potere di adottare provvedimenti interni destinati a migliorare la qualità della produzione nazionale. Tale potere risulta riconosciuto anche alla luce delle norme del Trattato in tema di libera circolazione delle merci.

Per finire, la Corte di giustizia, così conclude nel dispositivo n. 2 della stessa sentenza:

«Gli artt. 30 e 34 del Trattato Cee vanno interpretati nel senso che uno Stato membro può adottare unilateralmente, al fine di favorire la vendita di

¹⁸ Sentenza della Corte di giustizia del 7 febbraio 1984 in causa n. 237/82, *Jongeneel Kaas*, in *Raccolta*, 1984, p. 483 ss. Su tale sentenza v., da ultimo, F. CAPELLI, *La Corte di giustizia, in via interpretativa, attribuisce all'Unione europea una competenza esclusiva in materia di riconoscimento delle denominazioni di origine e delle indicazioni geografiche protette, riferite ai prodotti agroalimentari, mediante la sentenza BUD II motivata in modo affrettato, contraddittorio e per nulla convincente*, in questa *Rivista*, 2010, p. 401 ss.

formaggio e di prodotti a base di formaggio, una normativa che, senza toccare prodotti importati, abbia per obiettivo il miglioramento della qualità della produzione nazionale in modo da renderla più attraente per i consumatori, unitamente a norme sull'uso obbligatorio di marchi, contrassegni o documenti di controllo, purché essa non faccia distinzione a seconda che il formaggio sia destinato al mercato nazionale o all'esportazione».

La portata di tale dispositivo che ammette la legittimità di adottare normative nazionali volte al «miglioramento della qualità della produzione nazionale in modo da renderla più attraente per i consumatori», anche utilizzando marchi e contrassegni è ancora più rilevante, se si pensa che nella causa (cfr. punto n. 24 della sentenza), la Commissione europea aveva tenuto, anche su questo punto, una posizione del tutto contraria, considerando illegittimi i provvedimenti olandesi adottati per tutelare la qualità dei prodotti nazionali.

Ne consegue, pertanto, alla luce della giurisprudenza della Corte di giustizia, sopra esaminata, la legittimità dell'intervento dello Stato italiano.

Ma la legittimità dell'intervento dello Stato italiano nel senso appena indicato, viene espressamente riconosciuta dalla stessa Corte di giustizia al punto n. 41 della sentenza del 25 novembre 2010 qui esaminata.

Secondo la Corte, tale intervento può avvenire ricorrendo ad un'indicazione «*neutra ed obiettiva che informi i consumatori dell'assenza, nel prodotto, di sostanze grasse vegetali diverse dal burro di cacao*»¹⁹.

Orbene, trattandosi di un'informazione da riportare in etichetta, ad essa potrebbero provvedere direttamente i produttori, come sopra ricordato.

Ciò comporterebbe però il rischio, come pure ricordato, di mettere i consumatori italiani di fronte ad una pletora di indicazioni non facilmente comprensibili, tenuto conto che i produttori potrebbero utilizzare direttamente anche forme diverse di pubblicità comparativa, le quali sarebbero sicuramente lecite ma contribuirebbero a creare confusione.

Per ovviare ad inconvenienti del genere, lo Stato italiano potrebbe raccogliere, da un lato, l'invito della Corte di giustizia sintetizzato nel punto n. 41 della sentenza sopra riportato nonché, dall'altro lato, il suggerimento della Commissione europea richiamato nel suo parere motivato del 5 luglio 2005, presentato nella procedura di infrazione conclusa con la sentenza qui commentata.

In tale parere motivato, infatti, la Commissione ha fatto riferimento ad una propria lettera del luglio 2003 nella quale la Direzione generale competente suggeriva al Governo italiano di abbinare il termine «*puro*» non alla denominazione di vendita del cioccolato, ma bensì all'ingrediente che lo compone («*cacao*»).

¹⁹ Quanto riportato al punto 41 della sentenza è uguale, nel suo contenuto, a quello del punto 88 della sentenza emessa in causa n. C-14/2000, che ha chiuso la prima procedura di infrazione sopra esaminata.

Il passo contenuto in tale lettera della Commissione può essere qui riportato: « *a differenza di denominazioni come "Panettone puro burro", "biscotto puro burro", "salame puro suino" che indicano la natura del grasso o della carne utilizzata, la dicitura "cioccolato puro" si riferisce ad un prodotto la cui definizione armonizzata a livello comunitario ammette diversi ingredienti (...)* ».

In base a quanto sopra riportato la Commissione ha formulato il suggerimento che sembra sia stato presentato, alla fine della fase precontenziosa, al Governo italiano.

Tale suggerimento consisteva, appunto, nel trasferire il termine «*puro*» dalla denominazione di vendita del cioccolato, all'ingrediente utilizzato per produrlo.

Poiché l'ingrediente fondamentale che caratterizza il cioccolato è il cacao e poiché nell'etichetta del cioccolato che contiene anche altri grassi vegetali la loro presenza deve essere segnalata, ne consegue che anche l'assenza di tali grassi può essere correttamente segnalata informando il consumatore che l'ingrediente del cioccolato offerto in vendita consiste in «*puro cacao*».

L'etichetta dei prodotti di cioccolato, che non contengono altri grassi oltre al burro di cacao, può quindi essere completata, senza essere abbinata alla denominazione di vendita «*cioccolato*» (o alle altre denominazioni elencate nell'Allegato I della direttiva Ce n. 2000/36), con l'indicazione «*solo con puro cacao*» oppure «*con puro cacao*».

Basta questa indicazione, infatti, per segnalare al consumatore la vera composizione del cioccolato²⁰.

Non è necessario invece il riferimento al «*burro di cacao*» perché, come è noto, il burro di cacao deriva dal cacao, per cui è sufficiente il riferimento alla materia prima originaria costituita dal «*cacao*» che si distingue da tutti gli altri ingredienti derivanti da vegetali diversi.

Procedendo nel senso appena indicato, lo Stato italiano può procedere alla modifica dell'art. 6 del dlgs n. 178/2003, segnalando che l'indicazione da riportare nell'etichetta del cioccolato prodotto senza l'impiego di grassi vegetali diversi dal burro di cacao, può essere la seguente: «*solo con puro cacao*» oppure «*con puro cacao*».

Tale indicazione potrà essere utilizzata, in modo facoltativo, da tutti i produttori che non impiegano altri grassi vegetali diversi dal burro di cacao nella produzione di prodotti di cioccolato.

I produttori, invece, che impiegano grassi vegetali diversi dal burro di cacao nella produzione di prodotti di cioccolato, senza però segnalarne la presenza in etichetta oppure utilizzando le indicazioni «*solo con puro cacao*» o «*con*

²⁰ Sulla necessità di informare il consumatore e sull'evoluzione degli orientamenti in corso in sede europea, cfr. D. PISANELLO, *Armonizzazione delle denominazioni di vendita nel settore del cioccolato. Illegittimità della disciplina nazionale sul cioccolato puro*, in questa Rivista, *infra*, p. 286.

puro cacao» od altre equivalenti da essi scelte, dovranno essere sanzionati con la sanzione pecuniaria prevista.

Da ultimo, occorrerà risolvere il problema dei quantitativi di etichette, riportanti la vecchia dicitura, che dovranno essere cambiate. Occorrerà tenere conto dei tempi di vendita del prodotto in modo da consentire un esaurimento anche delle scorte di etichette senza danneggiare i produttori incolpevoli.

Da un punto di vista strettamente giuridico, infatti, i produttori sono esenti da responsabilità per l'infrazione accertata dalla Corte di giustizia. Occorrerà pertanto trovare una soluzione ragionevole tenendo presente le soluzioni adottate nel passato per risolvere situazioni simili o analoghe.

Fausto Capelli

ARMONIZZAZIONE DELLE DENOMINAZIONI DI VENDITA NEL SETTORE DEL CIOCCOLATO. ILLEGITTIMITÀ DELLA DISCIPLINA NAZIONALE SUL CIOCCOLATO PURO

Sommario: **I.** *La disciplina comunitaria dei prodotti di cioccolato: dall'armonizzazione imperfetta a quella "totale"* - **II.** *La recente sentenza della Corte: l'intangibilità delle denominazioni di vendita fissate a livello CE* - **III.** *Conclusioni in merito alla conformità del termine puro apposto sulle etichette dei prodotti di cioccolato.*

Con la sentenza del 25 novembre 2010 la Corte di giustizia ha deciso del ricorso (n. C-47/09) presentato dalla Commissione europea contro la Repubblica italiana, stabilendo che quest'ultima, prevedendo la possibilità di completare con l'aggettivo «puro» o con la dicitura «cioccolato puro» l'etichettatura dei prodotti di cioccolato che non contengono grassi vegetali diversi dal burro di cacao, è venuta meno agli obblighi ad essa incombenti in forza, da un lato, della direttiva di settore (n. 2000/36/Ce), e, dall'altro, dalla direttiva orizzontale sulla etichettatura e la presentazione dei prodotti alimentari, nonché la relativa pubblicità (n. 2000/13/Ce).

La *querelle* si trascinava sin dal 2005 ma è solo nel 2009 che il ricorso è stato formalmente depositato contro quella che agli occhi della Commissione era una violazione delle regole fissate dalla direttiva n. 2000/36/Ce¹ in materia di denominazioni di vendita dei prodotti di cioccolato.

Infatti, lo scopo principale della citata direttiva era ed è quello di assicurare la libera circolazione dei prodotti a base di cioccolato mediante, tra l'altro, una dettagliata e inderogabile disciplina delle denominazioni di vendita. Inoltre essa prevede che i prodotti che contengono fino al 5% di determinati grassi vegetali possono essere etichettati con la denominazione di vendita «cioccolato», mentre nell'etichettatura deve essere contenuta una menzione specifica in grassetto «Contiene altri grassi vegetali oltre al burro di cacao».

¹ Direttiva n. 2000/36/Ce, del Parlamento europeo e del Consiglio 23 giugno 2000, relativa ai prodotti di cacao e di cioccolato destinati all'alimentazione umana, in *Guce* n. L 197 del 3 agosto 2000, p. 19 ss.

La legislazione italiana di recepimento (dlgvo n. 178/2003²), oggetto del ricorso, permettendo di aggiungere la dicitura «puro» alla denominazione di vendita dei soli prodotti contenenti esclusivamente burro di cacao quale materia grassa, avrebbe modificato, nel ragionamento della Commissione, le definizioni armonizzate al livello comunitario introducendo surrettiziamente un doppio regime in quanto tale inammissibile: cioccolato e cioccolato puro.

Dal punto di vista della Commissione, poiché in italiano «puro» vuol dire non adulterato, non corrotto e quindi genuino, i consumatori sarebbero indotti a pensare che quei prodotti che pure rispettano la direttiva e le condizioni da essa previste rispetto alle denominazioni di vendita, ma contengono grassi vegetali diversi dal burro di cacao, sarebbero non-puri, e cioè adulterati, corrotti e non genuini.

La decisione della Corte è, sul punto specifico, *tranchante*: «alla luce dell'insieme delle considerazioni che precedono, occorre dichiarare che la Repubblica italiana, prevedendo la possibilità di completare con l'aggettivo «puro» la denominazione di vendita dei prodotti di cioccolato che non contengono grassi vegetali diversi dal burro di cacao, è venuta meno agli obblighi a essa incombenti in forza, da una parte, dell'art. 3, n. 5, della direttiva n. 2000/36 e, dall'altra, del combinato disposto degli artt. 3, n. 1, di detta direttiva e 2, n. 1, lett. a., della direttiva n. 2000/13».

Le denominazioni di vendita di questi prodotti sono state armonizzate a livello comunitario e la legislazione italiana è pertanto illegittima, spiega la Corte, in quanto incide esattamente su questo elemento. Un duro colpo ma, tutto sommato, non inatteso. A questo punto vale, forse, la pena comprendere il senso della sentenza per mettere a fuoco gli errori in cui, in base al diritto comunitario, è incorso il legislatore nazionale e, magari, provare a elaborare una strategia di rilancio.

I. La disciplina comunitaria dei prodotti di cioccolato: dall'armonizzazione imperfetta a quella "totale"

Il cioccolato è, secondo il Codex Alimentarius, il nome generico di prodotti tra loro omogenei contenenti non meno del 35% di sostanza secca totale di cacao, di cui non meno del 18% di burro di cacao e non meno del 14% di cacao secco sgrassato³. Secondo il *Codex Standard for chocolate and choco-*

² Dlgvo 12 giugno 2003, n. 178 - Attuazione della direttiva n. 2000/36/Ce relativa ai prodotti di cacao e di cioccolato destinati all'alimentazione umana, in *Guri* n. 165 del 18 luglio 2003. Per una ricostruzione della disciplina nazionale si veda F. CAPELLI, *Limiti di utilizzo del termine «puro» nelle etichette dei prodotti di cioccolato*, in questa *Rivista*, p. 261 ss.

³ Cfr. Codex Standard for Chocolate and Chocolate Products (CODEX STAN 87-1981, Rev. 1 - 2003).

late products, peraltro, l'aggiunta di grassi diversi dal burro di cacao, ammissibile – come per il diritto comunitario – sino alla soglia del 5%, resta nella giurisdizione delle autorità competenti dei singoli Stati⁴.

Relativamente alla disciplina comunitaria, la prima direttiva sul cacao e sul cioccolato (direttiva n. 73/241/Cee⁵) venne adottata con qualche difficoltà dovuta, in particolare, alla contrarietà dei tre (nuovi) Stati membri della (allora) CEE: Regno Unito, Irlanda e Danimarca. Questi Paesi, infatti, per cultura gastronomica e per legislazione consentivano l'uso di grassi vegetali diversi dal burro di cacao, diversamente dalla gran parte degli altri Paesi continentali, tra cui l'Italia e il Belgio. Sullo sfondo, il quadro istituzionale e l'approccio verticale in voga in quegli anni con il quale si cercava di disciplinare in modo uniforme la ricetta di ogni prodotto alimentare. Come è stato ricordato di recente⁶, le difficoltà di questo modo di legiferare non risiedevano tanto nella diversità culinarie tra gli Stati membri, bensì nell'architettura istituzionale dell'allora CEE in quanto, a quei tempi, in caso di armonizzazione delle legislazioni nazionali, poteva essere utilizzato unicamente l'art. 100 del Trattato di Roma che prevedeva l'unanimità dei consensi degli Stati membri: obiettivo quasi impossibile da raggiungere in quanto bastava l'opposizione di un singolo Stato membro per bloccare qualunque tipo di proposta. I pochi prodotti rispetto ai quali si riuscì a elaborare una disciplina settoriale furono i succhi di frutta⁷, le marmellate⁸, il latte condensato⁹, il miele¹⁰, le acque minerali¹¹ e,

⁴ Cfr. Codex Standard, punto 2: «The addition of vegetable fats other than cocoa butter shall not exceed 5% of the finished product, after deduction of the total weight of any other added edible foodstuffs, without reducing the minimum contents of cocoa materials. Where required by the authorities having jurisdiction, the nature of the vegetable fats permitted for this purpose may be prescribed in applicable legislation».

⁵ Direttiva n. 73/241/Cee del Consiglio, del 24 luglio 1973, relativa al ravvicinamento delle legislazioni degli Stati membri concernenti i prodotti di cacao e di cioccolato destinati all'alimentazione umana, in *Guce* n. L 228 del 16 agosto 1973, p. 23 ss.

⁶ F. CAPELLI, *La Corte di giustizia, in via interpretativa, attribuisce all'Unione europea una competenza esclusiva in materia di riconoscimento delle denominazioni di origine e delle indicazioni geografiche protette, riferite ai prodotti agroalimentari, mediante la sentenza Bud II motivata in modo affrettato, contraddittorio e per nulla convincente*, in questa *Rivista*, 2010, pp. 403-405.

⁷ Oggi, direttiva n. 2001/112/Ce del Consiglio, del 20 dicembre 2001, concernente i succhi di frutta e altri prodotti analoghi destinati all'alimentazione umana, in *Guce* n. L 10 del 12 gennaio 2002, p. 58 ss.

⁸ Oggi, direttiva n. 2001/113/Ce del Consiglio, del 20 dicembre 2001, relativa alle confetture, gelatine e marmellate di frutta e alla crema di marroni destinate all'alimentazione umana, in *Guce* n. L 10 del 12 gennaio 2002, p. 67 ss.

⁹ Oggi, direttiva n. 2001/114/Ce del Consiglio, del 20 dicembre 2001, relativa a taluni tipi di latte conservato parzialmente o totalmente disidratato destinato all'alimentazione umana, in *Guce* n. L 15 del 17 gennaio 2002, p. 19 ss.

¹⁰ Oggi, direttiva n. 2001/110/Ce del Consiglio, del 20 dicembre 2001, concernente il miele, in *Guce* n. L 10 del 12 gennaio 2002, p. 47 ss.

¹¹ Oggi, direttiva n. 80/777/Cee del Consiglio, del 15 luglio 1980, in materia di ravvicinamento della legislazione degli Stati membri sull'utilizzazione e la commercializzazione delle acque minerali naturali, in *Guce* n. L 229 del 30 agosto 1980, p. 1 ss., ora abrogata dalla direttiva n. 2009/54/Ce del 18 giugno 2009 (versione consolidata), in *Gu-Ue* n. L 164 del 26 giugno 2009, p. 45 ss.

appunto, il cioccolato¹². Questo insieme di direttive sono altresì note come direttive *breakfast* in quanto i prodotti interessati sono associati alla prima colazione.

Nel contesto istituzionale e politico di quegli anni, dunque, fu possibile solo un parziale compromesso sulle caratteristiche legali del cioccolato, specie per quanto riguarda le «possibilità e le modalità dell'estensione dell'utilizzazione di tali sostanze grasse a tutta la Comunità»¹³. Il compromesso, sebbene imperfetto, fu raggiunto nei seguenti termini: la direttiva avrebbe sancito il divieto di aggiungere ai prodotti di cioccolato grassi diversi da quelli provenienti esclusivamente dal latte ma, allo stesso tempo, questo divieto avrebbe dovuto trovare applicazione senza pregiudizio della libera circolazione di quei prodotti ottenuti con l'aggiunta di sostanze grasse vegetali diverse dal burro di cacao, ove ciò fosse consentito nel paese di origine.

Che si trattasse di un compromesso imperfetto lo denunciarono ben presto le resistenze dell'Italia e della Spagna nell'uniformare il proprio diritto interno alla direttiva n. 73/241/Cee.

I due Stati membri permettevano sì la circolazione dei prodotti conformi alla direttiva, ma vietavano che i prodotti di cacao e di cioccolato, contenenti sostanze grasse vegetali diverse dal burro di cacao, legalmente fabbricati negli Stati membri, recassero la denominazione di vendita «cioccolato», autorizzando solo la denominazione «surrogato di cioccolato».

Il Regno di Spagna sfidando l'armonizzazione europea nel settore del cioccolato, con il Real Decreto 22 giugno 1990, n. 822/1990, adottava la normativa tecnico-sanitaria per la lavorazione, la circolazione e il commercio del cacao e del cioccolato (Reglamentación Técnico-Sanitaria para la elaboración, circulación y comercio del cacao y chocolate). L'art. 2 di tale normativa conteneva sia una definizione di «cioccolato»¹⁴ sia una definizione di «surrogato di cioccolato». Quest'ultima, in particolare, recitava: «Surrogati del cioccolato: i preparati che, realizzati con un formato o un calco speciale e che, per la loro presentazione, il loro aspetto o consumo, possono essere confusi con il cioccolato, soddisfano le esigenze specifiche di tali preparati, previste dalla normativa per la lavorazione, la circolazione e il commercio del cacao e del cioccolato [approvata dal regio decreto n. 822/1990], (...) salvo la sostituzione totale o parziale del burro di cacao con altre sostanze grasse vegetali

¹² Oggi, direttiva n. 2000/36/Ce del Parlamento europeo e del Consiglio, del 23 giugno 2000, relativa ai prodotti di cacao e di cioccolato destinati all'alimentazione umana, in *Guce* n. L 197 del 3 agosto 2000, p. 19 ss.

¹³ Cfr. *considerando* n. 7, direttiva n. 73/241/Cee.

¹⁴ Il cioccolato veniva definito come «il prodotto ottenuto a partire da cacao in grani, da cacao in pasta, da cacao in polvere o da cacao magro in polvere e da saccarosio, con o senza aggiunta di burro di cacao, e contenente almeno il 35% di materia secca totale di cacao, almeno il 14% di cacao secco sgrassato ed il 18% di burro di cacao, salvo le definizioni di cioccolato decorativo, cioccolato alle nocciole e gianduia e cioccolato da copertura».

commestibili o loro parti idrogenate o non idrogenate, ed una netta differenziazione dell'etichettatura». L'art. 4, n. 1, della detta normativa, relativo a talune lavorazioni proibite, disponeva il divieto di impiego di sostanze grasse diverse dal burro di cacao nei chicchi di cacao, cacao in grani, pasta di cacao, torte di cacao e cacao in polvere.

Quanto all'ordinamento italiano, la legge quadro di settore (legge 30 aprile 1976, n. 351, oggi abrogata) sanciva che «costituisce un prodotto di imitazione del cioccolato qualsiasi preparazione alimentare contenente cacao la cui struttura, consistenza, colore e sapore ricordano quelli del cioccolato ma la cui composizione non corrisponde alla definizione di uno dei prodotti di cui all'allegato della legge». Ovviamente, i prodotti menzionati nell'allegato non consentivano l'impiego di sostanze grasse vegetali diverse dal burro di cacao. In un primo momento, in ossequio al principio della primazia del diritto comunitario, una circolare ministeriale del 28 marzo 1994, aveva precisato che il ricordato divieto non era applicabile ai prodotti contenenti sostanze grasse vegetali diverse dal burro di cacao legalmente fabbricati in altri Stati membri nel rispetto dei contenuti minimi e degli altri requisiti di composizione previsti dalla detta legge. Successivamente, un'altra circolare del Ministero della Sanità (datata 15 marzo 1996) modificava l'interpretazione iniziale, stabilendo che i prodotti a base di cacao e cioccolato contenenti grassi vegetali diversi dal burro di cacao, originari del Regno Unito, dell'Irlanda e della Danimarca, potevano essere commercializzati nel territorio italiano solamente se rispondenti per composizione alle norme dello Stato di origine e per denominazione di vendita «surrogato di cioccolato».

Le normative dei due Paesi furono portate davanti alla Corte di giustizia per inadempimento e la Corte non ebbe dubbi: «vietando che i prodotti di cacao e di cioccolato che rispettano i contenuti minimi fissati all'allegato I, n. 1, punto 1.16, della direttiva del Consiglio 24 luglio 1973, n. 73/241/Cee, relativa al ravvicinamento delle legislazioni degli Stati membri concernenti i prodotti di cacao e di cioccolato destinati all'alimentazione umana, ai quali sono state aggiunte sostanze grasse vegetali diverse dal burro di cacao e che sono legalmente fabbricati negli Stati membri che autorizzano l'aggiunta di tali sostanze, possano essere commercializzati [...] con la denominazione impiegata nello Stato membro di produzione e prevedendo che tali prodotti possano essere commercializzati solo con la denominazione "surrogato di cioccolato"», la Repubblica italiana e il Regno di Spagna erano venute meno «agli obblighi [...] incombenti in forza dell'art. 30 del Trattato CE (divenuto, in seguito a modifica, art. 28 CE)»¹⁵.

¹⁵ Cfr. sentenze del 16 gennaio 2003, rispettivamente in causa n. C-12/00, *Commissione c. Regno di Spagna* e causa n. C-14/00, *Commissione c. Italia*, rispettivamente in *Raccolta*, 2003, I, p. 459 ss. e p. 513 ss. Per i commenti della dottrina si veda: V. PAONE, in *Foro it.*, 2003, IV, c. 72 ss.; L. A. BOURGES, *España e Italia condenadas por obstaculizar la libre circulación de mercancías*:

Con il nuovo slancio dato all'integrazione europea a partire dalla seconda metà degli anni Ottanta si procedette a una revisione della direttiva in questione perseguendo due obiettivi chiave: «tener conto del progresso tecnologico» e dei «mutati gusti dei consumatori» (v. *considerando* n. 4 della direttiva n. 2000/36/Ce).

La nuova direttiva mira, da una parte, a stabilire regole comuni per l'aggiunta di grassi vegetali diversi dal burro di cacao nei prodotti di cacao e di cioccolato e, dall'altra, a realizzare un'armonizzazione delle denominazioni di vendita. Queste linee di politica legislativa sono chiaramente espresse nel *considerando* n. 6 della direttiva n. 2000/36: «l'aggiunta nei prodotti di cioccolato di taluni grassi vegetali diversi dal burro di cacao dovrebbe essere ammessa in tutti gli Stati membri fino a un massimo del 5%. Questi grassi vegetali dovrebbero essere equivalenti al burro di cacao e dovrebbero essere quindi definiti secondo criteri tecnici e scientifici».

A livello più propriamente regolatorio, l'art. 2, n. 1 e n. 2, di detta direttiva dispone: che «i grassi vegetali diversi dal burro di cacao definiti ed elencati nell'allegato II possono essere aggiunti ai prodotti di cioccolato» e che «tale aggiunta non può superare il 5% del prodotto finito»¹⁶.

Una volta chiarito che è ammissibile denominare «cioccolato» un prodotto che contiene il 5% di grassi vegetali diversi dal burro di cacao, la direttiva procede a blindare le denominazioni di vendita mediante l'art. 3 della direttiva n. 2000/36, il quale prevede che le denominazioni di vendita di cui all'allegato I sono riservate ai prodotti in esso definiti e devono essere utilizzate nel commercio per designarli¹⁷. L'art. 4 della direttiva n. 2000/36 enuncia poi

¿un final feliz para la "guerra del chocolate"?, in *Gaceta Jurídica de la C.E. y de la Competencia*, 2003, n. 224, p. 115 ss.; R. CONTI - R. FOGLIA (a cura di), *E cioccolato anche il prodotto contenente grassi vegetali diversi dal burro di cacao*, in *Corr. Giur.*, 2003, 4, p. 523 ss.; L. COSTATO, *Burro di cacao e cioccolato*, in *Riv. dir. agr.*, 2003, II, p. 17 ss.; D. SLATER, *Marché intérieur. Arrêt "Directive Chocolat"*, *RDUE*, 2003, p. 290 s.; F. SPAGNUOLO, *Il principio di proporzionalità come parametro di legittimità nelle sentenze della Corte di giustizia sulle normative nazionali relative alla circolazione delle merci e alla tutela dei consumatori*, in *Riv. it. dir. pubbl. comun.*, 2003, p. 1544 ss.

¹⁶ Art. 2, n. 1 il cui dato testuale si riporta qui per esteso: «1. I grassi vegetali diversi dal burro di cacao definiti ed elencati nell'allegato II possono essere aggiunti ai prodotti di cioccolato di cui al punto A, par. 3, 4, 5, 6, 8 e 9 dell'allegato I. Tale aggiunta non può superare il 5% del prodotto finito dopo la sottrazione del peso totale delle altre eventuali sostanze commestibili impiegate in base al punto B dell'allegato I, senza che sia ridotto il tenore minimo di burro di cacao o di sostanza secca totale di cacao».

¹⁷ In particolare le denominazioni di vendita «cioccolato», «cioccolato al latte» e «cioccolato di copertura» previste nell'allegato I possono essere completate da diciture o aggettivi relativi a criteri di qualità, sempreché i prodotti in questione contengano:

- nel caso del cioccolato, non meno del 43% di sostanza secca totale di cacao, di cui non meno del 26% di burro di cacao,

- nel caso del cioccolato al latte, non meno del 30% di sostanza secca totale di cacao e del 18% di sostanza del latte ottenuta dalla disidratazione parziale o totale di latte intero, parzialmente o totalmente scremato, panna, panna parzialmente o totalmente disidratata, burro o grassi del latte, di cui almeno il 4,5% di grassi del latte,

- nel caso del cioccolato di copertura, non meno del 16% di cacao secco sgrassato.

il divieto per i Paesi membri di modificare la disciplina delle denominazioni di vendita¹⁸.

Allo stesso tempo, in chiave di riequilibrio, la nuova direttiva (n. 2000/36), ribadito il principio della «comunicazione corretta, imparziale e obiettiva», divenuto da lì a poco principio generale della legislazione alimentare comunitaria con il Regolamento n. 178/2002¹⁹, prescrive che, nel caso d'impiego di grassi vegetali diversi dal burro di cacao, si debba apporre in modo «ben visibile e chiaramente leggibile» sull'etichetta la menzione «contiene altri grassi vegetali oltre al burro di cacao». Tale menzione è soggetta a taluni requisiti e in particolare: *i.* apparire nello stesso campo visivo dell'elenco degli ingredienti; *ii.* essere ben distinta da questo, con caratteri di corpo almeno pari all'elenco e in grassetto accanto alla denominazione di vendita.

In realtà, è fin troppo facile osservare che si tratta di requisiti legali che permettono di relegare le informazioni in questione su piani secondari di attenzione nella comunicazione col consumatore²⁰. E che una qualche preoccupazione in tal senso non fosse peregrina lo conferma la lettura del *considerando* n. 9 della direttiva, secondo cui «nel caso dei prodotti di cioccolato cui sono stati aggiunti grassi vegetali diversi dal burro di cacao è opportuno garantire ai consumatori un'informazione corretta, imparziale e obiettiva in aggiunta all'elenco degli ingredienti».

II. La recente sentenza della Corte: l'intangibilità delle denominazioni di vendita fissate a livello CE

Come anticipato, nel recepimento della direttiva n. 2000/36, il dlgs n. 178/2003 aveva previsto una peculiare disciplina per l'uso del termine "puro" in abbinamento con la denominazione di vendita. L'art. 6, rubricato «Uso della dizione cioccolato puro» aveva ed ha il seguente tenore: «I prodotti di cioccolato di cui all'allegato I, punti 3, 4, 5, 6, 7, 8, 9 e 10, che non contengono grassi vegetali diversi dal burro di cacao, fatta eccezione per il ripieno diverso dai prodotti di cacao e cioccolato, possono riportare nell'etichettatura il termine "puro" abbinato al termine "cioccolato" in aggiunta o integrazione alle denominazioni di vendita di cui all'allegato I oppure la dizione "cioccolato puro" in altra parte dell'etichetta».

Il ragionamento della Corte è fin troppo lineare: gli artt. 3 e 4 della diret-

¹⁸ L'art. 4 citato recita: «Per i prodotti di cui all'allegato I, gli Stati membri non adottano disposizioni nazionali che non sono previste dalla presente direttiva».

¹⁹ Regolamento (Ce) n. 178/2002 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 28 gennaio 2002, che stabilisce i principi e i requisiti generali della legislazione alimentare, istituisce l'Autorità europea per la sicurezza alimentare e fissa procedure nel campo della sicurezza alimentare.

²⁰ Sia consentito rinviare a D. PISANELLO, *Italy's 'Swan Song' for pure chocolate?*, in *Coffee & Cocoa International's*, August/September 2006.

tiva n. 2000/36 rendono manifesto che si è realizzata un'armonizzazione completa delle denominazioni di vendita relative ai prodotti di cacao e di cioccolato destinati all'alimentazione umana finalizzata a garantire l'unicità del mercato interno²¹. In quanto le denominazioni di vendita di cui all'allegato I della direttiva n. 2000/36, a norma del suo art. 3, n. 1, sono al tempo stesso obbligatorie e riservate ai prodotti in esso indicati, agli Stati membri è vietato introdurre modifiche di alcun genere.

Secondo i giudici del Lussemburgo, la facoltà concessa dall'ordinamento italiano di aggiungere al termine «cioccolato» la parola «puro» ha l'effetto di creare una disciplina della denominazione di vendita aggiuntiva e pertanto non ammessa: consentendo una siffatta modifica delle denominazioni di vendita, l'art. 6 del dlgs n. 178/2003 si pone in contrasto col sistema obbligatorio e tassativo delle denominazioni di vendita istituito dall'art. 3, n. 1, della direttiva n. 2000/36 in violazione dell'art. 4 di detta direttiva²².

Da ciò si evince, secondo la Corte²³, che sebbene l'utilizzo dell'aggettivo "puro" non sia obbligatorio, l'autorizzazione a introdurre denominazioni di vendita differenti da quelle previste dalla direttiva n. 2000/36 è idoneo a suggerire l'esistenza di una distinzione tra le caratteristiche fondamentali dei prodotti in questione.

Conseguentemente, la disposizione dell'art. 6 del dlgs n. 178/2003, consentendo di mantenere due categorie di denominazioni di vendita che, in sostanza, designano il medesimo prodotto, è idonea a indurre in errore il consumatore e, sempre secondo l'argomentare della sentenza qui in rassegna, tale da ledere il diritto del consumatore a un'informazione corretta, imparziale e obiettiva²⁴.

III. Conclusioni in merito alla conformità del termine puro apposto sulle etichette dei prodotti di cioccolato

La prima conseguenza giuridica della sentenza del 25 novembre è che, in attesa che il Legislatore nazionale proceda ad una formale abrogazione dell'articolo, l'art. 6 del dlgs n. 178/2003 non sarà più applicabile in virtù del principio di primazia del diritto comunitario²⁵.

²¹ L'art. 3 della direttiva n.2000/36 prevede quanto segue: «La direttiva n. 79/112/Cee si applica ai prodotti definiti nell'allegato I, fatte salve le seguenti condizioni: 1. Le denominazioni di vendita di cui all'allegato I sono riservate ai prodotti in esso definiti e devono essere utilizzate nel commercio per designarli (...)».

²² Cfr. par. 36 della sentenza qui commentata.

²³ *Ivi*, par. 42.

²⁴ *Ivi*, par. 43.

²⁵ Sui rapporti tra diritto comunitario e ordinamento giuridico nazionale, per tutti, G. TESAURO, *Diritto comunitario*, 2005, Padova, Cedam e, con particolare riferimento alla legislazione alimenta-

È chiaro, inoltre, che la violazione del diritto comunitario accertata dalla Corte è relativa all'uso del termine «puro» in combinazione con la denominazione di vendita; in questo senso la contrarietà al diritto comunitario non può che riguardare l'intero art. 6.

Si deve però anche considerare che l'art. 7 (in tema di sanzioni) rischia di essere implicitamente coinvolto, e travolto, dalle conseguenze della sentenza della Corte: l'articolo da ultimo citato prevede, al comma 8, che «chiunque utilizza il termine "puro" abbinato al termine "cioccolato" nell'etichettatura dei prodotti di cui all'allegato I, punti 3, 4, 5, 6, 7, 8, 9 e 10, che contengono grassi vegetali diversi dal burro di cacao, fatta eccezione per il ripieno diverso dai prodotti di cacao e di cioccolato, è punito con la sanzione pecuniaria amministrativa del pagamento di una somma non inferiore ad € 3.000,00 né superiore ad € 8.000,00». Nella misura in cui la sanzione sia irrogata a fronte dell'uso del termine «puro» in abbinamento con la denominazione di vendita «cioccolato», anche questa disposizione ricadrebbe nel raggio del divieto ribadito dalla Corte e pertanto sarebbe da disapplicare.

Quid iuris se il termine «puro» viene utilizzato in etichetta ma non in congiunzione con la denominazione di vendita?

E poi, se il termine puro viene impiegato in un marchio apposto su confezioni di cioccolato?

Per rispondere a questi due interrogativi, è il caso di non dimenticare che la stessa Corte ha precisato che «l'inserimento, invece, in un'altra parte dell'etichetta di un'indicazione neutra ed obiettiva che informi i consumatori dell'assenza, nel prodotto, di sostanze grasse vegetali diverse dal burro di cacao sarebbe sufficiente a garantire un'informazione corretta dei consumatori»²⁶. Sembrerebbe quindi possibile, entro certi limiti, un nuovo intervento di regolazione del termine «puro» che, però, per rispettare la decisione della Corte, non dovrebbe essere agganciato alla denominazione e, inoltre, dovrebbe rispettare quei criteri di correttezza e obbiettività più volte richiamati, ma raramente concretizzati e precisati, dai giudici del Lussemburgo.

A ben guardare, in fondo, pur considerando l'inapplicabilità *tout court* dell'art. 6, e ritenendo per ipotesi la disapplicazione anche dell'art. 7, comma 8 (indipendentemente dal requisito della denominazione di vendita), il quadro giuridico per saggiare la legittimità di una etichetta contenente il termine puro non si limita alla sola legislazione alimentare, vale a dire alla direttiva n. 2000/13 e il Regolamento n. 178/2002, giusto per citare solo i due atti fondamentali. Infatti, in questa materia, l'indagine di conformità potrebbe essere

re, D. PISANELLO, *La legislazione alimentare nel mercato unico europeo*, in D. PISANELLO (a cura di) - C. BIGLIA - C. M. PELLICANO, *Guida alla Legislazione Alimentare - L'applicazione pratica, il controllo ufficiale, l'audit, le responsabilità, le sanzioni, l'etichettatura, la pubblicità*, 2010, Roma, EPC Libri.

²⁶ Cfr. par. 41 della sentenza qui commentata.

impostata anche sulla base del Codice del consumo (dlgvo n. 206/2005²⁷) che riconosce all'Autorità garante della concorrenza e del mercato (AGCM) ampi poteri di repressione delle pratiche commerciali scorrette, tra cui ricadono anche le fattispecie di pubblicità ingannevole di cui alla direttiva n. 84/450/Cee del Consiglio del 10 settembre 1984 relativa al ravvicinamento delle disposizioni legislative, regolamentari ed amministrative degli Stati membri in materia di pubblicità ingannevole. Già oggi, in fondo, aggettivazioni quali *tradizionale*²⁸ o *tipico* sono talvolta sanzionate come pubblicità ingannevole dall'Autorità *antitrust*. Certamente, un intervento legislativo mirato, e magari condiviso con la Commissione, potrebbe, entro certi limiti, codificare gli ambiti di legittimità dell'uso di un termine (puro) che ha una valenza strategica sul mercato del cioccolato. Non si deve infatti scambiare la sentenza qui in commento come una preclusione a qualsiasi azione di distinzione e valorizzazione dei prodotti a base di cioccolato; tutt'altro, è la stessa direttiva a ricordare che essa «non osta a che l'etichettatura dei prodotti di cioccolato indichi che non sono stati aggiunti grassi vegetali diversi dal burro di cacao, purché l'informazione sia corretta, imparziale, obiettiva e tale da non indurre in errore il consumatore» (*considerando* n. 10).

Vertendosi in materia di tutela del consumatore vale anche la pena di ricordare la natura della competenza comunitaria. Con il Trattato di Amsterdam (1997) la rilevanza della tutela del consumatore, all'interno degli obbiettivi dell'Unione, è assunta a un ruolo certamente prioritario, grazie alla nuova formulazione dell'art. 153 TCE (oggi art. 169 TCE) secondo cui: «al fine di promuovere gli interessi dei consumatori ed assicurare un livello elevato di protezione dei consumatori, l'Unione contribuisce a tutelare la salute, la sicurezza e gli interessi economici dei consumatori nonché a promuovere il loro diritto all'informazione, all'educazione e all'organizzazione per la salvaguardia dei propri interessi». Il contributo cui è chiamata l'Unione europea si deve svolgere (art. 169.2 TCE) mediante: *a.* misure adottate a norma dell'art. 95 TCE nel quadro della realizzazione del mercato interno; *b.* misure di sostegno, di integrazione e di controllo della politica svolta dagli Stati membri. La competenza in tal caso spetta al Parlamento europeo e al Consiglio, deliberando secondo la procedura legislativa di codecisione. È importante ricordare che queste misure comunitarie «non impediscono ai singoli Stati membri di mantenere o di introdurre misure di protezione più rigorose» purché compatibili con i trattati.

Sul punto, sarebbe da non tralasciare una nota illuminante di un autorevole studioso del diritto il quale, con riferimento al diritto dei consumatori ha

²⁷ Dlgvo n. 206 del 6 settembre 2005 - Codice del consumo, a norma dell'art. 7 della legge 29 luglio 2003, n. 229, in *Guri* n. 235 dell'8 ottobre 2005, *suppl. ord.*

²⁸ Si veda Autorità garante della concorrenza e del mercato (AGCM), provvedimento n. 16785, PI5468 - *Filù Ferru* nonché provvedimento n. 8932, PI2107B - *Mozzarella Valledata Galbani*.

avuto modo di precisare che «il diritto dei consumatori si è trasformato da sistema aperto in un sistema chiuso: le direttive più recenti, dettagliate e precise, sono rivolte all'armonizzazione massima, e la stessa Corte di Giustizia, nelle sue decisioni, ha limitato la possibilità dei legislatori nazionali di andare al di là del livello di protezione posto dalle direttive: l'omogeneità prevale sulla creatività. Di più. Appare evidente, nelle diverse direttive, la reattività della Comunità ai gruppi di interesse che frenano l'evoluzione del diritto dei consumatori. E il coordinamento di questo settore con quello del diritto della concorrenza (si pensi agli accordi anti-concorrenziali e alle pratiche sleali) è divenuto tecnicamente complesso. La protezione dei consumatori è vista, nella prospettiva dello sviluppo della concorrenza, come un obiettivo da raggiungere, ma ne diviene anche lo schermo»²⁹.

Infine, si può osservare che, in aggiunta all'azione dell'AGCM in materia di repressione delle pratiche commerciali scorrette, un ruolo di controllo spetta anche al controllo ufficiale degli alimenti³⁰. A questo ultimo riguardo, però, non è dato nutrire grandi speranze: il sistema di controllo ufficiale degli alimenti, specie a livello locale e regionale, dimostra gravi ritardi nella metabolizzazione delle nuove regole comunitarie, specie rispetto a settori normativi inesplorati quali il giudizio di correttezza delle informazioni commerciali, incombenza sulle autorità competenti in base all'art. 1 del Regolamento n. 882/2004³¹.

Concludendo, sarebbe il caso che o il legislatore o il settore privato si attivino per determinare una strada che consenta il mantenimento di una linea di demarcazione tra prodotti qualitativamente diversi.

Da un lato, come autorevolmente osservato³², sembrano sussistere margini di regolazione del termine «puro» in congiunzione con il termine «cacao» (ingrediente del cioccolato) che la Commissione europea potrebbe ritenere compatibili con l'armonizzazione di settore. Tale soluzione sarebbe certamente da preferire e da accogliere come inatteso segnale di reattività della sfera politica.

Con l'augurio che ciò si possa realizzare, niente impedisce al settore privato di "fare da sé", magari attingendo all'esempio dei *Maîtres Chocolatiers* belgi i quali, da tempo, hanno creato a loro spese, un marchio collettivo rela-

²⁹ Cfr. G. ALPA, *Commento al Codice del consumo*, in *I Contratti*, 2005, p. 1017.

³⁰ Per una riflessione sul nuovo ruolo del controllo ufficiale alla luce della legislazione alimentare europea e nazionale D. PISANELLO, *Controllo e sanzioni in materia di legislazione alimentare. Le nuove pene igienico-sanitarie alla luce del D. lgs. n. 193/2007*, in ID. (a cura di) - C. BIGLIA - C. M. PELLICANO, *Guida alla Legislazione Alimentare cit. supra*, nota 25.

³¹ Questo è, in sintesi, il giudizio di un recente *audit* svolto dalla Commissione europea per mezzo del *Food and Veterinary Office* sul sistema italiano di controllo degli alimenti. Cfr. DG(SANCO) 2010-8591 - *Final report of a specific audit carried out in Italy from 04 to 12 October 2010 in order to assess the official control systems in place for food hygiene, traceability, labelling, food contact materials and food additives in the context of a general audit*.

³² F. CAPELLI, *Limiti di utilizzo del termine «puro»*, cit. *supra*, nota 2.

tivo alla purezza della materia grassa impiegata nelle loro lavorazioni.

Non c'è chi non possa vedere, in ciò, un'allocazione dei costi a detrimento delle micro-produzioni, allocazione che, stanti i vincoli del mercato comunitario, risulta tuttavia ineludibile.

Daniele Pisanello*

* Avvocato consulente in Legislazione Alimentare / Foro di Lecce e Bologna.

II. MASSIMARIO ANNOTATO*

LA CORTE DI GIUSTIZIA INTERPRETA LA CONVENZIONE DI ROMA PER INDIVIDUARE IL PAESE IN CUI IL LAVORATORE COMPIE ABITUALMENTE IL PROPRIO LAVORO

Corte di giustizia

Sentenza del 15 marzo 2011 in causa n. C-29/10

Heiko Koelzsch c. État du Grand-Duché de Luxembourg

Art. 234 CE (ora art. 267 TFUE) - Questione pregiudiziale - Art. 6 della Convenzione di Roma sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali del 19 giugno 1980 - Criteri di collegamento contenuti all'art. 6, n. 2, lett. a. - Interpretazione - Trasporto internazionale di merci - Contratti individuali di lavoro - Autonomia contrattuale delle parti - Norme imperative a tutela dei diritti dei lavoratori - Paese in cui o a partire dal quale il lavoratore adempie la parte sostanziale delle proprie obbligazioni nei confronti del datore di lavoro - Lavoratore che svolge la propria attività in più Stati contraenti.

L'art. 6, n. 2, lett. a., della Convenzione sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali, aperta alla firma a Roma il 19 giugno 1980, deve essere interpretato nel senso che, nell'ipotesi in cui il lavoratore svolga le sue attività in più di uno Stato contraente, il Paese in cui il lavoratore, in esecuzione del contratto, compie abitualmente il suo lavoro, ai sensi di tale disposizione, è quello in cui o a partire dal quale, tenuto conto di tutti gli elementi che caratterizzano detta attività, il lavoratore adempie la parte sostanziale delle sue obbligazioni nei confronti del suo datore di lavoro¹.

* A cura di *ENRICA ADOBATI*.

¹ La questione pregiudiziale ha ad oggetto l'interpretazione della Convenzione di Roma del 19 giugno 1980 (in *Guce* n. L 266 del 1980, p. 1), sostituita ora dal Regolamento

n. 593/2008, sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali (Roma I) (in *Guce* n. L. 177 del 2008, p. 6) che si applica ai contratti conclusi dopo il 17 dicembre 2009. La questione è stata posta nell'ambito di una controversia tra il signor Koelzsch, cittadino tedesco, autista di trasporti internazionali e il Granducato del Lussemburgo relativa ad una domanda di risarcimento danni per l'erronea applicazione delle disposizioni della Convenzione di Roma compiuta dai giudici lussemburghesi (nella causa intentata dal ricorrente contro l'impresa di trasporti internazionali di diritto lussemburghese).

Il signor Koelzsch ha sostenuto che alla questione riguardante la risoluzione del suo contratto di lavoro (che formalmente prevedeva l'applicazione del diritto lussemburghese in caso di controversie) fosse applicabile il diritto tedesco e non quello lussemburghese, e ha invocato, in tal senso, le disposizioni imperative di tutela dei diritti dei lavoratori previste dalla legislazione tedesca. Poiché i giudici lussemburghesi del lavoro hanno applicato alla controversia in esame le disposizioni lussemburghesi, anziché quelle tedesche, il ricorrente ha proposto ricorso per risarcimento danni contro il Granducato di Lussemburgo per la presunta violazione dell'art. 6, n. 2, lett. a., della Convenzione di Roma concernente i contratti individuali di lavoro.

Il signor Koelzsch ha, dapprima, impugnato la decisione di licenziamento (a causa della ristrutturazione della società e della riduzione dell'attività di trasporto in partenza dalla Germania) dinanzi agli organi giurisdizionali tedeschi che si sono dichiarati incompetenti. Anche l'appello successivo è stato respinto. Il ricorrente ha così citato l'impresa di trasporti dinanzi al Tribunal de travail de Luxembourg per ottenere la condanna della convenuta al risarcimento dei danni causato dal licenziamento illegittimo consistente nel pagamento di un'indennità sostitutiva di preavviso e degli arretrati retributivi.

Il ricorrente ha sostenuto che, facendo egli parte del consiglio aziendale della società, in qualità di membro supplente, si sarebbe dovuta applicare la protezione contenuta nella legge tedesca (sulla tutela contro il licenziamento) che vieta il licenziamento dei membri del consiglio stesso e, ai sensi della giurisprudenza della Corte federale del lavoro tedesca, il divieto è stato esteso anche ai membri supplenti. La sentenza del Tribunal du travail de Luxembourg, che riconosce l'applicazione del diritto lussemburghese alla fattispecie in esame, è stata confermata dalla Corte d'appello e dalla Corte di cassazione di Lussemburgo. Il signor Koelzsch ha così avviato un ricorso di risarcimento contro il Granducato di Lussemburgo per la violazione della Convenzione di Roma e la Corte d'appello di Lussemburgo ha deciso di sospendere il procedimento e di rivolgersi alla Corte di giustizia al fine di chiarire cosa debba intendersi per luogo in cui il lavoratore svolge abitualmente il proprio lavoro ai sensi dell'art. 6, n. 2, lett. a., della Convenzione di Roma, soprattutto nelle ipotesi in cui il lavoratore esegua la prestazione in diversi Paesi.

È noto che l'art. 6 della Convenzione di Roma fissa norme di diritto internazionale speciale relative ai contratti individuali di lavoro; l'art. 6, n. 1, limita la libertà di scelta delle parti con riferimento alla legge applicabile e l'art. 6, n. 2, fissa criteri di collegamento specifici che sono quelli del Paese in cui il lavoratore «compie abitualmente il suo lavoro» [lett. a.], ovvero, in mancanza di un tale luogo, quello della sede «che ha proceduto ad assumere il lavoratore» [lett. b.].

Secondo la Corte di giustizia, l'interpretazione di tali criteri di collegamento deve tener conto, nell'ipotesi in cui il lavoratore svolga le proprie attività professionali in più Paesi, della necessità di tutelare il contraente più debole (cfr. sentenze del 9 gennaio 1997 in causa n. C-383/95, *Rutten*, in *Raccolta*, 1997, I, p. 57 e annotata in questa *Rivista*, 1997, p. 133, nonché del 10 aprile 2003 in causa n. C-437/00, *Pugliese*, in *Raccolta*, 2003, I, p. 3573).

Ne consegue che il criterio di collegamento contenuto all'art. 6, n. 2, lett. a., della Convenzione trova applicazione alla fattispecie in esame, ossia nell'ipotesi in cui il lavoratore svolge le proprie attività in più di uno Stato contraente; infatti, il criterio del Paese dell'esecuzione abituale del lavoro deve riferirsi al luogo in cui – o a partire dal quale – il lavoratore esercita effettivamente le proprie attività professionali, nonché al luogo in cui il soggetto esegue la maggior parte delle proprie prestazioni.

Nel caso di specie, ha precisato la Corte di giustizia, il giudice del rinvio dovrà tener conto di tutti gli elementi che caratterizzano il settore dei trasporti internazionali nell'individuazione, nonché nell'interpretazione, del criterio di collegamento contenuto nelle disposizioni della Convenzione di Roma.

**LA CORTE DI GIUSTIZIA INDIVIDUA LE PROFESSIONI
CHE RIENTRANO NELL'AMBITO DI APPLICAZIONE
DELLA DIRETTIVA N. 2005/36/CE**

Corte di giustizia

Sentenza del 17 marzo 2011 in cause riunite n. C-372/09 e n. C-373/09

Josep Peñarroja FA

Art. 234 CE (ora art. 267 TFUE) - Questione pregiudiziale - Art. 43 CE (ora art. 49 TFUE) - Libertà di stabilimento - Artt. 49 e 50 CE (ora artt. 56 - 57 TFUE) - Libera prestazione dei servizi - Limitazioni - Professionista in qualità di perito giudiziario traduttore - Esercizio dei pubblici poteri - Legge nazionale che riserva il titolo di perito giudiziario a soggetti iscritti in elenchi costituiti dalle autorità giudiziarie nazionali - Giustificazione - Principio di proporzionalità - Direttiva n. 2005/36/Ce - Riconoscimento delle qualifiche professionali - Nozione di professione regolamentata - Esclusione.

Un incarico affidato caso per caso da un giudice, nel contesto di una controversia di cui è investito, ad un professionista in qualità di perito giudiziario traduttore costituisce una prestazione di servizi ai sensi dell'art. 50 CE, al quale attualmente corrisponde l'art. 57 TFUE¹.

Le attività dei periti giudiziari nel settore della traduzione come quelle oggetto della causa principale non costituiscono attività che partecipano all'esercizio dei pubblici poteri ai sensi dell'art. 45, 1° comma, CE, al quale corrisponde attualmente l'art. 51, 1° comma, TFUE².

L'art. 49 CE, al quale attualmente corrisponde l'art. 56 TFUE, osta ad una normativa nazionale, come quella oggetto della causa principale, in forza della quale l'iscrizione ad un elenco di periti giudiziari traduttori è assoggettata a condizioni inerenti alla qualifica senza che gli interessati possano venire a conoscenza della motivazione della decisione adottata nei loro confronti e senza che questa possa essere oggetto di un effettivo ricorso di natura giurisdizionale che consenta di verificare la sua legittimità, soprattutto con riguardo all'osservanza del requisito, risultante dal diritto dell'Unione, che la loro qualifica acquisita e riconosciuta in altri Stati membri sia stata debitamente presa in considerazione³.

L'art. 49 CE, al quale attualmente corrisponde l'art. 56 TFUE, osta ad un requisito come quello previsto dall'art. 2 della l. 29 giugno 1971, n. 71-498, relativa ai periti giudiziari, come modificata dalla l. 11 febbraio 2004, n. 2004-130, da cui risulta che non è possibile figurare nell'elenco nazionale dei periti giudiziari in qualità di traduttore se non si dimostra di essere stati

iscritti per tre anni consecutivi in un elenco di periti giudiziari istituito da una Cour d'appel, qualora siffatto requisito, nel contesto dell'esame di una domanda di una persona stabilita in un altro Stato membro e che non dimostra detta iscrizione, impedisca che la qualifica acquisita da tale persona e riconosciuta in tale altro Stato membro sia debitamente presa in considerazione per accertare se e in che limiti questa possa equivalere alle competenze che di norma ci si attende da una persona che sia stata iscritta per tre anni consecutivi ad un elenco di periti giudiziari istituito da una Cour d'appel⁴.

Le prestazioni dei periti giudiziari traduttori effettuate da periti iscritti in un elenco come l'elenco nazionale dei periti giudiziari istituito dalla Cour de cassation non rientrano nella nozione di «professione regolamentata» ai sensi dell'art. 3, n. 1, lett. a., della direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio del 7 settembre 2005, n. 2005/36/Ce, relativa al riconoscimento delle qualifiche professionali⁵.

¹⁻⁵ Le questioni pregiudiziali sull'interpretazione della normativa comunitaria sulla libertà di stabilimento e sulla libera prestazione di servizi, nonché dell'art. 3, n. 1, lett. a., della direttiva n. 2005/36/Ce sul riconoscimento delle qualifiche professionali (in *Guce* n. L 255 del 2005, p. 22) sono state presentate dal signor Peñarroja Fa, cittadino spagnolo che esercita da più di venti anni la professione di traduttore giurato, nell'ambito di due ricorsi relativi alla propria iscrizione in qualità di traduttore di lingua spagnola sia nell'elenco dei periti giudiziari della Cour d'appel de Paris, sia nell'elenco nazionale dei periti giudiziari istituito dall'Ufficio di Presidenza della Cour de Cassation.

Il signor Peñarroja Fa, essendo state respinte entrambe le richieste di iscrizione agli elenchi sopra citati, si è rivolto alla Cour de Cassation, la quale ha deciso di sospendere il procedimento e di rivolgersi alla Corte di giustizia. Questa ha sottolineato come la normativa nazionale che istituisce gli elenchi di periti giudiziari traduttori ha unicamente la finalità di consentire la creazione di un elenco di professionisti a cui i magistrati possono rivolgersi per lo svolgimento di perizie nel contesto dei procedimenti giudiziari. I professionisti, a parere della Corte di giustizia, non devono essere necessariamente membri di professioni regolamentate in quanto la normativa nazionale controversa non mira a disciplinare il riconoscimento di una determinata qualifica (cfr. sentenze del 17 dicembre 2009 in causa n. C-586/08, *Rubino*, inedita in *Raccolta* e annotata in questa *Rivista*, 2009, p. 790 nonché del 9 settembre 2003 in causa n. C-285/01, *Burbaud*, in *Raccolta*, 2003, I, p. 8219). Ne consegue che lo svolgimento di perizie da parte di periti giudiziari traduttori non costituisce una professione regolamentata ai sensi della direttiva.

Inoltre, l'incarico conferito ad un professionista designato come perito giudiziario traduttore da un giudice nazionale costituisce una prestazione di servizio ai sensi dell'art. 57 TFUE e il fatto che la retribuzione dei periti venga fissata in base alla tariffa stabilita dai pubblici poteri non incide assolutamente sulla qualificazione dei servizi assegnata alle attività che essi sono chiamati a svolgere (cfr. sentenza del 12 luglio 2001 in causa n. C-157/99, *Smits e Peerbooms*, in *Raccolta*, 2001, I, p. 5473 e annotata in questa *Rivista*, 2001, p. 690). Inoltre, le attività da loro svolte nel settore della traduzione non rientrano nella sfera di applicazione dell'art. 45, 1° comma (art. 51 TFUE).

La Corte ha poi osservato che l'istituzione di elenchi di periti giudiziari può influenzare la scelta dei giudici nella scelta di soggetti che sono iscritti in tali liste, dando così vita ad una restrizione alla libera prestazione dei servizi di perito giudiziario traduttore. Sono consentite restrizioni purché siano giustificate da motivi imperativi di interesse generale, quali la tutela dei cittadini e la buona amministrazione della giustizia; l'istituzione di tali elenchi deve però essere fondata su criteri oggettivi e non discriminatori. Tuttavia, la Corte di giustizia ha rilevato che, non dovendo le decisioni di diniego di iscrizione in tali elenchi essere motivate, un effettivo controllo giurisdizionale con riferimento all'esperienza professionale

acquisita dai richiedenti e alle qualifiche riconosciute in altri Stati membri non è garantito. Ne consegue, a parere della Corte di giustizia, che la normativa nazionale contrasta con il diritto dell'Unione in quanto non consente agli interessati un effettivo sindacato giurisdizionale sulla motivazione alla base del diniego.

Infine, sul contrasto della normativa controversa con la libera prestazione di servizi, la Corte di giustizia ha rilevato che l'applicazione ad un perito giudiziario traduttore di un altro Stato membro – che abbia, peraltro, già svolto incarichi dinanzi ai propri giudici o a quelli di altri Stati membri – del requisito imposto dalla norma nazionale di essere iscritti per tre anni consecutivi in un elenco di periti giudiziari, appare contraria al principio di proporzionalità. Le autorità nazionali, infatti, devono fare il possibile affinché le qualifiche acquisite in altri Stati membri vengano riconosciute in tutta l'Unione per il loro giusto valore (cfr. sentenze del 7 maggio 1991 in causa n. C-340/89, *Vlassopoulou*, in *Raccolta*, 1991, I, p. 2357 e in questa *Rivista*, 1992, p. 663 con commento di C. POMA, *La libera circolazione dei professionisti e il riconoscimento dei titoli di studio*, p. 669 ss. e del 22 gennaio 2002 in causa n. C-31/00, *Dreessen*, in *Raccolta*, 2002, I, p. 663 e annotata in questa *Rivista*, 2002, p. 85).

SONO COMPATIBILI CON IL TRATTATO CE LE TARIFFE MASSIME DEGLI AVVOCATI IN MATERIA DI ONORARI PREVISTE DALLA NORMATIVA ITALIANA

Corte di giustizia

Sentenza del 29 marzo 2011 in causa n. C-565/08

Commissione europea c. Repubblica italiana

Art. 226 CE (ora art. 258 TFUE) - Inadempimento di uno Stato membro - Artt. 43 CE e 49 CE (ora artt. 49 e 56 TFUE) - Libertà di stabilimento e libera prestazione di servizi - Regio decreto legge del 27 novembre 1933, n. 1578 sull'ordinamento delle professioni di avvocato e procuratore legale - Attività giudiziale e stragiudiziale della professione di avvocato - Obbligo di rispettare le tariffe massime obbligatorie in materia di onorari professionali - Accordi speciali con i clienti per la fissazione degli importi degli onorari - Ostacolo all'accesso al mercato - Pregiudizio per la libera concorrenza - Insussistenza del contrasto.

(...) [La Commissione] *non è riuscita a dimostrare che la normativa in discussione è concepita in modo da pregiudicare l'accesso, in condizioni di concorrenza normali ed efficaci, al mercato italiano dei servizi di cui trattasi. Va rilevato, al riguardo, che la normativa italiana sugli onorari è caratterizzata da una flessibilità che sembra permettere un corretto compenso per qualsiasi tipo di prestazione fornita dagli avvocati. Così, è possibile aumentare gli onorari fino al doppio delle tariffe massime altrimenti applicabili, per cause di particolare importanza, complessità o difficoltà, o fino al quadruplo di dette tariffe per quelle che rivestono una straordinaria importanza, o an-*

che oltre in caso di sproporzione manifesta, alla luce delle circostanze nel caso di specie, tra le prestazioni dell'avvocato e le tariffe massime previste. In diverse situazioni, inoltre, è consentito agli avvocati concludere un accordo speciale con il loro cliente al fine di fissare l'importo degli onorari¹.

Il ricorso è respinto².

¹⁻² A parere della Commissione europea, la normativa italiana (rdl n. 1578/1933 sull'ordinamento delle professioni di avvocato e procuratore legale; l. n. 794/1942 sugli onorari di avvocato per prestazioni giudiziali in materia civile; l. n. 31/1982 di recepimento della direttiva n. 77/249/Cee; l. 248/2006, il c.d. decreto Bersani) prevederebbe l'obbligo degli avvocati di rispettare tariffe massime e ciò costituirebbe una restrizione alla libertà di stabilimento ai sensi dell'art. 43 CE (art. 49 TFUE), nonché una restrizione alla libera prestazione dei servizi ai sensi dell'art. 49 CE (art. 56 TFUE). In particolare, la Commissione ha ritenuto che il decreto Bersani, pur abrogando le tariffe fisse o minime applicabili agli onorari degli avvocati, abbia mantenuto l'obbligo di rispettare le tariffe massime. Tale situazione produce l'effetto di dissuadere gli avvocati di altri Stati membri a stabilirsi in Italia per prestarvi i propri servizi. La Commissione ha sottolineato che il tariffario degli onorari è troppo complesso, che l'esistenza di tariffe massime applicabili agli onorari degli avvocati impedirebbe che i servizi degli avvocati stabiliti in Stati membri diversi dalla Repubblica italiana siano correttamente remunerati e, infine, che il sistema di tariffazione previsto nel nostro ordinamento pregiudica la libertà contrattuale dell'avvocato impedendogli di fare offerte specifiche per determinate prestazioni.

La Repubblica italiana, nell'esporre le proprie difese, ha argomentato facendo valere in via principale che non vi è, nell'ordinamento giuridico italiano, un principio che vieti di superare le tariffe massime applicabili alle attività degli avvocati. Soltanto in via sussidiaria essa ha tentato di dimostrare che la prescrizione di limiti tariffari massimi mira a garantire l'accesso alla giustizia, la tutela dei destinatari dei servizi, nonché la buona amministrazione della giustizia.

La Corte di giustizia, sull'esistenza di una restrizione alla libertà di stabilimento, ha sottolineato che, secondo una propria giurisprudenza, costituiscono restrizioni tutte le misure che vietano, ostacolano o scoraggiano l'esercizio di tale libertà (cfr. sentenze del 15 gennaio 2002 in causa n. C-439/99, *Commissione c. Italia*, in *Raccolta*, 2002, I, p. 305 e in questa *Rivista*, 2002, 261 con commento di S. D'ACUNTO, *La sentenza della Corte di giustizia contro l'Italia in materia di "fiere"*: un dossier complesso e tuttora aperto, p. 269 ss.; del 5 ottobre 2004 in causa n. C-442/02, *CaixaBank France*, in *Raccolta*, 2004, I, p. 8961; del 30 marzo 2006 in causa n. C-451/03, *Servizi Ausiliari Dottori Commercialisti*, in *Raccolta*, 2006, I, p. 2941 e del 4 dicembre 2008 in causa n. C-330/07, *Jobra*, in *Raccolta*, 2008, I, p. 9099).

La Corte di giustizia ha sottolineato che non può però essere considerata discriminatoria una normativa nazionale per il solo fatto che altri Stati membri prevedano, per la medesima circostanza, regole diverse. Per contro, è considerata discriminatoria una normativa che privi gli avvocati stabiliti in altri Stati membri di entrare nel mercato italiano in ordinarie condizioni concorrenziali (sentenze *CaixaBank France*, cit.; del 5 dicembre 2006 in cause riunite n. C-94/04 e n. C-202/04, *Cipolla e a.*, in *Raccolta*, 2006, I, p. 11421 e in questa *Rivista*, 2006, p. 693 con commento di P. QUAIÀ, *Avvocati: qualità o prezzo? In margine alla sentenza della Corte di giustizia in cause riunite n. C-94/04 e n. C-202/04*, p. 701 nonché dell'11 marzo 2010 in causa n. C-384/08, *Attanasio Group*, inedita in *Raccolta* e annotata in questa *Rivista*, 2010, p. 90).

Analizzando il sistema applicato in Italia la Corte di giustizia ha, pertanto, respinto il ricorso della Commissione affermando, da un lato, che la flessibilità della normativa italiana sugli onorari consente l'individuazione del corretto compenso per qualsiasi prestazione e, dall'altro lato, che la Commissione non è riuscita a dimostrare che la normativa controversa di fatto ostacoli l'accesso in Italia ad avvocati provenienti da altri Stati membri.

LA CORTE DI GIUSTIZIA SPECIFICA LE MODALITÀ CON LE QUALI I DOTTORI COMMERCIALISTI POSSONO PUBBLICIZZARE I PROPRI SERVIZI

Corte di giustizia

Sentenza del 5 aprile 2011 in causa n. C-119/09

Société fiduciaire nationale d'expertise comptable c. Ministre du Budget, des Comptes publics et de la Fonction publique

Art. 234 CE (ora art. 267 TFUE) - Questione pregiudiziale - Art. 49 CE (ora art. 56 TFUE) - Libera prestazione dei servizi - Art. 24 della direttiva n. 2006/123/Ce relativa ai servizi nel mercato interno - Proibizione di tutti i divieti totali in materia di informazioni commerciali per le professioni regolamentate - Professione di dottore commercialista/esperto contabile - Divieto di promozione commerciale diretta e *ad personam* dei propri servizi («*démarchage*») - Accaparramento di clientela - Lesione dell'indipendenza e la deontologia della professione - Sussistenza del contrasto.

*L'art. 24, n. 1, della direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio del 12 dicembre 2006, n. 2006/123/Ce, relativa ai servizi nel mercato interno, deve essere interpretato nel senso che esso osta a una normativa nazionale la quale vieti totalmente agli esercenti una professione regolamentata, come quella di dottore commercialista/esperto contabile, di effettuare atti di promozione commerciale, diretta e ad personam, dei propri servizi («*démarchage*»)¹.*

¹ La Corte si pronuncia per la prima volta sull'interpretazione della direttiva n. 2006/123/Ce relativa ai servizi nel mercato interno (in *Guce* n. L 376 del 2006, p. 36). La domanda pregiudiziale proposta dal Conseil d'État (Francia) ha riguardato la libertà di comunicazione commerciale dei membri di professioni regolamentate, nel caso specifico gli esperti contabili, che è disciplinata dall'art. 24 della direttiva n. 2006/123/Ce. La controversia ha visto contrapposti, da un lato, la Société fiduciaire nationale d'expertise comptable e, dall'altro lato, il Ministro del Tesoro, del Bilancio e della Funzione pubblica per l'annullamento del decreto del 27 settembre 2007, n. 1387, concernente un codice di deontologia delle professioni di dottore commercialista ed esperto contabile, con riferimento alla clausola che vieta l'accaparramento di clientela. La violazione della direttiva n. 2006/123/Ce, in particolare dell'art. 24 della stessa, costituisce uno dei motivi di annullamento invocati dalla Société fiduciaire dinanzi al giudice del rinvio. Ai sensi di tale disposizione, gli Stati membri provvedono, da un lato, ad eliminare tutti i divieti in materia di comunicazioni commerciali per le professioni regolamentate e, dall'altro lato, a fare in modo che le comunicazioni commerciali suddette rispettino le regole professionali, in conformità al diritto comunitario, riguardanti, in particolare, l'indipendenza, la dignità e l'integrità della professione, nonché il segreto professionale, nel rispetto della specificità di ciascuna professione. Il codice deontologico sopra citato vieta ai soggetti che esercitano la professione di esperto contabile e di dottore commercialista di compiere atti equiparabili ad un *démarchage* (ossia gli atti di promozione commerciale diretta che implicano un contatto personalizzato tra il prestatore e il cliente potenziale per la presentazione di una gamma di servizi); tuttavia consente, entro

certi limiti, le azioni promozionali. Non deve mai essere compromessa la dignità, l'onore della professione nonché le regole del segreto professionale.

Il Consiglio di Stato, dinanzi al quale la Société fiduciaria si è rivolta, ha chiesto alla Corte di giustizia di interpretare l'art. 24 della direttiva in esame, in particolare per chiarire se il divieto ivi contenuto debba essere inteso in senso assoluto, o se gli Stati possano mantenere alcuni divieti generali per talune pratiche commerciali, quali per esempio il *démarchage*.

La Corte si è soffermata, in primo luogo, a chiarire la finalità della direttiva n. 2006/123/Ce, nonché l'obiettivo da essa perseguito: essa mira ad eliminare le restrizioni alla libertà di stabilimento dei prestatori negli Stati membri e alla libera circolazione dei servizi tra Stati membri per la realizzazione del mercato interno libero e concorrenziale. A tal fine, devono essere soppressi i divieti assoluti in materia di comunicazioni commerciali per le professioni regolamentate che proibiscono qualsiasi pubblicità. Ciò anche per salvaguardare gli interessi dei consumatori e per migliorare la qualità dei servizi nelle professioni regolamentate.

In secondo luogo, la Corte di giustizia ha chiarito che il *démarchage* può essere considerato una comunicazione commerciale ai sensi della direttiva. Quest'ultima comprende, infatti, non solo la pubblicità classica, ma anche altre forme di pubblicità e di comunicazione di informazioni destinate all'acquisizione di nuovi clienti.

Di conseguenza, la Corte di giustizia ha concluso affermando che il divieto di *démarchage*, che vieta qualsiasi atto di promozione commerciale diretta e *ad personam* dei propri servizi, deve essere considerato, in conformità all'obiettivo della direttiva, come un divieto assoluto in materia di comunicazioni commerciali. Vietare qualsiasi atto di *démarchage* potrebbe costituire in effetti una restrizione alla libera prestazione di servizi perché priverebbe i professionisti di una modalità di accesso al mercato nazionale (cfr. sentenza del 10 maggio 1995 in causa n. C-384/93, *Alpine Investments*, in *Raccolta*, 1995, I, p. 1141).

LA CORTE DI GIUSTIZIA SI PRONUNCIA SULL'EQUIPARAZIONE DELLE ATTIVITÀ PROFESSIONALI ASSOGGETTATE A NORME ELABORATE DA UN'ORGANIZZAZIONE PRIVATA RICONOSCIUTA A QUELLE NON REGOLAMENTATE

Corte di giustizia

Sentenza del 5 aprile 2011 in causa n. C-424/09

Christina Ioanni Toki c. Ypourgos Ethnikis paideias kai Thriskevmaton

Art. 234 CE (ora art. 267 TFUE) - Questione pregiudiziale - Direttiva n. 89/48/Cee - Art. 3, 1° comma, lett. a. e b. - Riconoscimento dei diplomi di istruzione superiore - Lavoratori - Ingegnere ambientale - Attività assimilata ad un'attività professionale regolamentata - Meccanismo di riconoscimento applicabile nello Stato di formazione - Nozione di «esperienza professionale» - Esperienza pratica e legata al mercato del lavoro corrispondente alla professione interessata - Esercizio di un'attività di ricerca nel settore della professione ed esercizio effettivo di tale professione -

Equiparazione delle attività professionali assoggettate a norme elaborate da un'organizzazione privata riconosciuta ad attività non regolamentate.

L'art. 3, 1° comma, lett. b., 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, come modificata dalla direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio del 14 maggio 2001, n. 2001/19/Ce, deve essere interpretato nel senso che il meccanismo di riconoscimento da esso previsto è applicabile quando, nello Stato membro di origine, la professione di cui trattasi rientra nell'art. 1, lett. d., secondo comma, della medesima direttiva, a prescindere dalla questione se l'interessato sia o meno membro a pieno titolo dell'associazione o dell'organismo di cui trattasi¹.

Per poter essere presa in considerazione, ai fini dell'art. 3, 1° comma, lett. b., della direttiva n. 89/48/Cee, come modificata dalla direttiva n. 2001/19/Ce, l'esperienza professionale provata dall'autore di una domanda diretta ad ottenere l'autorizzazione ad esercitare una professione regolamentata nello Stato membro ospitante, deve soddisfare le tre condizioni seguenti:

- l'esperienza addotta deve consistere in un lavoro a tempo pieno per almeno due anni nel corso dei dieci anni precedenti;

- tale lavoro deve essere consistito nell'esercizio costante e regolare di un insieme di attività professionali che caratterizzano la professione interessata nello Stato membro di origine, senza che sia necessario che tale lavoro abbia coperto la totalità di tali attività, e

- la professione, come normalmente esercitata nello Stato membro di origine, deve essere equivalente, per quanto riguarda le attività in cui essa si estrinseca, a quella per il cui esercizio è stata richiesta un'autorizzazione nello Stato membro ospitante².

¹⁻² L'esercizio di un'attività di ricerca nel settore dell'ingegneria ambientale può essere considerato come esercizio effettivo della professione di ingegnere ambientale, ai sensi della direttiva n. 89/48/Cee (in *Guce* n. L 19 del 1989, p. 16)? A questo interrogativo è stata chiamata a rispondere la Corte di giustizia nell'ambito di una controversia che ha visto contrapposti, da un lato, la signora Toki, cittadina greca e titolare di due diplomi (Bachelor of Engineering e Master of Science) nel settore dell'ingegneria ambientale acquisiti nel Regno Unito e, dall'altro lato, il Ministro della Pubblica Istruzione e dei Culti religiosi in merito alle decisioni prese dal Consiglio per il riconoscimento dell'equivalenza professionale dei titoli di istruzione superiore con le quali viene negato alla ricorrente l'accesso alla professione di ingegnere ambientale.

È noto che la direttiva n. 89/48/Cee è applicabile a qualunque cittadino di uno Stato membro che intenda esercitare una professione regolamentata in un altro Stato membro, intendendosi, per quest'ultima, l'attività o l'insieme di attività professionali regolamentate che costituiscono questa professione in uno Stato membro. Si ricorda che la direttiva n. 2005/36/Ce (in *Guce* n. L 255 del 2005, p. 22) ha consolidato in un unico testo le direttive n. 89/48/Cee, n. 92/51/Ce, nonché la direttiva n. 1999/42/Ce.

La signora Toki ha chiesto alle autorità greche (essendo regolamentata in Grecia la professione di ingegnere) che le venisse riconosciuto il diritto di esercitare la professione in

Grecia. La richiesta è stata respinta per il fatto che la ricorrente, non essendo titolare di un diploma di ingegneria nel Regno Unito e non essendo membro dell'Engineering Council, non poteva beneficiare della tutela riconosciuta dalla direttiva n. 89/48/Cee. La signora Toki ha, così, impugnato il provvedimento dinanzi al Consiglio di Stato greco che si è rivolto alla Corte di giustizia al fine di chiarire l'ambito di applicazione dei due meccanismi di riconoscimento dei diplomi previsti all'art. 3, 1° comma, lett. *a.* e *b.*, della direttiva in esame.

Si osserva che i meccanismi di riconoscimento, sopra citati, si differenziano a seconda che il richiedente possieda un diploma rilasciato da uno Stato membro che disciplina la professione o che il soggetto abbia esercitato la propria professione per almeno due anni in uno Stato membro che non regola la professione stessa.

A parere della Corte di giustizia, nei confronti della signora Toki trova applicazione il meccanismo di riconoscimento previsto all'art. 3, 1° comma, lett. *b.*, della direttiva n. 89/48/Cee, ossia quello che presuppone l'esercizio a tempo pieno della professione per almeno due anni, anche se il soggetto non è membro dell'associazione o dell'organismo a cui fa capo la propria professione (cfr. sentenza del 7 settembre 2006 in causa n. C-149/05, *Price*, in *Raccolta*, 2006, I, p. 7691).

Sui criteri da applicare, per determinare se l'esperienza professionale attestata dal soggetto che richiede l'autorizzazione ad esercitare la professione, possa essere presa in considerazione ai sensi dell'art. 3, 1° comma, lett. *b.* della direttiva, la Corte di giustizia si è soffermata a precisare il contenuto della nozione di esercizio effettivo della professione.

Innanzitutto, l'esperienza professionale deve riguardare almeno due anni di attività ed è sufficiente l'esercizio costante e regolare di un insieme di attività professionali caratterizzanti la professione interessata, non essendo richiesto che essa si estenda a tutte le attività. La Corte di giustizia ha poi richiamato la nozione di equivalenza, nel senso che l'espressione «questa stessa professione» contenuta nel testo della direttiva deve riferirsi a professioni che sono, sia nello Stato d'origine che nello Stato ospitante, identiche o analoghe (cfr. sentenza del 19 gennaio 2006 in causa n. C-330/03, *Colegio de Ingenieros de Caminos, Canales y Puertos*, in *Raccolta*, 2006, I, p. 801 e annotata in questa *Rivista*, 2006, p. 72). Nel caso di specie, le attività esercitate dalla ricorrente (lavoro prevalentemente di ricerca) non possono essere considerate esercizio effettivo della professione di ingegnere ambientale e, conseguentemente, non possono rientrare nella nozione di esperienza professionale ai sensi dell'art. 3, 1° comma, lett. *b.*). Sarà, pertanto, compito del giudice del rinvio accertare se l'attività di collaborazione con una società privata specializzata nelle tecnologie relative al trattamento dei rifiuti liquidi sia stata esercitata per almeno due anni.

SECONDO LA CORTE DI GIUSTIZIA ALLA LUCE DEL REGOLAMENTO N. 40/94 GLI EFFETTI DI UNA PRONUNCIA NAZIONALE IN TEMA DI MARCHI COMUNITARI SI ESTENDONO A TUTTO IL TERRITORIO DELL'UNIONE EUROPEA

Corte di giustizia

Sentenza del 12 aprile 2011 in causa n. C-235/09

Dhl Express France SAS c. Chronopost SA

Art. 234 CE (ora art. 267 TFUE) - Questione pregiudiziale - Proprietà intellettuale - Regolamento Ce n. 40/94 sul marchio comunitario - Art. 98, n. 1, del Regolamento Ce n. 40/94 - Divieto di atti di contraffazione

pronunciato da un tribunale nazionale operante in veste di tribunale dei marchi comunitari - Portata territoriale - Misure coercitive disposte insieme a tale divieto - Estensione degli effetti della pronuncia a tutto il territorio dell'Unione.

L'art. 98, n. 1, del Regolamento (Ce) del Consiglio del 20 dicembre 1993, n. 40/94, sul marchio comunitario, come modificato dal Regolamento (Ce) del Consiglio del 22 dicembre 1994, n. 3288, deve essere interpretato nel senso che la portata di un divieto di prosecuzione di atti costituenti contraffazione o minaccia di contraffazione di un marchio comunitario, emesso da un tribunale dei marchi comunitari la cui competenza si fonda sugli artt. 93, nn. 1-4, e 94, n. 1, di tale Regolamento, si estende, in linea di principio, all'intero territorio dell'Unione europea¹.

L'art. 98, n. 1, seconda frase, del Regolamento n. 40/94, come modificato dal Regolamento n. 3288/94, deve essere interpretato nel senso che una misura coercitiva, quale ad esempio una penalità coercitiva (astreinte), disposta da un tribunale dei marchi comunitari in applicazione del proprio diritto nazionale, al fine di garantire il rispetto di un divieto, da esso emesso, di prosecuzione di atti costituenti contraffazione o minaccia di contraffazione, produce effetti negli Stati membri diversi da quello cui detto giudice appartiene – ai quali si estende la portata territoriale di un divieto siffatto – alle condizioni previste dal capo III del Regolamento (Ce) del Consiglio del 22 dicembre 2000, n. 44/2001, concernente la competenza giurisdizionale, il riconoscimento e l'esecuzione delle decisioni in materia civile e commerciale, per quanto riguarda il riconoscimento e l'esecuzione delle decisioni giurisdizionali. Nel caso in cui il diritto nazionale di uno di questi altri Stati membri non preveda alcuna misura coercitiva analoga a quella disposta dal suddetto tribunale, l'obiettivo cui si dirige tale misura dovrà essere perseguito dal tribunale competente del diverso Stato membro interessato facendo ricorso alle pertinenti disposizioni della propria legislazione interna idonee a garantire in modo equivalente il rispetto del divieto pronunciato².

¹⁻² Il Regolamento (Ce) n. 40/94 sui marchi comunitari (in *Guce* n. L 11 del 1994, p. 1; ora sostituito dal Regolamento (Ce) n. 207/2009 del Consiglio, del 26 febbraio 2009, in *Guce* n. L 78 del 2009, p. 1) prevede che gli Stati membri possano designare, nei rispettivi territori, «tribunali dei marchi comunitari» competenti per tutte le azioni in materia di contraffazione e, sempre che siano previste dalla legislazione nazionale, per le azioni relative alla minaccia di contraffazione di marchi comunitari. L'art. 98 del Regolamento in questione (sulle sanzioni in caso di contraffazione di un marchio comunitario), oggetto di interpretazione da parte della Corte di giustizia nella sentenza in epigrafe, prevede che, qualora un tribunale dei marchi comunitari accerti che il convenuto abbia contraffatto un marchio comunitario o commesso atti che costituiscano minaccia di contraffazione, possa emettere un'ordinanza con la quale vieta al soggetto di continuare gli atti di contraffazione disponendo, in conformità alla legge nazionale, anche tutte le misure necessarie ad assicurare l'osservanza del divieto.

Nella causa in esame, la Corte di cassazione francese ha posto alla Corte di giustizia quattro questioni pregiudiziali sull'interpretazione dell'art. 98 del Regolamento (Ce) n. 40/94 evidenziando le difficoltà connesse con le disposizioni sulla competenza giurisdizionale contenute nel Regolamento (Ce) n. 40/94, in particolare con riferimento agli effetti giuridici delle decisioni di accertamento delle contraffazioni.

La società Chronopost, titolare dei marchi comunitario e francese «WEBSHIPPING», ha depositato e registrato lo stesso marchio, rispettivamente nell'ottobre 2000 e nel maggio 2003, per servizi di logistica e di trasmissione di informazioni, di telecomunicazioni, di trasporto su strada, di raccolta di posta, giornali e pacchi, nonché per servizi di gestione di corriere espresso.

Nonostante tale registrazione ufficiale, la DHL International, utilizzava i segni «WEB SHIPPING», «Web Shipping» e/o «Webshipping» per designare un servizio di gestione di spedizioni per corriere espresso accessibile tramite la rete internet. La Chronopost, nel settembre 2004, adiva così il Tribunal de grande instance di Parigi quale tribunale dei marchi comunitari ai sensi dell'art. 91, n. 1, del Regolamento (Ce) n. 40/94, il quale condannava (senza nulla statuire sulla contraffazione del marchio comunitario) la DHL Express France, (succeduta alla DHL International) per contraffazione del marchio francese WEBSHIPPING.

Sull'appello proposto dalla Chronoplast si è pronunciata la Corte d'appello di Parigi che ha confermato la decisione di primo grado, senza pronunciarsi sull'esistenza degli effetti del divieto all'intero territorio comunitario. La Corte di cassazione francese, adita dalla DHL, ha respinto il ricorso e, poiché la Chronoplast aveva proposto un ricorso incidentale per l'estensione all'intero territorio comunitario degli effetti della sentenza di primo grado (del Tribunal de Grande Instance di Parigi), ha deciso di sospendere il procedimento e di rivolgersi alla Corte di giustizia sottoponendole alcune questioni pregiudiziali.

In sostanza, alla Corte di giustizia è stato chiesto se un tribunale nazionale dei marchi comunitari, quando statuisce sulle pretese delle parti, possa adottare decisioni, compresi i provvedimenti accessori, i cui effetti si estendano a tutto il territorio dell'Unione ovvero se tali effetti siano limitati ad uno Stato membro o ad alcuni di essi.

La Corte di giustizia, *in primis*, ha chiarito che l'obiettivo del Regolamento consiste nell'istituzione di un regime comunitario dei marchi, i quali godono di una protezione uniforme e producono i loro effetti in tutto il territorio dell'Unione. Ne consegue, a parere della Corte, che è indispensabile che gli effetti delle decisioni sulla validità e sulle contraffazioni dei marchi comunitari si estendano a tutta l'Unione, al fine di evitare sia eventuali decisioni contrastanti dei tribunali e dell'UAMI, sia lesioni del carattere unitario dei marchi comunitari (cfr. sentenza del 14 dicembre 2006 in causa n. C-316/05, *Nokia*, in *Raccolta*, 2006, I, p. 12083).

Secondo la Corte, al fine di garantire tale protezione uniforme, il divieto di prosecuzione degli atti costituenti contraffazione o minaccia di contraffazione emesso da un tribunale dei marchi comunitari competente deve, in via di principio, estendersi a tutto il territorio dell'Unione. Limitare la portata territoriale del divieto al territorio dello Stato membro in relazione al quale il tribunale ha accertato il fatto costituente la contraffazione potrebbe far sì che lo sfruttamento del marchio in questione riprenda in un altro Stato membro. Il Tribunale dei marchi, qualora il convenuto abbia fornito prove effettive che dimostrino che l'uso del marchio in questione non pregiudichi o non sia idoneo a pregiudicare le funzioni del marchio, deve limitare la portata territoriale del divieto che emette.

Alla Corte di giustizia è stato chiesto, altresì, di chiarire se una misura coercitiva, disposta da un tribunale dei marchi comunitari in applicazione del proprio diritto nazionale, prevista per sanzionare atti costituenti contraffazione o minaccia di contraffazione, possa produrre effetti anche negli Stati membri diversi da quello in cui è stata emessa la pronuncia.

La Corte di giustizia, in proposito, ha osservato che eventuali misure coercitive, irrogate dal tribunale dei marchi comunitari ai sensi del diritto nazionale applicabile dello Stato membro cui esso appartiene, sono in grado di soddisfare l'obiettivo in vista del quale esse vengono emanate, solamente se producono effetti nel medesimo territorio in cui produce effetti lo stesso provvedimento giurisdizionale di divieto.

A parere della Corte di giustizia, affinché le misure coercitive producano effetti nel territorio di uno Stato membro diverso da quello cui appartiene il tribunale che ha disposto la

misura in questione, il tribunale (dei marchi comunitari) del diverso Stato membro che venga adito al riguardo, deve, in applicazione delle disposizioni del capo III del Regolamento (Ce) n. 44/2001, prima riconoscere e poi far eseguire la misura coercitiva secondo le modalità previste dalla propria legislazione interna.

Nell'ipotesi in cui lo Stato membro chiamato ad eseguire la decisione del tribunale dei marchi comunitari non preveda, all'interno della propria legislazione, alcuna misura coercitiva da applicare per garantire il rispetto del divieto, il tribunale adito dello Stato membro in questione deve realizzare l'obiettivo perseguito dalla misura coercitiva facendo ricorso alle più idonee disposizioni di diritto interno atte a garantire in modo equivalente il rispetto del divieto inizialmente emanato.

LA CORTE DI GIUSTIZIA INTERPRETA LA DIRETTIVA N. 2004/38/CE SUL DIRITTO DEI CITTADINI DELL'UNIONE DI CIRCOLARE E DI SOGGIORNARE ALL'INTERNO DEGLI STATI MEMBRI

Corte di giustizia

Sentenza del 5 maggio 2011 in causa n. C-434/09

Shirley McCarthy c. Secretary of State for the Home Department

Art. 234 CE (ora art. 267 TFUE) - Questione pregiudiziale - Artt. 39 ss. (ora artt. 45 ss. TFUE) - Libera circolazione delle persone - Art. 18 CE (ora art. 21 TFUE) - Cittadinanza dell'Unione - Direttiva n. 2004/38/Ce - Diritto dei cittadini dell'Unione e dei loro familiari di circolare e di soggiornare liberamente nel territorio degli Stati membri - Nozione di «avente diritto» - Art. 3, n. 1, della direttiva n. 2004/38/Ce - Domanda di autorizzazione di soggiorno - Rilevanza del possesso della cittadinanza di un altro Stato membro - Situazione puramente interna ad uno Stato membro - Disapplicazione dell'art. 21 TFUE e della direttiva n. 2004/38/Ce.

L'art. 3, n. 1, della direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio del 29 aprile 2004, n. 2004/38/Ce, relativa al diritto dei cittadini dell'Unione e dei loro familiari di circolare e di soggiornare liberamente nel territorio degli Stati membri, che modifica il Regolamento (Cee) n. 1612/68 ed abroga le direttive n. 64/221/Cee, n. 68/360/Cee, n. 72/194/Cee, n. 73/148/Cee, n. 75/34/Cee, n. 75/35/Cee, n. 90/364/Cee, n. 90/365/Cee e n. 93/96/Cee, deve essere interpretato nel senso che la direttiva suddetta non è applicabile ad un cittadino dell'Unione che non abbia mai esercitato il proprio diritto di libera circolazione, che abbia sempre soggiornato in uno Stato membro del quale possiede la cittadinanza e che possenga, inoltre, la cittadinanza di un altro Stato membro¹.

L'art. 21 TFUE non è applicabile ad un cittadino dell'Unione che non

abbia mai esercitato il proprio diritto di libera circolazione, che abbia sempre soggiornato in uno Stato membro del quale possiede la cittadinanza e che possieda, inoltre, la cittadinanza di un altro Stato membro, purché la situazione di tale cittadino non comporti l'applicazione di misure di uno Stato membro che abbiano l'effetto di privare costui del godimento effettivo del nucleo essenziale dei diritti conferiti dallo status di cittadino dell'Unione ovvero l'effetto di ostacolare l'esercizio del suo diritto di circolare e soggiornare liberamente nel territorio degli Stati membri².

¹⁻² Con la sentenza, sopra massimata, la Corte è stata chiamata a stabilire in che modo debba essere intesa la nozione di «avente diritto» di cui alla direttiva n. 2004/38/Ce sul diritto di soggiorno (in *Guce* n. L 158 del 2004, p. 77). La Corte ha precisato, altresì, quali siano i requisiti per l'esistenza di un «soggiorno legale», che costituisce il presupposto principale per l'acquisizione di un diritto di soggiorno permanente ai sensi della citata direttiva.

La signora McCarthy, cittadina con doppia cittadinanza, britannica e irlandese, ha sempre vissuto soltanto in Inghilterra ed è, pertanto, legittimata a soggiornare in Inghilterra. Ciò non vale per il marito, cittadino giamaicano che, sulla base della legislazione interna britannica in materia di immigrazione, non ha alcun diritto di soggiorno in Inghilterra. La ricorrente, al fine di rendere possibile il ricongiungimento familiare con il coniuge, si è attivata per ottenere per sé un diritto di soggiorno in Inghilterra in qualità di cittadina dell'Unione, facendo valere a tal fine la propria cittadinanza irlandese (è in possesso, infatti, di un passaporto irlandese). In tal modo, sarebbe stato avvantaggiato anche il coniuge, cittadino di un Paese terzo, che avrebbe potuto invocare un diritto di soggiorno derivato in forza del diritto dell'Unione. Tuttavia, il Secretary of State ha respinto le domande dei signori McCarthy per il fatto che la ricorrente non è una persona avente diritto (una lavoratrice subordinata o autonoma o una persona che provvede al proprio sostentamento) e che, di conseguenza, il signor McCarthy non è coniuge di persona avente diritto. Il ricorso presentato dalla signora McCarthy dinanzi all'Asylum and Immigration Tribunal è stato respinto, anche in sede di riesame ordinato dalla High Court of Justice. La Supreme Court dinanzi alla quale la signora McCarthy si è rivolta dopo aver proposto l'appello ha deciso di sospendere il procedimento e di rivolgersi in via pregiudiziale alla Corte di giustizia.

Innanzitutto, la Corte è stata chiamata a chiarire la nozione di «avente diritto» ai sensi della direttiva. Sul punto, la Corte ha precisato che la finalità principale della direttiva n. 2004/38/Ce è quella di agevolare l'esercizio del diritto di circolare e soggiornare liberamente nel territorio degli Stati membri (cfr. sentenze del 25 luglio 2008 in causa n. C-127/08, *Metock e a.*, in *Raccolta*, 2008, I, p. 6241 e annotata in questa *Rivista*, 2008, p. 782 nonché del 7 ottobre 2010 in causa n. C-162/09, *Lassal*, inedita in *Raccolta*).

A parere della Corte di giustizia, la direttiva n. 2004/38/Ce non trova applicazione nel caso di specie per il fatto che essa si riferisce ai cittadini dell'Unione che si rechino o soggiornino in uno Stato membro diverso da quello di cui hanno la cittadinanza ed essa stabilisce unicamente le modalità di esercizio di tale diritto. La direttiva non si applica alla situazione di un soggetto che goda di un diritto di soggiorno incondizionato per il fatto che soggiorni nello Stato membro di cui ha la cittadinanza.

Infatti, la signora McCarthy non ha mai esercitato il diritto di libera circolazione e ha sempre soggiornato in uno Stato membro del quale possiede la cittadinanza.

Il fatto che la ricorrente possieda la cittadinanza di più di uno Stato membro non significa che abbia esercitato il diritto alla libera circolazione. La signora McCarthy non può, perciò, rientrare nella nozione di avente diritto di cui alla direttiva.

Infine, sull'applicabilità dell'art. 21 TFUE al caso della signora McCarthy, la Corte di giustizia ha sottolineato come la misura nazionale controversa, che non prende in considerazione la cittadinanza irlandese al fine di riconoscerle un diritto di soggiorno nel Regno Unito non priva, tuttavia, la ricorrente del diritto di circolare e di soggiornare nel territorio degli altri Stati membri (si ricorda che, nelle sentenze del 2 ottobre 2003 in causa n. C-148/02, *Garcia Avello*, in *Raccolta*, 2003, p. I-11613 e annotata in questa *Rivista*, 2004, p. 58 nonché del 14 ottobre 2008 in causa n. C-353/06, *Grunkin e Paul*, in *Raccolta*,

2008, I, p. 7639 e annotata in questa *Rivista*, 2008, p. 789, le misure nazionali controverse privavano i ricorrenti del godimento effettivo dei diritti conferiti dallo *status* di cittadino dell'Unione e, quindi, li ostacolavano nell'esercizio della libera circolazione).

Pertanto, e così ha concluso la Corte di giustizia, la situazione della signora McCarthy costituisce una situazione puramente interna e ad essa si applica l'art. 21 TFUE in quanto non esiste alcun collegamento con una qualsiasi delle situazioni contemplate dal diritto dell'Unione e collegate alla cittadinanza europea alle quali ci si possa ricondurre.

LA CORTE DI GIUSTIZIA INDIVIDUA LE DISCRIMINAZIONI FONDATE SULLE TENDENZE SESSUALI NELL'AMBITO DEL RICONOSCIMENTO DELLE PENSIONI DI VECCHIAIA

Corte di giustizia

Sentenza del 10 maggio 2011 in causa n. C-147/08

Jürgen Römer c. Freie und Hansestadt Hamburg

Art. 234 CE (ora art. 267 TFUE) - Questione pregiudiziale - Direttiva n. 2000/78/Ce - Parità di trattamento in materia di occupazione e di condizioni di lavoro - Principi generali del diritto dell'Unione - Art. 141 CE (ora art. 157 TFUE) - Parità di retribuzione tra lavoratori di sesso maschile e quelli di sesso femminile - Nozione di «retribuzione» - Deroghe - Regime di previdenza professionale sotto forma di pensione complementare di vecchiaia per gli ex dipendenti di un ente locale ed i loro superstiti - Criterio di calcolo della pensione volta a favorire i beneficiari coniugati rispetto a quelli che danno vita ad un'unione civile registrata - Assenza di matrimonio - Discriminazione fondata sull'orientamento sessuale dei soggetti.

La direttiva del Consiglio del 27 novembre 2000, n. 2000/78/Ce, che stabilisce un quadro generale per la parità di trattamento in materia di occupazione e di condizioni di lavoro, deve essere interpretata nel senso che non sono escluse dal suo ambito di applicazione ratione materiae – né sulla base del suo art. 3, n. 3, né a norma del suo ventiduesimo considerando – le pensioni complementari di vecchiaia come quelle versate agli ex dipendenti della Freie und Hansestadt Hamburg e ai loro superstiti ai sensi della legge del Land di Amburgo disciplinante le pensioni complementari di vecchiaia e di reversibilità dei dipendenti della Freie und Hansestadt Hamburg (Erstes Ruhegeldgesetz der Freien und Hansestadt Hamburg), nel testo del 30 maggio 1995, le quali costituiscono retribuzioni ai sensi dell'art. 157 TFUE¹.

Il combinato disposto degli artt. 1, 2 e 3, n. 1, lett. c., della direttiva n. 2000/78/Ce osta ad una norma nazionale, come quella di cui all'art. 10, n. 6, della succitata legge del Land di Amburgo, ai sensi della quale un beneficiario partner di un'unione civile percepisca una pensione complementare di

vecchiaia di importo inferiore rispetto a quella concessa ad un beneficiario coniugato non stabilmente separato, qualora:

– nello Stato membro interessato, il matrimonio sia riservato a persone di sesso diverso e coesista con un'unione civile quale quella prevista dalla legge del 16 febbraio 2001, sulle unioni civili registrate (*Gesetz über die Eingetragene Lebenspartnerschaft*), che è riservata a persone dello stesso sesso, e

– sussista una discriminazione diretta fondata sulle tendenze sessuali, per il motivo che, nell'ordinamento nazionale, il suddetto partner di un'unione civile si trova in una situazione di diritto e di fatto paragonabile a quella di una persona coniugata per quanto riguarda la pensione summenzionata. La valutazione della comparabilità ricade nella competenza del giudice del rinvio e deve essere incentrata sui rispettivi diritti ed obblighi dei coniugi e delle persone legate in un'unione civile, quali disciplinati nell'ambito dei corrispondenti istituti e che risultano pertinenti alla luce della finalità e dei presupposti di concessione della prestazione in questione².

Nel caso in cui l'art. 10, n. 6, della legge del Land di Amburgo disciplinante le pensioni complementari di vecchiaia e di reversibilità dei dipendenti della *Freie und Hansestadt Hamburg*, nel testo del 30 maggio 1995, costituisca una discriminazione ai sensi dell'art. 2 della direttiva n. 2000/78/Ce, il diritto alla parità di trattamento potrebbe essere rivendicato da un singolo quale il ricorrente nella causa principale non prima della scadenza del termine di trasposizione di tale direttiva, ossia a partire dal 3 dicembre 2003, e ciò senza necessità di attendere che il legislatore nazionale renda la disposizione suddetta conforme al diritto dell'Unione³.

¹⁻³ Non è la prima volta che la Corte di giustizia interpreta la direttiva n. 2000/78/Ce (in *Guce* n. L 303 del 2000, p. 16) e, nel caso di specie, la Corte di giustizia è intervenuta per chiarire gli elementi costitutivi di una discriminazione diretta o indiretta in base all'orientamento sessuale in materia di occupazione e di lavoro.

Il rinvio pregiudiziale scaturito nell'ambito di una controversia avente ad oggetto l'esatto calcolo della pensione complementare di vecchiaia cui doveva avere diritto il ricorrente, ha offerto, altresì, alla Corte l'opportunità di precisare, nonché di completare quanto già statuito nella sentenza *Maruko* (sentenza del 1° aprile 2008 in causa n. C-267/06, in *Raccolta*, 2008, I, p. 1757 e annotata in questa *Rivista*, 2008, p. 354). La causa relativa riguardava il rifiuto opposto ad un uomo, che aveva contratto un'unione solidale registrata, il cui *partner* era deceduto, di beneficiare di una pensione versata a titolo delle prestazioni ai sopravvissuti previste dal regime previdenziale obbligatorio di categoria al quale era iscritto il *partner* defunto. Inoltre, la Corte ha chiarito in tale sentenza la portata della propria giurisprudenza in materia di diritto alla parità di trattamento elaborata, in particolare, con le sentenze *Mangold* (sentenza del 22 novembre 2005 in causa n. C-144/04, in *Raccolta*, 2005, I, p. 9981) e *Kücükdeveci* (sentenza del 19 gennaio 2010 in causa n. C-555/07, inedita in *Raccolta*) in un settore parallelo alla discriminazione fondata sull'orientamento sessuale, vale a dire quello della discriminazione in base all'età.

La causa, decisa con la sentenza qui massimata, riguarda il signor Römer che, dal 1950, ha lavorato per la *Freie und Hansestadt Hamburg* come impiegato amministrativo fino al sopraggiungere della pensione. Dal 1969 egli ha vissuto ininterrottamente con un compagno, conformemente ad un'unione civile registrata secondo la normativa tedesca. Successivamente a tale registrazione, il signor Römer ha chiesto che l'importo della propria pensione venisse ricalcolato con l'applicazione di uno scaglione tributario più favorevole, corrispondente a quello applicato ai beneficiari coniugati. La Città di Amburgo ha rifiutato tale ade-

guamento motivando che solamente i beneficiari coniugati, non stabilmente separati, hanno diritto a tale beneficio. Il signor Römer ha ritenuto invece che in tali soggetti fossero inclusi anche quelli che hanno contratto un'unione civile registrata.

Il signor Römer, ritenendo che il proprio diritto alla parità di trattamento con i beneficiari coniugati non stabilmente separati risulta dalla direttiva n. 2000/78, ha adito il Tribunale del Lavoro di Amburgo, che ha deciso di sospendere il procedimento e di rivolgersi alla Corte di giustizia sottoponendole alcune questioni pregiudiziali.

Rispondendo alle questioni, *in primis*, la Corte di giustizia ha chiarito che le pensioni complementari di vecchiaia non possono essere sottratte all'applicazione della direttiva n. 2000/78/CE in quanto costituiscono una retribuzione ai sensi dell'art. 157 TFUE e sono versate da un regime pubblico.

In secondo luogo, la Corte di giustizia è stata chiamata a chiarire se sia contrastante con la direttiva n. 2000/78/CE una normativa nazionale secondo la quale la pensione complementare versata ad un beneficiario coniugato risulta più vantaggiosa di quella corrisposta ad un beneficiario che abbia contratto un'unione registrata con persone dello stesso sesso. Ciò costituirebbe, a parere del ricorrente, una discriminazione diretta fondata sulle tendenze sessuali.

Secondo la direttiva n. 2000/78/CE sussiste una discriminazione diretta quando una persona è trattata meno favorevolmente di quanto lo sia un'altra in una situazione analoga. Le situazioni che devono essere messe a confronto non devono essere identiche, ma solamente paragonabili.

La normativa tedesca controversa è stata istituita per consentire le unioni civili alle persone dello stesso sesso alle quali è precluso il matrimonio. Il giudice del rinvio ha ritenuto che non esiste alcuna differenza giuridica tra lo *status* delle persone unite in matrimonio e le persone dello stesso sesso legate da un'unione civile in quanto gli obblighi previsti in capo ai soggetti in corso del rapporto sono assolutamente identici (per esempio, l'obbligo di prestarsi reciproca assistenza).

Con riferimento al criterio relativo ad un trattamento meno favorevole fondato sulle tendenze sessuali, la Corte ha rilevato che la pensione del signor Römer sarebbe aumentata se egli, anziché optare per un'unione registrata, si fosse unito in matrimonio. Sul punto, la Corte di giustizia ha evidenziato, altresì, che il trattamento più favorevole non sarebbe stato legato né ai redditi dei componenti l'unione civile, né all'esistenza di figli né ai bisogni economici del *partner*.

Infine, sull'esistenza di un'effettiva discriminazione a carico del signor Römer, la Corte di giustizia ha sottolineato come il diritto alla parità di trattamento possa essere rivendicato da un singolo nei confronti di un ente locale (non prima del termine di trasposizione della direttiva) senza bisogno di attendere che il legislatore nazionale ne dichiari la conformità al diritto dell'Unione.

**ANCHE NELLA PROFESSIONE NOTARILE DEVE TROVARE
APPLICAZIONE LA DIRETTIVA SUL RECIPROCO
RICONOSCIMENTO DEI DIPLOMI, CON LA CONSEGUENZA
CHE UNO STATO MEMBRO NON PUÒ RISERVARE L'ESERCIZIO
DI TALE PROFESSIONE UNICAMENTE AI PROPRI CITTADINI**

Corte di giustizia

Sentenza del 24 maggio 2011 in causa n. C-47/08

Commissione europea c. Regno del Belgio

Art. 226 CE (ora art. 258 TFUE) - Inadempimento di uno Stato membro -

Artt. 43 CE e 49 CE (ora artt. 49 e 56 TFUE) - Libertà di stabilimento e libera prestazione di servizi - Accesso alla professione di notaio - Requisito di cittadinanza - Art. 45 CE (ora art. 51 TFUE) - Discriminazione fondata sulla cittadinanza - Partecipazione all'esercizio dei pubblici poteri - Direttiva n. 89/48/Cee - Direttiva n. 2005/36/Ce - Principio di proporzionalità - Mutuo riconoscimento dei diplomi.

L'attività di autenticazione affidata ai notai non comporta (...), una partecipazione diretta e specifica all'esercizio dei pubblici poteri ai sensi dell'art. 45, 1° comma, CE¹.

La circostanza che determinati atti o determinate convenzioni debbano essere obbligatoriamente oggetto di autenticazione a pena di nullità non è idonea ad inficiare tale conclusione².

Il fatto di agire perseguendo un obiettivo di interesse generale non è sufficiente, di per sé, a far considerare un'attività determinata come partecipazione diretta e specifica all'esercizio dei pubblici poteri. È, infatti, pacifico che le attività svolte nell'ambito di diverse professioni regolamentate comportano di frequente, negli ordinamenti giuridici nazionali, l'obbligo per le persone che le compiono di perseguire un obiettivo del genere, senza che dette attività rientrino per questo nell'ambito dell'esercizio di tali poteri³.

Imponendo un requisito di cittadinanza per l'accesso alla professione di notaio, il Regno del Belgio è venuto meno agli obblighi ad esso incombenti ai sensi dell'art. 43 CE⁴.

¹⁻⁴ Si può affermare che la funzione notarile, non essendo collegata all'esercizio dei pubblici poteri, rientri nell'ambito della libertà di stabilimento? A questo interrogativo, la Corte di giustizia, sottolineando il giusto equilibrio tra le finalità perseguite dalle libertà garantite dall'Unione, il rispetto delle competenze degli Stati membri e lo *status* di cittadino europeo, ha cercato di fornire una risposta nell'ambito di alcuni ricorsi per inadempimento avviati nei confronti di alcuni Stati membri che riservano ai propri cittadini la professione notarile.

La Commissione europea ha introdotto, infatti, davanti alla Corte di giustizia un ricorso per inadempimento per far dichiarare che il Regno del Belgio, (analoghi ricorsi sono stati introdotti contro la Repubblica francese n. C-50/08, il Granducato di Lussemburgo n. C-51/08, la Repubblica d'Austria n. C-53/08, la Repubblica federale di Germania n. C-54/08, la Repubblica ellenica n. C-61/08 e il Portogallo n. C-52/08) avendo limitato l'accesso alla professione di notaio esclusivamente ai propri cittadini è così venuto meno agli obblighi ad esso incombenti ai sensi degli artt. 43 e 45, 1° comma CE (ora artt. 49 e 51 TFUE) e ai sensi della direttiva n. 2005/36/Ce, relativa al riconoscimento delle qualifiche professionali (in *Guce* n. L 255 del 2005, p. 22, che ha abrogato e sostituito la direttiva n. 89/48/Cee) non avendola applicata alla professione notarile.

Nel decidere sui ricorsi per inadempimento, la principale questione che la Corte si è trovata a risolvere è se le attività rientranti nella professione notarile partecipino o meno all'esercizio dei pubblici poteri. Infatti, la normativa comunitaria sulla libertà di stabilimento non si applica alle attività che partecipano, sia pure occasionalmente, all'esercizio dei pubblici poteri (art. 51 TFUE).

La Commissione, nel proprio ricorso, ha sottolineato come il notaio si limiti ad attestare la volontà delle parti, dopo averle adeguatamente consigliate, conferendo effetti giuridici a

tale volontà. Nello svolgimento di tale attività il notaio non avrebbe alcun potere decisionale nei confronti delle parti: l'autenticazione sarebbe la semplice conferma di un accordo preliminare intercorso tra le stesse parti. Inoltre, sarebbe del tutto ininfluenza il fatto che alcuni atti debbano essere obbligatoriamente autenticati, perché anche in altre professioni numerose procedure avrebbero carattere obbligatorio senza, tuttavia, essere manifestazione dell'esercizio di pubblici poteri.

L'assunzione di una propria responsabilità, in sede di redazione degli atti, non costituisce motivazione sufficiente dal momento che qualsiasi libero professionista, nello svolgimento delle proprie attività assume una propria responsabilità.

In sostanza, a parere della Commissione, il notaio si limiterebbe a certificare la volontà delle parti, (per esempio in tema di donazioni, di successione testamentaria e in ambito societario), o ad eseguire le decisioni assunte dal giudice dell'esecuzione (nell'ambito dei pignoramenti immobiliari e per la vendita pubblica di immobili).

Da parte sua, il Regno del Belgio ha ritenuto che i notai partecipino, invece, nell'ordinamento giuridico belga, esplicitamente all'esercizio dei pubblici poteri, in particolare per la natura delle attività notarili rigorosamente connesse all'esercizio del potere giurisdizionale. La Corte di giustizia, nel pronunciarsi sulla prima censura riferita al requisito della cittadinanza previsto per l'accesso alla professione, ha affermato, da un lato, che la libertà di stabilimento costituisce una libertà fondamentale contenuta nel Trattato (cfr. giurisprudenza costante della Corte, a partire dalla sentenza del 21 giugno 1974 in causa n. 2/74, *Reyners*, in *Raccolta*, 1974, p. 631, in questa *Rivista*, 1974, p. 229) e che la normativa nazionale controversa, riservando l'accesso alla professione ai soli cittadini belgi, dà vita ad una disparità di trattamento. Dall'altro lato, la Corte ha precisato come le deroghe previste all'art. 45, 1° comma, CE (art. 51 TFUE) debbano essere limitate alle sole attività che costituiscano una partecipazione diretta e specifica all'esercizio dei pubblici poteri (cfr. sentenze del 15 marzo 1988 in causa n. 147/86, *Commissione c. Grecia*, in *Raccolta*, 1988, p. 1637; del 29 ottobre 1998 in causa n. C-114/97, *Commissione c. Spagna*, in *Raccolta*, 1998, I, p. 6717 e annotata in questa *Rivista*, 1998, p. 651; del 30 marzo 2006 in causa n. C-451/03, *Servizi Ausiliari Dottori Commercialisti*, in *Raccolta*, 2006, I, p. 2941; del 29 novembre 2007 in causa n. C-393/05, *Commissione c. Austria*, in *Raccolta*, 2007, I, p. 10195 e del 29 novembre 2007 in causa n. C-404/05, *Commissione c. Germania*, in *Raccolta*, 2007, I, p. 10239).

Proprio su questo punto la Corte di giustizia ha concentrato la sua analisi per individuare se le attività riservate ai notai rientrino nella deroga predetta.

Sulle attività svolte dai notai, la Corte di giustizia ha precisato che l'attività di autenticazione non comporta una partecipazione diretta e specifica all'esercizio dei pubblici poteri in quanto il notaio non può modificare unilateralmente la convenzione stipulata tra le parti, ma deve solamente limitarsi ad autenticarla. L'opera di verifica che il professionista/notaio è obbligato a svolgere persegue unicamente un obiettivo di interesse generale che è quello di garantire la legalità e la certezza dei contratti conclusi tra privati. Ciò può giustificare eventuali restrizioni all'art. 43 CE (ora art. 49 TFUE).

La Corte di giustizia, nel sottolineare come il notaio, nell'esercizio della propria professione (per esempio, nell'ambito delle vendite giudiziarie immobiliari, in materia di inventario nelle successioni, nella divisione giudiziaria ecc. ...) si limiti ad agire secondo le direttive impartite dal giudice o in conformità alla volontà delle parti, conclude nel senso che tali attività non possono rientrare nella deroga prevista all'art. 45, 1° comma, CE (art. 51 TFUE) e consentire che sia limitato ai soli cittadini belgi l'accesso alla professione in questione in quanto ciò costituirebbe una discriminazione vietata ai sensi dell'art. 43 CE (art. 49 TFUE).

Infine, la Corte di giustizia dichiara infondata la seconda censura con la quale viene contestato al Regno del Belgio di non aver adeguatamente trasposto la direttiva n. 89/48/Cee (abrogata dalla direttiva n. 2005/36/Ce) con riferimento alla professione di notaio, in quanto dall'iter legislativo per l'approvazione della direttiva n. 2005/36/Ce non è emerso, a parere della Corte di giustizia, un obbligo chiaro perché dovesse trasporrsi la direttiva in esame anche nei confronti della professione notarile.

GIURISPRUDENZA ITALIANA E STRANIERA

FRODE ALL'IVA: LIMITI DELLA RESPONSABILITÀ IMPUTABILE ALL'OPERATORE ECONOMICO IN BUONA FEDE

Corte di cassazione

Sentenza del 3 giugno 2010-11 aprile 2011 n. 8132*

Marco Pivetti, *Presidente* - Achille Meloncelli, *Relatore*

Agenzia delle entrate c. M. N.

Dpr n. 633 del 1972, artt. 17, comma 1, e 19, comma 1 - Detrazione dell'IVA - Requisiti per l'esercizio del diritto - Verifica fiscale - Presunzione di inesistenza delle operazioni ex art. 2729 c.c. - Frode all'IVA - Buona fede del soggetto che opera la detrazione - Onere della prova.

1. L'iva pagata per l'operazione soggettivamente inesistente non è detraibile;

2. È onere del contribuente dimostrare la fonte legittima della detrazione qualora l'Amministrazione gli contesti l'indebita detrazione di fatture, in quanto relative ad operazioni inesistenti;

3. Il contribuente committente-cessionario, al quale sia contestata la detrazione dell'iva relativa ad operazioni soggettivamente inesistenti, ha il diritto di detrarre l'iva se, a prescindere dal pagamento dell'imposta, dimostra che non sapeva e non poteva sapere di partecipare ad una operazione che si iscriveva in una frode all'imposta; con una formula più rigorosa il medesimo principio può esser formulato così: il contribuente committente-cessionario, al quale sia contestata la detrazione dell'IVA, anche se pagata, relativa ad operazioni sog-

* In argomento v. *infra*, p. 317 ss., il commento di *PAOLO CENTORE*.

gettivamente inesistenti, ha l'onere di conoscere che il venditore-prestatore è autore di un'operazione in frode all'IVA e, se vuole vedersi riconosciuto il diritto di detrarre l'IVA, ha l'onere di dimostrare che è incolpevole la sua ignoranza di aver partecipato ad una operazione in frode dell'IVA.

(Omissis) **In diritto**

Motivi della decisione

6. Il primo motivo d'impugnazione

6.1.1 Il primo motivo d'impugnazione è collocato sotto la seguente rubrica: «Violazione e falsa applicazione degli artt. 17 comma 1 e 19 comma 1 del D.P.R. 26.10.1972 n. 633 in relazione all'art. 360 comma 1 n. 3 c.p.c.».

6.1.2 L'Agenzia sostiene che il principio secondo cui il diritto alla detrazione dell'IVA assolta sarebbe ancorato all'esistenza di una effettiva operazione imponibile, mentre sarebbe escluso qualsiasi rilievo al fatto che la fattura risulti formalmente emessa ed alla eventuale buona fede del soggetto che opera la detrazione, varrebbe anche per le operazioni soggettivamente inesistenti, quali sarebbero quelle relative alla fattispecie controversa, ossia per quelle operazioni oggettivamente esistenti, ma la cui fatturazione è effettuata da un soggetto diverso da quello (cedente o prestatore) che le ha realizzate, o nella cui fattura viene indicato un soggetto diverso dal destinatario dell'operazione (cessionario o utilizzatore).

6.1.3 A conclusione della motivazione della censura è formulato il seguente quesito di diritto: «se, in tema di I.V.A., in base agli artt. 17 e 19 del D.P.R. n. 633/72, letti ed interpretati in coerenza con quanto prescritto dagli artt. 17 e 20 della sesta direttiva 77/338/CEE e del principio affermato dalla Corte di Giustizia della Comunità con la sentenza 13.12.1989 (in causa C-342/87), l'esercizio del diritto di detrazione non è subordinato al solo fatto che il cessionario abbia versato al cedente l'IVA indicata in fattura, ma tale diritto è da escludersi per le imposte dovute in relazione ad operazioni inesistenti, intendendosi come tali anche quelle in cui non vi sia esatta coincidenza tra i soggetti indicati in fattura e quelli che hanno posto in essere l'operazione. In ogni caso la regolarità formale della contabilità non può costituire prova dell'esistenza della operazione che deve essere fornita dal cessionario».

7. Il secondo motivo d'impugnazione

7.1.1 Il secondo motivo d'impugnazione è preannunciato dalla seguente rubrica: «Violazione e falsa applicazione degli artt. 21, 54 e 63 del D.P.R. n. 633/72, 33 del D.P.R. n. 660/72, nonché 2729 del c.c., ex art. 360, n. 3 del c.p.c.».

7.1.2 L'Agenzia sostiene, al riguardo, che, ove l'amministrazione contesti al contribuente l'indebita detrazione di fatture perché relative a prestazioni inesistenti, spetterebbe al contribuente l'onere di provare la legittimità e la correttezza dell'operazione mediante l'adozione dei relativi documenti contabili, che non potrebbero essere costituiti dai soli mezzi di pagamento, che normalmente sono utilizzati fittiziamente, ma richiederebbero la prova dell'effettiva consegna della merce e del suo pagamento e l'indicazione dell'IVA riportata sulla fattura del terzo. In sostanza, l'Agenzia «si duole del fatto che il giudice d'appello abbia errato, sia nel non considerare rilevanti

le presunzioni offerte dall'Ufficio a prova della frode perpetrata, sia nel dispensare il contribuente dal provare l'effettiva inerenza dell'operazione portata in detrazione».

7.1.3 Il secondo motivo d'impugnazione è concluso con la formulazione del seguente quesito di diritto: «Il disconoscimento, da parte dell'Agenzia delle Entrate, della detraibilità dell'imposta sul valore aggiunto, nell'ambito di operazioni economiche, la cui preordinazione e natura fittizia emergano ex art. 54 dpr n. 633/72 dalla [*rectius*: dalle *n.d.r.*] risultanze documentali della verifica fiscale, può fondarsi sulla presunzione di inesistenza delle operazioni ex art. 2729 c.c., spettando al contribuente, ex art. 21 dpr n. 633/72, assolvere l'onere probatorio sull'effettività e veridicità dell'attività economica esercita [*rectius*: esercitata *n.d.r.*]?».

8. *Il terzo motivo d'impugnazione*

8.1.1 Il terzo motivo d'impugnazione è proposto sotto la seguente rubrica: «Violazione e falsa applicazione sotto diverso profilo degli artt. 17 comma 1 e 19 comma 1 del D.P.R. 26.10.1972 n. 633 nonché dei principi indicati nella sentenza della Corte di Giustizia delle Comunità Europee 12.1.2006 (in cause C.354/03, 355/03, e 484/03) e 6.7.2006 (in cause C-439/04 e 440/04) in relazione all'art. 360 comma 1 n. 3 c.p.c.».

8.1.2 L'Agenzia lamenta che la CTR si sia limitata ad affermare che l'IVA era stata regolarmente versata, mentre «il diritto alla detrazione non è condizionato al solo fatto che il cessionario abbia corrisposto il tributo al cedente», dovendosi, invece, «accertare, nei casi in cui vi sia stata una frode al fisco ..., che il soggetto che esercita il diritto alla detrazione dell'IVA assoluta sapesse o avrebbe dovuto sapere di partecipare, con il proprio acquisto, ad un'operazione che si iscriveva in una frode all'imposta sul valore aggiunto».

8.1.3 Il terzo motivo d'impugnazione è concluso dal seguente quesito di diritto: «In tema di I.V.A., in base agli artt. 17 e 19 del D.P.R. n. 633 del 1972, letti ed interpretati in coerenza con quanto prescritto dagli artt. 17 e 20 della sesta direttiva 77/388/CEE e dei principi affermati dalla Corte di Giustizia delle Comunità Europee nelle sentenze 12.1.2006 (in cause C-354/03, 355/06 e 484/03) e 6.7.2006 (in cause C-439/04 e 440/04), l'esercizio del diritto di detrazione non è subordinato al solo fatto che il cessionario abbia versato al cedente l'IVA indicata in fattura, ma tale diritto è da escludersi qualora risulti accertato che la cessione sia stata effettuata nei confronti di un soggetto passivo che sapesse o avrebbe dovuto sapere di partecipare, con il proprio acquisto, ad un'operazione che si iscrive in una frode fiscale?».

9. *Il quarto motivo d'impugnazione*

9.1.1 Il quarto motivo è annunciato dalla seguente rubrica: «Omessa motivazione su un punto decisivo della controversia (art. 360, n. 5 del c.p.c.)».

9.1.2 La ricorrente Agenzia, premesso che «punto decisivo controverso è il fatto della sciente partecipazione alla frode della società intimata», afferma che «il Collegio doveva indagare sulla fondatezza di tale tesi e non omettere la valutazione dei fatti dedotti a riprova dell'eccepiito consilium fraudis. In particolare si osserva come il Collegio ha riconosciuto l'esistenza in concreto di una frode, dando per provata l'esistenza della "fittizietà di società intermedie e le omissioni Iva ad opera delle stesse", negando, tuttavia che la [Società] vi avesse preso parte in maniera consapevole. La [CTR] è caduta, quindi, in chiara omissione, perché le contestazioni della GdF [Guardia di finanza]

prima e dell'Ufficio poi sulla: *a.* falsità ideologica delle scritture contabili, nonché sugli elementi probatori prodotti, quali *b.* le risultanze delle intercettazioni telefoniche e *c.* la sentenza di patteggiamento, stavano lì a dimostrare che la realtà dei fatti era diversa da quella contabilmente assunta e cioè che la Centro Metalli ha avuto piena e consapevole partecipazione alla frode posta in atto». Poiché la CTR si è limitata ad affermare che «in sostanza l'Ufficio ha basato il proprio convincimento su semplici presunzioni, basate su altre presunzioni, nonché su indizi o mezzi di prova non validi», avrebbe adottato una motivazione inidonea «a far capire il percorso logico effettuato ... nell'analisi della bontà, veridicità ed esaustività dei risultati della verifica fiscale dedotti e comprovati dall'Ufficio tributario nella sede processuale».

9.1.3 Il quarto motivo d'impugnazione è concluso dal seguente quesito motivazionale omologo: «si chiede di cassare l'omessa motivazione del capo di sentenza, nella parte in cui non spiega adeguatamente (o meglio, non spiega affatto) l'inconsapevole stato soggettivo di partecipazione della società e dei suoi amministratori al circuito fraudolento sopra precisato».

10. *L'esame congiunto dei quattro motivi d'impugnazione*

10.1 *La connessione oggettiva dei motivi d'impugnazione (Omissis)*

10.2 *Lo stato della normazione sulla conoscenza del cessionario sulla fittizietà delle operazioni del cedente così come risulta fissato dalla giurisprudenza di legittimità e dalla giurisprudenza comunitaria*

Allo scopo di chiarire quale sia l'accertamento di fatto che dev'essere compiuto dal giudice di merito sulla conoscenza del cessionario sulla fittizietà delle operazioni del cedente, è opportuno ricordare quale sia lo stato della normazione, così com'essa è stata elaborata dalla giurisprudenza di legittimità e dalla giurisprudenza comunitaria. Il compito è facilitato da una recente sentenza di questa Sezione, che ha tanto efficacemente sintetizzato il vigente stato normativo, che è sufficiente riprodurne il testo. La sentenza 24 luglio 2009, n. 17378, così si esprime: «In tema di iva, con riferimento all'ipotesi di fatturazione di operazione soggettivamente inesistente, questa Corte ha ... affermato i seguenti principi:

- l'emissione della fattura da parte di un soggetto diverso da quello che ha effettuato la cessione o la prestazione non è riconducibile alla fattispecie, prevista dal D.P.R. 26 ottobre 1972, n. 633, art. 41, comma 3, dell'emissione di fattura recante indicazioni incomplete o inesatte, né a quella, prevista dall'art. 21, comma 2, n. 1, del medesimo D.P.R., di omissione dell'indicazione dei soggetti tra cui è effettuata l'operazione, ma va qualificata come fatturazione di un'operazione soggettivamente inesistente, per la quale dev'essere versata la relativa imposta, ai sensi dell'art. 21 *cit.*, non essendo consentita la detrazione di fatture emesse da chi non è stato controparte nel rapporto riguardante l'operazione fatturata (Cass. n. 5719 del 2007);

- in particolare, la nozione di fattura soggettivamente inesistente presuppone, da un lato, l'effettività dell'acquisto dei beni entrati nella disponibilità patrimoniale dell'impresa utilizzatrice delle fatture e, dall'altro, la simulazione soggettiva, ossia la provenienza della merce da ditta diversa da quella figurante sulle fatture medesima [*rectius*: medesima *n.d.r.*] circostanza quest'ultima non indifferente ai fini dell'IVA, dal momento che la qualità del venditore può incidere sulla misura dell'aliquota e,

per conseguenza, sull'entità dell'imposta che l'acquirente può legittimamente detrarre (Cass. n. 29467 del 2008);

- qualora, l'Amministrazione fornisca validi elementi di prova per affermare che alcune fatture sono state emesse per operazioni inesistenti, è onere del contribuente dimostrare l'effettiva esistenza delle operazioni, tenendo presente, tuttavia, che l'Amministrazione non può limitarsi ad una generale ed apodittica non accettazione della documentazione del contribuente, essendo suo [onere] quello di indicare specificamente gli elementi, anche indiziali, sui quali si [basa] la contestazione ed il giudice di merito deve prendere in considerazione tali elementi, senza limitarsi a dichiarare che essi esistono e sono tali da dimostrare la falsità delle fatture (Cass. n. 21953 del 2007);

- più specificamente, qualora l'Amministrazione contesti al contribuente l'indebita detrazione di fatture, in quanto relative ad operazioni inesistenti, e fornisca attendibili riscontri indiziari sulla inesistenza delle operazioni fatturate, è onere del contribuente dimostrare la fonte legittima della detrazione o del costo altrimenti indebiti;

- nell'ipotesi di operazioni soggettivamente inesistenti, il diritto alla detrazione dell'imposta versata in rivalsa al soggetto, diverso dal cedente - prestatore, che ha, tuttavia, emesso la fattura, non sorge immancabilmente, per il solo fatto dell'avvenuta corresponsione di imposta ivi formalmente indicata, ma richiede altresì, che il committente - cessionario, il quale invochi la detrazione, fornisca, sul proprio stato soggettivo in ordine all'altruità della fatturazione, riscontri precisi, non esaurienti nella prova dell'avvenuta consegna della merce e del pagamento della stessa nonché dell'IVA riportata sulla fattura emessa dal terzo, trattandosi di circostanze non decisive, rispetto al thema probandum, in rapporto alle peculiarità del meccanismo dell'IVA e dei relativi, possibili, abusi (Cass. n. 1950 del 2007).

L'orientamento giurisprudenziale sopra riportato va peraltro letto in coordinazione con la giurisprudenza della Corte di Giustizia CE, che assume rilevanza specifica in materia in ragione della natura comunitaria dell'imposta. Nello specifico la Corte di Giustizia (sent. C-439/04; conf. Sent. C-354/03) ha affermato, in applicazione dell'art. 17 della Sesta Direttiva 77/388/CEE del 17.5.1977 in materia di armonizzazione delle legislazioni degli Stati membri relative alle imposte sul fatturato, che disciplina il diritto alla deduzione dell'imposta, che:

- il diritto a deduzione previsto dal citato art. 17 della Sesta Direttiva costituisce parte integrante del meccanismo dell'iva e, in linea di principio, non può essere soggetto a limitazioni, essendo inteso a sgravare l'imprenditore dall'onere dell'iva dovuta o pagata nell'esercizio della sua attività economica, in applicazione del principio della c.d. neutralità dell'imposta;

- ai fini del diritto del soggetto passivo alla deduzione è irrilevante (sempre per il principio di neutralità dell'imposta) se l'iva dovuta per le operazioni precedenti o successive sia stata versata o meno all'Ersario;

- il principio di neutralità dell'imposta non consente una distinzione generale tra le operazioni lecite e le operazioni illecite, nel senso che il diritto alla deduzione va in assoluto escluso per queste ultime, essendo necessario considerare la posizione assunta dall'operatore che richiede la deduzione; in particolare, l'imprenditore che abbia adottato tutte le misure che si possono ragionevolmente richiedere al fine di assicurarsi che l'operazione posta in essere non faccia parte di una frode, deve poter fare affidamento sulla liceità dell'operazione senza rischiare di perdere il proprio di-

ritto alla deduzione dell'iva pagata a monte;

- ne consegue che, nel caso di operazioni soggettivamente inesistenti, il commit-
tente - cessionario conserva il diritto alla deduzione dell'imposta pagata qualora dalle
circostanze del caso risulti che egli non sapeva e non poteva sapere di partecipare
con il proprio acquisto ad una operazione che si iscriveva in una frode all'imposta.

Merita aggiungere che l'indirizzo giurisprudenziale comunitario trova evidente
sostegno sia nei principi di tutela del legittimo affidamento e di certezza del diritto
che fanno parte dell'ordinamento CEE, e che per tale ragione devono essere seguiti
ed applicati tanto nell'ambito comunitario quanto dagli Stati membri nell'esercizio
dei poteri loro conferiti dalle direttive comunitarie (Corte di Giustizia CE sent. C-
276/02), sia nel già richiamato principio di neutralità dell'imposta, il quale, com'è no-
to, si sostanzia nell'obbligo, per l'operatore che l'ha incassata, di riversarla e nel drit-
to, per l'operatore che l'ha pagata, di recuperarla (cfr. Cass. n. 17067 del 2006, se-
condo cui la perdita di quest'ultima facoltà non può non costituire un'eccezione alla
regola generale)».

La giurisprudenza di legittimità e quella comunitaria, appena richiamate attra-
verso la riproduzione testuale di una recente sentenza di questa Sezione, fissa, dun-
que, alcuni principi che possono esser così sinteticamente formulati:

1. l'iva pagata per l'operazione soggettivamente inesistente non è detraibile;

2. è onere del contribuente dimostrare la fonte legittima della detrazione qualora
l'Amministrazione gli contesti l'indebita detrazione di fatture, in quanto relative ad
operazioni inesistenti;

3. il contribuente committente-cessionario, al quale sia contestata la detrazione
dell'iva relativa ad operazioni soggettivamente inesistenti, ha il diritto di detrarre l'i-
va se, a prescindere dal pagamento dell'imposta, dimostra che non sapeva e non po-
teva sapere di partecipare ad una operazione che si iscriveva in una frode all'imposta;
con una formula più rigorosa il medesimo principio può esser formulato così: il con-
tribuyente committente-cessionario, al quale sia contestata la detrazione dell'IVA, an-
che se pagata, relativa ad operazioni soggettivamente inesistenti, ha l'onere di cono-
scere che il venditore-prestatore è autore di un'operazione in frode all'IVA e, se vuo-
le vedersi riconosciuto il diritto di detrarre l'IVA, ha l'onere di dimostrare che è in-
colpevole la sua ignoranza di aver partecipato ad una operazione in frode dell'IVA.

Tali principi consentono di affermare che sulle questioni sollevate con i primi
tre motivi di ricorso, a prescindere dalla loro rilevanza per il giudizio in esame, nel
quale l'unica questione aperta è quella della conoscenza del contribuente, costitui-
scono altrettanti punti fermi per il giudice di merito, al quale sia eventualmente rin-
viata la causa e che dovrà muovere da essi nel suo rinnovato accertamento.

10.3 L'(in)sufficienza della motivazione della sentenza impugnata (Omissis)

10.3.3 Per agevolare il compito del giudice di merito, che debba accertare, come
è chiamato a fare anche quello che dovrà operare in sede di rinvio di questa causa,
l'ignoranza non colpevole del soggetto gravato dell'onere di conoscere, si ritiene op-
portuno, se non necessario, fornire alcune specifiche indicazioni.

Sul punto la precedente giurisprudenza ha fornito soltanto alcune indicazioni
sulla prova di cui è onerato il contribuente. Così, per esempio, nella stessa sentenza,
già ampiamente utilizzata, si afferma che nella sentenza d'appello cassata «difetta nel

caso concreto una valutazione approfondita delle circostanze di fatto che hanno accompagnato lo svolgersi delle operazioni, diretta a verificare l'eventuale esistenza di elementi volti a dimostrare che la società contribuente non conosceva né era in grado di conoscere la provenienza fittizia delle fatture, accertamento che, essendo di fatto, sfugge ai compiti del giudice di legittimità e deve, pertanto, essere demandato al giudice del rinvio» (Corte di cassazione 24 luglio 2009, n. 17378). Quelle indicazioni devono essere integrate, specificando quali siano "gli elementi volti a dimostrare l'ignoranza del contribuente".

Sul piano sostanziale, si rileva che i dati naturali della struttura della conoscenza sono presi in considerazione dalle norme che si sono poc'anzi ricordate e sono resi oggetto delle qualificazioni che caratterizzano il rapporto giuridico d'IVA: il soggetto conoscente è il committente-cessionario; l'oggetto della conoscenza sono le operazioni pregresse del venditore e del fatturante in ordine al bene ceduto o alla prestazione resa ed i rapporti tra tali due soggetti e tra essi ed il contribuente; il contenuto del rapporto è dato dalla sottoposizione del committente-cessionario al vincolo di conoscere quegli oggetti, che è a lui imposto a titolo di onere, perché si pretende che egli lo assolva solo se si intende operare la detrazione dell'IVA pagata per operazioni ipotizzate come soggettivamente inesistenti.

Ogni vincolo di conoscere, anche quello che appartiene alla specie dell'onere, è sottoposto ad un regime giuridico che si articola in due elementi strutturali: la situazione giuridica oggettiva di conoscibilità, nella quale il soggetto vincolato si deve trovare, ed il suo processo cognitivo, il quale a sua volta si articola nella capacità cognitiva del soggetto e nel suo comportamento volto ad acquisire la conoscenza, o comportamento cognitivo.

Sul piano processuale, poi, il soggetto, sul quale grava l'onere di conoscere, in tanto si sottrae alla conseguenza dell'inadempimento del suo vincolo, in quanto dimostri almeno uno di questi due fatti: *a.* di non essersi trovato nella situazione giuridica oggettiva di conoscibilità dell'oggetto della conoscenza da acquisire; *b.* che, nonostante il possesso della capacità cognitiva adeguata all'attività professionale svolta in occasione dell'operazione contestata e nonostante la sua esplicazione volta ad adottare un comportamento cognitivo idoneo, egli non è stato in grado di abbandonare lo stato di ignoranza del carattere fraudolento delle operazioni degli altri soggetti collegati all'operazione.

Si tratta di accertamenti di fatto articolati e complessi, che è compito del giudice di merito effettuare valutando le prove fornite dal contribuente. Tale compito non è stato affatto svolto dalla CTR nella sentenza impugnata e deve, pertanto, essere affidato ad un nuovo giudice.

11. Conclusioni

Le precedenti considerazioni comportano l'accoglimento del ricorso, la cassazione della sentenza impugnata e il rinvio della causa ad altra Sezione della CTR della Toscana, che, oltre a far applicazione dei principi di diritto enunciati nei paragrafi 10.2, 10.3.2 e 10.3.3, liquiderà le spese processuali relative al giudizio di cassazione.

(*Omissis*)

LA TUTELA DELLA BUONA FEDE NELLE FRODI IVA TRA DIRITTO COMUNITARIO E INDIRIZZI DELLA GIURISPRUDENZA NAZIONALE

Sommario: 1. *Premesse e introduzione al tema* - 2. *Il grado di coinvolgimento dell'operatore: aspetti soggettivi ed oggettivi* - 3. *Segue: Il grado di coinvolgimento dell'operatore: l'evoluzione giurisprudenziale nazionale e comunitaria* - 4. *Conclusioni e prospettive.*

1. Premesse e introduzione al tema

Anche la Corte di cassazione¹, con la sentenza sopra riportata, si è allineata alla giurisprudenza della Corte di giustizia dell'Unione europea giungendo alla rivalutazione della buona fede del contribuente coinvolto nelle frodi IVA, superando il precedente orientamento, secondo cui la falsità soggettiva del documento comporterebbe la perdita del diritto di detrazione, indipendentemente dalla valutazione della posizione dell'acquirente e, dunque, della sua eventuale estraneità al disegno evasivo.

Per comprendere appieno l'evoluzione interpretativa, allineata alle indicazioni della Corte di giustizia² sul tema, occorre premettere che, a differenza di altre imposte indirette, quali, ad esempio, l'imposta di bollo o di registro, e delle imposte sul reddito, l'evasione dell'IVA non può essere totalmente relegata nella sfera di un unico soggetto passivo, dovendo coinvolgere, almeno in linea di principio³, anche un altro soggetto, posto, alternativamente, *a monte* ovvero *a valle* dell'evasore.

Il coinvolgimento di un altro soggetto è la conseguenza tipica del rapporto trilaterale che contraddistingue questa imposta, nel quale il *ribaltante* (sog-

¹ Cfr. sentenza Corte cass., sez. V, dell'11 aprile 2011 n. 8132, *supra*, p. 309 ss.

² V. le sentenze citate *infra*.

³ In linea di principio, cioè, escludendo l'ipotesi dell'evasore che, pur avendo adempiuto ad ogni obbligo contabile, decida, poi, nella sua sfera giuridica, di non versare l'imposta dovuta, quale risultante dalle liquidazioni periodiche o dalla dichiarazione annuale.

getto a monte) addebita l'imposta al *ribaltato* (soggetto a valle), rendendosi debitore del relativo ammontare nei confronti dell'erario, verso il quale il ribaltato, se, a sua volta, soggetto passivo, aziona il diritto di credito.

La connessione con un altro soggetto non viene meno nel caso esso sia il consumatore finale, cioè, il destinatario effettivo del carico fiscale: è un dato della comune esperienza che l'operatore che non intenda certificare la propria attività, per mezzo della fattura o di altro documento fiscale, deve ottenere il consenso del cliente, anche "privato", offrendo talvolta uno "sconto" che tiene luogo, se del caso, dei benefici fiscali di cui si può fruire, ove l'acquisto sia, invece, "ufficiale"⁴.

La regola del coinvolgimento è manifesta nei casi delle frodi c.d. "carosello" attuate mediante l'intervento di plurime organizzazioni societarie, sia in Italia che all'estero, con la parvenza, almeno per alcune di esse, di un tasso di normale imprenditorialità.

Tecnicamente, la frode carosello appartiene alle ipotesi di fatturazione inesistente sotto il profilo soggettivo, nel senso che l'oggetto dell'operazione, sia essa cessione di beni o prestazione di servizi, viene effettivamente immesso nel mercato, differenziandosi, così, dall'ipotesi della fatturazione inesistente di taglio oggettivo, ove la fattura altro non rappresenta che il simulacro di un'operazione mai effettuata.

Ovviamente, se l'operazione esiste sotto il profilo oggettivo, il *frauder* necessita di un fornitore e di un cliente, rispettivamente per l'approvvigionamento dell'oggetto e per la sua collocazione nel mercato, sino al consumo finale.

Si intuisce, così, che la frode IVA si manifesta come infrazione al principio posto dall'art. 1, par. 2, della direttiva n. 2006/112/Ce⁵ a prefazione delle disposizioni ivi contenute: l'estensione del principio di tassazione frazionata richiede che il sistema normativo dell'IVA sia applicato correttamente sino all'ultimo passaggio del bene o del servizio al consumo, nel momento, cioè, in cui il prelievo diviene definitivo, per l'assenza di una nuova ed ulteriore transazione economica a valle: definitività che consente la conferma della detassazione impositiva nei precedenti passaggi, attuata sotto forma di detrazione.

La frode IVA infrange proprio questo principio, determinando, alternativamente, il passaggio del bene o del servizio al consumo senza tassazione, come è il caso del c.d. "nero", ovvero, in maniera più sofisticata, con una tas-

⁴ Si pensi ai casi di detrazione ai fini IRPEF delle spese di investimento.

⁵ Secondo cui: «Il principio del sistema comune d'IVA consiste nell'applicare ai beni ed ai servizi un'imposta generale sui consumi esattamente proporzionale al prezzo dei beni e dei servizi, qualunque sia il numero delle operazioni intervenute nel processo di produzione e di distribuzione antecedente alla fase d'imposizione. A ciascuna operazione, l'IVA, calcolata sul prezzo del bene o del servizio all'aliquota applicabile al bene o servizio in questione, è esigibile previa detrazione dell'ammontare dell'imposta che ha gravato direttamente sul costo dei diversi elementi costitutivi del prezzo. Il sistema comune d'IVA è applicato fino allo stadio del commercio al minuto incluso».

sazione apparente: l'operazione viene tassata nell'ultimo passaggio ma, nella catena distributiva, manca un anello precedente. È questo il caso del c.d. *missing trader* che riceve il bene (e, qualche volta, il servizio), normalmente non assoggettato ad IVA in applicazione del *reverse charge* comunitario, lo rivende applicando l'IVA che, però, non versa all'erario. L'acquirente detrae l'IVA addebitata e, a sua volta, rivende applicando "correttamente" l'IVA al consumo finale.

L'operazione è, appunto, formalmente corretta, ma il "salto" impositivo si è realizzato ed è rappresentato dall'IVA detratta (a valle) e non versata (a monte) nel precedente passaggio, inquinato dalla frode fiscale.

Si possono, dunque, teorizzare due ipotesi di frode, di cui una è posta all'ultimo passaggio economico del bene o del servizio, cioè, la tipica situazione della vendita "a nero"; mentre l'altra si posiziona *in itinere*, dando luogo alla tassazione definitiva, rappresentata dal prelievo finale, solo apparente, in quanto viziata dall'omesso versamento, appunto *in itinere*, dell'imposta tralata a valle.

Occorre meditare sull'impressionante sviluppo delle frodi IVA, in particolare *in itinere*, denunciate dalla Commissione europea come uno dei peggiori inconvenienti dell'attuale sistema transitorio dell'IVA europea⁶.

Non vi può essere dubbio che l'abolizione delle frontiere fiscali, in attuazione dei principi della direttiva n. 91/680/Cee⁷, abbia costituito un elemento di rafforzamento delle frodi, quale conseguenza della bipartizione dell'operazione comunitaria⁸ e dell'assenza di tempestivi ed efficaci controlli transfrontalieri cui, solo di recente, si è rimediato⁹. Si può, tuttavia, sostenere che l'anticipazione del momento evasivo ad un passaggio anteriore a quello finale sia anche conseguenza del principio di *compliance*, rispetto alle norme fiscali, tipico della Grande Distribuzione Organizzata e, in generale, del *retail* di grandi dimensioni: insomma, non potendo evadere *a valle*, è quasi fisiologico che l'evasione sia collocata *a monte*, cioè, nel passaggio dell'operazione fra soggetti passivi, almeno presunti tali.

La breve ricostruzione del fenomeno evasivo e, in particolare, della sua collocazione consente, a questo punto, di porre la domanda centrale dell'in-

⁶ Si veda al riguardo il contenuto del Libro Verde (Doc. Com(2010)695 del 1° dicembre 2010) ed *ivi*, in particolare, le domande 30 e 31. Si veda, altresì, il punto 15 del *Working Document* (Sec(2010)1455) di accompagnamento del Libro Verde sul futuro dell'Iva.

⁷ Attuativa del c.d. «Regime Transitorio degli Scambi Comunitari», regolato internamente dal d.l. n. 331/1993, con effetto dal 1° gennaio 1993.

⁸ Sul punto cfr. sentenza della Corte di giustizia del 6 aprile 2006 in causa n. C-245/04, *Emag*, in *Raccolta*, 2006, I, p. 3227 ss. La bipartizione dell'operazione in "cessione" e "acquisizione" intracomunitaria determina la suddivisione della competenza fra gli Stati membri di origine e di destinazione dell'operazione.

⁹ Cfr. Regolamento n. 904/2010/Ue (in *Gu-Ue* n. L 268 del 12 ottobre 2010 p. 1) di rifusione del Regolamento n. 1798/2003/Ce sulla cooperazione anti-frode fra gli Stati membri.

tervento, riguardante la responsabilità dell'operatore economico che resti coinvolto nella frode IVA.

La questione, ad oggi, è tutt'altro che risolta: da un lato, elementari principi di tutela della buona fede e del legittimo affidamento depongono a favore di una irresponsabilità aprioristica che dovrebbe estendersi "fino a prova contraria" del coinvolgimento attivo, cioè, consapevole, dell'operatore nell'attività fraudolenta. D'altro lato, però, non può negarsi l'esistenza del danno erariale e, quindi, sociale, derivante dalla frode che, trattandosi di IVA, diviene, se mai è possibile, ancora più grave in quanto determina una evidente distorsione del mercato¹⁰: cioè, un risultato esattamente contrario allo scopo per il quale l'IVA è stata pensata ed introdotta nel sistema fiscale europeo¹¹.

2. Il grado di coinvolgimento dell'operatore: aspetti soggettivi ed oggettivi

L'indagine deve necessariamente iniziare dalla posizione che l'operatore assume nella frode fiscale, distinguendo, ed abbandonando, l'ipotesi di pieno e consapevole coinvolgimento, cioè, la situazione di correttezza conclamata, nella quale la responsabilità fiscale è conseguenza diretta ed immediata della compartecipazione alla frode.

Oltre a questo scenario, il grado di coinvolgimento può essere teorizzato radicalizzando due situazioni nelle quali, rispettivamente, l'operatore sia consapevole ovvero *non* consapevole della frode cui partecipa.

Nel caso dell'inconsapevolezza, la conclusione piana dovrebbe essere per l'irresponsabilità dell'operatore, considerando prevalente il rispetto del principio del legittimo affidamento, rispetto alla tutela dell'interesse erariale. Il primo caso, cioè, l'ipotesi di consapevolezza, si manifesta, invece, di più difficile soluzione, dovendosi indagare se la conoscenza della frode consenta di qualificare l'operatore non coinvolto come *fiancheggiatore* del frodatore e, in tale qualifica, responsabile del danno erariale.

L'indagine sotto il profilo soggettivo, secondo i tre gradi appena evidenziati (compartecipe, consapevole e, dunque, fiancheggiatore, inconsapevole)

¹⁰ Nella ricostruzione "tipica" delle frodi IVA, l'Amministrazione finanziaria è solita porre l'accento sul fatto che, a seguito della frode, cioè, del salto di imposta in uno dei passaggi economici, il bene o il servizio giungono al consumo ad un valore diverso ed inferiore a quello "normale", quale conseguenza, appunto, dell'evasione *in itinere*.

¹¹ Cfr. direttiva n. 2006/112/Ce, 4° considerando secondo cui: «La realizzazione dell'obiettivo di instaurare un mercato interno presuppone l'applicazione, negli Stati membri, di legislazioni relative alle imposte sul volume di affari che non falsino le condizioni di concorrenza e non ostacolino la libera circolazione delle merci e dei servizi. È pertanto necessario realizzare un'armonizzazione delle legislazioni relative alle imposte sul volume di affari mediante un sistema d'imposta sul valore aggiunto (IVA), al fine di eliminare, per quanto possibile, i fattori che possono falsare le condizioni di concorrenza, tanto sul piano nazionale quanto sul piano comunitario».

deve essere completata esaminando il profilo oggettivo, cioè, la natura dell'azione fraudolenta dai cui derivi il danno erariale.

Non è tanto la dicotomia classica tra imposta non applicata a valle o non detraibile a monte che qui interessa, quanto le modalità concrete del meccanismo evasivo: l'esperienza giurisprudenziale, in particolare, della Corte di giustizia, testimonia la differenza che intercorre tra l'ipotesi di mancata applicazione dell'IVA in presenza o in assenza di false attestazioni sulla regolarità dell'operazione¹².

L'assenza di false (ma verosimili) dichiarazioni o, alternativamente, la loro presenza nella fattispecie concreta incide, dunque, sulla valutazione della consapevolezza dell'operatore, determinando l'applicazione, per la seconda ipotesi, di un grado valutativo specifico, in relazione, appunto, alla verosimiglianza del documento falso, assunto come valido dall'operatore coinvolto; valutazione che sfuma, invece, verso un grado più generico per la prima ipotesi, sino a coincidere con i principi di diligenza e vigilanza chiesti ordinariamente all'operatore economico.

Si intuisce, allora, la delicata sfaccettatura del tema: abbandonato il caso del coinvolgimento attivo, nella situazione passiva quel che rileva è la conoscenza della frode (elemento soggettivo), valutabile (anche) in relazione a profili oggettivi, quali la presenza di elementi fattuali la cui falsità non sia né manifesta né, tanto meno, provata.

Quest'ultimo aspetto merita ulteriore approfondimento, considerando che l'elemento fattuale su cui l'operatore non coinvolto può legittimamente confidare spazia in una gamma variegata: dalla partita IVA, "spesa" come prova della qualifica di operatore economico, alla dichiarazione dello *status* di "esportatore abituale"¹³, all'attestazione in fattura dell'applicazione del regime del margine ai beni usati, sino al documento "falso", vero e proprio, quale il documento di trasporto o, peggio ancora, l'attestazione falsificata dell'avvenuta esportazione.

Soffermando l'attenzione sul primo elemento delle esemplificazioni, cioè, sulla partita IVA, non deve sfuggire il senso delle norme regolamentari adot-

¹² Si veda la sentenza della Corte di giustizia del 7 dicembre 2010 in causa n. C-285/09, «R», inedita in *Raccolta* (cfr. i commenti di M. DI BIASI, *Corte Ue: negare l'esenzione Iva si può in presenza di frodi e abusi*, reperibile sul sito internet in www.fiscooggi.it, nonché P. CENTORE, *Tutela "ampia" dalle frodi nelle operazioni intercomunitarie*, in *Corr. trib.*, 2011, p. 341 ss.), a confronto delle sentenze del 24 settembre 2007 in causa n. C-409/04 *Teleos*, in *Raccolta*, 2007, I, p. 7797 (cfr. il commento di P. CENTORE, *Forma e sostanza nelle frodi IVA*, in *Corr. trib.*, 2007, p. 3516 ss.) e del 21 febbraio 2008 in causa n. C-271/06 *Netto Supermarkt*, in *Raccolta*, 2008, I, p. 771 (cfr. il commento di P. CENTORE, *Contrasto tra giudici nazionali e comunitari sulla rilevanza della buona fede nelle frodi IVA*, in *Corr. trib.*, 2008, p. 1306 ss.).

¹³ Cfr. sentenza Corte cass., sez. V, del 20 giugno 2008 n. 16819 e il commento di P. CENTORE, *La falsa dichiarazione d'intento non esonera il cedente se consapevole della falsità*, in *Corr. trib.*, 2008, p. 2519 ss.

tate con il Regolamento n. 282/2011/Ue¹⁴ e, in particolare, del 18° *considerando*, secondo cui «La corretta applicazione delle norme che disciplinano il luogo delle prestazioni di servizi dipende principalmente dallo status del destinatario, soggetto passivo o non soggetto passivo, e dalla qualità in cui egli agisce. Al fine di determinare lo status di soggetto passivo del destinatario, è opportuno stabilire gli elementi giustificativi che il prestatore deve ottenere dal destinatario» e del successivo 19° *considerando*, secondo cui «È opportuno chiarire che, se i servizi prestati ad un soggetto passivo sono destinati all'uso personale, ivi compreso l'uso da parte dei dipendenti del destinatario soggetto passivo, non si può ritenere che quest'ultimo agisca in qualità di soggetto passivo. La comunicazione del numero di identificazione IVA al prestatore da parte del destinatario è sufficiente a stabilire che quest'ultimo agisce in qualità di soggetto passivo salvo che il prestatore disponga di informazioni contrarie. È necessario inoltre garantire che un servizio unico ricevuto per fini professionali, ma utilizzato anche a fini privati, sia tassato in un luogo solo».

"Status" del soggetto passivo e "qualità", cioè, la "spendita" di tale qualifica sono, all'evidenza, cruciali nel sistema della territorialità dell'imposta, dominata, al momento, dalla bipartizione *business to business e business to consumer*, come rileva positivamente l'art. 19 del Regolamento n. 282/2011/Ue¹⁵.

Questa disposizione, approvata in un testo diverso da quello proposto dalla Commissione¹⁶, introduce tre distinti principi riguardanti, in primo luogo, la dequalificazione dell'operatore nella categoria dei soggetti non passivi

¹⁴ In *Gu-Ue* n. L 77 del 23 marzo 2011, p. 1. Trattasi del provvedimento di rifusione del precedente Regolamento n. 1777/2005/Ce, in attuazione dell'art. 397 della direttiva n. 2006/112/Ce. Il Regolamento rifuso è stato adottato su proposta della Commissione europea (cfr. Doc. Com(2009)672 del 17 dicembre 2009).

¹⁵ Art. 19: «Ai fini dell'applicazione delle norme relative al luogo delle prestazioni di servizi di cui agli artt. 44 e 45 della direttiva n. 2006/112/Ce, un soggetto passivo o un ente non soggetto passivo assimilato a soggetto passivo che riceve servizi destinati esclusivamente ad un uso privato, ivi compreso l'uso da parte dei suoi dipendenti, è considerato un soggetto non passivo. Salvo che disponga di informazioni contrarie, ad esempio sulla natura dei servizi forniti, il prestatore può considerare che i servizi sono destinati all'attività economica del destinatario se, per tale operazione, costui gli ha comunicato il suo numero individuale di identificazione IVA. Se un unico servizio è destinato sia a un uso privato, ivi compreso quello dei dipendenti del destinatario, sia a fini professionali, la prestazione di tale servizio rientra esclusivamente nel campo di applicazione dell'art. 44 della direttiva n. 2006/112/Ce, purché non sussista alcuna pratica abusiva».

¹⁶ Gli artt. 21 e 23 della proposta di Regolamento contenuta nel Com(2009)672, ora trasfusi, rispettivamente, negli artt. 17 e 19 del Regolamento n. 282/2011/Ue, prendono in considerazione due distinte ipotesi riguardanti il servizio *parzialmente* (art. 21) e *totalmente* (art. 23) non inerente, stabilendo, nel primo caso, una regola di attrazione al regime di inerenza. Ne consegue che il fornitore del servizio, una volta che abbia acquisito le informazioni riguardanti lo *status* di soggetto passivo del cliente, non deve indagare sulla quota di servizio che sia utilizzato al di fuori della sfera professionale, restando onere di questi valutare la quota di indetraibilità dell'IVA, secondo le regole nazionali (per i soggetti passivi nazionali, l'art. 19, commi 1° e 2° del dpr. n. 633/1972). Per i servizi totalmente non inerenti, la norma regolamentare pone, invece, a carico del prestatore l'onere di valutare se la prestazione sia non inerente, precisando che, nei casi dubbi, può essere richiesta al cliente una dichiarazione sulla destinazione (professionale o non) del servizio reso.

dell'imposta, in riferimento agli acquisti, in una parola, non inerenti (primo paragrafo dell'art. 19).

Nel secondo paragrafo, la norma introduce un principio di salvaguardia a favore del prestatore che, rispetto alle indicazioni della proposta di Regolamento, non è più obbligato ad indagare sulla coerenza del servizio rispetto all'attività svolta dal proprio cliente, essendo, in via generale, sufficiente la comunicazione della partita IVA al fine della spendita della qualifica di soggetto passivo che agisce "in quanto tale".

L'indubbia semplificazione recata dalla norma regolamentare non assorbe, tuttavia, l'obbligo di attenzione da parte del fornitore, il quale deve vigilare che non vi siano «informazioni contrarie» rispetto alla qualifica di soggetto passivo spesa dal proprio cliente, disapplicando, se del caso, il regime di detassazione ed applicando, invece, l'Iva nazionale¹⁷.

Nel successivo terzo paragrafo dell'art. 19 del Regolamento citato, infine, viene fissato il principio – già presente nell'art. 21 della proposta di Regolamento¹⁸ contenuta nel documento Com(2009)672 – stabilendo l'attrazione del servizio promiscuamente utilizzato per fini professionali ed extraprofessionali alla prima categoria, con evidenti e condivisibili intenti di semplificazione.

Ivi si riprende, con qualche modifica, l'art. 25 della proposta di Regolamento, sopra citata, secondo cui: «Ove un servizio unico sia destinato all'uso professionale e personale del destinatario, la prestazione di detto servizio rientra nel campo di applicazione dell'art. 44 della direttiva n. 2006/112/Ce».

Conclusivamente sul punto, si può osservare che la regola di attrazione, a favore della soggezione passiva, in riferimento alla partita IVA "spesa" dall'operatore solleva solo in parte il prestatore da indagini, riproponendo, in de-

¹⁷ Sul punto v. M. SPERA - M. BRISACANE, *Soggetti passivi e territorialità delle cessioni di beni e prestazioni di servizi*, in *Riv. prat. fisc. prof.*, n. 17/2011, p. 13.

¹⁸ Cfr. art. 21 della proposta di cui al Doc. Com(2009)672 secondo cui: «1. Se il luogo delle prestazioni di servizi dipende dal fatto che il destinatario sia un soggetto passivo, lo status del destinatario è determinato sulla base del titolo III della direttiva n. 2006/112/Ce. 2. Si considera che il prestatore abbia agito in buona fede nel determinare che il destinatario stabilito nella Comunità sia un soggetto passivo se ha soddisfatto tutti i requisiti seguenti: *a.* ha accertato che il destinatario è un soggetto passivo tramite il numero di identificazione IVA comunicatogli dal destinatario stesso o mediante qualsiasi altra prova attestante che il destinatario è un soggetto passivo o una persona giuridica non soggetto passivo identificata ai fini dell'IVA; *b.* ha ottenuto conferma della validità di detto numero di identificazione IVA o di altra prova fornita dal destinatario; *c.* ha effettuato una verifica di ampiezza ragionevole dell'esattezza delle informazioni fornite dal destinatario applicando le procedure di sicurezza esistenti. 3. Si considera che il prestatore abbia agito in buona fede nel determinare che il destinatario stabilito al di fuori della Comunità sia un soggetto passivo se ha ottenuto un certificato, ove esista già, rilasciato dalle autorità fiscali competenti per il destinatario attestante che questi svolge un'attività economica che gli dà diritto ad ottenere un rimborso dell'IVA a norma della direttiva n. 86/560/Cee del Consiglio o che ha rispettato tutti o alcuni dei requisiti seguenti: *a.* dispone del numero IVA o di un numero analogo attribuito al destinatario dal Paese di stabilimento dello stesso e utilizzato per identificare le imprese; *b.* dispone di estratti stampati provenienti dal sito internet delle autorità fiscali competenti per il destinatario che ne confermano lo status di soggetto passivo; *c.* è in possesso dell'ordinativo del destinatario recante il suo indirizzo commerciale e il numero di registrazione commerciale; *d.* dispone di prove provenienti dal sito internet del destinatario attestanti che questi svolge un'attività economica».

finitiva, il tema sui confini della responsabilità da riconoscere all'operatore non coinvolto ma, in qualche grado, negligente.

3. *Segue: Il grado di coinvolgimento dell'operatore: l'evoluzione giurisprudenziale nazionale e comunitaria*

L'assenza, anche alla luce delle più recenti produzioni normative, di una disposizione – che regoli efficacemente il distinguo fra responsabilità ed irresponsabilità – postula il ricorso all'elaborazione giurisprudenziale come elemento di sostegno delle opposte tesi sul campo: la prima, più aggressiva, di coinvolgimento generalizzato, per inescusabile inerzia, la seconda, più garantista, che tende a distinguere in relazione al tasso di diligenza e, con essa, di vigilanza che possa "ragionevolmente" essere imposto all'operatore "onesto".

Il punto è ben individuato dalla giurisprudenza comunitaria che, dal caso *Optigen*¹⁹, ha fissato il principio di tutela del legittimo affidamento e di certezza del diritto applicabile all'operatore coinvolto incolpevolmente nella frode come obiettivo che sovrasta e, di conseguenza, assorbe, la difesa dell'interesse erariale²⁰, quale espressione del più vasto principio di proporzionalità. Richiamando la propria precedente giurisprudenza, la Corte di giustizia ha ritenuto che «i provvedimenti che gli Stati membri possono adottare ai sensi dell'art. 22, n. 8, della sesta direttiva per assicurare l'esatta riscossione dell'imposta ed evitare frodi non devono eccedere quanto è necessario a tal fine»²¹.

¹⁹ Sentenza della Corte di giustizia del 12 gennaio 2006 in cause riunite n. C-354/03, n. C-355/03 e n. C-484/03, *Optigen*, in *Raccolta*, 2006, I, p. 483. Cfr. M. FANNI, *La posizione recentemente assunta dalla giurisprudenza comunitaria in materia di frodi all'Iva: la rilevanza dell'elemento soggettivo nelle «sofferte» sentenze Optigen ed Axel Kittel. Brevi spunti di riflessione in ordine al profilo processuale probatorio*, in *Riv. dir. trib.*, 2006, III, p. 231; C. M. LÓPEZ ESPADAFOR, *Fraude en la cadena de operaciones sometidas al IVA*, in *Noticias de la Unión Europea*, 2007, n. 264, p. 127 ss.; A. MANCAZZO - L. STRIDI, *Frodi "carosello" e utilizzo di fatture soggettivamente inesistenti*, in *Fisco*, 2010, p. 1333 ss.

²⁰ Cfr. il punto 54 della sentenza *Optigen* ove si osserva che «È irrilevante, ai fini del diritto del soggetto passivo di dedurre l'IVA pagata a monte, stabilire se l'IVA dovuta sulle operazioni di vendita precedenti o successive riguardanti i beni interessati sia stata versata o meno all'Erario (v., in questo senso, ordinanza 3 marzo 2004, causa n. C-395/02, *Transport Service*, in *Raccolta*, I, p. 1991, punto 26). Emerge da una giurisprudenza costante della Corte che, in base al principio fondamentale inerente al sistema comune IVA e risultante dagli artt. 2 della prima e sesta direttiva, l'IVA si applica a qualsiasi operazione di produzione o di distribuzione, detratta l'imposta gravante direttamente sul costo dei diversi elementi costitutivi del prezzo (v., in particolare, sentenze 8 giugno 2000, causa n. C-98/98, *Midland Bank*, in *Raccolta*, I, p. 4177, punto 29, e *Zita Modes*, [causa n. C-497/01, in *Raccolta*, 2003, I, p. 14393 ss. n.d.r.], punto 37)».

²¹ Sentenza della Corte di giustizia del 27 settembre 2007 in causa n. C-146/05 *Albert Collée*, in *Raccolta*, 2007, I, p. 7861 punto 26. Cfr. i commenti di E. MARELLO, *Oggettività dell'operazione IVA e buona fede del soggetto passivo: note su un recente orientamento della Corte di Giustizia*, in *Riv. dir. fin.*, 2008, p. 24 ss.; C. CHECA GONZÁLEZ, *Legitimación de los Tribunales Económico-Administrativos para plantear cuestión prejudicial y deducción del IVA soportado por las actividades previas a la realización regular de operaciones económicas. (Análisis de la Sentencia de 21*

Ancora più in dettaglio, la Corte di giustizia ha ritenuto che i provvedimenti normativi che i singoli Stati adottano per contrastare le frodi non possono essere utilizzati «in modo tale da mettere in discussione la neutralità dell'IVA, che costituisce un principio fondamentale del sistema comune dell'IVA istituito dalla normativa comunitaria in materia»²².

Pur confermando il doveroso rispetto del principio di proporzionalità e, con esso, di neutralità dell'imposta, la sentenza *Optigen* apre, tuttavia, la strada alla valutazione del coinvolgimento del soggetto nella frode, sottolineando che: «Il diritto di un soggetto passivo che effettua simili operazioni di detrarre l'IVA pagata a monte non può neanche essere compromesso dalla circostanza che, nella catena di cessioni in cui si inscrivono le dette operazioni, senza che tale soggetto passivo lo sappia o possa saperlo, un'altra operazione, precedente o successiva a quella da esso realizzata, sia viziata da frode all'IVA»²³.

Il riferimento alla posizione dell'operatore che *sappia o possa sapere* di essere coinvolto nella frode è ripreso, poi, nel caso *Axel Kittel*²⁴, ove la Corte di giustizia osserva che: «un soggetto passivo che *sapeva o avrebbe dovuto sapere* che con il proprio acquisto partecipava ad un'operazione che si iscriveva in una frode all'IVA, ai fini della sesta direttiva *si deve considerarlo partecipante a tale frode*, indipendentemente dalla circostanza che egli tragga o meno beneficio dalla rivendita dei beni. In una situazione del genere, infatti, il soggetto passivo *collabora con gli autori della frode e ne diviene complice*» (corsivo aggiunto).

Si delinea, così, la tesi degli operatori-fiancheggiatori e, quindi, responsabili, che si distinguono dagli operatori inconsapevoli, liberati, questi ultimi, dalla responsabilità se abbiano adottato «(...) tutte le misure che si possono loro ragionevolmente richiedere al fine di assicurarsi che le loro operazioni non facciano parte di una frode, che si tratti di frode all'IVA o di altre frodi (...)» potendo, in tal caso, «(...) fare affidamento sulla liceità di tali operazio-

de marzo de 2000, *Gabalfrisa*), in *Noticias de la Unión Europea*, 2001, n. 192, p. 47 ss.; J.-P. MAUBLANC, *La définition de la juridiction fiscale et la déduction de la TVA devant la Cour de justice*, *RMCUE*, 2001, p. 208 ss. Sullo stesso tema cfr. anche sentenza della Corte di giustizia del 21 marzo 2000 in cause riunite da n. C-110/98 a n. C-147/98, *Gabalfrisa*, in *Raccolta*, 2000, I, p. 1577 punto 52 nonché ordinanza della Corte di giustizia del 3 marzo 2004 in causa n. C-395/02, *Transport Service*, in *Raccolta*, 2004, I, p. 1991, punto 29.

²² Sentenze della Corte di giustizia del 19 settembre 2000 in causa n. C-454/98, *Schmeink & Cofreth e Strobel*, in *Raccolta*, 2000, I, p. 6973, punto 59, e del 21 febbraio 2006 in causa n. C-255/02, *Halifax*, in *Raccolta*, 2006, I, p. 1609, punto 92.

²³ Cfr. sentenza della Corte di giustizia del 12 gennaio 2006 in cause riunite n. C-354/03, n. C-355/03 e n. C-484/03, *Optigen*, cit. *supra*, nota 19, punto 52.

²⁴ Sentenza della Corte di giustizia del 6 luglio 2006 in cause riunite n. C-439/04 e n. C-440/04, *Axel Kittel e a.*, in *Raccolta*, 2006, I, p. 6161, punti 56 e 57. Cfr. D. DE GIROLAMO, *L'evoluzione della giurisprudenza comunitaria in tema di responsabilità del cessionario nelle frodi Iva*, in *Fisco*, 2007, p. 4571 ss. nonché P. CENTORE, *L'evoluzione della giurisprudenza comunitaria in tema di frodi IVA*, in *GT - Riv. giur. trib.*, 2006, p. 843 ss.

ni senza rischiare di perdere il proprio diritto alla deduzione dell'IVA pagata a monte»²⁵.

Anche nel successivo caso *Ecotrade*²⁶ si osserva che «la buona fede del soggetto passivo è rilevante solo laddove sussista, *a seguito del comportamento dello stesso*, il rischio di perdite di entrate fiscali per lo Stato membro interessato» (corsivo aggiunto). Ed ancora, nel caso «*R*» sopra citato²⁷, la Corte di giustizia ha affermato²⁸ che «per quanto attiene al principio di proporzionalità, occorre rilevare che esso non osta a che un fornitore che partecipa ad una frode sia obbligato ad assolvere *a posteriori* l'IVA sulla cessione intracomunitaria che ha effettuato, purché il suo coinvolgimento nella frode costituisca un elemento determinante da prendere in considerazione in occasione dell'esame della proporzionalità di un provvedimento nazionale» (...). «Inoltre, la constatazione svolta al punto 51 di questa sentenza non è rimessa in discussione dai principi di neutralità fiscale o di certezza del diritto, né da quello di tutela del legittimo affidamento. Tali principi, infatti, non possono essere validamente invocati da un soggetto passivo che abbia partecipato intenzionalmente ad una frode fiscale mettendo a repentaglio il funzionamento del sistema comune IVA».

Riepilogando, dalla giurisprudenza evocata emerge l'evoluzione del pensiero della Corte di giustizia che, partendo dal bilanciamento degli opposti interessi (legittimo affidamento e tutela erariale), fissa il principio di coinvolgimento passivo dell'operatore (*Optigen*: «senza che tale soggetto passivo lo sappia o possa saperlo»), che può essere considerato partecipante a tale frode a meno che adotti «(...) tutte le misure che si possono [...] ragionevolmente richiedere al fine di assicurarsi che le [...] operazioni non facciano parte di una frode» (*Axel Kittel*). È, dunque, il *comportamento* dell'operatore (caso *Ecotrade* citato) che si manifesta decisivo e, in particolare, se esso «abbia partecipato intenzionalmente ad una frode fiscale mettendo a repentaglio il funzionamento del sistema comune IVA» (caso «*R*» citato).

Come già anticipato, anche la Corte di cassazione è giunta a questo risultato almeno a partire dalla sentenza del 24 luglio 2009 n. 13738 sino alla sen-

²⁵ Cfr. sentenza della Corte di giustizia del 6 luglio 2006 in cause riunite n. C-439/04 e n. C-440/04, *Axel Kittel*, *loc. cit.*, punto 51. In senso conforme cfr. altresì sentenza della Corte di giustizia dell'11 maggio 2006 in causa n. C-384/04, *Federation of Technological Industries*, in *Raccolta*, 2006, I, p. 4191.

²⁶ Sentenza della Corte di giustizia dell'8 maggio 2008 in cause riunite n. C-95/07 e n. C-96/07, *Ecotrade*, in *Raccolta*, 2008, I, p. 3457, punto 71. Cfr. i commenti di S. SOTTOCASA, *Violazioni relative al meccanismo del reverse charge: tra diritto alla detrazione dell'Iva e sanzioni applicabili*, in *Fisco*, 2009, p. 3566 ss. e di N. RAGGI, *L'errata contabilizzazione di operazioni soggette a reverse charge non giustifica il recupero dell'iva. Sulle sanzioni l'ultima parola spetta al giudice nazionale*, in *Dir. prat. trib.*, 2008, II, p. 1156 ss.

²⁷ Sentenza della Corte di giustizia del 7 dicembre 2010 in causa n. C-285/09, «*R*», *cit. supra*, nota 12.

²⁸ Cfr. sentenza «*R*», *loc. cit.*, punti 51 e 54.

tenza dell'11 aprile 2011 n. 8132, qui in commento, superando il precedente orientamento, secondo cui la falsità soggettiva del documento comporterebbe la perdita del diritto di detrazione, indipendentemente dalla valutazione della posizione dell'acquirente e, dunque, della sua eventuale estraneità al disegno evasivo²⁹.

Il nuovo indirizzo interpretativo lascia, tuttavia, aperta la questione riguardante la *prova* dell'estraneità che l'operatore deve fornire, al fine di ottenere il riconoscimento della propria buona fede.

L'espressione del *non sapeva o non poteva sapere* di partecipare alla frode evoca una sorta di responsabilità *in vigilando* di facile presunzione contraria (non poteva *non* sapere) che richiede una dimostrazione a discarico non semplicissima.

La pericolosa fumosità di questa terza ipotesi, mediana fra la concorrenza attiva e la partecipazione davvero inconsapevole, non è potenziale ma del tutto concreta, considerando che la Corte di cassazione, sez. V, con la sentenza del 21 gennaio 2011 n. 1364 ha sostenuto che «il contribuente committente-cessionario, al quale sia contestata la detrazione dell'Iva relativa ad operazioni soggettivamente inesistenti, ha il diritto di detrarre l'Iva se, a prescindere dal pagamento dell'imposta, *dimostra che non sapeva e non poteva sapere* di partecipare ad una operazione che si iscriveva in una frode all'imposta; con una formula più rigorosa il medesimo principio può esser formulato così: il contribuente committente-cessionario, al quale sia contestata la detrazione dell'IVA, anche se pagata, relativa ad operazioni soggettivamente inesistenti, *ha l'onere di conoscere che il venditore-prestatore è autore di un'operazione in frode all'IVA* e, se vuole vedersi riconosciuto il diritto di detrarre l'IVA, ha l'onere di dimostrare che è *incolpevole la sua ignoranza* di aver partecipato ad una operazione in frode dell'IVA» (corsivo aggiunto).

Si può notare come la Corte di cassazione interpreti il precetto del *non sapere* non in forma passiva ma in forma attiva, come *onere di conoscenza* della situazione fraudolenta ovvero, in via alternata e diametralmente opposta, di *ignoranza incolpevole*.

Il confronto dei due termini appena evocati (conoscenza-ignoranza) sembra suggerire la via per giungere all'irresponsabilità dell'operatore onesto: laddove l'indagine sul comportamento eventualmente fraudolento del *partner*

²⁹ Cfr. sentenze Corte cass., sez. V, del 4 dicembre 2006 n. 25762; del 24 gennaio 2007 n. 1569; del 30 gennaio 2007 n. 1950 e il commento di P. CENTORE, *Il principio di inerenza tra realtà e immaginazione*, in *Corr. trib.*, 2007, p. 1051 ss.; del 23 febbraio 2007 n. 4238 e il commento di P. CENTORE, *La regolarità formale è indice della inesistenza dell'operazione ai fini IVA?*, in *GT - Rivista di giurisprudenza tributaria*, 2007, p. 580 ss.; del 3 ottobre 2007 n. 20716; del 26 ottobre 2007 n. 22555; del 18 gennaio 2008 n. 1057 e il commento di P. CENTORE, *Contrasto tra giudici nazionali e comunitari sulla rilevanza della buona fede nelle frodi IVA*, in *Corr. trib.*, 2008, p. 1306 ss.; del 7 febbraio 2008 n. 2847. Cfr. inoltre sentenza della Corte di cassazione penale del 28 ottobre 2010-19 gennaio 2011 n. 1235 con il commento di M. NARDELLI, *La Cassazione, la frode fiscale e la truffa tra corsi e ricorsi*, in *Riv. dir. trib.*, 2010, II, p. 190 ss.

sia negativa, l'ignoranza è sufficiente; viceversa, nel caso essa sia positiva, la conoscenza deve indurre l'operatore a non farsi coinvolgere. In altri e più chiari termini, il soggetto passivo "onesto" non dovrebbe acquistare (o vendere) beni o servizi al frodatore, se la *certezza* della sussistenza di un disegno fraudolento è raggiunta a seguito delle indagini compiute, sotto pena del suo coinvolgimento quale "complice fiancheggiatore" dell'effettivo frodatore.

4. Conclusioni e prospettive

Occorre domandarsi se la conclusione appena raggiunta rappresenti davvero il punto di equilibrio³⁰ fra gli interessi dell'amministrazione, cioè, la lotta contro le frodi, rispetto all'interesse dell'amministrato che, come indica la giurisprudenza della Corte di cassazione, non può tramutarsi in una sorta di collaboratore di giustizia, in supplenza di funzioni di esclusiva pertinenza dell'Ufficio finanziario³¹.

La risposta dovrebbe essere negativa, ove si osservi che la prescrizione di evitare ogni contatto economico con un soggetto in odore di frode sembra infrangere il principio costituzionale della libertà d'impresa (art. 41 Cost.), considerando, oltre tutto, che, allo stato attuale³², non esiste alcuna norma limitativa della facoltà di contrattazione economica di (e con) potenziali soggetti frodatori.

Per tali motivi, il dovere di non coinvolgimento non può che sfumare nel richiamo alla massima cautela da parte dell'operatore e alla diligenza nel valutare i sintomi dell'eventuale fenomeno fraudolento, in attesa di una loro co-

³⁰ Punto di equilibrio ben individuato dalla Corte di giustizia nella sentenza *Teleos*, cit. *supra*, nota 12, ove si osserva (cfr. punto 58) che: «Certo, l'obiettivo di prevenire la frode fiscale giustifica talvolta obblighi severi per il fornitore. Tuttavia qualsiasi ripartizione del rischio tra il fornitore e l'amministrazione finanziaria, in seguito ad una frode commessa da un terzo, dev'essere compatibile con il principio di proporzionalità. Inoltre, invece di prevenire la frode fiscale, un regime che faccia ricadere l'intera responsabilità del pagamento dell'IVA sul fornitore, indipendentemente dal coinvolgimento o meno di quest'ultimo nella frode, non preserva necessariamente il sistema armonizzato dell'IVA dalla frode e dall'abuso dell'acquirente. Quest'ultimo, se fosse esentato da qualsiasi responsabilità, potrebbe infatti essere indotto a non spedire o a non trasportare i beni fuori dallo Stato membro di cessione e a non dichiararli ai fini dell'IVA negli Stati membri di destinazione previsti».

³¹ Così Corte cass. del 20 aprile 2001 n. 5888. Nello stesso senso si vedano le sentenze Corte cass. del 19 aprile 2001, n. 5805; del 23 marzo 2001, n. 4284; del 18 febbraio 2000, n. 1841 (cfr. P. CENTORE, *I limiti della responsabilità del destinatario di una fattura irregolare*, in *Corr. trib.*, 2000, p. 1246 ss.); del 22 marzo 2000, n. 3430 e n. 3433; del 16 agosto 2000, n. 10895; del 29 agosto 2000, n. 11313.

³² In questo senso sembrano indirizzate le norme del Regolamento n. 904/2010/Ue ed *ivi*, in particolare, le disposizioni degli artt. 31 ss., riguardanti la messa a disposizione, da parte dell'Amministrazione finanziaria, di dati che consentano di riconoscere con tempestività la qualifica del *partner*, senza dover ricorrere ad indagini ispettive, in supplenza inammissibile degli obblighi che competono all'Amministrazione finanziaria. Il testo del Regolamento rifiuto finalmente approvato potrebbe rappresentare, dunque, una concreta espressione del bilanciamento delle rispettive posizioni (parte privata, parte pubblica), preconizzato dagli interventi della Corte di giustizia sopra richiamati.

dificazione a livello europeo che agevoli il riconoscimento delle situazioni di rischio fiscale.

Sul piano squisitamente operativo, l'operatore "onesto", ispirandosi alle norme del Regolamento n. 282/2011/Ue innanzi richiamato, deve attivare i necessari controlli sull'operazione, quali, ad esempio, quelli concernenti le modalità di pagamento e di trasporto dei beni nonché l'esistenza di una sede fissa e i rapporti bancari stabili. Se, poi, all'esito dei controlli che *ragionevolmente*, cioè, nel rispetto del principio di proporzionalità ben evidenziato dalla giurisprudenza comunitaria sopra richiamata, possono essere richiesti ad una parte privata, non viene in rilievo la prova della frode, è lecito ritenere che la condizione di legittimità sottostante all'espressione "*non sapeva o non poteva sapere*" sia pienamente soddisfatta.

Alla base del giudizio sul coinvolgimento "attivo" e, quindi, della responsabilità nella partecipazione alla frode non può, allora, essere posta la semplice conoscenza della frode e, meno ancora, il sospetto che il *partner* dell'operazione commerciale sia colpevole di frode, quanto la negligente attivazione di controlli, valutabili secondo il tasso di normale diligenza che può e deve essere richiesta all'operatore economico³³.

Paolo Centore*

³³ In questo senso sembra orientata la più recente evoluzione della giurisprudenza di vertice: si v. Corte cass. del 21 maggio 2011 n. 11231 e Corte cass. del 10 giugno 2011 n. 12751.

* Avvocato - Foro di Genova; docente a contratto di diritto tributario / Università degli Studi di Parma.

ATTI DELLE ISTITUZIONI EUROPEE

DIRITTO ALL'INTERPRETAZIONE E ALLA TRADUZIONE NEI PROCEDIMENTI PENALI

Direttiva n. 2010/64/Ue del Parlamento europeo e del Consiglio, del 20 ottobre 2010 sul diritto all'interpretazione e alla traduzione nei procedimenti penali*

Il Parlamento europeo e il Consiglio dell'Unione europea,
visto il trattato sul funzionamento dell'Unione europea, in particolare l'art. 82,
par. 2, secondo comma, lett. *b.*,

vista l'iniziativa del Regno del Belgio, della Repubblica federale di Germania, della Repubblica di Estonia, del Regno di Spagna, della Repubblica francese, della Repubblica italiana, del Granducato di Lussemburgo, della Repubblica di Ungheria, della Repubblica d'Austria, della Repubblica portoghese, della Romania, della Repubblica di Finlandia e del Regno di Svezia¹,

previa trasmissione del progetto di atto legislativo ai parlamenti nazionali, deliberando secondo la procedura legislativa ordinaria²,

(*Omissis*)

hanno adottato la seguente direttiva:

Articolo 1- Oggetto e ambito di applicazione

1. La presente direttiva stabilisce norme relative al diritto all'interpretazione e alla traduzione nei procedimenti penali e nei procedimenti di esecuzione di un mandato di arresto europeo.

* In *Gu-Ue* n. L 280 del 26 ottobre 2010. Il testo integrale della direttiva n. 2010/64/Ue, sopra riportata, è reperibile sul sito internet <http://eur-lex.europa.eu>. In argomento v. *infra*, p. 335 ss., il commento di ANNA IERMANO.

¹ *Gu-Ue* n. C 69 del 18 marzo 2010, p. 1.

² Posizione del Parlamento europeo del 16 giugno 2010 (non ancora pubblicata nella *Gazzetta ufficiale*) e decisione del Consiglio del 7 ottobre 2010.

2. Il diritto di cui al par. 1 si applica alle persone che siano messe a conoscenza dalle autorità competenti di uno Stato membro, mediante notifica ufficiale o in altro modo, di essere indagate o imputate per un reato, fino alla conclusione del procedimento, vale a dire fino alla decisione definitiva che stabilisce se abbiano commesso il reato, inclusi, se del caso, l'irrogazione della pena e l'esaurimento delle istanze in corso.

3. Laddove la legislazione di uno Stato membro preveda, per reati minori, l'irrogazione di una sanzione da parte di un'autorità diversa da una giurisdizione competente in materia penale e laddove l'irrogazione di tale sanzione possa essere oggetto di impugnazione dinanzi a tale giurisdizione, la presente direttiva si applica solo ai procedimenti di impugnazione dinanzi a tale giurisdizione.

4. La presente direttiva lascia impregiudicato il diritto nazionale relativo alla presenza dell'avvocato in tutte le fasi del procedimento penale, così come il diritto nazionale relativo al diritto di accesso dell'indagato o imputato ai documenti nei procedimenti penali.

Articolo 2 - Diritto all'interpretazione

1. Gli Stati membri assicurano che gli indagati o gli imputati che non parlano o non comprendono la lingua del procedimento penale in questione siano assistiti senza indugio da un interprete nei procedimenti penali dinanzi alle autorità inquirenti e giudiziarie, inclusi gli interrogatori di polizia, e in tutte le udienze, comprese le necessarie udienze preliminari.

2. Gli Stati membri assicurano, ove necessario al fine di tutelare l'equità del procedimento, che l'interpretazione sia disponibile per le comunicazioni tra indagati o imputati e il loro avvocato, direttamente correlate a qualsiasi interrogatorio o audizione durante il procedimento o alla presentazione di un ricorso o di un'altra istanza procedurale.

3. Il diritto all'interpretazione di cui ai par. 1 e 2 comprende l'appropriata assistenza per persone con problemi di udito o difficoltà di linguaggio.

4. Gli Stati membri assicurano la messa a disposizione di procedure o meccanismi allo scopo di accertare se gli indagati o gli imputati parlano e comprendono la lingua del procedimento penale e se hanno bisogno dell'assistenza di un interprete.

5. Gli Stati membri assicurano che, secondo le procedure della legislazione nazionale, gli indagati o gli imputati abbiano il diritto di impugnare una decisione che dichiara superflua l'interpretazione e, nel caso in cui l'interpretazione sia stata fornita, abbiano la possibilità di contestare la qualità dell'interpretazione in quanto insufficiente a tutelare l'equità del procedimento.

6. Se del caso, è possibile utilizzare tecnologie di comunicazione quali la videoconferenza, il telefono o Internet, a meno che la presenza fisica dell'interprete non sia necessaria al fine di tutelare l'equità del procedimento.

7. Nel procedimento di esecuzione di un mandato di arresto europeo lo Stato membro di esecuzione assicura che le proprie autorità competenti, a norma del presente articolo, forniscano

l'assistenza di un interprete alle persone che siano soggette a tale procedimento e non parlino o non comprendano la lingua del procedimento.

8. L'interpretazione fornita ai sensi del presente articolo dev'essere di qualità sufficiente a tutelare l'equità del procedimento, in particolare garantendo che gli imputati o gli indagati in procedimenti penali siano a conoscenza delle accuse a loro carico e siano in grado di esercitare i loro diritti della difesa.

Articolo 3 - Diritto alla traduzione di documenti fondamentali

1. Gli Stati membri assicurano che gli indagati o gli imputati che non comprendono la lingua del procedimento penale ricevano, entro un periodo di tempo ragionevole, una traduzione scritta di tutti i documenti che sono fondamentali per garantire che siano in grado di esercitare i loro diritti della difesa e per tutelare l'equità del procedimento.

2. Tra i documenti fondamentali rientrano le decisioni che privano una persona della propria libertà, gli atti contenenti i capi d'imputazione e le sentenze.

3. In qualsiasi altro caso le autorità competenti decidono se sono fondamentali altri documenti. Gli indagati o gli imputati o il loro avvocato possono presentare una richiesta motivata a tal fine.

4. Non è necessario tradurre i passaggi di documenti fondamentali che non siano rilevanti allo scopo di consentire agli indagati o agli imputati di conoscere le accuse a loro carico.

5. Gli Stati membri assicurano che, secondo le procedure della legislazione nazionale, gli indagati o gli imputati abbiano il diritto di impugnare una decisione che dichiara superflua l'interpretazione di documenti o di passaggi degli stessi e, nel caso in cui una traduzione sia stata fornita, abbiano la possibilità di contestare la qualità della traduzione in quanto non sufficiente a tutelare l'equità del procedimento.

6. Nel procedimento di esecuzione di un mandato di arresto europeo lo Stato membro di esecuzione assicura che le proprie autorità competenti forniscano a chiunque sia soggetto a tale procedimento e non comprenda la lingua in cui il mandato d'arresto europeo è redatto, o è stato tradotto dallo Stato membro emittente, la traduzione scritta del documento in questione.

7. In deroga alle norme generali di cui ai par. 1, 2, 3 e 6, è possibile fornire una traduzione orale o un riassunto orale di documenti fondamentali, anziché una traduzione scritta, a condizione che tale traduzione orale o riassunto orale non pregiudichi l'equità del procedimento.

8. Qualsiasi rinuncia al diritto alla traduzione dei documenti di cui al presente articolo è soggetta alle condizioni che gli indagati o gli imputati abbiano beneficiato di una previa consulenza legale o siano venuti in altro modo pienamente a conoscenza delle conseguenze di tale rinuncia e che la stessa sia inequivocabile e volontaria.

9. La traduzione fornita ai sensi del presente articolo deve essere di qualità sufficiente a tutelare l'equità del procedimento, in particolare garantendo che gli imputati o gli indagati in procedimenti penali siano a conoscenza delle accuse a loro carico e siano in grado di esercitare i loro diritti della difesa.

Articolo 4 - Costi di interpretazione e traduzione

Gli Stati membri sostengono i costi di interpretazione e di traduzione derivanti

dall'applicazione degli articoli 2 e 3, indipendentemente dall'esito del procedimento.

Articolo 5 - Qualità dell'interpretazione e della traduzione

1. Gli Stati membri adottano misure atte a garantire che l'interpretazione e la traduzione fornite rispettino la qualità richiesta ai sensi dell'art. 2, par. 8, e dell'art. 3, par. 9.

2. Al fine di assicurare un servizio di interpretazione e di traduzione adeguato e un accesso efficiente a tale servizio, gli Stati membri si impegnano a istituire un registro o dei registri di traduttori e interpreti indipendenti e debitamente qualificati. Una volta istituiti, tali registri, se del caso, sono messi a disposizione degli avvocati e delle autorità competenti.

3. Gli Stati membri assicurano che gli interpreti e i traduttori rispettino la riservatezza per quanto riguarda l'interpretazione e la traduzione fornite ai sensi della presente direttiva.

Articolo 6 - Formazione

Fatta salva l'indipendenza della magistratura e le differenze nell'organizzazione del potere giudiziario in tutta l'Unione, gli Stati membri richiedono ai responsabili della formazione di giudici, procuratori e personale giudiziario coinvolti nei procedimenti penali, di prestare particolare attenzione alle specificità della comunicazione assistita da un interprete in modo da garantirne l'efficacia e l'efficienza.

Articolo 7- Obblighi di verbalizzazione

Gli Stati membri provvedono affinché, quando l'indagato o l'imputato è stato sottoposto ad interrogatori o ad udienze da parte di un'autorità di polizia o giudiziaria con l'assistenza di un interprete ai sensi dell'art. 2, quando sono stati forniti una traduzione orale o un riassunto orale in presenza di detta autorità ai sensi dell'art. 3, par. 7, ovvero quando una persona ha rinunciato al diritto alla traduzione ai sensi dell'art. 3, par. 8, si prenderà nota che tali eventi si sono verificati, utilizzando la procedura di verbalizzazione ai sensi del diritto dello Stato membro interessato.

Articolo 8 - Non regressione

Nessuna disposizione della presente direttiva può essere interpretata in modo tale da limitare o derogare ai diritti e alle garanzie procedurali offerti dalla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, dalla Carta di diritti fondamentali dell'Unione europea, da altre pertinenti disposizioni di diritto internazionale o dalle legislazioni degli Stati membri che assicurano un livello di protezione più elevato.

(*Omissis*)

VERSO COMUNI REGOLE PROCESSUALI EUROPEE: IL DIRITTO ALLA TRADUZIONE E ALL'INTERPRETAZIONE NEI PROCEDIMENTI PENALI

Sommario: *Premessa* - **1.** Iter di adozione della direttiva n. 2010/64/UE sul diritto all'interpretazione e alla traduzione nei procedimenti penali: norme minime comuni procedurali - **2.** Ambito applicativo della direttiva - **3.** Documenti fondamentali e diritto alla traduzione scritta - **4.** Diritto all'assistenza gratuita di un interprete e di un traduttore quale concretizzazione dell'art. 6 della Cedu e degli artt. 47 e 48 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea - **5.** Conclusioni.

Premessa

La direttiva n. 2010/64/UE del 20 ottobre 2010 adottata da Consiglio e Parlamento¹ a tutela del diritto alla traduzione e all'interpretazione nei procedimenti penali² costituisce il primo passo dell'Unione verso un processo equo fondato su norme minime comuni in materia di diritto penale³. Si pone a tutela del diritto di difesa di indagati e di imputati, garantendo la traduzione e l'interpretazione nella rispettiva lingua madre dinanzi a tutti i giudici dell'Unione e in ogni fase del procedimento penale, persino nei contatti con il proprio legale. In tal modo assicura il rispetto delle fonti sovranazionali alle quali l'interpretazione si collega, come, in particolare, la Convenzione europea di salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali (art. 6, par. 3, lett. e.) e la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea (artt. 47 e 48).

¹ Direttiva n. 2010/64/UE del Parlamento europeo e del Consiglio del 20 ottobre 2010 sul diritto all'interpretazione e alla traduzione nei procedimenti penali, in *Gu-UE* n. L 280 del 26 ottobre 2010, p. 1 ss.

² A norma dell'art. 3 del Protocollo n. 21 sulla posizione del Regno Unito e dell'Irlanda rispetto allo spazio di libertà, sicurezza e giustizia, allegato al TUE e al TFUE, tali Stati membri hanno notificato che desiderano partecipare all'adozione e all'applicazione della presente direttiva. A norma degli artt. 1 e 2 del Protocollo n. 22 sulla posizione della Danimarca, allegato al TUE e al TFUE, la Danimarca non partecipa all'adozione della presente direttiva, non è da essa vincolata, né è soggetta alla sua applicazione.

³ A. C. FANEGO, *Proposta di decisione quadro su determinati diritti processuali nei procedimenti penali nel territorio dell'Unione europea*, in *Cass. pen.*, 2008, n. 7/8, p. 3042 ss. A parere dell'A., la direttiva ha un contenuto minimo, che riconosce diritti basilari, elementari, indubbiamente privi di esautività.

Analoga garanzia è prevista, altresì, all'art. 14 par. 3, lett. *f.* del Patto internazionale sui diritti civili e politici del 1966, ai sensi del quale ogni individuo accusato di un reato ha il diritto, in posizione di eguaglianza, di farsi assistere gratuitamente da un interprete, nel caso non comprenda o non parli la lingua usata in udienza, nonché dallo Statuto della Corte penale internazionale del 1998⁴ che, all'art. 55, prevede la possibilità di beneficiare a titolo gratuito dell'assistenza di un interprete competente e di tutte le traduzioni rese necessarie da esigenze di equità, sia in corso di indagine (art. 55), sia in sede processuale (art. 67).

Nonostante siano spesso ricondotti ad una categoria unica, interpreti e traduttori, avendo una formazione differenziata e dovendo svolgere ruoli diversi nei procedimenti penali, devono considerarsi due categorie professionali distinte. Gli uni sono necessari nella fase delle indagini di polizia, durante l'interrogatorio, nel corso delle sedute in tribunale o qualora l'imputato ne abbia bisogno, in carcere, presso l'ufficio di polizia o nello studio dell'avvocato. Gli altri, invece, sono tenuti a tradurre tutti i documenti procedurali presenti nel fascicolo, oltre che le dichiarazioni dei testimoni rese per iscritto e le prove che devono essere presentate dalle parti. La direttiva in esame dà conto di tale differenza, fornendone una trattazione distinta negli artt. 2 e 3, rubricati, rispettivamente, «*diritto all'interpretazione*» e «*diritto alla traduzione di documenti fondamentali*».

La valorizzazione di siffatte figure professionali nasce dall'indubbia esigenza di ricorrere a nuovi strumenti di indagine e di collaborazione tra gli Stati, che garantiscano un'efficace azione di contrasto dei reati transnazionali ovvero delle nuove forme di criminalità organizzata che trascendono i confini interni.

1. Iter di adozione della direttiva n. 2010/64/UE sul diritto all'interpretazione e alla traduzione nei procedimenti penali: norme minime comuni procedurali

Il 30 novembre 2009 i Governi dell'UE incaricano la Commissione di formulare proposte graduali tese a definire norme comuni per una serie di di-

⁴ Le competenze e il funzionamento della Corte Penale Internazionale sono disciplinati dallo Statuto di Roma, firmato il 17 luglio 1998 (alla presenza dei rappresentanti di 160 Paesi, di 33 organizzazioni intergovernative e della coalizione di 236 Ong) durante la «Conferenza diplomatica dei Plenipotenziari delle Nazioni Unite sulla creazione di una Corte criminale internazionale» svoltasi a Roma dal 15 al 17 luglio 1998. Lo Statuto è entrato in vigore il 1° luglio 2002 dopo il deposito del sessantesimo atto di ratifica, previsto come termine iniziale di efficacia dello statuto. Al 14 novembre 2005, il numero dei paesi che sono Stati Parte dello Statuto di Roma era di 100. Di questi, 27 sono Stati africani, 25 dell'Europa occidentale, 15 dell'Europa orientale, 21 sono Stati dell'America Latina e dei Caraibi e 12 sono asiatici. Lo Statuto si compone di un preambolo e di 128 articoli.

ritti procedurali⁵. In data 8 luglio 2009, viene così presentata una proposta di decisione quadro sui diritti di interpretazione e traduzione⁶, trasformata in una proposta di direttiva (il 9 marzo 2010)⁷ a seguito dell'entrata in vigore del Trattato di Lisbona.

Attraverso l'introduzione di norme minime comuni, l'Unione si propone di agevolare l'applicazione del principio del reciproco riconoscimento delle decisioni penali⁸, migliorando in tal modo la cooperazione giudiziaria tra i Paesi membri⁹ e, contribuendo alla realizzazione di uno spazio di libertà, sicurezza e giustizia (art. 67 TFUE)¹⁰; non a caso, l'art. 82 TFUE fonda *expressis*

⁵ Già in data 28 aprile 2004 la Commissione aveva presentato una proposta di decisione quadro sui diritti processuali nei processi penali nell'Unione europea, Com(2004)328, poi rimasta congelata dopo il tentativo fallito di approvare il Trattato Costituzionale e il documento di lavoro relativo alla valutazione dell'impatto e delle ripercussioni che la stessa avrebbe comportato negli Stati membri. L'obiettivo era quello di rafforzare la protezione dei diritti dei cittadini, mediante l'approvazione di alcune norme minime comuni capaci di offrire un livello equivalente di protezione a sospettati ed accusati in tutto il territorio dell'Unione europea. Essa si presentava come la prima di una serie di misure sul processo penale, tesa alla creazione di un vero e proprio «status dell'imputato» omogeneo in tutti gli Stati membri. Tra le garanzie minime prevedeva il diritto ad un'assistenza legale con il conseguente obbligo di fornirla in certi casi gratuitamente o perfino contro la volontà dell'accusato; il diritto all'interprete e alla traduzione gratuita degli atti; il diritto all'assistenza per le persone indagate, specialmente per quelle vulnerabili o bisognose di attenzione specifica; il diritto del detenuto di comunicare con l'esterno, incluso il diritto all'assistenza del Consolato, la creazione di una Carta europea dei diritti del sospettato ed accusato, da consegnare al momento della detenzione. Tuttavia le diverse concezioni nazionali e la resistenza di taluni Stati a cedere all'Unione un così sensibile frammento di sovranità nazionale hanno comportato l'impossibilità di raggiungere un accordo politico sulla proposta.

⁶ Com(2009)338 dell'8 marzo 2009. A sostegno della proposta del luglio 2009, la Commissione aveva effettuato una valutazione d'impatto – SEC(2009)915 e relativa sintesi SEC(2009)916 – che resta valida *mutatis mutandis* per l'attuale proposta di direttiva. La relazione sulla valutazione d'impatto è consultabile sul sito internet http://ec.europa.eu/governance/impact/ia_carried_out/docs/ia_2009/sec_2009_0917_en.pdf.

⁷ Ai fini di una trattazione articolata sullo strumento della direttiva v. F. CAPELLI, *Le direttive comunitarie*, Milano, Giuffrè, 1983.

⁸ La prima applicazione del principio del mutuo riconoscimento delle decisioni giudiziarie in campo penale è rappresentata dalla decisione quadro adottata dal Consiglio dell'Unione europea n. 584/2002, relativa al mandato di arresto europeo e alle procedure di consegna tra Stati membri. V., *ex multis*: P. BALBO, *Il mandato di arresto europeo secondo la legge di attuazione italiana: commento alle Decisioni quadro europee 2002/584/GAI sul mandato d'arresto europeo e 2005/214/GAI sul reciproco riconoscimento delle sanzioni pecuniarie*, Torino, Giappichelli, 2005; E. BARBÈ, *Mandato d'arresto europeo: dall'estradizione alle procedure di consegna*, Torino, Giappichelli, 2005; G. DE AMICIS - G. IZZOLINO, *Guida al mandato d'arresto europeo*, Milano, Giuffrè, 2008; L. KALB (a cura di), *Mandato di arresto europeo e procedure di consegna*, Milano, Giuffrè, 2005.

⁹ C. SORTIS, *Il Trattato di Lisbona e le competenze penali dell'Unione europea*, in *Cass. pen.*, 2010, fasc. n. 3, p. 1146 ss. Procedendo ad un raffronto tra l'art. 67 TFUE e l'ex art. 29 TUE, è rilevabile come la competenza di ravvicinamento delle legislazioni penali nazionali non sia più subordinata alle esigenze di cooperazione, bensì affiancata, legittimando in tal modo l'Unione ad emettere bisogni di pena connessi al raggiungimento di uno spazio di libertà, sicurezza e giustizia senza che sia necessaria la subordinazione alle esigenze di cooperazione processuale.

¹⁰ Al riguardo viene in rilievo il Trattato che adotta una Costituzione per l'Europa, firmato a Roma il 29 ottobre 2004 e non entrato in vigore, il quale aveva inglobato nel minimo comun denominatore comunitario la previsione di uno spazio di libertà, sicurezza e giustizia attraverso misure di contrasto e di prevenzione della criminalità, del razzismo e della xenofobia, mediante il coordinamento e la cooperazione tra forze di polizia ed autorità giudiziarie, ma soprattutto «attraverso il riconoscimento reciproco delle decisioni giudiziarie penali e, se necessario, il riavvicinamento del-

verbis la cooperazione giudiziaria su siffatto principio¹¹, nonché sul ravvicinamento delle disposizioni legislative e regolamentari penali degli Stati, nei settori previsti dal Trattato¹².

Tra l'altro, la comunicazione della Commissione al Consiglio e al Parlamento europeo del 26 luglio 2000 sul riconoscimento reciproco delle decisioni definitive in materia penale sottolinea che «è necessario garantire che il trattamento degli indagati e i diritti della difesa non siano pregiudicati dall'applicazione del principio [del riconoscimento reciproco] e che, anzi, le garanzie siano rafforzate»¹³. Tale indirizzo è delineato nel «programma di misure» adottato dal Consiglio il 29 novembre 2000¹⁴, in ottemperanza alle conclusioni di Tampere, nel quale la portata del reciproco riconoscimento è strettamente vincolata a taluni parametri, come i meccanismi di protezione dei diritti di indagati o imputati e norme minime comuni. Questo consente agli Stati membri di riporre fiducia reciproca nei rispettivi sistemi di giustizia penale in uno spirito di affidamento nel quale, non solo le autorità giudiziarie, ma tutti i soggetti coinvolti, considerino le decisioni degli organi giurisdizionali degli

le legislazioni penali» (art. III-257, par. 3, che avrebbe sostituito l'art. 29 TUE). V. A. GAITO, *Un processo penale verso il modello europeo*, in A. GAITO (a cura di), *Procedura penale e garanzie europee*, Torino, Utet, 2006, p. 16 ss.

¹¹ Secondo le Conclusioni della presidenza del Consiglio europeo di Tampere del 15 e 16 ottobre 1999 (in particolare al punto 33), il reciproco riconoscimento costituisce il fondamento stesso della cooperazione giudiziaria in materia penale; inoltre, il necessario ravvicinamento delle legislazioni facilita la cooperazione tra le autorità competenti e la tutela giudiziaria dei diritti dei singoli.

¹² Il Trattato di Lisbona mira a rafforzare la realizzazione di uno spazio europeo comune in cui le persone possono circolare liberamente e ricevere una protezione giuridica efficace. La realizzazione di un tale spazio ha un impatto sulle aree in cui le aspettative dei cittadini europei sono elevate, come l'immigrazione, la lotta contro la criminalità organizzata o il terrorismo. Questi aspetti hanno una forte dimensione transfrontaliera e richiedono pertanto una cooperazione efficace a livello europeo. Pertanto, il Trattato di Lisbona distingue le questioni relative allo spazio di libertà, sicurezza e giustizia in quattro settori: le politiche relative ai controlli alle frontiere, all'asilo e all'immigrazione; la cooperazione giudiziaria in materia civile; la cooperazione giudiziaria in materia penale; la cooperazione di polizia. Le questioni di cooperazione giudiziaria in materia penale e di cooperazione fra le forze di polizia erano precedentemente coperte dal terzo pilastro dell'Unione europea, retto dalla cooperazione intergovernativa. Nell'ambito del terzo pilastro, le istituzioni europee non erano competenti e non potevano, quindi, adottare un regolamento o una direttiva. Il Trattato di Lisbona mette fine a questa distinzione e consente ora all'Unione europea di intervenire in tutte le questioni relative allo spazio di libertà, sicurezza e giustizia. *Ex multis* v. P. BILANCIA, *Lo spazio di libertà, sicurezza e giustizia tra realtà intergovernativa e prospettiva comunitaria*, in *Riv. it. dir. pubbl. comm.*, 2004, p. 345 ss.; G. CAGGIANO, *L'evoluzione dello Spazio di libertà, sicurezza e giustizia nella prospettiva dell'Unione basata sul diritto*, in *Studi integr. eur.*, 2007, p. 335 ss.; E. CANNIZZARO - E. M. BARTOLONI, *La costituzionalizzazione del terzo pilastro dell'Unione europea*, in *Dir. Un. Eur.*, 2007, p. 471 ss.; M. CHIAVARIO, *Cooperazione giudiziaria e di polizia in materia penale a livello europeo*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2005, p. 974 ss.; M. CONDINANZI, *Fonti del terzo pilastro dell'Unione europea e molo della Corte costituzionale*, in *Dir. Un. Eur.*, 2007, p. 513 ss.; U. DRAETTA - N. PARISI - D. RINOLDI (a cura di), *Lo Spazio di Libertà, Sicurezza e Giustizia dell'Unione europea. Principi fondamentali e tutela dei diritti*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2007; F. MUNARI - C. AMALFITANO, *«Terzo pilastro» dell'Unione: problematiche istituzionali, sviluppi giurisprudenziali, prospettive*, in *Studi in onore di U. Leanza*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2008, vol. II, p. 1201 ss.; L. SALAZAR, *La costruzione di uno spazio di libertà, sicurezza e giustizia dopo il Consiglio europeo di Tampere*, in *Cass. pen.*, 2000, p. 1114 ss.

¹³ Com(2000)495 del 29 luglio 2000.

¹⁴ Guce n. C 12 del 15 gennaio 2001, p. 10.

altri Stati equivalenti alle proprie¹⁵.

In tale ambito, le fonti di produzione, conseguentemente all'abolizione dei pilastri, sono costituite da direttive e regolamenti, qualificati come atti normativi deliberati da Parlamento europeo e Consiglio con procedura legislativa ordinaria. Ciò comporta un maggior coinvolgimento democratico nel processo decisionale in materia di spazio di libertà, sicurezza e giustizia ed un innalzamento del livello dei vincoli di razionalità dello stesso, grazie al maggior controllo spettante alla Corte di giustizia¹⁶. Suddette fonti consentono l'adozione di misure intese a definire norme e procedure per assicurare il riconoscimento nell'Unione di qualsiasi tipo di sentenza e di decisione giudiziaria; per prevenire e risolvere i conflitti di giurisdizione tra gli Stati membri; per sostenere la formazione dei magistrati e facilitare la cooperazione tra le autorità giudiziarie o autorità omologhe in relazione all'azione penale e all'esecuzione delle decisioni; inoltre, laddove sia necessario a tali fini, esse consentono l'adozione di norme minime comuni. L'art. 82, par. 2, comma 2, lett. b. TFUE, indica proprio «i diritti della persona nella procedura penale» quale uno degli ambiti in cui ciò è possibile, tenendo conto delle differenze tra le tradizioni giuridiche e i rispettivi ordinamenti¹⁷.

Tanto premesso, il 30 novembre 2009, il Consiglio Giustizia adotta una risoluzione relativa ad una «Roadmap» per il rafforzamento di diritti procedurali fondamentali di indagati o imputati in procedimenti penali¹⁸, integrata,

¹⁵ F. GIUNCHEDI, *Linee evolutive del giusto processo europeo*, in *Procedura penale e garanzie europee*, Torino, Utet, 2006, p. 14 ss. Si guarda con ottimismo ed entusiasmo all'apertura verso le *Grundnormen* sovranazionali, non solo come aspirazione al riconoscimento del buon diritto del cittadino (globale), ma come ad una più pregnante (e vincolante) recezione a livello interno di regole immediatamente operative per coloro che devono mettere in atto quotidianamente i precetti.

¹⁶ R. TONIATTI, *Lo Spazio di libertà, sicurezza e giustizia dopo Lisbona*, in www.affarinternazionali.it. L'A. sottolinea come lo spazio di libertà, sicurezza e giustizia dell'Unione europea sia uno dei settori più interessati dall'entrata in vigore del Trattato di Lisbona: la futura azione dell'Unione in tale campo, uscita dal pilastro intergovernativo dove era stata prudentemente collocata dal Trattato di Amsterdam, dovrà, infatti, confrontarsi sia con il metodo di decisione a maggioranza qualificata da parte del Consiglio, sia con il procedimento legislativo ordinario, e dunque con il ruolo di co-decisore del Parlamento europeo. V. C. SORTIS, *Il Trattato di Lisbona*, cit. supra, nota 9. In seguito all'abolizione dei pilastri trova, inoltre, applicazione il principio dell'efficacia diretta. Il divario tra pilastri invero è stato ridimensionato a partire dal 2005 dalla Corte di giustizia anche con la sentenza del 16 giugno 2005 in causa n. C-105/03, *Pupino*, in *Raccolta*, 2005, I, p. 5285 ss., che ha esteso l'obbligo di interpretazione conforme anche alle norme del terzo pilastro.

¹⁷ Ai sensi dell'art. 82 TFUE, par. 2: «Laddove necessario per facilitare il riconoscimento reciproco delle sentenze e delle decisioni giudiziarie e la cooperazione di polizia e giudiziaria nelle materie penali aventi dimensione transnazionale, il Parlamento europeo e il Consiglio possono stabilire norme minime deliberando mediante direttive secondo la procedura legislativa ordinaria. Queste tengono conto delle differenze tra le tradizioni giuridiche e gli ordinamenti giuridici degli Stati membri. Esse riguardano: a. l'ammissibilità reciproca delle prove tra gli Stati membri; b. i diritti della persona nella procedura penale; c. i diritti delle vittime della criminalità; d. altri elementi specifici della procedura penale, individuati dal Consiglio in via preliminare mediante una decisione; per adottare tale decisione il Consiglio delibera all'unanimità previa approvazione del Parlamento europeo». L'adozione di siffatte norme minime, come in materia di interpretazione e di traduzione nei procedimenti penali, non impedisce agli Stati membri di mantenere o introdurre un livello più elevato di tutela delle persone.

¹⁸ Risoluzione del Consiglio del 30 novembre 2009 relativa a una tabella di marcia per il raf-

con favore, dal Consiglio europeo nel programma di Stoccolma (punto 2.4) del 10 dicembre 2009¹⁹. Seguendo un approccio per tappe, la «tabella di marcia» invita ad adottare misure concernenti: il diritto alla traduzione e all'interpretazione (misura A)²⁰; il diritto ad informazioni relative ai diritti e all'accusa (misura B)²¹; il diritto alla consulenza e all'assistenza legale gratuita (misura C)²²; il diritto alla comunicazione con familiari, datori di lavoro e autorità consolari (misura D)²³, nonché le garanzie speciali per indagati o imputati vulnerabili (misura E)²⁴. Inoltre, la Commissione è invitata a vagliare l'opportunità di presentare il Libro verde sulla detenzione preventiva (misura F)²⁵. In tal modo il Consiglio, in collaborazione con il Parlamento e il Consiglio d'Europa procede gradualmente, settore per settore, nell'analisi delle singole questioni, garantendo nel contempo una coerenza globale.

La direttiva in esame si riferisce alla misura A della predetta tabella e de-

forzamento dei diritti procedurali di indagati o imputati in procedimenti penali, in *Gu-Ue* n. C 295 del 4 dicembre 2009, p. 1. Al punto 12 si puntualizza che «tenuto conto del carattere non esaustivo del catalogo di misure stabilito nell'allegato alla presente risoluzione, il Consiglio dovrebbe, inoltre, considerare la possibilità di trattare la questione della tutela dei diritti procedurali diversi da quelli elencati in tale catalogo. Tutti i nuovi atti legislativi dell'UE in questo campo dovrebbero essere coerenti con le norme minime previste dalla convenzione, conformemente all'interpretazione della Corte europea dei diritti dell'uomo».

¹⁹ Conclusioni del Consiglio europeo del 10 e 11 dicembre 2009.

²⁰ Misura A: «L'indagato o l'imputato deve poter capire quanto accade e farsi capire. Un indagato o imputato che non parli o non capisca la lingua in cui si svolge il procedimento ha bisogno di un interprete e di una traduzione degli atti essenziali del procedimento. Dovrebbe inoltre essere prestata particolare attenzione alle esigenze di indagati o imputati con difficoltà uditive».

²¹ Misura B: «La persona indagata o imputata per un reato dovrebbe essere informata dei suoi diritti fondamentali in forma orale o, in caso, scritta, ad esempio mediante una comunicazione dei diritti (*Letter of Rights*). Tale persona dovrebbe inoltre ricevere sollecitamente informazioni sul carattere e la causa dell'accusa nei suoi confronti. Una persona accusata dovrebbe avere diritto, al momento opportuno, alle informazioni necessarie per la preparazione della difesa, restando inteso che ciò dovrebbe lasciare impregiudicato il normale svolgimento del procedimento penale».

²² Misura C: «Il diritto alla consulenza legale (attraverso un avvocato) per l'indagato o l'imputato in un procedimento penale nella fase più precoce e opportuna del procedimento è fondamentale per garantire l'equità del procedimento stesso; il diritto all'assistenza legale gratuita dovrebbe assicurare l'effettivo accesso al precitato diritto alla consulenza legale».

²³ Misura D: «L'indagato o l'imputato sottoposto a privazione della libertà è sollecitamente informato del diritto di comunicare ad almeno una persona, ad esempio un familiare o datore di lavoro, il suo stato di privazione della libertà, restando inteso che ciò dovrebbe lasciare impregiudicato il normale svolgimento del procedimento penale. Inoltre, l'indagato o l'imputato sottoposto a privazione della libertà in uno Stato di cui non è cittadino è informato del diritto di comunicare alle autorità consolari competenti tale privazione».

²⁴ Misura E: «Al fine di garantire l'equità del procedimento, è importante rivolgere particolare attenzione agli indagati o imputati che non sono in grado di capire o di seguire il contenuto o il significato del procedimento per ragioni ad esempio di età o di condizioni mentali o fisiche».

²⁵ Misura F: «Il tempo che una persona può trascorrere in stato di detenzione prima di essere sottoposta a giudizio e durante il procedimento giudiziario varia considerevolmente da uno Stato membro all'altro. Periodi di detenzione preventiva eccessivamente lunghi sono dannosi per le persone, possono pregiudicare la cooperazione giudiziaria tra gli Stati membri e non corrispondono ai valori propugnati dall'Unione europea. Si dovrebbero esaminare in un Libro verde misure appropriate al riguardo».

ve essere recepita negli ordinamenti nazionali entro il 27 ottobre 2013²⁶.

A quest'ultima ha già fatto seguito, il 20 luglio 2010, una proposta di direttiva²⁷ relativa alla «seconda tappa», in tema di diritto all'informazione di imputati e indagati nei procedimenti penali. Essa promuove l'applicazione della Carta, in particolare gli artt. 6²⁸, 47 e 48, fondandosi sugli artt. 5 e 6 della CEDU come interpretati dalla Corte europea dei diritti dell'uomo²⁹. In base alla citata proposta, gli Stati membri assicurano che l'indagato/imputato sia tempestivamente informato dei suoi diritti processuali e delle accuse a suo carico in un linguaggio semplice ed accessibile (art. 3). Una particolare attenzione è riservata al diritto all'informazione nella fase della detenzione: la ragione risiede nel fatto che il periodo immediatamente successivo alla privazione della libertà è quello in cui l'interessato è ritenuto più vulnerabile rispetto al rischio di intimidazione e maltrattamento fisico, come attesta il Comitato europeo per la prevenzione della tortura e delle pene o trattamenti inumani o degradanti (CPT). Al riguardo, l'allegato I della proposta di direttiva contiene un modello indicativo della comunicazione di diritti (*Letter of Rights*) da assicurare per iscritto all'arrestato, che elenchi quantomeno il diritto ad un avvocato³⁰; il diritto di essere informato dell'accusa e di accedere al fascicolo; il diritto all'interpretazione e alla traduzione; il diritto di essere prontamente

²⁶ Gli Stati membri devono, tra l'altro inviare al Consiglio e alla Commissione, entro lo stesso termine, il testo delle disposizioni di recepimento nell'ordinamento nazionale e dodici mesi dopo il recepimento della direttiva, la Commissione deve presentare al Parlamento europeo e al Consiglio una relazione per valutare se gli Stati membri abbiano adottato le disposizioni necessarie per conformarsi alla stessa. La relazione sarà eventualmente accompagnata da proposte legislative. A seguito dell'entrata in vigore del Trattato di Lisbona, ai sensi dell'art. 260 (ex art. 228 TCE), par. 3, la Commissione, quando propone ricorso dinanzi alla Corte in virtù dell'art. 258 reputando che lo Stato membro interessato non abbia adempiuto all'obbligo di comunicare le misure di attuazione di una direttiva adottata secondo una procedura legislativa, può, se lo ritiene opportuno, indicare l'importo della somma forfettaria o della penalità da versare da parte di tale Stato che essa consideri adeguato alle circostanze.

²⁷ Com(2010)392 del 20 luglio 2010.

²⁸ Art. 6 - Diritto alla libertà e alla sicurezza, ai sensi del quale ogni individuo ha diritto alla libertà e alla sicurezza.

²⁹ Il diritto all'informazione rinviene fondamento: *a.* nell'art. 5 CEDU - Diritto alla libertà e alla sicurezza. Al par. 2 dispone che: «ogni persona arrestata deve essere informata, al più presto e in una lingua a lei comprensibile, dei motivi dell'arresto e di ogni accusa elevata a suo carico»; *b.* nell'art. 6, par. 3, lett. *a.* e lett. *b.*, della CEDU. In particolare, ogni accusato ha diritto di: «*a.* essere informato, nel più breve tempo possibile, in una lingua a lui comprensibile e in modo dettagliato, della natura e dei motivi dell'accusa formulata a suo carico; *b.* disporre del tempo e delle facilitazioni necessarie a preparare la sua difesa; (...)»; *c.* nell'art. 9, par. 2 del Patto internazionale sui diritti civili e politici: chiunque sia arrestato deve essere informato, al momento del suo arresto, dei motivi dell'arresto medesimo, e deve al più presto aver notizia di qualsiasi accusa mossa contro di lui; *d.* nell'art. 14, par. 3, del Patto internazionale sui diritti civili e politici: «Ogni individuo accusato di un reato ha diritto, in posizione di piena eguaglianza, come minimo alle seguenti garanzie: *a.* ad essere informato sollecitamente e in modo circostanziato, in una lingua a lui comprensibile, della natura e dei motivi dell'accusa a lui rivolta (...)».

³⁰ Sentenza della Corte europea dei diritti dell'uomo dell'11 dicembre 2008, ricorso n. 4268/04, *Panovits c. Cipro*. La Corte ha affermato che le autorità hanno l'obbligo positivo di fornire informazioni all'indagato sul diritto all'assistenza di un avvocato e al patrocinio a spese dello Stato se sussistono le condizioni al riguardo.

tradotto dinanzi ad un'autorità giudiziaria. Alle persone destinatarie di un mandato d'arresto europeo si riconoscono diritti diversi come quello all'audizione, nonché una versione specifica della comunicazione dei diritti secondo il modello indicativo di cui all'allegato II. Al fine di assicurarne l'efficacia, gli Stati sono tenuti a verificare che l'interessato abbia ricevuto tali informazioni (art. 8). La Commissione suggerisce, come esempio, l'utilizzo di un modulo da far firmare all'interessato a conferma delle informazioni ricevute, oppure l'apposizione di una nota nel verbale d'arresto. Si garantisce, infine, che anche i funzionari di polizia, gli inquirenti e i giudici degli Stati membri ricevano la formazione necessaria per svolgere adeguatamente i loro doveri di informazione previsti dalla direttiva (art. 9).

La «seconda tappa» dunque, nell'*iter* di adozione di garanzie procedurali minime e imprescindibili, conferisce valore aggiunto a quella attuale, definita dalla direttiva n. 2010/64/UE.

2. Ambito applicativo della direttiva

La direttiva *de qua* ha un ambito di applicazione «universale», sia sotto il profilo soggettivo che oggettivo.

Nella logica espansiva propria dei diritti fondamentali individua, infatti, quali destinatari, le «persone» in quanto tali: sia indagati che imputati, sia cittadini che stranieri³¹.

Da un punto di vista oggettivo, essa conferisce all'indagato e/o imputato il diritto all'interpretazione nell'intero *iter* procedurale (udienze, interrogatori, colloqui con il proprio avvocato) fino all'emanazione della sentenza e, trova, altresì, applicazione in sede di impugnazione e nel procedimento di esecuzione del mandato d'arresto europeo. Inoltre, laddove la legislazione di uno Stato membro preveda, per reati minori, l'irrogazione di una sanzione da parte di un'autorità diversa da una giurisdizione competente in materia penale, ma tuttavia impugnabile dinanzi a quest'ultima, la presente direttiva trova applicazione solo in sede di impugnazione (art. 1, par. 3). Può essere il caso, ad esempio, delle infrazioni al codice della strada commesse su larga scala, accertabili in seguito ad un controllo stradale.

La presenza del traduttore e dell'interprete lascia comunque impregiudicato il diritto all'assistenza dell'avvocato in tutte le fasi del procedimento pe-

³¹ A. C. FANEGO, *Proposta di decisione quadro, cit. supra*, nota 3. Non vi è spazio per nessuna legittima restrizione che possa escludere da questi diritti gli stranieri, anche nell'ottica di un'analisi conforme al principio di proporzionalità, utilizzato dalla Corte europea dei diritti dell'uomo nei suoi procedimenti giudiziari. La CEDU, infatti, riconosce i diritti di ogni persona sottoposta alla giurisdizione degli Stati membri, indipendentemente dalla sua nazionalità; in questo senso è sufficiente vedere come la Corte di Strasburgo applica le garanzie dagli articoli da 2 a 6, in riferimento ai limiti ragionevoli alle espulsioni degli stranieri.

nale, così come il diritto di accesso dell'indagato o dell'imputato ai relativi documenti (art. 1, par. 4).

Dal punto di vista temporale, i diritti e le tutele ivi contenute scattano, senza indugio, nel momento in cui le autorità competenti di ogni Stato membro (polizia, pubblico ministero o giudice) informano un soggetto di essere sospettato di reato, come è deducibile dall'art. 1, par. 2 e dall'art. 2. Dunque, anche in relazione ad atti di indagine c.d. «a sorpresa» si pone la necessità di un interprete, tenuto conto che essi contengono un riferimento, sia pure sommario, all'imputazione.

L'interpretazione e la traduzione vengono fornite nella lingua madre dell'indagato o dell'imputato o in qualsiasi altra lingua di sua comprensione³², per consentirgli di esercitare appieno il diritto di difesa dinanzi a tutti i giudici degli Stati membri.

Spetta, in tal caso, alle autorità competenti dimostrare che l'imputato parla correntemente la lingua usata dal giudice, e non all'imputato provare che non è in grado di comprenderla³³ (art. 2, comma 4 della direttiva, come interpretato alla luce del *considerando* n. 21). Si inverte, allora, un risalente principio in materia, che impone all'imputato/indagato l'onere di provare la sua insufficiente conoscenza della lingua ufficiale del procedimento penale. I singoli Stati sono, inoltre, tenuti ad individuare le procedure e i meccanismi per accertare la necessità o meno di un interprete o traduttore (art. 2, par. 4).

Un obbligo di appropriata assistenza e di dovuta attenzione sussiste, tra l'altro, per le persone con problemi di udito o con difficoltà di linguaggio. In tal caso, le autorità preposte all'esercizio dell'azione penale nonché le autorità giudiziarie e di pubblica sicurezza intraprendono le azioni necessarie affinché costoro possano esercitare, in modo effettivo, i diritti previsti dalla direttiva.

L'interprete e il traduttore devono essere competenti ed assicurare la dovuta riservatezza, in pieno ossequio ad un basilare principio deontologico; spetta, in ogni caso, al giudice salvaguardare l'equità del procedimento³⁴.

È previsto, altresì, l'utilizzo della videoconferenza³⁵ per l'interpretazione

³² Sentenza della Corte europea dei diritti dell'uomo del 19 dicembre 1989, ricorso n. 10964/84, *Brozicek c. Italia*.

³³ Sentenza della Corte europea dei diritti dell'uomo del 19 dicembre 1989, ricorso n. 10964/84, *Brozicek c. Italia*, par. 41 «(...) l'autorità giudiziaria italiana avrebbe dovuto intraprendere le azioni necessarie per dare seguito alla domanda del richiedente, onde garantire l'osservanza di quanto disposto dall'art. 6, par. 3, lett. a., salvo fosse in grado di stabilire che il richiedente avesse effettivamente una conoscenza sufficiente dell'italiano, tale da evincere dalla notifica, il significato della lettera con cui gli venivano comunicate le accuse mosse nei suoi confronti. Tale prova non emerge dai documenti del fascicolo, né dalle dichiarazioni dei testimoni sentiti in data 23 aprile 1989. Su questo punto è, pertanto, avvenuta una violazione dell'art. 6, par. 3, lett. a. (art. 6-3-a)».

³⁴ Sentenza della Corte europea dei diritti dell'uomo del 24 settembre 2002, ricorso n. 3277/96, *Cusani c. Regno Unito*.

³⁵ Per una trattazione relativa alle videoconferenze v. B. PIATTOLI, *Videoconferenze e cooperazione giudiziaria nel processo penale*, Giuffrè, Milano, 2005.

a distanza, nonché di tutti gli strumenti disponibili nel contesto della giustizia elettronica europea (internet, telefono), che assicurino un'interpretazione simultanea nel rispetto del principio di ragionevole durata del processo o in senso lato del procedimento.

La nuova normativa UE assicura, oltretutto, la qualità dell'interpretazione e della traduzione, disponendo che debba essere sufficiente a tutelare l'equità del procedimento, in particolare garantendo che gli imputati o gli indagati siano a conoscenza delle accuse a loro carico ed in grado di esercitare i diritti di difesa (art. 2, par. 8). A garanzia della correttezza interpretativa è, così, previsto il diritto degli stessi di contestare la decisione che dichiara superflua l'interpretazione oppure, nel caso in cui la medesima sia stata fornita, la possibilità di metterne in discussione la qualità, nonché, di sollevare dubbi relativi alla formazione di giudici, pubblici ministeri e personale giudiziario.

Tra l'altro, al fine di assicurare un servizio di interpretazione e di traduzione adeguato ed un relativo accesso efficiente, gli Stati membri, ex art. 5, si impegnano ad istituire uno o più registri di traduttori ed interpreti indipendenti e debitamente qualificati, i quali, una volta istituiti, sono posti a disposizione degli avvocati e delle autorità competenti³⁶.

Al riguardo, corre l'obbligo di segnalare che il *forum* di riflessione della Commissione sul multilinguismo e la formazione degli interpreti, chiamato a riunirsi dalla Direzione generale dell'Interpretazione, il 6 marzo 2009 ha elaborato una relazione sulla qualità dell'interpretazione e della traduzione³⁷. In tale sede ha formulato raccomandazioni relative alle modalità per migliorare il ricorso ad interpreti competenti e qualificati nei procedimenti penali³⁸; ha previsto un piano di studi in interpretazione giuridica e un sistema di accreditamento, certificazione e registrazione per gli interpreti legali.

La Direzione generale della Traduzione della Commissione europea

³⁶ In Italia sono già adesso utilizzati elenchi di traduttori e interpreti, in maniera più o meno informale, dagli uffici giudiziari e di polizia giudiziaria. L'obiettivo è arrivare a predisporre un albo degli interpreti, analogo all'albo dei periti di cui all'art. 67 disp. att. c.p.p.; A. CONFALONIERI, *Europa e giusto processo. Istruzioni per l'uso*, Torino, Giappichelli, 2010, p. 299 ss. Relativamente alla qualità del servizio offerto andrebbero precisati dei criteri e dei parametri comuni cui fare riferimento, quali, ad esempio, il titolo ufficiale di interprete traduttore o mediatore culturale, un'adeguata e costante formazione, un sistema di accesso alla professione o l'istituzione di un albo ufficiale, la fissazione di *standard* ufficiali di costi e retribuzioni. Si tratta di un settore in cui l'armonizzazione delle legislazioni si prospetta ardua viste le carenze nei diversi ordinamenti statali.

³⁷ <http://europa.eu/rapid/pressReleasesAction.do?reference=MEMO/09/97&type=HTML>

³⁸ Se l'obiettivo è di garantire agli imputati alloggiati un'interpretazione e una traduzione di qualità elevata, dovrà pur porsi il problema degli onorari degli interpreti e dei traduttori, che attualmente, in Italia, in base all'art. 4 l. 8 luglio 1980 n. 319, come modificata dal dpr 27 luglio 1988, n. 352 e dm 5 dicembre 1997, (Compensi spettanti ai periti, ai consulenti tecnici, interpreti e traduttori per le operazioni eseguite a richiesta dell'autorità giudiziaria), vengono liquidati in misura irrisoria con il sistema delle vacanze (ogni vacanza è di due ore), senza nessuna considerazione per le peculiari difficoltà di tali incarichi, anche sotto il profilo comunicativo con l'imputato e della specificità del linguaggio giuridico degli atti processuali. L'onorario è stato rideterminato dal dm 5 dicembre 1997 nella misura di € 12,77 (L. 24.732) per la prima vacanza e di € 7,10 (L. 13.740) per ciascuna delle vacanze successive.

(DGT) ha, inoltre, lanciato l'iniziativa del *Master* europeo in traduzione (EMT: *European Master's in Translation*) e, in collaborazione con un gruppo di esperti, ha creato un quadro di riferimento formato da sei competenze, per la formazione di traduttori a livello universitario. Nel settembre del 2009 la DGT ha, così, istituito una rete di programmi di traduzione di alto profilo a livello di *master* in tutta l'Unione per perseguire l'eccellenza nella formazione dei traduttori, specie giuridici³⁹.

Infine, i costi della traduzione e dell'interpretazione, indipendentemente dall'esito dei procedimenti, sono a carico del Paese membro e non già dell'indagato (art. 4)⁴⁰; se è necessario, lo Stato può, però, ricorrere ad opzioni di finanziamento disponibili a livello UE per compensare le spese sostenute.

3. Documenti fondamentali e diritto alla traduzione scritta

I cittadini possono beneficiare, entro tempi ragionevoli, della traduzione scritta di tutti i documenti fondamentali per garantire l'esercizio del diritto di difesa (art. 3): la decisione che priva la persona della libertà personale, gli atti contenenti i capi d'imputazione⁴¹; la sentenza necessaria per esercitare il diritto di appello (così Protocollo 7 CEDU, art. 2); il mandato d'arresto europeo nei procedimenti aventi ad oggetto l'esecuzione dello stesso, nonché tutto il materiale documentario pertinente (ad esempio le dichiarazioni dei testimo-

³⁹ La rete EMT riunisce programmi universitari che forniscono una formazione di alta qualità a livello di *master* destinata ai traduttori. La rete intende promuovere il marchio EMT e incoraggiare lo scambio di buone pratiche tra i programmi partecipanti. Si tratta di un *label* di qualità che può essere conferito a programmi d'istruzione superiore che soddisfino determinati *standard* qualitativi. Tutte le università dell'UE che offrono *master* di traduzione e che desiderano adottare gli *standard* EMT possono, pertanto, chiedere di aderire a siffatta rete. Nel marzo 2009 la Commissione ha pubblicato il primo invito ad aderire alla rete EMT. Novantatré università dell'UE e dei Paesi vicini hanno presentato le loro candidature che sono state quindi valutate da un gruppo di esperti universitari nel campo della traduzione sulla base di criteri qualitativi. Trentaquattro programmi di sedici Stati membri sono stati selezionati e sono divenuti membri della rete EMT per un periodo iniziale di quattro anni. Il progetto intende migliorare la formazione dei traduttori nell'UE e contribuire a formare traduttori professionisti in grado di rispondere alle esigenze del mercato, a fronte di una crescente domanda di traduttori altamente qualificati in grado di gestire la comunicazione multilingue sia nel settore pubblico, sia in quello privato. Tutte le università dell'UE che offrono programmi di traduzione a livello di *master* e desiderano adottare gli *standard* EMT possono chiedere di aderire alla rete EMT. Cfr. il sito internet: http://ec.europa.eu/italia/attualita/primo_piano/istruzione/quartaconferenzaemt_it.htm.

⁴⁰ Così anche sentenza della Corte europea dei diritti dell'uomo del 28 novembre 1978, ricorsi n. 6210/73, n. 6877/75 e n. 7132/75, *Luedicke, Belkacem e Koç c. Germania*. In Italia l'art. 111 Cost., pure prevede che la persona accusata di un reato sia assistita da un interprete se non comprende o non parla la lingua impiegata nel processo, ma a differenza dell'art. 6 CEDU, non stabilisce la gratuità di tale assistenza.

⁴¹ L'art. 5, comma 2, CEDU stabilisce che ogni persona che venga arrestata deve essere informata al più presto e in una lingua a lei comprensibile dei motivi dell'arresto e di ogni accusa elevata a suo carico.

ni)⁴².

Ne emerge un ambito applicativo piuttosto vasto, per di più ampliabile su iniziativa delle autorità competenti statali o su richiesta di indagati o imputati o dei loro avvocati, i quali possono stabilire quali altri documenti siano essenziali.

A supporto, intervengono gli Stati membri, tenuti a facilitare il reperimento di atti rilevanti sul portale della giustizia elettronica europea, tramite l'accesso alle banche dati nazionali da parte di traduttori e interpreti giurati⁴³.

Tuttavia, in deroga a siffatta disciplina, per ragioni di economicità, è possibile fornire una traduzione o un riassunto orale dei documenti fondamentali, anziché scritto, a condizione che esso non pregiudichi l'equità dell'*iter* procedimentale e/o processuale (art. 3, par. 7). E, ancora, non è necessario tradurre tutti i passaggi dei documenti fondamentali, specie se eccessivamente lunghi, bensì solo quelli rilevanti (art. 3, par. 4).

Ciò posto, si osserva, come il diritto all'interprete operi diffusamente per tutti gli atti del procedimento, compresi gli interventi di polizia, a differenza del diritto alla traduzione che ha un ambito di operatività più limitato: esso, infatti, «non arriva al punto di esigere la traduzione scritta di tutte le prove documentali e di tutti gli atti del procedimento», bensì solo di quelli che permettono all'accusato «di conoscere di che cosa lo si accusa e di difendersi», ovvero di quelli «il cui senso egli deve conoscere per avere così un giusto processo»⁴⁴.

Ad ogni modo, il rischio di una selezione discrezionale di atti o parti che possa rilevarsi pregiudizievole per l'imputato o indagato viene ovviato dalla stessa direttiva, prevedendo il diritto di impugnare la decisione che dichiara superflua l'interpretazione dei documenti o dei relativi passaggi, nonché di contestare la qualità della traduzione⁴⁵.

⁴² Le dichiarazioni dei testimoni sono atte a comprendere «in modo dettagliato la natura e i motivi dell'accusa formulata a suo carico», conformemente all'art. 6, par. 3, lett. a. CEDU, così come interpretato dalla Corte di Strasburgo. A. C. FANEGO, *Proposta di decisione quadro, cit. supra*, nota 3. Un obiettivo della direttiva è quello di indurre gli Stati membri ad una rigorosa applicazione della CEDU, perché sebbene tutti gli Stati facciano parte della CEDU, il grado di rispetto di quest'ultima non è omogeneo.

⁴³ Piano d'azione pluriennale 2009-2013 in materia di giustizia elettronica europea del 27 novembre 2008, in *Gu-Ue* n. C 75 del 31 marzo 2009, p. 1 ss.

⁴⁴ Sentenza della Corte europea dei diritti dell'uomo del 19 dicembre 1989, ricorso n. 9783/82, *Kamasinski c. Austria*.

⁴⁵ In Italia, al fine di consentire all'imputato alloggato di comprendere l'accusa contro di lui formulata e di seguire il compimento degli atti cui partecipa, il codice di rito, all'art. 143 c.p.p., gli riconosce il diritto di farsi assistere gratuitamente da un interprete. Peraltro, il riconoscimento del diritto all'assistenza dell'interprete non discende automaticamente, come atto dovuto e imprescindibile, dal mero *status* di straniero o apolide, ma richiede l'ulteriore presupposto, in capo a quest'ultimo, dell'accertata ignoranza della lingua italiana. Il sistema italiano sanziona attualmente eventuali violazioni del disposto dell'art. 143 c.p.p., in termini di nullità, generalmente ritenuta a regime intermedio, ai sensi degli artt. 178 lett. c. e 180 c.p.p., per il collegamento con le esigenze difensive. Ciò comporta che attualmente il sistema consente un controllo in ordine alle decisioni assunte

Infine, residua la possibilità per l'interessato di rinunciare a siffatto diritto a condizione, però, che abbia beneficiato di una previa consulenza legale o sia venuto in altro modo pienamente a conoscenza delle conseguenze di tale rinuncia e, che quest'ultima sia inequivocabile e volontaria⁴⁶.

In ogni caso, ai sensi dell'art. 8 della direttiva, che codifica la c.d. «clausola di non regressione», nessuna disposizione può essere interpretata in modo tale da limitare o derogare ai diritti e alle garanzie procedurali offerti dalla CEDU, dalla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, da altre pertinenti disposizioni di diritto internazionale o dalle legislazioni degli Stati membri che assicurano un livello di protezione più elevato.

4. Diritto all'assistenza gratuita di un interprete e di un traduttore quale concretizzazione dell'art. 6 della Cedu e degli artt. 47 e 48 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea

La presente direttiva si proietta nell'ottica dell'equo processo, esemplarmente sintetizzato nell'art. 6, il quale individua, all'interno della Convenzione di Roma, lo *standard* «minimo» e adeguato di garanzie della persona in rapporto all'esercizio della giurisdizione⁴⁷. Tali garanzie, globalmente considerate sono riconducibili all'ideale di buona amministrazione della giustizia: espressione, questa, di largo impiego da parte della Corte europea, capace di evocare ad un tempo aspetti istituzionali e profili procedurali⁴⁸.

sul punto dall'autorità giudiziaria, sotto forma di eccezione (o impugnazioni) da sollevarsi (o proporsi) secondo le scadenze previste dagli artt. 180 ss. c.p.p.

⁴⁶ Ai sensi dell'art. 7 (Obblighi di verbalizzazione) della direttiva n. 2010/64/UE, «Gli Stati membri provvedono affinché, quando l'indagato o l'imputato è stato sottoposto ad interrogatori o ad udienze da parte di un'autorità di polizia o giudiziaria con l'assistenza di un interprete ai sensi dell'art. 2, quando sono stati forniti una traduzione orale o un riassunto orale in presenza di detta autorità ai sensi dell'art. 3, par. 7, ovvero quando una persona ha rinunciato al diritto alla traduzione ai sensi dell'art. 3, par. 8, si prenderà nota che tali eventi si sono verificati, utilizzando la procedura di verbalizzazione ai sensi del diritto dello Stato membro interessato».

⁴⁷ S. BARTOLE - B. CONFORTI - G. RAIMONDI, *Art. 6 Diritto ad un equo processo*, in *Commentario alla Convenzione Europea per la tutela dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, Milano, Cedam, 2001, p. 153 ss.

⁴⁸ U. GUERINI, *Il diritto penale dell'Unione europea*, Torino, Giappichelli, 2008, p. 75 ss. L'art. 6 consacra il diritto all'equo processo, la cui origine viene ricondotta dalla dottrina alla *Magna Charta* del 15 giugno 1215 e, in particolare, al diritto anglosassone, prima inglese e poi americano, in cui matura l'espressione *due process*. Quest'ultima è contenuta in una legge inglese del 1335 dell'epoca di Edoardo III, la quale stabiliva che nessun uomo, di qualsiasi Stato o condizione, poteva essere espulso dalle sue terre o dai suoi possedimenti, né essere detenuto, diseredato o mandato a morte senza essere prima chiamato a rispondere delle sue azioni nel corso di un regolare *due process of law*. Siffatti principi vengono, in seguito, recepiti dal diritto americano nel XIV emendamento alla Costituzione federale degli Stati Uniti del 17 settembre 1787 e nel IV emendamento del 1867 e fanno, altresì, ingresso nelle Dichiarazioni universali francesi dei diritti dell'uomo e del cittadino del 26 agosto 1789 e del 24 giugno 1793, assurgendo a rango di principi fondamentali dell'ordinamento giuridico di uno Stato di diritto. Le garanzie di cui all'art. 6 risentono, altresì, dell'influenza della Dichiarazione Universale dei diritti dell'Uomo del 1948, il cui art. 10 dispone che «ogni individuo ha diritto, in posizione di piena uguaglianza ad un'equa e pubblica udienza davanti ad un tribunale indipendente ed imparziale, al fine della determinazione dei suoi diritti e

La CEDU, sin dal suo preambolo, intende garantire il riconoscimento e l'applicazione universale ed effettiva dei diritti che vi sono enunciati, delineando uno spazio europeo di libertà che si sostanzia in una serie di regole minime ed essenziali da considerare assolute ed irrinunciabili⁴⁹. Sulla base di tali linee programmatiche anche le regole del giusto processo si pongono come precetti minimi ed essenziali, alla stregua dei quali deve svolgersi la competizione processuale in una società democratica⁵⁰.

A tal fine, l'art. 6, in particolare, al par. 3, lett. e. dispone che: «ogni accusato ha diritto di farsi assistere gratuitamente da un interprete se non comprende o non parla la lingua impiegata nell'udienza»⁵¹.

Un primo problema che si pone è, dunque, quello di stabilire il grado di comprensione del soggetto imputato o indagato, posto che un tale diritto è indubbiamente proporzionale alla sua capacità linguistica⁵². In assenza di dispositivi capaci di rilevarlo, la soluzione è, perciò, rimessa a quanti entrano in contatto con quest'ultimo (funzionari di polizia, avvocati, membri del tribunale, ecc.), i quali tentano di dedurlo da una serie di indizi, quale il periodo di residenza nello Stato del foro, o il matrimonio con un cittadino di tale Stato o la circostanza che egli non abbia richiesto l'interprete; in ultima istanza compete, al giudice del tribunale, esaminare la questione «con scrupolo»⁵³.

Accertata la necessità dell'interprete, il servizio reso è gratuito, indipendentemente dall'esito del processo, anche in caso di condanna⁵⁴.

dei suoi doveri, nonché della fondatezza di ogni accusa penale che gli venga rivolta».

⁴⁹ A. GAITO - F. GIUNCHEDI, *Il giudice più idoneo tra prospettive sovranazionali e giustizia interna*, in A. GAITO, *Procedura penale e garanzie europee*, Torino, Utet, 2006, p. 30 ss. La Convenzione ha imposto il perseguimento di una rotta decisa, garantendo un minimo vitale di libertà, senza che ciò escluda *standard* garantistici superiori all'interno dei singoli Stati.

⁵⁰ Sin dagli albori della propria giurisprudenza, la Corte di Strasburgo ha incontrato molte difficoltà a chiarire cosa dovesse intendersi per «società democratica». Non essendo percorribile la via di una definizione astratta, valida *a priori*, la Corte ha ritenuto, ad esempio nella sentenza del 7 dicembre 1976, *Handyside v. United Kingdom*, che la società democratica dovesse associarsi a valori di «tolleranza, pluralismo e apertura di vedute». Nella successiva sentenza della Corte europea dei diritti dell'uomo, del 26 aprile 1979, ricorso n. 6538/74, *Sunday Times v. United Kingdom*, la Corte individua nella tutela della libertà di espressione giornalistica, uno dei valori di fondo su cui poggia quella «società democratica» presupposta dagli articoli della Convenzione.

⁵¹ Analoga garanzia è prevista all'art. 14, par. 3, lett. f. del Patto internazionale sui diritti civili e politici del 1966.

⁵² C. FOCARELLI, *Equo processo e Convenzione Europea dei diritti dell'uomo*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2001, p. 392 ss.

⁵³ Nella sentenza della Corte europea dei diritti dell'uomo del 24 settembre 2002, ricorso n. 32771/96, *Cuscani c. Regno Unito*, la Corte dichiara che, in ultima analisi, il guardiano dell'equità del procedimento è il giudice investito della causa, che aveva senza dubbio valutato le oggettive difficoltà che l'assenza di un interprete poteva comportare per il ricorrente. Osserva inoltre che, secondo il parere delle giurisdizioni nazionali, in circostanze come quelle della fattispecie, i giudici devono far prova di «attenzione scrupolosa» quando valutano gli interessi di un imputato.

⁵⁴ Sentenza della Corte europea dei diritti dell'uomo, del 28 novembre 1978 *Luedicke, Belkacem and Koç c. Germania*, cit. *supra*, nota 40. La Corte europea rileva che l'art. 6, par. 3, riconosce il diritto di ricevere l'assistenza gratuita di un interprete, senza vedersi chiedere in prosieguo il pagamento delle spese.

Con riguardo al suo ambito applicativo, la norma, ancorché si riferisca al solo interprete e non già al traduttore⁵⁵, ha una vasta portata, notevolmente ampliata dalla giurisprudenza della Corte di Strasburgo⁵⁶, in quanto estesa a tutti gli atti scritti ed orali⁵⁷, ai documenti contenenti i capi d'imputazione⁵⁸, ovvero a tutto il «materiale documentario»⁵⁹, compreso quello concernente le indagini preliminari⁶⁰. L'art. 6, par. 3, trova, pertanto, applicazione al di là degli atti processuali, contrariamente all'espressione ivi contenuta: «lingua impiegata nell'udienza»⁶¹.

Relativamente al livello qualitativo richiesto in sede di interpretazione, la Corte stabilisce che debba essere adeguato e sufficientemente elevato⁶², tale da permettere all'imputato di comprendere le accuse che gli vengono mosse e di difendersi⁶³.

⁵⁵ A. P. CASATI, *Il diritto all'assistenza di un interprete e/o traduttore qualificato*, in A. BALSAMO - R. E. KOSTORIS (a cura di), *Giurisprudenza europea e processo penale italiano*, Torino, Giappichelli, 2008, p. 235 ss.

⁵⁶ Sentenze della Corte europea dei diritti del 28 novembre 1978, *Luedicke, Beckam e Koc c. Germania*, cit. supra, nota 40; del 19 dicembre 1989, *Kamasinski c. Austria*, cit. supra, nota 44; del 19 dicembre 1989, *Brozicek c. Austria*, cit. supra, nota 33; del 24 settembre 2002, *Cuscani c. Regno Unito*, cit. supra, nota 53; del 14 gennaio 2003, ricorso n. 26891/95 *Lagerblom c. Svezia*.

⁵⁷ Sentenza della Corte europea dei diritti dell'uomo del 24 febbraio 2005, ricorso n. 18913/03, *Hussain c. Italia*, nel caso in cui il ricorrente condannato per il dirottamento della nave Achille Lauro aveva contestato il fatto che, a seguito dell'extradizione in Italia, l'ordine di esecuzione gli fosse stato tradotto oralmente da un interprete. Secondo la Corte il diritto di «farsi assistere gratuitamente da un interprete» deve essere riconosciuto all'accusato anche nelle fasi precedenti a quella del giudizio, mentre si esclude la configurabilità di una violazione della norma convenzionale nella condotta consistita nel tradurre oralmente in sede di notificazione ad uno straniero, un provvedimento scritto nella lingua italiana.

⁵⁸ Sentenze della Corte europea dei diritti dell'uomo del 19 dicembre 1989, *Kamasinski c. Austria*, loc. cit.: la Corte europea dei diritti dell'uomo ritiene che solo nelle ipotesi di bilinguismo del difensore che assicuri il dialogo con l'assistito non possa ritenersi violata la garanzia prevista all'art. 6, par. 3, CEDU. V. M. CHIAVARIO, *La tutela linguistica dello straniero nel nuovo processo penale italiano*, in *Riv. dir. proc.*, 1991, p. 346 ss; P. RIVELLO, *Le garanzie per chi parla un'altra lingua dovrebbero estendersi alla persona offesa*, in *Guida al diritto*, 1997, p. 88 ss.

⁵⁹ Sentenza della Corte europea dei diritti dell'uomo del 28 novembre 1978, *Luedicke, Belkacem, Koc c. Germania*, cit. supra, nota 40. Nello spirito di concretezza della CEDU, non si esige una traduzione completa dell'intero fascicolo, ma soltanto di ciò che permette all'accusato di sapere cosa gli si rimproveri, al fine di poter esercitare in modo consapevole il diritto di difesa e di beneficiare del *fair trial*.

⁶⁰ Sentenza della Corte europea dei diritti dell'uomo del 25 febbraio 2010, ricorso n. 28245/04, *Mokhov c. Russia*. La Corte europea nella sentenza, preliminarmente, ricorda che, secondo la propria giurisprudenza, nonostante l'ambito primario di applicazione dell'art. 6 CEDU sia la fase processuale propriamente detta, ciò non vuol dire che tale articolo non abbia alcuna rilevanza nella fase delle indagini, nella misura in cui gli atti ed i comportamenti posti in essere in questa fase possono influenzare l'equità del processo.

⁶¹ Sentenza della Corte europea dei diritti dell'uomo del 19 dicembre 1989, *Kamasinski c. Austria*, cit. supra, nota 44. Inoltre, la giurisprudenza della Corte sembra orientata a estendere la garanzia anche alle comunicazioni interpersonali tra avvocato e accusato: sentenza della Corte europea dei diritti dell'uomo del 14 gennaio 2003, *Lagerblom c. Svezia*, loc. cit.

⁶² Sentenza della Corte europea dei diritti dell'uomo del 19 dicembre 1989, *Kamasinski c. Austria*, cit. supra, nota 44.

⁶³ Sentenza della Corte europea dei diritti dell'uomo del 12 ottobre 1992, serie A n. 245-C, *T. c. Italia*. Il diritto alla conoscenza del contenuto dell'accusa implica che non è sufficiente una co-

Ne emerge, in sintesi, come la direttiva in esame recepisca e cristallizzi, in una serie di disposizioni, la giurisprudenza evolutiva e «creatrice» della Corte di Strasburgo in relazione all'art. 6 CEDU. Essa, oltretutto, si pone, nel rispetto della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, del 7 dicembre 2000, divenuta giuridicamente vincolante ex art. 6 TUE⁶⁴, a seguito dell'entrata in vigore del Trattato di Lisbona. Si conforma, in particolare agli artt. 47 e 48 della Carta nella misura in cui enucleano una serie di diritti e garanzie proiettati nell'ottica dell'equo processo⁶⁵ e di una tutela giurisdizionale effettiva⁶⁶: l'uno sancisce il diritto di ogni individuo ad un giudice imparzia-

noscenza indiretta, vaga ed ampia, bensì un avviso concreto basato su un procedimento attivato, che costituisce atto di importanza tale da dover rispondere a condizioni di forma e sostanza idonee a garantire l'esercizio effettivo dei diritti dell'accusato nella scena internazionale e nei *forum* nazionali.

⁶⁴ È noto che l'applicazione della Carta è legata ai limiti definiti nell'art. 51 della stessa che prevede: «1. Le disposizioni della presente Carta si applicano alle istituzioni, organi e organismi dell'Unione nel rispetto del principio di sussidiarietà come pure agli Stati membri esclusivamente nell'attuazione del diritto dell'Unione. Pertanto, i suddetti soggetti rispettano i diritti, osservano i principi e ne promuovono l'applicazione secondo le rispettive competenze e nel rispetto dei limiti delle competenze conferite all'Unione nei trattati. 2. La presente Carta non estende l'ambito di applicazione del diritto dell'Unione al di là delle competenze dell'Unione, né introduce competenze nuove o compiti nuovi per l'Unione, né modifica le competenze e i compiti definiti nei trattati». Secondo le Spiegazioni alla Carta, l'art. 51 par. 1, è inteso a determinare il campo di applicazione della Carta. Esso mira a stabilire che la Carta si applica innanzitutto alle istituzioni e agli organi dell'Unione nel rispetto del principio di sussidiarietà. Questa disposizione è stata formulata fedelmente all'art. 6, par. 2 del Trattato sull'Unione europea, che impone all'Unione di rispettare i diritti fondamentali, nonché al mandato impartito dal Consiglio europeo di Colonia. Per quanto riguarda gli Stati membri, la giurisprudenza della Corte sancisce che l'obbligo di rispettare i diritti fondamentali definiti nell'ambito dell'Unione vale per gli Stati membri soltanto quando agiscono nell'ambito di applicazione del diritto dell'Unione (sentenza del 13 luglio 1989 in causa n. 5/88, *Wachauf*, in *Raccolta*, 1989, p. 2609; sentenza del 18 giugno 1991 in causa n. C-260/89, *ERT*, in *Raccolta*, 1991, I, p. 2925; sentenza del 18 dicembre 1997 in causa n. C-309/96, *Annibaldi*, in *Raccolta*, 1997, I, p. 7493). La Corte di giustizia ha confermato questa giurisprudenza nei termini seguenti: «Per giunta, occorre ricordare che le esigenze inerenti alla tutela dei diritti fondamentali nell'ordinamento giuridico comunitario vincolano parimenti gli Stati membri quando essi danno esecuzione alle discipline comunitarie (...)» (sentenza del 13 aprile 2000 in causa n. C-292/97, *Raccolta* 2000, I, p. 2737, punto 37). Ovviamente questa regola, quale sancita nella presente Carta, si applica sia alle autorità centrali sia alle autorità regionali e locali nonché agli enti pubblici quando attuano il diritto dell'Unione.

⁶⁵ L'art. 47 viene richiamato nelle conclusioni concernenti la sentenza della Corte di giustizia dell'11 novembre 2004 in causa n. C-105/03, *Pupino*, cit. *supra*, nota 16, par. 66. Viene in rilievo la posizione dell'Avvocato Generale *Kokott*, secondo la quale i principi fondanti ogni ordinamento giuridico statale devono rispettare il diritto dell'imputato al giusto processo in forza del fatto che l'Unione, «vale a dire la Comunità e gli Stati membri», devono rispettare questo diritto, sancito anche nell'art. 47 della Carta dei diritti fondamentali, in base al disposto dell'art. 6, n. 2, Ue; al riguardo, si legge nelle conclusioni, è determinante, in particolare, l'art. 6 CEDU.

⁶⁶ Sentenza della Corte di giustizia, grande sezione, del 13 marzo 2007 in causa n. C-432/05, *Unibet London Ltd e altro c. Justitiekanslern*, in *Raccolta*, 2007, I, p. 2271. L'effettività della tutela giurisdizionale costituisce principio generale di diritto comunitario che deriva dalle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri. Tale principio è sancito dagli artt. 6 e 13 della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali e risulta ribadito nell'art. 47 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, proclamata a Nizza il 7 dicembre 2000. Tra l'altro è interessante notare come, ad esempio, la Corte costituzionale, nella sentenza 12 aprile 2005, n. 154 sottolinea che il Tribunale rimettente richiama il principio dell'effettività della tutela giurisdizionale sancito dall'art. 47 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea; sent. Cass. civ., sez. un., del 29 aprile 2005, n. 8882.

le⁶⁷ e prevede la facoltà di farsi consigliare, difendere e rappresentare, prevedendo il gratuito patrocinio⁶⁸ laddove non si dispone di mezzi sufficienti per accedere alla giustizia⁶⁹; l'altro, assicura il rispetto della presunzione d'innocenza e dei diritti della difesa⁷⁰.

L'art. 47, come si evince, tra l'altro, dalle Spiegazioni alla Carta⁷¹, riproduce il nucleo dei diritti processuali storicamente elaborato dalla giurisprudenza di Strasburgo nell'interpretazione degli artt. 13 (richiamato al par. 1)⁷²

⁶⁷ Sentenza del Tribunale di primo grado dell'11 luglio 2007 in causa n. T-351/03, *Schneider Electric SA c. Commissione*, in *Raccolta*, 2007, II, p. 2237 ss., punti 181 e ss. *Ivi* si afferma che «il rispetto del diritto degli amministratori a che la loro causa sia esaminata da un tribunale indipendente e imparziale è garantito dall'art. 6, n. 1, della Convenzione, cui rinvia l'art. 6, n. 2, del Trattato sull'Unione europea, ed è stato riaffermato dall'art. 47, comma 2, della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea». La pronuncia del Tribunale di primo grado è rilevante anche per il fatto che i giudici richiamano espressamente il contenuto dell'art. 47 della Carta dei diritti fondamentali, pur se in quel momento non ne era stato ancora riconosciuto l'effetto giuridicamente vincolante.

⁶⁸ Sent. Cass. pen., sez. IV, del 4 dicembre 2008 n. 4647. La Cassazione sottolinea come il nostro ordinamento giuridico ha recepito il patrocinio dei non abbienti, così come previsto dall'art. 47 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea e dall'art. 6 della Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali. Cfr. inoltre la sentenza della Corte di giustizia del 22 dicembre 2010 in causa n. C-279/09, *DEB Deutsche Energiehandels- und Beratungsgesellschaft mbH c. Bundesrepublik Deutschland*, inedita in *Raccolta*.

⁶⁹ Spiegazione all'art. 47, par. 3. Riguardo al terzo comma va rilevato che, in base alla giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo, deve essere accordata un'assistenza legale allorché la mancanza di tale assistenza renderebbe inefficace la garanzia di ricorso effettivo (sentenza della Corte europea dei diritti dell'uomo del 9 ottobre 1979, *Airey*, Serie A, vol. 32, p. 11). Esiste, inoltre, un sistema di assistenza legale dinanzi alla Corte di giustizia dell'Unione europea: la sentenza della Corte di giustizia del 22 dicembre 2010 in causa n. C-279/09, *loc. cit.*, richiama espressamente la spiegazione relativa all'art. 47, par. 3, specificando che nell'articolo *de quo* non è precisato se tale aiuto debba essere concesso anche ad una persona giuridica, né quali spese copra.

⁷⁰ A. C. FANEGO, *Proposta di decisione quadro*, *cit. supra*, nota 3. Non si sovrappone alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo, né alla sua prima principale erede, la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, anzi, la completa e permette di identificare meglio i diritti base e gli standard minimi di tutela.

⁷¹ Le Spiegazioni (in *Gu-UE* n. C 303 del 14 dicembre 2007) allegate alla Carta (ripubblicata in *Gu-UE* n. C 83 del 30 marzo 2010), sono state elaborate, nella versione iniziale, sotto l'autorità del *Praesidium* della Convenzione che ha redatto la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea e sono poi state aggiornate sotto la responsabilità del *Praesidium* della Convenzione europea, sulla scorta degli adeguamenti redazionali che quest'ultima Convenzione ha apportato al testo della Carta (in particolare agli artt. 51 e 52) e dell'evoluzione del diritto dell'Unione. Benché non abbiano di per sé *status* di legge vincolante, esse appaiono dotate di indubbio significato tecnico giuridico, giacché ricomprendono riferimenti puntuali ad articoli o parti di articoli contenuti in fonti normative in materia di diritti umani che sono state alla base dei lavori delle Convenzioni. Esse rappresentano un prezioso strumento d'interpretazione destinato a chiarire le disposizioni della Carta. Tuttavia si osserva come in occasione del Consiglio europeo del 21-22 giugno 2007, in merito alle spiegazioni è stata aggiunta una piccola precisazione, cioè che esse indicano le fonti delle disposizioni della Carta, e non che esse interpretano le disposizioni. V. A. DI STASI, *Diritti umani e sicurezza regionale*, Napoli, Editoriale scientifica, 2010, II ed., parte II, p. 268 e ss.; A. DI STASI, *Brevi osservazioni intorno alle «spiegazioni» alla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, in C. ZANGHÌ - L. PANELLA (a cura di), *Il Trattato di Lisbona tra conferme e novità*, Torino, Giappichelli, 2010, p. 425 ss. Nel «sistema» di Lisbona, vengono elevate a fonti interpretative da utilizzare da parte dei giudici nazionali e dell'Unione europea per dirimere eventuali questioni sorte nell'interpretazione o nell'attuazione della Carta dei diritti fondamentali e, quindi, in funzione di delimitazione del campo di applicazione della stessa: in buona sostanza un possibile vincolo all'autonomia dell'interprete contenuto addirittura in una norma primaria e formalmente prescrittiva e, non già e non solo, come accadeva in passato, in *sedes* quali il Preambolo o la Carta.

⁷² Art. 47, par. 1: «Ogni individuo i cui diritti e le cui libertà garantiti dal diritto dell'Unione

e 6 (richiamato al par. 2)⁷³ della Convenzione di salvaguardia dei diritti dell'Uomo e delle libertà fondamentali codificando il consolidato diritto ad un ricorso effettivo⁷⁴. Tuttavia l'art. 47 ha una portata applicativa più ampia, in quanto dispiega i suoi effetti relativamente a tutti i diritti garantiti nei confronti delle istituzioni dell'UE e degli Stati membri.

L'art. 48 corrisponde, invece, all'art. 6, par. 2 e 3 CEDU, mutuando significato e portata identici a quanto garantito dalla Convenzione di Roma⁷⁵.

Stante una simile correlazione con la CEDU, i suddetti articoli e, più in generale, il titolo VI della Carta dedicato alla Giustizia, si connotano di una valenza ricognitivo-descrittiva, che subisce un arricchimento per effetto del contributo della giurisprudenza. Esse fissano una sorta di interpretazione au-

siano stati violati ha diritto a un ricorso effettivo dinanzi a un giudice, nel rispetto delle condizioni previste nel presente articolo». Spiegazione relativa all'art. 47: Il primo comma si basa sull'art. 13 CEDU: «Ogni persona i cui diritti e le cui libertà riconosciuti nella presente Convenzione siano stati violati, ha diritto ad un ricorso effettivo davanti ad un'istanza nazionale, anche quando la violazione sia stata commessa da persone che agiscono nell'esercizio delle loro funzioni ufficiali». Tuttavia, nel diritto dell'Unione, la tutela è più estesa in quanto essa garantisce il diritto a un ricorso effettivo dinanzi a un giudice. La Corte di giustizia ha sancito questo diritto, nella sentenza del 15 maggio 1986, quale principio generale del diritto dell'Unione (sentenza della Corte di giustizia del 15 maggio 1986 in causa n. C-222/84, *Johnston*, in *Raccolta* 1986, p. 1651; cfr., inoltre, le sentenze del 15 ottobre 1987 in causa n. C-222/86, *Heylens*, in *Raccolta* 1987, p. 4097 e del 3 dicembre 1992 in causa n. C-97/91, *Borelli*, in *Raccolta* 1992, I, p. 6313). Secondo la Corte, tale principio generale del diritto dell'Unione vincola anche agli Stati membri quando essi applicano il diritto dell'Unione. L'inserimento di questa giurisprudenza nella Carta non era inteso a modificare il sistema di controllo giurisdizionale previsto dai Trattati e, in particolare, le norme in materia di ricevibilità per i ricorsi diretti dinanzi alla Corte di giustizia dell'Unione europea. La Convenzione europea ha esaminato il sistema di controllo giurisdizionale dell'Unione, comprese le norme in materia di ricevibilità che ha confermato pur modificandole sotto taluni aspetti (cfr. artt. da 251 a 281 TFUE, in particolare art. 263, comma 4). L'art. 47 si applica nei confronti delle istituzioni dell'Unione e degli Stati membri allorché questi attuano il diritto dell'Unione e ciò vale per tutti i diritti garantiti dal diritto dell'Unione.

⁷³ Art. 47, par. 2: «Ogni individuo ha diritto a che la sua causa sia esaminata equamente, pubblicamente ed entro un termine ragionevole da un giudice indipendente e imparziale, preconstituito per legge. Ogni individuo ha la facoltà di farsi consigliare, difendere e rappresentare». Secondo le spiegazioni alla Carta, l'art. 47, comma 2 corrisponde all'art. 6, par. 1, CEDU. Nel diritto dell'Unione il diritto ad un giudice non si applica solo a controversie relative a diritti e obblighi di carattere civile. E una delle conseguenze del fatto che l'Unione è una «Comunità di diritto», come la Corte ha constatato nella sentenza del 23 aprile 1986 in causa n. C-294/83, *Parti ecologiste «Les Verts» c. Parlamento europeo*, in *Raccolta*, 1986, p. 1339. Tuttavia, fatta eccezione per l'ambito di applicazione, le garanzie offerte dalla CEDU si applicano in modo analogo nell'Unione.

⁷⁴ L'art. 47 viene richiamato nelle conclusioni concernenti la sentenza del 13 luglio 2004 in causa n. C-39/02, *Maersk Olie & Gas A/S*, in *Raccolta*, I, p. 9657, punto 36. Nelle prime, opera dell'Avvocato Generale Léger, si richiama detta norma con riferimento ad una definizione processuale. In particolare, si afferma come, in nome del rispetto del diritto all'equo processo, non possa essere ammessa una definizione di «parte di una controversia» tale da risultare in contraddizione con le garanzie sancite dall'art. 6 CEDU e dall'art. 47 della Carta, in forza dei quali qualunque soggetto ha diritto di essere ascoltato.

⁷⁵ Spiegazione relativa all'art. 48: l'art. 48 corrisponde all'art. 6, par. 2 e 3, CEDU. Conformemente all'art. 52, par. 3, questo diritto ha significato e portata identici al diritto garantito dalla CEDU. Infatti, l'art. 52, par. 3, recita: laddove la presente Carta contenga diritti corrispondenti a quelli garantiti dalla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, il significato e la portata degli stessi sono uguali a quelli conferiti dalla suddetta convenzione. La presente disposizione non preclude che il diritto dell'Unione conceda una protezione più estesa.

tentica che, rispetto al passato, costituisce un chiaro atto di fedeltà all'ordinamento euro-comunitario ed internazionale da cui sostanzialmente derivano, facendo sintesi di precedenti esperienze, e dando voce comune alla giurisprudenza delle Corti europee⁷⁶.

5. Conclusioni

La direttiva n. 2010/64/UE riveste un indiscusso valore nella direzione di un processo equo in Europa ed apporta un valido contributo alla realizzazione dello spazio di libertà, sicurezza e giustizia che l'Unione «offre ai suoi cittadini» (art. 3 TFUE). Uno spazio costruito su un trionfo di principi e valori fondamentali e basato su di un elevato livello di fiducia tra Stati, nonché tra gli stessi cittadini nei confronti del processo di integrazione europea⁷⁷.

Essa costituisce il primo passo dell'UE verso l'uniformità delle garanzie procedurali in ambito penalistico, nel rispetto e nella salvaguardia dei diritti della persona.

Nell'assicurare il diritto ad un interprete e traduttore, essa, infatti, rimuove un concreto ed indubbio ostacolo alla tutela processuale, imputabile alla lingua, assicurando la necessaria comprensione degli atti procedurali e processuali al fine di predisporre una congrua difesa. Si cerca, così, di ovviare al discusso problema dell'imputato alloglotta, che non parla e non comprende la lingua del processo a suo carico, facendo fronte ad un'emergenza di estrema attualità, correlata al crescente fenomeno dei flussi migratori. Non a caso l'Unione europea, sensibile alla problematica del multilinguismo⁷⁸, già nel 2003 adotta il Libro verde «sulle garanzie procedurali», inserendo tra i diritti fondamentali quello «di essere assistiti da un interprete e/o da un traduttore competente e qualificato»⁷⁹. Alcune lingue, naturalmente, possono rappresentare un problema più di altre, spetterà allora agli Stati membri fare in modo di assicurare nei propri registri una copertura minima di tutte le lingue oppure di utilizzare metodi come l'«*interpretazione in relay*» attraverso una lingua più comune.

Relativamente all'applicabilità della direttiva in esame, possono indivi-

⁷⁶ V. M. PANEBIANCO, *Repertorio della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, Milano, Giuffrè, 2001.

⁷⁷ A. DI STASI, *Spazio di libertà, sicurezza e giustizia, mandato di arresto europeo e tutela multilivello dei diritti fondamentali*, in AA. VV., *Studi in onore di Umberto Leanza*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2008, p. 1009 ss.

⁷⁸ R. BOGNI, *Il multilinguismo nell'Unione europea*, in questa *Rivista*, 2010, p. 363 ss.

⁷⁹ Libro verde della Commissione delle Comunità Europee «garanzie procedurali a favore degli indagati e imputati nei procedimenti penali nel territorio dell'Unione europea», Bruxelles, 19 febbraio 2003, Com(2003)75 def.

duarsi, sin da ora, talune regole suscettibili di immediata applicazione, a prescindere dal recepimento interno in via legislativa o amministrativa. Come è noto, l'atto normativo in esame costituisce, infatti, specificazione dei diritti sanciti dagli artt. 6 della CEDU e 47-48 della Carta dei diritti fondamentali dell'Ue, assumendo, sotto taluni profili, natura attuativa piuttosto che programmatica. Ivi si rinvencono riferimenti autosufficienti, come l'esenzione dalle spese di traduzione e di interpretazione, il diritto dell'imputato ad avvalersi di un interprete anche per colloquiare con il difensore; in particolare, la chiara e precisa indicazione, tra i documenti fondamentali, dei provvedimenti restrittivi della libertà personale, delle sentenze di merito e degli atti di esercizio dell'azione penale (art. 3, par. 2) induce a riconoscere da subito, all'imputato alloggiato, il diritto alla traduzione degli stessi⁸⁰.

In ambito penalistico, a siffatte norme minime sul piano procedurale, si accompagna l'aspirazione dell'Unione ad un'uniformità, altresì, sul piano sostanziale. Al riguardo, il Trattato di Lisbona apporta interessanti innovazioni⁸¹: l'art. 83 TFUE (ex art. 31 del TUE)⁸² attribuisce al Parlamento europeo e al Consiglio, il potere di stabilire, mediante direttive, norme minime relative alla definizione di reati e sanzioni in sfere di criminalità particolarmente gravi, aventi dimensione transnazionale, quali: il terrorismo; la tratta degli esseri umani e lo sfruttamento sessuale delle donne e dei minori; il traffico illecito di stupefacenti e di armi; il riciclaggio di denaro; la corruzione; la contraffazione di mezzi di pagamento; la criminalità informatica ed organizzata.

L'articolo *de quo* codifica, così, le attuali competenze penali indirette dell'Unione, come si deduce dal riferimento alla «particolare gravità dei reati», che suppone un intervento in settori già disciplinati nell'ordinamento in-

⁸⁰ Il diritto alla traduzione finora è stato negato dalla giurisprudenza italiana prevalente con riferimento alle sentenze. Ovviamente, in attuazione della direttiva in esame, deriverà il problema della rimessione in termini ex art. 175 c.p.p. per l'impugnazione dell'imputato già condannato, che non abbia usufruito della traduzione della sentenza: situazione, in verità, risolvibile alla stregua di quella giurisprudenza (*ex plurimis*, sent. Cass. pen., sez. VI, n. 38639/09; sez. II, n. 6084/09) che riconosce all'imputato il diritto di avvalersi di un interprete di fiducia per la traduzione della sentenza e di vedere così differito il termine per l'impugnazione. In materia di ordine di esecuzione della pena, del resto, la giurisprudenza ha più volte affermato (*ex plurimis*, Cass. pen., sez. I, n. 20275/10) la doverosità della traduzione, sì che la direttiva in esame costituisce un'occasione per rivisitare l'orientamento prevalente in materia di sentenze, atti rispetto ai quali l'esigenza dell'imputato di controllo a fini di eventuale contestazione non è certo minore che per gli ordini di esecuzione della pena.

⁸¹ U. GUERINI, *Il diritto penale*, cit. *supra*, nota 37. Il Trattato di Lisbona segna in modo formale la nascita del diritto penale dell'UE. È un diritto che non nasce improvvisamente e nel vuoto, ma che si inserisce in una produzione di principi, norme, discipline e decisioni di carattere giurisdizionale che da anni hanno ad oggetto il diritto e la procedura penale. Sarebbe stato preferibile un suo radicamento su norme inequivocabilmente primarie, sul modello del diritto penale costituzionale italiano. Tuttavia, nonostante l'esplicito abbandono della prospettiva costituzionale, non si può non rilevare che il diritto penale europeo nasce formalmente grazie al suo inserimento all'interno dei Trattati riformati, TUE e TFUE, ai quali è stato attribuito il valore sostanziale di norme fondamentali.

⁸² Ricalca l'art. III-271 del Trattato che adotta una Costituzione per l'Europa del 2004, non entrato in vigore.

terno, lungi da una primigenia valutazione dell'UE relativa alla necessità della pena.

Risponde, infatti, ad un'opinione pressoché concorde l'inammissibilità di una tutela penale europea diretta, ovvero di una legittimazione degli organi dell'Unione ad emanare norme incriminatrici. In tal senso depone la stessa Corte di giustizia ad avviso della quale «una direttiva comunitaria non può avere l'effetto, di per sé ed indipendentemente da una legge interna di uno Stato membro adottata per la sua trasposizione, di determinare o di aggravare la responsabilità penale di coloro che agiscono in violazione delle sue disposizioni»⁸³. Nel nostro ordinamento osta, in particolare, il principio della riserva di legge, alla cui stregua, il potere di emanare norme penali spetta al solo Parlamento dotato di legittimazione democratica, rivelatore dell'esistenza a monte di un reale processo costituente e di un'identità collettiva comune. È così che il rapporto tra ordinamento UE e diritto penale nazionale appare intriso di problematicità a fronte dell'incontro-scontro tra il principio di prevalenza del diritto dell'Unione e la riserva di legge: da un lato, norme comunitarie prevalenti, ma incompetenti, dall'altro, norme incriminatrici nazionali, competenti in via esclusiva, ma subordinate alle prime⁸⁴. Da qui l'esigenza di un compromesso: per un verso, l'integrazione europea contribuisce a far emergere bisogni di tutela a cui occorre dare risposta nel quadro della politica criminale coordinata a livello europeo; dall'altro, il diritto penale interno rinvia la sua legittimazione nel tessuto sociale, nella volontà popolare, in una ben definita identità di cui, al contrario, difetta l'Unione.

Tuttavia, all'assenza di una tutela penale in ambito UE sopperisce un'autonoma potestà sanzionatoria, originariamente limitata al settore della concorrenza e successivamente estesa alla tutela dei propri interessi finanziari. Si tratta di una tutela europea diretta, di natura punitiva-amministrativa, espressione della potestà sanzionatoria⁸⁵, con cui l'Unione irroga sanzioni punitive amministrative (ammende e penalità di mora, ovvero sanzioni c.d. indipendenti)⁸⁶ o dispone l'interdizione, la riduzione o la perdita dei benefici per-

⁸³ Sentenza della Corte di giustizia dell'11 giugno 1987 in causa n. 14/86, *Pretore di Salò*, in *Raccolta*, 1987, p. 2545 ss.

⁸⁴ C. SORTIS, *Il Trattato di Lisbona*, cit. *supra*, nota 9.

⁸⁵ Il regolamento (Ce), Euratom n. 2988/95 del Consiglio, del 18 dicembre 1995, «relativo alla protezione degli interessi finanziari delle Comunità europee» rappresenta la razionalizzazione codicistica del modello sanzionatorio. Su tale potere amministrativo: A. M. MAUGERI, *Il regolamento 2988/95: un modello di disciplina del potere punitivo comunitario*, in *La lotta contro la frode agli interessi finanziari della Comunità Europea tra prevenzione e repressione*, a cura di G. GRASSO, Milano, Giuffrè, 2000, p. 149 ss.

⁸⁶ Art. 103 TFUE (ex art. 83 TCE): «1. I regolamenti e le direttive utili ai fini dell'applicazione dei principi contemplati dagli artt. 101 e 102 sono stabiliti dal Consiglio, su proposta della Commissione e previa consultazione del Parlamento europeo. 2. Le disposizioni di cui al par. 1 hanno, in particolare, lo scopo di: a. garantire l'osservanza dei divieti di cui all'art. 101, par. 1, e all'art. 102, comminando ammende e penalità di mora; (...)».

cepiti (sanzioni c.d. dipendenti, in quanto applicate da organi amministrativi nazionali).

Ad essa si affianca una tutela penale indiretta o mediata ex artt. 83 ss. TFUE, che si dispiega attraverso norme penali nazionali introdotte spontaneamente dagli Stati o in attuazione di obblighi derivanti dai Trattati istitutivi⁸⁷. Siffatta forma di tutela può consistere nella triplice tecnica dell'assimilazione degli interessi europei a quelli statali, apprestando loro la medesima tutela; nell'armonizzazione delle norme sanzionatorie nazionali, mediante l'emanazione da parte degli Stati membri, di norme penali tendenzialmente omogenee sotto il profilo contenutistico e sanzionatorio, poste a tutela di interessi emergenti dalla legislazione dell'Unione; e, ancora, nell'unificazione delle normative nazionali.

La prima tecnica elencata trae origine dal noto caso «Mais greco»⁸⁸, nel quale la Corte di giustizia impone agli Stati l'obbligo di assimilare la tutela degli interessi economici dell'Unione a quella propria degli interessi finanziari nazionali. Essa ha trovato diffusa applicazione specie in materia di frodi comunitarie: in Italia ne costituisce un esempio l'art. 316 *bis* c.p. che punisce l'omessa destinazione ad attività di pubblico interesse, di contributi, sovvenzioni o finanziamenti ottenuti dallo Stato, da altro ente pubblico o dall'Unione europea. Il suo impiego incontra il *favor* della dottrina, in quanto contempla il rispetto del principio di riserva di legge con la necessità che l'ordinamento dell'Unione e quello nazionale si integrino.

La tecnica di armonizzazione mira, invece, ad avvicinare tra di loro i sistemi penali nazionali ed assegna all'UE una funzione di regia⁸⁹, promuovendo l'integrazione delle legislazioni nazionali attraverso direttive (per esempio in materia di *insider trading*), regolamenti (ad esempio la circolazione dei be-

⁸⁷ In particolare la tecnica degli obblighi comunitari di tutela penale è prevista nella direttiva n. 2008/99/Ce del Parlamento europeo e del Consiglio del 19 novembre 2008 sulla tutela penale dell'ambiente, dove all'art. 3 è previsto che le violazioni a tutta una serie di precetti definiti in questo articolo costituiscono reati (art. 3, comma 1).

⁸⁸ Sentenza della Corte di giustizia del 21 settembre 1989 in causa n. 68/88, *Mais greco*, settembre 1989 in causa n. 68/88, *Mais greco*, in *Raccolta*, 1989, p. 2965. Si impone agli Stati membri di adottare tutte le misure atte a garantire la portata e l'efficacia del diritto comunitario. A tal fine, pur conservando la scelta delle sanzioni, essi devono segnatamente vegliare che le violazioni del diritto comunitario siano sanzionate, sotto il profilo sostanziale e procedurale, in termini analoghi a quelli previsti per le violazioni di diritto interno simili per natura ed importanza e che in ogni caso conferiscano alla sanzione stessa un carattere di effettività, proporzionalità e capacità dissuasiva. Questa storica decisione ha determinato una svolta negli orientamenti della Corte che concepiva la prevenzione e la repressione delle infrazioni alla normativa comunitaria come una facoltà degli Stati membri; con tale sentenza la Corte individua un vero e proprio obbligo per gli Stati membri di sanzionare le violazioni del diritto comunitario. Successivamente la Corte con l'ordinanza 13 luglio 1990 in causa n. C-2/88, *Zwartveld*, ha testualmente affermato che le relazioni tra gli Stati membri e le istituzioni comunitarie sono rette da un principio di leale cooperazione che obbliga gli Stati membri ad adottare tutte le misure atte a garantire, se necessario penalmente, la portata e l'efficacia del diritto comunitario.

⁸⁹ F. STORELLI, *Diritto penale comunitario - Profili sostanziali, processuali, collaborazione investigativa e giudiziaria*, II ed., Torino, ITA edizioni, 2007, p. 47 ss.

ni culturali) e convenzioni (ad esempio per i reati di riciclaggio, corruzione, frode).

In ultimo si prospetta l'adozione di discipline non più soltanto simili, ma identiche per tipi di reati e di pene e per regole processuali, conseguibile fra l'altro attraverso la via delle convenzioni internazionali⁹⁰.

Al di là di questo, il diritto dell'Unione, se non può creare nuove norme incriminatrici, può comunque esercitare la sua influenza diretta sul diritto penale degli Stati membri, in base al suo primato sul diritto interno che impone la disapplicazione totale o parziale di norme nazionali contrastanti, sia relativamente al precetto che alla pena⁹¹; oppure tramite l'interpretazione da parte del giudice nazionale delle leggi penali interne secondo il diritto dell'Unione nelle materie di competenza di quest'ultima, ad esempio allo scopo di precisare il contenuto degli elementi normativi della disposizione interna.

Alla competenza penale indiretta *ratione materiae* ex art. 83, par. 1, si affianca, inoltre, la competenza dell'UE ad adottare norme minime comuni funzionali al generale ravvicinamento delle disposizioni legislative e regolamentari degli Stati membri in materia penale, qualora si riveli indispensabile per garantire l'attuazione efficace di una politica dell'Unione⁹², in settori già oggetto di misure di armonizzazione⁹³.

⁹⁰ C. SORTIS, *Il Trattato di Lisbona*, cit. *supra*, nota 9. Attraverso le convenzioni internazionali si tende ad unificare le normative nazionali, andando oltre l'intento di evidenziare caratteri comuni nelle legislazioni di ciascuno Stato membro, prevedendo reati, pene e norme processuali comuni a tutti i sistemi giuridici nazionali. L'Unione europea, è in tal modo in grado di esprimere una vera e propria politica criminale europea. Anzi, se si volge lo sguardo alle più importanti riforme «italiane» in materia penale degli ultimi anni, ci si rende immediatamente conto che la grande maggioranza di queste derivano da opzioni politico-criminali di derivazione europea. Ad esempio, si pensi alle riforme di questi ultimi anni in materia di riciclaggio, tratta di essere umani, sicurezza sul lavoro, abusi di mercato, pedopornografia, responsabilità da reato degli enti.

⁹¹ Cfr. sentenza della Corte di giustizia del 28 aprile 2011 in causa n. C-61/11 PPU, inedita in *Raccolta*. La direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio 16 dicembre 2008, n. 2008/115/Ce, recante norme e procedure comuni applicabili negli Stati membri al rimpatrio di cittadini di paesi terzi il cui soggiorno è irregolare, in particolare i suoi artt. 15 e 16, deve essere interpretata nel senso che essa osta ad una normativa di uno Stato membro, come quella in discussione nel procedimento principale, che preveda l'irrogazione della pena della reclusione al cittadino di un paese terzo il cui soggiorno sia irregolare per la sola ragione che questi, in violazione di un ordine di lasciare entro un determinato termine il territorio di tale Stato, permane in detto territorio senza giustificato motivo.

⁹² C. SORTIS, *Il Trattato di Lisbona*, cit. *supra*, nota 9. Il giudizio di indispensabilità richiesto registra uno slittamento del termine di riferimento dell'indispensabilità: non la tutela del bene giuridico, ma l'attuazione efficace di una politica dell'Unione. E non è una differenza di poco conto. Subordinare, infatti, il giudizio di necessità o indispensabilità di pena a valutazione di protezione di beni giuridici sottostanti piuttosto che di efficace attuazione normativa comporta in sostanza che ad essere giudicato necessario è l'intervento penale «a tutela di una norma e non di un bene». In questo modo cambia radicalmente il tipo di giudizio a cui è subordinato l'intervento penale, perché una norma incriminatrice può a buon diritto essere perfettamente idonea a difendere ciò che è giusto e ciò che è sbagliato o indicando la corretta scala di valori in gioco, ma, al contempo, essere del tutto inadatta a proteggere il bene giuridico tutelato.

⁹³ Sentenza della Corte di giustizia, grande sezione, del 13 settembre 2005 in causa n. C-176/03, *Commissione c. Consiglio*, in *Raccolta*, 2005, I, p. 7879. In materia di reati ambientali dispone che il legislatore dell'Unione, «allorché l'applicazione di sanzioni penali effettive, proporzionate e dissuasive da parte delle competenti autorità nazionali costituisce una misura indispensa-

Ne emerge, dunque, come la prospettiva di una disciplina minima di carattere sostanziale si coniughi perfettamente con la «*Roadmap*» delineata in ambito procedurale, di cui la direttiva n. 2010/64/UE rappresenta una prima concretizzazione. L'Unione, infatti, incidendo sia sul piano sostanziale che procedimentale, aspira ad assicurare un effettivo spazio di libertà, sicurezza e giustizia, fondato sulla cooperazione tra Stati, sulla fiducia reciproca, sul ravvicinamento delle forme di tutela, nel pieno rispetto delle sovranità nazionali e dei principi fondanti; e lo fa, ricorrendo al mezzo meno invasivo e più rispettoso delle specificità di ciascun ordinamento, quale lo strumento della direttiva, che si limita a porre norme minime ed essenziali costituenti base comune imprescindibile per un equo processo.

Anna Iermano*

bile di lotta contro violazioni ambientali gravi, può adottare provvedimenti in relazione al diritto penale degli Stati membri e che esso ritiene necessari a garantire la piena efficacia delle norme che emana in materia di tutela dell'ambiente». La Corte riconosce che, in via di principio, la legislazione penale, così come le norme di procedura penale, non rientrano nella competenza della Comunità, tuttavia, stabilisce che il diritto comunitario per le materie di sua competenza può emettere anche obblighi di tutela penale, qualora sia necessario all'attuazione delle sue normative, rimettendo in questo modo in discussione l'assunto secondo cui solo una norma di terzo pilastro potesse emettere un obbligo di tutela penale. (v., in tal senso, sentenze della Corte di giustizia dell'11 novembre 1981 in causa n. 203/80, *Casati*, in *Raccolta*, 1981, p. 2595, punto 27 e del 16 giugno 1998 in causa n. C-226/97, *Lemmens*, in *Raccolta*, 1998, I, p. 3711, punto 19). V. G. MANNOZZI - F. CONSULICH, *La sentenza della Corte di giustizia C-176/03: riflessi penalistici in tema di principio di legalità e politica dei beni giuridici*, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 2006, p. 899 ss. La Corte di giustizia si è poi successivamente ripronunciata sulla competenza comunitaria ad emettere obblighi di tutela penale, ribadendo le attuali competenze indirette a stabilire precetti, con la sentenza del 23 ottobre 2007 in causa n. C-440/05, *Commissione delle Comunità europee c. Consiglio dell'Unione europea*, 2007, I, p. 9097 specificando alcune delle sue precedenti statuizioni.

* Dottoranda di ricerca in «Spazio europeo di libertà, sicurezza e giustizia», indirizzo autonomo del Corso di dottorato in «Teoria delle Istituzioni dello Stato tra federalismo e decentramento»; assegnista di ricerca in «Cooperazione giudiziaria nell'Unione europea e ordinamento italiano» / Università degli Studi di Salerno.

CONSIGLIO EUROPEO

Conclusioni della Presidenza del Consiglio europeo del 4 febbraio 2011*

1. Oltre alle azioni immediate necessarie a fronteggiare le sfide più pressanti poste dalla crisi economica e finanziaria, è importante continuare a gettare solide basi per una crescita sostenibile e che generi posti di lavoro. È lo scopo che si prefigge la strategia Europa 2020 per la crescita e l'occupazione, adottata nel giugno scorso. Oggi il Consiglio europeo si è concentrato su due settori – l'energia e l'innovazione – che sono fondamentali per la crescita e la prosperità future dell'Europa. Ha concordato una serie di azioni prioritarie la cui attuazione contribuirà notevolmente a incentivare la crescita e la creazione di posti di lavoro nonché a promuovere la competitività dell'Europa.

I. Energia

2. Un'energia sicura, sostenibile ed economicamente accessibile che contribuisca alla competitività europea resta una priorità per l'Europa. L'azione a livello dell'UE può e deve apportare un valore aggiunto a tale obiettivo. Nel corso degli anni molto è stato fatto in ordine agli elementi principali di una politica energetica dell'UE, comprese la fissazione di obiettivi ambiziosi in materia di energia e cambiamento climatico e l'adozione di una normativa globale a sostegno di tali obiettivi. L'odierna riunione del Consiglio europeo ha messo in rilievo l'impegno dell'UE a favore di questi tre obiettivi attraverso alcune conclusioni operative, riportate di seguito.

3. L'UE ha bisogno di un *mercato interno dell'energia* pienamente funzionante, interconnesso ed integrato. Pertanto, gli Stati membri devono attuare rapidamente e

* Il testo integrale delle Conclusioni del Consiglio europeo, sopra riportato, è reperibile sul sito internet <http://www.european-council.europa.eu/council-meetings/conclusions.aspx?lang=it> (n.d.r.).

Si segnala che, ai sensi dell'art. 1, par. 2, del Regolamento interno del Consiglio europeo, in *Gu-UE* n. L 315 del 2 dicembre 2009, p. 52: «Il Consiglio europeo si riunisce a Bruxelles. In circostanze eccezionali, il presidente del Consiglio europeo, con l'accordo del Consiglio «Affari generali» o del comitato dei rappresentanti permanenti, che deliberano all'unanimità, può decidere che una riunione del Consiglio europeo si tenga in un altro luogo». Pertanto d'ora in avanti, ove non specificato, si dovrà intendere che la sede delle riunioni è Bruxelles.

completamente la legislazione sul mercato interno dell'energia, rispettando appieno le scadenze concordate. Si invitano il Consiglio e il Parlamento europeo ad adoperarsi per la rapida adozione della proposta di regolamento della Commissione concernente l'integrità e la trasparenza del mercato dell'energia.

4. Il mercato interno dell'energia dovrebbe essere completato entro il 2014 affinché il gas e l'elettricità possano circolare liberamente. Questo obiettivo richiede in particolare che, in cooperazione con l'ACER, i regolatori nazionali e i gestori dei sistemi di trasmissione intensifichino i lavori sull'accoppiamento dei mercati, sugli orientamenti e sui codici di rete applicabili a tutte le reti europee. Si invitano gli Stati membri, in collegamento con gli organismi di normalizzazione e il settore industriale europei, ad accelerare i lavori al fine di adottare norme tecniche per i sistemi di carica dei veicoli elettrici entro la metà del 2011 e per le reti e i contatori intelligenti entro la fine del 2012. La Commissione riferirà periodicamente sul funzionamento del mercato interno dell'energia, prestando particolare attenzione ai consumatori, *inclusi i più vulnerabili*, in linea con le conclusioni del Consiglio del 3 dicembre 2010.

5. Sono necessari notevoli sforzi per modernizzare ed ampliare le infrastrutture energetiche europee e per realizzare l'interconnessione transfrontaliera delle reti in linea con le priorità individuate nella comunicazione della Commissione sulle infrastrutture energetiche. Ciò è fondamentale per assicurare che diventi operativa la solidarietà tra Stati membri, che si realizzino rotte di approvvigionamento/transito e fonti di energia alternative e che le energie rinnovabili si sviluppino e competano con le fonti tradizionali. È importante semplificare e migliorare le procedure di autorizzazione, nel rispetto delle competenze e delle procedure nazionali, per la costruzione di nuove infrastrutture; il Consiglio europeo attende con interesse l'imminente proposta della Commissione a tale riguardo. Le varie iniziative intraprese dagli Stati membri per integrare i mercati e le reti a livello regionale nonché quelle indicate nella comunicazione della Commissione contribuiscono all'obiettivo e meritano di essere sostenute. Dopo il 2015 nessuno Stato membro dell'UE dovrebbe rimanere isolato dalle reti europee di gas ed elettricità o veder minacciata la sua sicurezza energetica per mancanza di connessioni appropriate.

6. La maggior parte dei notevoli costi di finanziamento degli investimenti per le infrastrutture dovrà essere fornita dal mercato e i costi saranno recuperati tramite l'imposizione di tariffe. È essenziale promuovere un quadro normativo attraente per gli investimenti. Si dovrebbe prestare particolare attenzione alla fissazione di tariffe in modo trasparente e non discriminatorio e a livelli coerenti con le necessità di finanziamento, nonché all'appropriata imputazione dei costi per gli investimenti transfrontalieri, rafforzando la concorrenza e la competitività e tenendo conto dell'impatto sui consumatori. Tuttavia alcuni progetti, che sarebbero giustificati sotto il profilo della sicurezza dell'approvvigionamento/solidarietà ma non riescono ad attrarre sufficienti finanziamenti dal mercato, potranno richiedere limitati finanziamenti pubblici al fine di stimolare i finanziamenti privati. Tali progetti dovrebbero essere selezionati in base a criteri chiari e trasparenti. Si invita la Commissione a comunicare al Consiglio entro giugno 2011 i dati relativi agli investimenti che potrebbero essere necessari, nonché le proposte per rispondere alle necessità di finanziamento e per affrontare eventuali ostacoli agli investimenti per le infrastrutture. (*Omissis*)

12. L'UE dovrebbe prendere iniziative, in linea con i trattati, negli appropriati

consessi internazionali e sviluppare partenariati per l'energia reciprocamente vantaggiosi con gli attori principali e relativamente ai corridoi strategici, tenendo conto di un'ampia gamma di questioni, tra cui gli approcci normativi, su tutti i temi di interesse comune, quali la sicurezza energetica, le tecnologie a basse emissioni di CO₂ sicure e sostenibili, l'efficienza energetica, il contesto per gli investimenti nonché il mantenimento e la promozione degli standard più elevati in materia di sicurezza nucleare. Dovrebbe incoraggiare i Paesi vicini ad aderire alla pertinente regolamentazione del mercato interno dell'energia dell'UE, in particolare estendendo e approfondendo il trattato che istituisce la Comunità dell'energia e promuovendo iniziative di cooperazione regionale. Nel contesto della strategia Energia 2020, l'UE dovrebbe altresì sviluppare le misure necessarie per assicurare parità di condizioni ai produttori di energia dell'UE nei confronti dei produttori al di fuori dello spazio economico europeo. Occorre che l'Europa diversifichi le sue rotte e fonti di approvvigionamento. Si invita di conseguenza la Commissione a proseguire negli sforzi tesi a facilitare lo sviluppo di corridoi strategici per il trasporto di volumi ingenti di gas, come ad esempio il corridoio meridionale. (*Omissis*)

II. Innovazione

16. Gli investimenti nel settore dell'istruzione, della ricerca, della tecnologia e dell'innovazione sono un motore essenziale della crescita e idee innovative, che possono dar vita a nuovi prodotti e servizi commercializzabili, contribuiscono a generare crescita e posti di lavoro di qualità. Il Consiglio europeo ha invitato ad attuare un approccio strategico e integrato per promuovere l'innovazione e trarre pieno vantaggio dal capitale intellettuale dell'Europa, a beneficio dei cittadini, delle imprese – in particolare le PMI – e dei ricercatori. Esso controllerà i progressi compiuti al riguardo nell'ambito del seguito da dare alla strategia Europa 2020.

17. A tale proposito il Consiglio europeo ha rilevato le tendenze e gli sviluppi che emergono dall'attuale quadro di valutazione dell'innovazione della Commissione e ha invitato quest'ultima a mettere a punto rapidamente un indicatore integrato unico, ai fini di un migliore controllo dei progressi compiuti in materia di innovazione. Il Consiglio europeo continuerà a seguire gli sviluppi in questo ambito. (*Omissis*)

19. L'Europa ha bisogno di uno spazio della ricerca unificato per attrarre talenti e investimenti. Le restanti lacune devono pertanto essere colmate rapidamente e lo *spazio europeo della ricerca* deve essere completato entro il 2014 al fine di creare un reale mercato unico della conoscenza, della ricerca e dell'innovazione. Occorre in particolare adoperarsi per migliorare la mobilità e le prospettive di carriera dei ricercatori, la mobilità degli studenti già laureati e l'attrattiva dell'Europa per i ricercatori stranieri. Inoltre, sarebbe opportuna una migliore diffusione delle informazioni sulle attività di R&S che beneficiano di finanziamenti pubblici, nel rispetto dei diritti di proprietà intellettuale, in particolare istituendo un inventario della R&S finanziata dall'UE, collegato ad analoghi inventari dei programmi di R&S finanziati a livello nazionale. (*Omissis*)

III. Situazione economica

26. Il Consiglio europeo ha esaminato la situazione economica e ha rilevato che si assiste a un miglioramento delle prospettive economiche generali, sebbene restino da affrontare sfide importanti. Ha raggiunto un accordo sulla linea da seguire in vista del Consiglio europeo di marzo. (*Omissis*)

IV. Relazioni esterne (*Omissis*)

ALLEGATO I

Dichiarazione dei Capi di Stato o di Governo della zona euro e delle istituzioni dell'Ue

A seguito della dichiarazione del dicembre 2010 e ribadendo di essere pronti a fare tutto il necessario per assicurare la stabilità della zona euro nel suo complesso, i Capi di Stato o di Governo della zona euro e le istituzioni dell'UE hanno passato in rassegna i progressi nell'attuazione della strategia globale intesa a preservare la stabilità finanziaria e ad assicurare che la zona euro esca rafforzata dalla crisi.

Questa strategia comprende il pacchetto legislativo sulla *governance* economica, gli stress test e il risanamento del settore finanziario, nonché la realizzazione del semestre europeo. Essi hanno altresì convenuto le misure seguenti che rientrano nel pacchetto complessivo da mettere a punto in marzo:

- continua ed efficace attuazione dei programmi esistenti relativi alla Grecia e all'Irlanda;
- valutazione, da parte della Commissione in cooperazione con la BCE, dei progressi compiuti negli Stati membri della zona euro nell'attuazione delle misure adottate per rafforzare le posizioni di bilancio e le prospettive di crescita;
- proposte concrete avanzate dall'Eurogruppo in ordine al rafforzamento del FESF, così da garantire l'efficacia necessaria per fornire un sostegno adeguato;
- messa a punto, sotto la guida del presidente dell'Eurogruppo, delle caratteristiche operative del meccanismo europeo di stabilità in linea con il mandato convenuto a dicembre.

Muovendo dal nuovo quadro di *governance* economica, i Capi di Stato o di Governo adotteranno ulteriori misure atte a conseguire una nuova qualità nel coordinamento della politica economica della zona euro al fine di migliorare la competitività e realizzare in tal modo un più elevato grado di convergenza senza arrecare pregiudizio al mercato unico. Gli Stati membri che non appartengono alla zona euro saranno invitati a partecipare al coordinamento. Il presidente del Consiglio europeo avvierà consultazioni con i Capi di Stato o di Governo degli Stati membri appartenenti alla zona euro e riferirà al riguardo, definendo con concretezza le vie da seguire in conformità del trattato. A tal fine coopererà strettamente con il presidente della Commissione. Assicurerà che i Capi di Stato o di Governo degli Stati membri non appartenenti alla zona euro interessati siano debitamente coinvolti nel processo.

ALLEGATO II

Dichiarazione sull'Egitto e la regione

(*Omissis*)

Conclusioni della Presidenza del Consiglio europeo straordinario dell'11 marzo 2011**

Dichiarazione del Consiglio europeo

1. Il Consiglio europeo si è riunito oggi in via straordinaria per discutere degli sviluppi in Libia e nel vicinato meridionale e definire direzione e priorità dell'azione e della politica future dell'UE.

2. Le insurrezioni democratiche stanno determinando cambiamenti radicali nel vicinato meridionale, creando nuove speranze e l'opportunità di costruire il futuro sulla democrazia, il pluralismo, lo Stato di diritto, i diritti umani, la giustizia sociale. Progresso e democrazia avanzano di pari passo. Il Consiglio europeo rende omaggio al coraggio di cui le popolazioni della regione hanno dato prova e ribadisce che spetta a loro decidere del proprio futuro con mezzi pacifici e democratici.

3. Tutti i Paesi della regione devono intraprendere o accelerare le riforme politiche ed economiche. L'Unione europea sosterrà tutte le iniziative che si prefiggono una trasformazione democratica, regimi politici che consentano una transizione pacifica, crescita e prosperità e una distribuzione più proporzionata dei benefici derivanti dall'attività economica. In questo contesto il Consiglio europeo accoglie con particolare favore l'annuncio del re del Marocco in merito all'istituzione di un comitato consultivo per preparare una revisione della costituzione da sottoporre all'approvazione del popolo marocchino. Nell'avanzare verso la trasformazione i partner guideranno il sostegno dell'Unione. Nella misura in cui lo sviluppo di istituzioni democratiche forti è uno degli obiettivi chiave, altrettanto fondamentale è rafforzare le relazioni parlamentari tra l'Europa e la regione.

4. Per quanto riguarda la Tunisia, il Consiglio europeo accoglie con favore l'annuncio delle elezioni per un'assemblea costituente previste per il 24 luglio 2011. In stretta consultazione con le autorità tunisine, l'UE è pronta a offrire il sostegno necessario in questo ambito, anche elevando lo status della Tunisia. Non appena le autorità tunisine siano pronte, l'UE è disposta a fornire assistenza per far fronte alle sfi-

** Il testo integrale delle Conclusioni del Consiglio europeo, sopra riportato, è reperibile sul sito internet <http://www.european-council.europa.eu/council-meetings/conclusions.aspx?lang=it> (n.d.r.).

de economiche e sociali che la Tunisia ha dinanzi a sé. L'impegno dell'Unione europea si estende sul lungo periodo al fine di promuovere lo sviluppo economico e sociale. La solidarietà dimostrata dalla popolazione tunisina nei confronti della popolazione in fuga dalla Libia merita massimo plauso e sostegno.

5. Il Consiglio europeo appoggia la transizione democratica in Egitto. Accoglie con favore la tempestiva presentazione delle prime proposte intese a modificare la costituzione ed esorta le autorità egiziane a proseguire nell'impegno verso le riforme politiche e a creare un ambiente favorevole ad una transizione democratica effettiva, anche revocando lo stato di emergenza. L'Unione europea è pronta a mobilitare un sostegno massiccio secondo le priorità del popolo egiziano ed ha avviato un dialogo con il Governo egiziano recentemente designato.

6. La situazione in Libia continua a causare grave preoccupazione. Esprimiamo profonda solidarietà al popolo libico e alle vittime. Condanniamo con fermezza la violenta repressione del regime nei confronti dei propri cittadini e la violazione patente e sistematica dei diritti umani. Accogliamo con favore la risoluzione 1970 del Consiglio di sicurezza delle Nazioni Unite e il rinvio della situazione in Libia alla Corte penale internazionale. L'uso della forza, specialmente con mezzi militari, contro i civili è inaccettabile e deve cessare immediatamente. La sicurezza della popolazione deve essere assicurata con tutti i mezzi necessari. Il Consiglio europeo esprime profonda preoccupazione per gli attacchi sferrati contro la popolazione civile, anche dalle forze aeree. Nell'intento di proteggere i civili gli Stati membri vaglieranno tutte le opzioni necessarie in presenza di un'esigenza dimostrata, di un fondamento giuridico chiaro e del sostegno della regione. I responsabili saranno messi di fronte alle loro azioni con pesanti conseguenze. Collaboreremo con le Nazioni Unite, la Lega araba, l'Unione africana e i partner internazionali nel reagire alla crisi. Chiediamo la convocazione in tempi brevi di un vertice che riunisca la Lega araba, l'Unione africana e l'Unione europea. (*Omissis*)

Conclusioni della Presidenza del Consiglio europeo del 24-25 marzo 2011***

Esprimiamo il più profondo cordoglio per l'immensa perdita di vite umane in Giappone e la nostra solidarietà al popolo e al Governo giapponesi. I pensieri dei cittadini dell'UE sono con le migliaia di famiglie colpite e con le centinaia di migliaia di persone che dovranno ora ricostruire la propria vita e la propria comunità. Plaudiamo all'intervento rapido e decisivo delle autorità giapponesi. Nel ricordare la forte amicizia e le strette relazioni politiche ed economiche che legano l'UE al Giappone, siamo decisi a sostenere questo Paese che lotta per superare le sfide cui è confrontato.

Negli ultimi mesi l'Europa ha attraversato una crisi finanziaria profonda. Sebbene la ripresa economica in Europa sia ora in carreggiata, i rischi permangono e noi dobbiamo mantenere determinazione nell'agire. Abbiamo adottato in data odierna un pacchetto globale di misure che dovrebbe consentirci di lasciarci alle spalle la crisi finanziaria e proseguire sulla strada della crescita sostenibile. Il pacchetto rafforzerà la governance economica dell'Unione europea e assicurerà stabilità duratura all'intera zona euro. Abbiamo altresì convenuto un'azione risoluta a livello dell'UE per stimolare la crescita rafforzando il mercato unico, riducendo l'onere normativo complessivo e promuovendo gli scambi con i Paesi terzi.

Abbiamo discusso la grave situazione in Libia esprimendo soddisfazione dopo l'adozione dell'UNSCR 1973 e sottolineando la nostra determinazione a contribuire alla sua attuazione. Quanto al vicinato meridionale, abbiamo ribadito di essere risoluti a sviluppare un partenariato nuovo con la regione e abbiamo chiesto l'attuazione rapida degli orientamenti definiti l'11 marzo 2011; inoltre, abbiamo concordato le prime iniziative concrete volte a sostenere i Paesi del vicinato meridionale nel breve periodo. Abbiamo infine discusso degli insegnamenti da trarre dagli eventi giapponesi, in particolare in termini di sicurezza nucleare.

*** Il testo integrale delle Conclusioni del Consiglio europeo, sopra riportato, è reperibile sul sito internet <http://www.european-council.europa.eu/council-meetings/conclusions.aspx?lang=it> (n.d.r.).

I. Politica economica

1. Il Consiglio europeo ha adottato in data odierna un pacchetto globale di misure intese a rispondere alla crisi, preservare la stabilità finanziaria e porre le basi di una crescita intelligente e sostenibile basata sull'inclusione sociale e tesa a creare occupazione: si rafforzeranno così la *governance* economica e la competitività della zona euro e dell'Unione europea.

Attuare il semestre europeo: Europa 2020, risanamento di bilancio e riforme strutturali (Omissis)

Rafforzare la governance (Omissis)

Un salto di qualità nel coordinamento delle politiche economiche: il Patto euro plus (Omissis)

Ripristinare lo stato di salute del settore bancario

Rafforzare i meccanismi di stabilità per la zona euro

II. Libia / Vicinato meridionale

18. Il Consiglio europeo ha discusso della situazione in Libia e ha approvato le conclusioni adottate dal Consiglio "Affari esteri" in data 21 marzo. Ricordando la sua dichiarazione dell'11 marzo, il Consiglio europeo ha espresso soddisfazione per l'adozione della risoluzione 1973 del Consiglio di sicurezza dell'ONU che enuncia il principio della responsabilità di fornire protezione e ha sottolineato la sua determinazione a contribuire all'attuazione della stessa. Ha altresì plaudito al vertice di Parigi del 19 marzo quale contributo decisivo in tal senso. Ha condannato il fatto che il regime libico abbia costantemente ignorato le risoluzioni 1970 e 1973 del Consiglio di sicurezza dell'ONU nonché la violenta e brutale repressione che esso continua ad infliggere ai propri cittadini. Ha rilevato che le azioni intraprese in conformità al mandato del Consiglio di sicurezza hanno contribuito in modo significativo a proteggere i civili e le zone da essi popolate minacciate d'attacco e a salvare le loro vite. Le operazioni militari cesseranno quando la popolazione civile sarà salva e al sicuro dalla minaccia di attacchi e gli obiettivi dell'UNSCR 1973 saranno stati conseguiti.

Il Consiglio europeo ha sottolineato il ruolo chiave dei Paesi arabi, in particolare della Lega araba, nel sostenere attivamente l'attuazione dell'UNSCR 1973 e nella ricerca di una soluzione politica alla crisi. *(Omissis)*

III. Giappone

27. L'Unione europea sosterrà il Giappone nello sforzo per superare le sfide che ha di fronte dopo il terremoto e lo tsunami che l'hanno colpito con conseguenze così drammatiche.

28. In seguito a una richiesta iniziale del Governo giapponese, l'UE sta mobilitando i soccorsi per la popolazione colpita. È pronta a fornire ulteriore sostegno, se richiesto. In maniera più generale, l'UE è interessata a sviluppare la cooperazione con il Giappone per i soccorsi in situazioni di calamità. (*Omissis*)

ALLEGATO I

Patto Euro Plus Coordinamento più stretto delle politiche economiche per la competitività e la convergenza

I Capi di Stato o di Governo della zona euro hanno approvato il presente Patto, a cui hanno aderito Bulgaria, Danimarca, Lettonia, Lituania, Polonia e Romania, al fine di consolidare il pilastro economico dell'unione monetaria, fare un salto di qualità nel coordinamento delle politiche economiche, migliorare la competitività e, quindi, aumentare il livello di convergenza. Il Patto verte principalmente su settori che rientrano nella sfera di competenza nazionale e che sono essenziali per migliorare la competitività e scongiurare squilibri dannosi. La competitività è fondamentale ai fini di una crescita più rapida e più sostenibile dell'UE nel medio-lungo periodo, di livelli più elevati di reddito per i cittadini e della salvaguardia dei nostri modelli sociali. Gli altri Stati membri sono invitati a partecipare su base volontaria.

Lo sforzo rinnovato di più stretto coordinamento delle politiche economiche per la competitività e la convergenza s'ispira alle quattro linee guida seguenti. (*Omissis*)

I nostri obiettivi

Gli Stati membri partecipanti s'impegnano ad adottare tutte le misure necessarie per realizzare gli obiettivi seguenti:

- stimolare la competitività
- stimolare l'occupazione
- concorrere ulteriormente alla sostenibilità delle finanze pubbliche
- rafforzare la stabilità finanziaria.

Ciascuno Stato membro partecipante presenterà le misure specifiche che intende adottare per conseguire tali obiettivi. Saranno esclusi il o i settori per i quali lo Stato membro è in grado di dimostrare che nessun intervento è necessario. *Ciascun Paese conserverà la competenza di scegliere gli interventi politici specifici che si riveleranno necessari per conseguire gli obiettivi comuni, ma si presterà particolare attenzione alle possibili misure elencate qui di seguito.*

Impegni concreti e controllo a livello politico

I Capi di Stato o di Governo eserciteranno il controllo politico sui progressi verso la realizzazione degli obiettivi comuni basandosi su una serie d'indicatori inerenti a competitività, occupazione, sostenibilità di bilancio e stabilità finanziaria. Saranno individuati i Paesi su cui incombono grandi sfide in questi settori, ed essi dovranno assumersi l'impegno di affrontarle secondo una tempistica precisa.

a. Stimolare la competitività (*Omissis*)

b. Stimolare l'occupazione (*Omissis*)

c. Rafforzare la sostenibilità delle finanze pubbliche

Ai fine dell'attuazione piena del Patto di stabilità e crescita, si accorderà la massima attenzione ai punti seguenti:

*Sostenibilità di pensioni, assistenza sanitaria e prestazioni sociali (*Omissis*)*

Regole di bilancio nazionali

Gli Stati membri partecipanti si impegnano a recepire nella legislazione nazionale le regole di bilancio dell'UE fissate nel patto di stabilità e crescita. Gli Stati membri manterranno la facoltà di

scegliere lo specifico strumento giuridico nazionale cui ricorrere ma faranno sì che abbia una natura vincolante e sostenibile sufficientemente forte (ad esempio costituzione o normativa quadro). Anche l'esatta forma della regola sarà decisa da ciascun Paese (ad esempio potrebbe assumere la forma di "freno all'indebitamento", regola collegata al saldo primario o regola di spesa), ma dovrebbe garantire la disciplina di bilancio a livello sia nazionale che subnazionale. La Commissione avrà la possibilità, nel pieno rispetto delle prerogative dei parlamenti nazionali, di essere consultata in merito alla precisa regola di bilancio prima dell'adozione in modo da assicurare che sia compatibile e sinergica con le regole dell'UE.

d. Rafforzare la stabilità finanziaria (*Omissis*)

Impegni annuali concreti

Per dimostrare un reale impegno a favore del cambiamento ed assicurare lo slancio politico necessario per raggiungere gli obiettivi comuni, ogni anno gli Stati membri partecipanti converranno al massimo livello una serie di azioni concrete da realizzare entro dodici mesi. La scelta delle misure specifiche da attuare resterà di competenza di ciascun Paese ma sarà orientata in particolare dall'esame delle questioni sopraindicate. Questi impegni si rispecchieranno anche nei programmi nazionali di riforma e nei programmi di stabilità presentati ogni anno, che la Commissione, il Consiglio e l'Eurogruppo valuteranno nell'ambito del semestre europeo.

ALLEGATO II
Modalità di funzionamento del MES

(*Omissis*)

DOCUMENTAZIONE

ACQUIS DI SCHENGEN: RACCOMANDAZIONI E MIGLIORI PRATICHE PER LA GESTIONE INTEGRATA DEI CONTROLLI ALLE FRONTIERE ESTERNE, IL RIMPATRIO E LA RIAMMISSIONE

Catalogo Schengen UE - Controlli alle frontiere esterne, rimpatrio e riammissione. Raccomandazioni e migliori pratiche - Documento del Consiglio dell'Unione europea n. 7864/09 del 19 marzo 2009*

Sommario

- 1. Introduzione**
- 2. Parte prima: controlli alle frontiere esterne**
 - A. *Gestione Integrata delle Frontiere (GIF)*
 1. *Concetto di gestione integrata delle frontiere*
 2. *Elementi chiave della corretta applicazione della gestione integrata delle frontiere*
 - 2.1 *Controllo di frontiera (verifiche e sorveglianza) ai sensi del codice frontiere Schengen, inclusa la pertinente analisi dei rischi e l'intelligence criminale*
 - 2.2 *Individuazione e investigazione della criminalità transfrontaliera in coordinamento con tutte le competenti autorità di contrasto*
 - 2.3 *Modello di controllo dell'accesso articolato su quattro livelli (misure nei paesi terzi, cooperazione con i paesi limitrofi, controlli alle frontiere e misure di controllo all'interno dello spazio di libera circolazione, inclusi i rimpatri)*
 - 2.4 *Cooperazione tra servizi preposti alla gestione delle frontiere (guardie di fron-*

* Nota del Gruppo di redazione per l'aggiornamento del catalogo Schengen sui controlli alle frontiere esterne, il rimpatrio e la riammissione al Gruppo «Valutazione di Schengen». Il testo integrale della nota sopra riportata è reperibile sul sito internet <http://register.consilium.europa.eu/pdf/it/09/st07/st07864.it09.pdf> (n.d.r.). In argomento v. *infra*, p. 375, il commento di GIUSEPPE LICASTRO.

tiera, dogane, polizia, autorità di sicurezza nazionale ed altre autorità competenti) e cooperazione internazionale

2.5 *Coordinamento e coerenza delle attività degli Stati membri e delle istituzioni e altri organi della Comunità e dell'Unione*

3. *Sviluppo della gestione delle frontiere a livello dell'Unione europea*

B. *Dettagli delle raccomandazioni e delle migliori pratiche*

1. *Strategia e struttura organizzativa*

2. *Personale e formazione*

3. *Verifiche di frontiera*

3.1 *In generale*

3.2. *Frontiere terrestri*

3.3 *Frontiere marittime*

3.4 *Aeroporti*

4. *Sorveglianza di frontiera*

4.1 *In generale*

4.2 *Frontiere terrestri*

4.3 *Frontiere marittime*

4.4 *Aeroporti*

5. *Analisi dei rischi e intelligence criminale*

6. *Individuazione e investigazione della criminalità transfrontaliera in coordinamento con tutte le competenti autorità di contrasto*

7. *Misure nei paesi terzi di transito e di origine*

8. *Cooperazione con i paesi terzi limitrofi*

9. *Misure di controllo all'interno dello spazio di libera circolazione, compreso il rimpatrio*

10. *Cooperazione interservizi nella gestione delle frontiere (guardie di frontiera, dogane, polizia, autorità di sicurezza ed altre autorità competenti nazionali)*

11. *Cooperazione tra Stati membri*

12. *Coordinamento e coerenza delle attività degli Stati membri e delle istituzioni e di altri organi della Comunità e dell'Unione*

13. *Prevenzione della corruzione*

3. Parte seconda: rimpatrio e riammissione

A. *Introduzione - Provvedimenti di rimpatrio e di riammissione per combattere l'immigrazione clandestina*

B. *Dettagli delle raccomandazioni e delle migliori pratiche*

1. *Quadro riepilogativo dei pertinenti atti giuridici internazionali e comunitari*

2. *Protezione contro l'allontanamento*

3. *Procedure applicabili a particolari categorie di cittadini di paesi terzi*

4. *Decisioni di rimpatrio*

5. *Fermo di cittadini di paesi terzi*

6. *Permanenza di cittadini di paesi terzi in centri di trattenimento*

7. *Identificazione e rilascio di documenti di viaggio provvisori*

8. *Accordi di riammissione*

9. *Allontanamento*

10. *Agevolazione dei rimpatri volontari assistiti*

11. *Cooperazione con organizzazioni non governative (Ong)*

12. Assistenza/consulenza legale ai cittadini di paesi terzi

1. Introduzione

(*Omissis*)

Nella riunione del 17 luglio 2008, il Gruppo «Valutazione di Schengen» ha stabilito l'obiettivo di rivedere e aggiornare i cataloghi Schengen contenenti raccomandazioni e migliori pratiche, tra cui il catalogo Schengen sui controlli alle frontiere esterne, l'allontanamento e la riammissione, pubblicato nel febbraio del 2002. Dalla prima edizione del catalogo sono entrati in vigore vari strumenti giuridici e altri documenti sulla gestione delle frontiere. Inoltre, il settore della gestione europea delle frontiere è stato caratterizzato da sviluppi relativamente rapidi.

(*Omissis*)

Il catalogo è articolato in due parti principali, l'una dedicata ai controlli alle frontiere esterne e l'altra al rimpatrio e alla riammissione. Una sezione generale illustra i concetti fondamentali alla base della politica e gli sviluppi in corso a livello dell'Unione europea. Questa sezione è seguita da una serie di raccomandazioni e migliori pratiche, presentate sotto forma di tabelle, con le raccomandazioni riportate a sinistra e le migliori pratiche a destra.

Ai fini del presente catalogo valgono, in tale contesto, le seguenti definizioni:

- raccomandazioni: serie non esaustiva di misure atte a costituire una base per la corretta applicazione dell'*acquis* di Schengen nonché a vigilare su tale applicazione;
- migliori pratiche: serie non esaustiva di metodi di lavoro o di misure tipo da considerare come applicazione ottimale dell'*acquis* di Schengen, fermo restando che per ciascuna parte specifica della cooperazione Schengen sono possibili più [sic! *n.d.r.*] migliori pratiche.

(*Omissis*)

2. Parte prima: controlli alle frontiere esterne

A. Gestione Integrata delle Frontiere (GIF)

1. Concetto di gestione integrata delle frontiere

Un modello globale di gestione europea delle frontiere costituisce uno strumento importante per salvaguardare la sicurezza interna degli Stati membri e, in particolare, per prevenire e far emergere l'immigrazione clandestina e la criminalità ad essa connessa, nonché altre forme di criminalità transfrontaliera.

Il Consiglio «Giustizia e affari interni», nella sua 2768^a sessione tenutasi a Bruxelles il 4 e 5 dicembre 2006, ha tratto le seguenti conclusioni:

La gestione integrata delle frontiere (GIF) è un concetto che si articola nelle seguenti dimensioni:

- controllo di frontiera (verifiche e sorveglianza) ai sensi del codice frontiere Schengen, incluse le pertinenti analisi dei rischi e l'*intelligence* criminale;
- individuazione e investigazione della criminalità transfrontaliera in coordinamento con tutte le competenti autorità di contrasto;
- modello di controllo dell'accesso articolato su quattro livelli (misure nei paesi

terzi, cooperazione con i paesi limitrofi, controlli alle frontiere, misure di controllo all'interno dello spazio di libera circolazione, inclusi i rimpatri);

- cooperazione tra servizi preposti alla gestione delle frontiere (guardie di frontiera, dogane, polizia, autorità di sicurezza nazionale ed altre autorità competenti) e cooperazione internazionale;

- coordinamento e coerenza delle attività degli Stati membri e delle istituzioni e altri organi della Comunità e dell'Unione.

La coerenza tra queste dimensioni e le relative modalità di applicazione da parte degli Stati Schengen costituiscono la chiave del successo del concetto di gestione integrata delle frontiere.

2. Elementi chiave della corretta applicazione della gestione integrata delle frontiere

I controlli alle frontiere sono nell'interesse non solo dello Stato membro Schengen alle cui frontiere esterne vengono effettuati, ma di tutti gli Stati membri che hanno abolito o aboliranno i controlli alle loro frontiere interne. Pertanto, nell'attuazione della gestione delle frontiere, occorrerebbe tener presente che gli Stati membri effettuano controlli alle loro frontiere esterne per se stessi, ma anche, allo stesso tempo, per gli altri Stati membri Schengen (principio di solidarietà). Occorrerebbe mantenere costantemente controlli efficaci alle frontiere, e i controlli dovrebbero riguardare l'insieme dei fenomeni illegali, compresi quelli che non hanno un impatto sulla sicurezza locale.

In tal senso, ciascuno Stato membro competente dovrebbe prestare adeguata attenzione ai controlli alle frontiere esterne. Al fine di evitare una costante carenza di risorse in zone in cui le esigenze di sicurezza locale sono in contrasto con quelle dello spazio Schengen in generale, i controlli alle frontiere, incluse le analisi dei rischi e le investigazioni criminali, dovrebbero rimanere le funzioni principali delle unità operative competenti.

La gestione delle frontiere è un compito che richiede un alto livello di professionalità. Occorrerebbe disporre di un'autorità pubblica principale (non militare) competente per l'attuazione del concetto di GIF in ciascuno Stato membro, specialmente e necessariamente con riguardo ai controlli alle frontiere, alla prevenzione dell'immigrazione clandestina lungo le frontiere esterne e alla lotta all'immigrazione clandestina all'interno del territorio degli Stati membri. Il comando, il controllo, la sorveglianza e le istruzioni dovrebbero essere centralizzati, specialmente per quanto riguarda i controlli alle frontiere, l'analisi dei rischi e l'investigazione criminale, nonché la cooperazione tra servizi e internazionale relativa alla prevenzione e alla lotta contro l'immigrazione clandestina.

L'autorità competente, di norma guardia di frontiera o polizia di frontiera, dovrebbe essere centralizzata e chiaramente strutturata. Si dovrebbe prevedere una catena di comando diretta tra le unità dell'autorità competente a livello centrale, regionale e locale, che assicuri un approccio comune al controllo alle frontiere, un sistema di pianificazione e formazione unificato ed un ampio e rapido flusso di dati a tutti i livelli dell'organizzazione.

La principale base giuridica per la gestione delle frontiere deriva dalla summen-

zionata normativa comunitaria. Nondimeno, permane la necessità di una legislazione complementare a livello nazionale, tra l'altro una legge sulle guardie di frontiera, una legge sugli stranieri e l'immigrazione, nonché una legge sulla protezione dei dati, al fine di poter pienamente attuare il concetto di GIF. Occorrerebbe anche una base giuridica che consenta una cooperazione internazionale e tra servizi agevole ed efficace, nonché lo scambio di informazioni. Occorrerebbe concludere accordi, quali accordi frontalieri, sul traffico frontaliero locale e di riammissione con paesi terzi limitrofi e paesi di origine. Inoltre, l'attraversamento illegale delle frontiere dovrebbe essere punito dalla legge e occorrerebbe imporre sanzioni pecuniarie e l'obbligo di provvedere al rimpatrio ai vettori di immigranti clandestini.

Andrebbe elaborata una strategia nazionale di gestione delle frontiere che deleghi chiaramente compiti quali le valutazioni al fine di fornire orientamenti di sviluppo e pianificazione, all'interno delle competenti unità a livello nazionale, regionale e locale. Detta strategia dovrebbe includere valutazioni dell'ambiente di lavoro, di rischi e minacce, analisi delle risorse necessarie, nonché piani di azione e di sviluppo.

Di norma, le persone che svolgono la funzione di guardia di frontiera dovrebbero essere professionisti specificamente formati. È ammesso il ricorso a persone con meno esperienza solo per compiti ausiliari di assistenza temporanea ai professionisti. Non sono consentite eccezioni per quanto riguarda i compiti che comportano una qualsiasi forma d'uso di dati personali, la consultazione di registri riservati o decisioni che incidono sull'integrità fisica o la libertà di una persona.

L'analisi dei rischi e la gestione delle frontiere devono essere supportate da un'attività di *intelligence* sistematica. I sistemi di gestione delle frontiere dovrebbero essere in grado di raccogliere *intelligence*, analizzarla e, infine di utilizzarne i risultati sul terreno. Il modello globale di analisi dei rischi per i controlli alle frontiere collega *intelligence*, analisi dei rischi e gestione delle frontiere a tutti i livelli. L'*intelligence* strategica consiste nell'ordinare tutte le informazioni per estrapolarne un quadro strategico della situazione, ossia fenomeni di interesse e fattori soggiacenti. Da essa si traggono statistiche, tendenze e descrizioni qualitative. L'analisi strategica dei rischi esamina le informazioni strategiche chiave. Essa prospetta i potenziali cambiamenti e propone politiche. Gli analisti devono essere pienamente informati dei paradigmi, interessi, minacce e rischi fondamentali. La gestione strategica consiste nella gestione dell'organizzazione mediante obiettivi strategici chiave (breve termine) e trasformazione (lungo termine).

L'*intelligence* operativa collega le informazioni operative sul campo e le informazioni strategiche (*input* e *output* nei due sensi) in un contesto "operativamente" valido. La funzione dell'analisi operativa dei rischi si esplica in analisi qualitative e quantitative dell'ambiente operativo, degli obiettivi attivi e dei risultati della propria attività. L'obiettivo è di raccogliere informazioni valide sulla situazione esistente. Tali informazioni dovrebbero essere utilizzate per facilitare l'assegnazione ottimale delle risorse. È opportuno prestare particolare attenzione alle lacune, vale a dire alle carenze del sistema. La gestione operativa consiste nella gestione delle risorse e delle esigenze entro i limiti dei compiti assegnati, dei quadri di bilancio, dei mezzi e delle competenze. Si tratta di una funzione legata ad unità organizzative con un ambito di competenza definito, per esempio una competenza regionale. L'analisi operativa dei rischi fornisce inoltre indicatori e profili di rischio per il livello tattico.

L'*intelligence* tattica (sul terreno) consiste nel collegare gli operatori attivi sul terreno nell'ambito delle loro attività quotidiane con il sistema d'informazione. Ciò implica un flusso bidirezionale di dati (*input* e *output*). A livello pratico, si procede alla valutazione di persone, veicoli, imbarcazioni o voli da controllare. Tale valutazione è effettuata nel contesto di una situazione tattica in tempo reale. Questi metodi possono pertanto essere definiti come analisi tattica dei rischi.

Per individuare fenomeni di criminalità transfrontaliera, dovrebbe essere dato particolare rilievo alle procedure di controllo sulle persone e gli oggetti sospetti. Il personale dovrebbe disporre di conoscenze sugli indicatori di rischio, sui profili di rischio e sui *modi operandi* tipici della criminalità transfrontaliera. Il personale dovrebbe anche essere al corrente di specifici obiettivi di sorveglianza e controllo, con relativa denominazione.

L'analisi dei rischi mirata collega determinati fenomeni o casi. L'analisi dei rischi mirata costituisce una reazione immediata a casi concreti rilevati in frontiera. L'obiettivo principale è di informare altre strutture sugli indicatori di rischio.

La consapevolezza situazionale consente di stabilire in che misura le autorità siano in grado di rilevare attraversamenti della frontiera e individuare motivi validi per applicare misure di controllo. In pratica, la consapevolezza situazionale indica il modo in cui le autorità definiscono tempi e luoghi per tre funzioni: rilevazione dei movimenti che potrebbero costituire tentativi di attraversamento illegale della frontiera, identificazione degli obiettivi rilevati e analisi in tempo utile degli obiettivi precedentemente identificati.

Per poter gestire le attività di controllo alle frontiere e attuare effettivamente la GIF, occorrerebbe prestare attenzione costante alla valutazione della situazione. Pertanto, il funzionamento di un sistema di gestione delle frontiere dovrebbe essere adeguato alle condizioni esistenti lungo tutte le frontiere interessate. Dati validi e attendibili dovrebbero costituire parte di una valutazione permanente che potrebbe essere condivisa con altri Stati Schengen. Al fine di assicurare un'adeguata consapevolezza situazionale e di stabilire e mantenere un quadro situazionale globale e attendibile, l'analisi dei rischi dovrebbe essere centralizzata e chiaramente strutturata a tutti i livelli nel quadro di un'organizzazione responsabile della gestione delle frontiere.

(*Omissis*)

IL CATALOGO SCHENGEN (UE) DEDICATO AI CONTROLLI ALLE FRONTIERE ESTERNE*

Il *catalogo Schengen* (UE) concernente i *controlli alle frontiere esterne*, il *rimpatrio* e la *riammissione*¹ costituisce un significativo *strumento* che contiene una valida raccolta di nozioni, atti e documenti nonché una serie di *raccomandazioni* e *buone pratiche* senza dubbio utili per "orientarsi" nell'ambito di settori particolarmente delicati e complessi.

La parte prima del *catalogo Schengen* (UE) dedicata ai controlli alle frontiere esterne presenta però profili di indubbio interesse per quanto riguarda l'*indicazione* di determinati "elementi" che potrebbero rivelarsi significativi anche nell'ambito della "*costruzione*" di un «sistema» europeo «di gestione integrata delle frontiere esterne» (art. 77, par. 1, lett. c., del TFUE). Più in particolare, la suddetta parte del *catalogo Schengen* (UE) concerne l'analisi di determinati "elementi" considerati (appunto) significativi nell'ambito della corretta gestione integrata delle frontiere vale a dire²: l'attività di *controllo di frontiera* (*verifica e sorveglianza di frontiera*); l'attività di *individuazione e investigazione della criminalità transfrontaliera*; l'applicazione di un *modello di controllo dell'accesso articolato su quattro livelli*; la *cooperazione tra servizi preposti alla gestione delle frontiere e la cooperazione internazionale*; il *coordinamento e la coerenza* (nell'ambito delle diverse attività o azioni) degli Stati membri, delle istituzioni e degli organi dell'Unione europea. Occorre quindi procedere ad una rapida ma puntuale rassegna della "*funzione*" di detti "elementi":

a. l'attività di *controllo di frontiera* rappresenta «un elemento centrale nella lotta contro l'immigrazione clandestina e la tratta degli esseri umani nonché nella prevenzione di qualunque minaccia per la sicurezza interna, l'ordine pubblico, la salute pubblica e le relazioni internazionali degli Stati mem-

* Il presente contributo è pubblicato anche nella rivista *online «Foroeuropa»*, n. 2, marzo-aprile 2011.

¹ Cfr. doc. n. 7864/09 del Consiglio dell'Unione europea del 19 marzo 2009, p. 2 ss.

² *Ivi*, p. 8 ss.

bri»³: la *verifica* e la *sorveglianza* costituiscono quindi «elementi fondamentali» della "gestione" di questo settore⁴ (appare significativo ricordare che la *raccomandazione* n. 33, sostanzialmente, *invita* ad applicare la disciplina contemplata dal «*codice frontiere Schengen*» nelle *verifiche* effettuate ai valichi di *frontiera*⁵, anche al fine di applicare correttamente il c.d. *acquis di Schengen*⁶). Occorrerebbe (però) poter contare di risorse e mezzi adeguati, ad esempio: personale competente; infrastrutture e strumenti di sorveglianza adatti⁷ (anche per quanto concerne la raccolta di informazioni e dati relativi alla c.d. *analisi dei rischi* che rappresenta uno "strumento" davvero importante per fronteggiare tempestivamente determinati casi già rilevati alla frontiera⁸);

b. l'attività di *individuazione e investigazione della criminalità transfrontaliera* costituisce un "elemento" rilevante nel quadro del contrasto alle diverse *forme* di criminalità transfrontaliera (ad esempio: le attività delle organizzazioni criminali dedite al contrabbando di migranti clandestini⁹): pertanto, al fine (anche) di *garantire* la «sicurezza interna degli Stati membri» sarebbe opportuno avviare una «strettissima cooperazione tra servizi» attraverso (ad esempio) la «condivisione di intelligence, l'istituzione di squadre investigative comuni, banche dati comuni e l'agevole scambio di informazioni»¹⁰;

c. l'applicazione di un *modello di controllo dell'accesso articolato su quattro livelli* concerne l'attuazione di determinate "misure" per (diverso) livello¹¹:

- primo livello: consulenza e formazione in materia di *visti* sia del personale consolare presso le sedi consolari sia del personale dei vettori presso i

³ Cfr. doc. n. 7864/09, *cit. supra*, nota 1, p. 12. Sulla «tratta di esseri umani» v., tra gli altri, K. KOSER, *Le migrazioni internazionali*, Bologna, il Mulino, 2009, p. 79 ss.; S. ANGIOI, *Schiavitù e tratta. Antiche e nuove forme*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2010.

⁴ *Ibidem*.

⁵ *Ivi*, p. 23. Il «*codice frontiere Schengen*» in *Gu-UE* n. L 105 del 13 aprile 2006, p. 1 ss. (v. anche la *proposta* che prevede rilevanti modifiche da apportare al suddetto "codice" in Doc. Com(2011) 118 definitivo, del 10 marzo 2011, p. 2 ss.).

⁶ *Ivi*, p. 6. Sull'*acquis di Schengen* cfr., tra i tanti, E. GUILD, *Moving the Borders of Europe*, Inaugural Lecture, University of Nijmegen, 2001, p. 13 ss., consultabile sul sito internet <http://cmr.jur.ru.nl/cmr/docs/oratie.eg.pdf>; G. CELLAMARE, *La disciplina dell'immigrazione nell'Unione europea*, Torino, Giappichelli, 2006, p. 64 ss.; G. CAGGIANO, *Le nuove politiche dei controlli alle frontiere, dell'asilo e dell'immigrazione nello Spazio unificato di libertà, sicurezza e giustizia*, in *Studi integr. eur.*, 2008, p. 125 ss.; A. ADINOLFI, *La libertà di circolazione delle persone e la politica dell'immigrazione*, in G. STROZZI (a cura di), *Diritto dell'Unione europea. Parte speciale*, III ed., Torino, Giappichelli, 2010, p. 145 ss.

⁷ Cfr. doc. n. 7864/09, *loc. cit.*, pp. 12-13.

⁸ *Ivi*, p. 11.

⁹ Riguardo il contrabbando di migranti («*smuggling of migrants*») v. G. PALMISANO, *Strumenti internazionali per la lotta al traffico di migranti*, in M. CARTA (a cura di), *Immigrazione, frontiere esterne e diritti umani. Profili internazionali, europei ed interni*, Roma, Teso, 2009, pp. 97-128.

¹⁰ Cfr. doc. n. 7864/09, *loc. ult. cit.*, p. 13.

¹¹ *Ivi*, p. 13.

Paesi terzi (di origine o di transito) a rischio di immigrazione clandestina¹²;

- secondo livello: accordi di cooperazione con i Paesi *limitrofi* tesi a istituire, nel quadro (del rafforzamento) della «sicurezza alle frontiere», opportuni «meccanismi operativi» riguardanti (ad esempio) lo scambio di informazioni¹³;

- terzo livello: controllo di frontiera teso ad assicurare (anche) il contrasto all'attraversamento illegale (ovviamente della frontiera) attuato (ad esempio) mediante documenti falsi¹⁴;

- quarto livello: controllo all'interno del c.d. spazio Schengen attraverso (ad esempio) ispezioni e verifiche: le persone presenti irregolarmente nel territorio di uno Stato membro dovrebbero essere *rimpatriate*¹⁵ nel (loro) Paese di origine¹⁶ (appare importante ricordare, succintamente, che la parte seconda del *catalogo Schengen* (UE) dedicata al *rimpatrio* e alla *riammissione* sottolinea la necessità di *trattare* i migranti clandestini¹⁷ «con umanità e rispetto»¹⁸ nonché di *osservare* il principio di non-respingimento¹⁹);

d. la *cooperazione tra servizi preposti alla gestione delle frontiere e la cooperazione internazionale*: la *cooperazione tra servizi* rappresenta senza dubbio un ulteriore "elemento" rilevante per contrastare le diverse *forme* di criminalità transfrontaliera, ad esempio, nell'ambito dell'organizzazione di operazioni congiunte²⁰. Occorrerebbe considerare «essenziale» anche la *cooperazione* (ovviamente tra Stati membri) con l'*Agenzia europea per la gestione della cooperazione operativa alle frontiere esterne degli Stati membri dell'Unione europea* (FRONTEX)²¹ allo scopo (ad esempio) di «sviluppare

¹² Cfr. doc. n. 7864/09, *cit. supra*, nota 1, p. 14.

¹³ *Ibidem*.

¹⁴ *Ibidem*.

¹⁵ Sul *rimpatrio* v. anche L. ALENI, *La politica dell'Unione Europea in materia di rimpatrio e il rispetto dei diritti fondamentali*, in *Dir. Un. Eur.*, 2006, pp. 585-606.

¹⁶ Cfr. doc. n. 7864/09, *cit. supra*, nota 1, p. 14.

¹⁷ In argomento v. G. PALMISANO, *Il trattamento del migrante clandestino*, in E. TRIGGIANI (a cura di), *Europa e Mediterraneo. Le regole per la costruzione di una società integrata*, Atti del XIV Convegno della Società Italiana di Diritto Internazionale (Bari, 18-19 giugno 2009), Napoli, Editoriale Scientifica, 2010, pp. 289-321.

¹⁸ Cfr. doc. n. 7864/09, *loc. cit.*, p. 46.

¹⁹ *Ivi*, p. 50, *raccomandazione* n. 2. Sul principio di non-respingimento v. da ultimo M. SPATTI, *I limiti all'esclusione degli stranieri dal territorio dell'Unione europea*, Torino, Giappichelli, 2010, pp. 195-250 (nonché la dottrina ivi richiamata).

²⁰ Cfr. doc. n. 7864/09, *loc. ult. cit.*, p. 15.

²¹ Cfr. Regolamento (Ce) n. 2007/2004, in *Gu-Ue* n. L 349 del 25 novembre 2004, p. 1 ss. (riguardo la *proposta* che concerne significative modifiche da apportare al suddetto regolamento v. il Doc. Com(2010)61 definitivo, del 24 febbraio 2010, p. 2 ss.). Sull'Agenzia FRONTEX cfr. G. CAGGIANO, *Attività e prospettive di intervento dell'Agenzia FRONTEX nel Mediterraneo*, in E. TRIGGIANI (a cura di), *Europa e Mediterraneo*, *cit. supra*, nota 17, pp. 403-427 (nonché la dottrina ivi richiamata); cfr. anche J. J. RIJPMAN, *Frontex: Successful Blame Shifting of the Member States?*, *ARI (Analysis of the Real Instituto Elcano)* 69/2010, consultabile sul sito internet <http://www.real-institutoelcano.org/>

migliori pratiche per la gestione delle frontiere» nel contesto specifico di un'operazione congiunta coordinata appunto da FRONTEX²². Per quanto concerne invece la *cooperazione internazionale* occorrerebbe considerare di sviluppare (anche) una *cooperazione* con tutti i Paesi terzi limitrofi «nonché [con] i principali paesi di origine e di transito dell'immigrazione clandestina verso gli Stati membri interessati»²³;

e. il *coordinamento e la coerenza* (nell'ambito delle diverse attività o azioni) degli Stati membri, delle istituzioni e degli organi dell'Unione europea costituisce un ulteriore "elemento" rilevante nell'ambito (appunto) della "gestione" del settore frontiere. Gli Stati membri (ad esempio) dovrebbero utilizzare (specificamente) gli «strumenti comuni» previsti, ad esempio: «il manuale Schengen per la formazione e i controlli alle frontiere»²⁴ (che rappresenta, peraltro, una "guida" fondamentale per le guardie di frontiera²⁵).

La parte prima del *catalogo Schengen* (UE) dedicata ai controlli alle frontiere esterne precisa infine che nell'ambito (anche) della "*costruzione*" della gestione integrata delle frontiere occorre (ovviamente) tener conto dei possibili sviluppi (futuri) delle *iniziative* o *azioni* (già) intraprese in questo settore²⁶ (appare opportuno quindi ricordare, succintamente, che il *Programma di Stoccolma*²⁷ ritiene significativo continuare a sviluppare gradualmente il c.d. «sistema EUROSUR»²⁸).

Giuseppe Licastro*

²² Cfr. doc. n. 7864/09, *cit. supra*, nota 1, p. 15.

²³ *Ivi*, p. 16.

²⁴ *Ibidem*.

²⁵ Cfr. da ultimo il doc. n. 13380/10 dell'8 settembre 2010, *Raccomandazione della Commissione* del 16 agosto 2010 (C (2010) 5559 definitivo) che *modifica la raccomandazione che istituisce un "Manuale pratico per le guardie di frontiera" (Manuale Schengen) comune, ad uso delle autorità competenti degli Stati membri per lo svolgimento del controllo di frontiera sulle persone* (C (2006) 5186 definitivo), p. 2 ss.

²⁶ Cfr. doc. n. 7864/09, *loc. ult. cit.*, p. 17.

²⁷ Cfr. *Gu-Ue* n. C 115 del 4 maggio 2010, p. 26.

²⁸ Riguardo «EUROSUR» sia consentito rinviare a G. LICASTRO, *La Comunicazione della Commissione sulla «creazione di un sistema europeo di sorveglianza delle frontiere (EUROSUR)»*, in questa *Rivista*, 2008, p. 613 ss.

* Dottore in giurisprudenza / Università degli Studi "Mediterranea" di Reggio Calabria.

COMUNICAZIONI E NOTE INFORMATIVE

LE CONCESSIONI DEMANIALI MARITTIME: STATO DELL'ARTE DOPO L'APERTURA DELLA PROCEDURA DI INFRAZIONE COMUNITARIA*

Sommario: *Premessa - 1. La disciplina delle concessioni demaniali marittime: stato attuale e «diritto di insistenza» - 2. La procedura di infrazione: stato e conseguenze - 3. La giurisprudenza successiva alla procedura di infrazione - 4. Osservazioni e conclusioni.*

Premessa

Con lettera di costituzione in mora, notificata alla Repubblica italiana il 2 febbraio 2009, la Commissione europea apriva una procedura di infrazione nei confronti dello Stato italiano relativa alla disciplina interna in materia di concessioni demaniali marittime.

La procedura, integrata nel 2010 da una lettera di messa in mora complementare, è tuttora in corso e ha provocato una modifica sostanziale del quadro regolamentare delle concessioni demaniali marittime.

L'attuale situazione non vede ancora la creazione di una nuova definitiva disciplina, in sostituzione di quella abrogata in ottemperanza a quanto richiesto dalla Commissione europea, ma solo una serie di ipotesi che, allo stato, non hanno trovato un formale riconoscimento normativo¹.

* Versione riveduta e ampliata della relazione tenuta al Convegno del 25 febbraio 2011 su «Riconoscimento giuridico sulle concessioni demaniali marittime» svoltosi a San Benedetto del Tronto.

¹ Sullo stato attuale della normativa italiana si legga *Indagine conoscitiva sulle concessioni demaniali marittime ad uso turistico-ricreativo*, Senato della Repubblica, Commissioni 8^a e 10^a Riunite, in <http://www.senato.it/leg/16/BGT/Schede/ProcANL/ProcANLscheda21118.htm>. In *Guri* n. 110 del 13 maggio 2011 è stato pubblicato il d.l. n. 70/2011 (c.d. decreto sviluppo), rubricato

Si svolgerà, dunque, una ricognizione dello stato dell'arte, per valutare l'intervento svolto dal legislatore ed individuare le effettive criticità del sistema italiano, nonché i possibili esiti e le conseguenze della procedura stessa.

1. La disciplina delle concessioni demaniali marittime: stato attuale e «diritto di insistenza»

Prima di analizzare il contenuto delle contestazioni mosse con l'apertura della procedura di infrazione in corso, occorre delineare il quadro normativo, precedente la procedura e attuale, in materia di concessioni demaniali marittime e le modifiche che sono state apportate negli ultimi mesi.

Le concessioni demaniali marittime sono regolate, *in primis*, dagli articoli da 36 a 49 del Codice della navigazione².

L'art. 36 delinea la nozione di concessione come il provvedimento con cui la Pubblica Amministrazione marittima può concedere l'occupazione e l'uso, anche esclusivo, di beni demaniali e di zone del mare territoriale.

Il secondo comma del medesimo articolo – da leggersi in combinato disposto con gli articoli da 1 a 40 del Regolamento per l'esecuzione del Codice della navigazione – distingue tre tipologie di concessione e, a seconda della durata, ne distingue la forma e le competenze quanto all'autorità che le rilascia³.

Le concessioni infraquadriennali che non comportino impianti di difficile rimozione sono di competenza del Capo del Compartimento marittimo; le

«Semestre Europeo - Prime disposizioni urgenti per l'economia», che ha introdotto una significativa innovazione nella materia delle concessioni demaniali marittime: più precisamente, l'art. 3 del decreto dedicato alle «Reti di impresa, Zone a burocrazia zero, Distretti turistico-alberghieri, nautica da diporto», istituiva un diritto di superficie, della durata di vent'anni (dopo una prima versione che prevedeva il termine di novant'anni, immediatamente contestata dalla Commissione europea e modificata dal Governo italiano); tale diritto si poteva costituire su aree inedificate formate da arenili, con esclusione di spiagge e scogliere ovvero su aree già edificate, anche se realizzate su spiaggia, arenile o scogliera. Durante l'esame per la conversione del decreto la Camera dei deputati ha accolto gli emendamenti che chiedevano la soppressione di tale nuovo sistema, ritenendolo, a vario titolo, illegittimo.

² La dottrina sul demanio marittimo è assai vasta: per un inquadramento generale si leggano in dottrina, F. A. QUERCI, *Demanio marittimo*, in *Enc. Dir.*, Milano, Giuffrè, 1964, XII, 1964, p. 92; N. GRECO - B. MURRONI, *Demanio marittimo, zone costiere, assetto del territorio*, Bologna, Il Mulino, 1980; F. A. QUERCI, *Note sui procedimenti per le concessioni sul demanio marittimo*, in *Riv. dir. nav.*, 1962, I, p. 308; M. VALBONESI, *Le concessioni amministrative di beni demaniali marittimi*, in *Funz. Amm.*, 1993, p. 522; sulle concessioni del demanio turistico-ricreativo si leggano in dottrina i contributi di C. ANGELONE, *Profili evolutivi della disciplina delle concessioni demaniali marittime ad uso turistico e ricreativo: durata, finalità, competenze*, in *Dir. trasp.*, 1999, p. 807; C. ANGELONE, *Le concessioni «stagionali» di demanio marittimo per finalità turistiche e ricreative*, in *Dir. mar.*, 2005, p. 745; L. ANCIS, *Tendenze evolutive delle concessioni turistico-ricreative sul demanio marittimo*, in *Dir. trasp.*, 2006, p. 157; per un'ampia e approfondita disamina della giurisprudenza in materia di demanio marittimo, si legga anche C. ANGELONE - G. SILINGARDI, *Il demanio marittimo*, Milano, Giuffrè, 1999.

³ Dpr n. 328 del 15 febbraio 1952 - Approvazione del Regolamento per l'esecuzione del Codice della navigazione (Navigazione Marittima), in *Guri* n. 94 del 21 aprile 1952, *suppl. ord.*; gli articoli da 1 a 40, costituiscono il Capo I del Titolo II rubricato «Demanio marittimo».

concessioni di durata superiore a quattro anni ma inferiori a quindici sono di competenza del Direttore marittimo; infine, le concessioni ultraquindicinali sono di diretta competenza del Ministro dei trasporti.

Sotto il profilo formale, le concessioni quadriennali che non comportino impianti di difficile rimozione sono rilasciate per licenza; quelle superiori al quadriennio o che comportino impianti di difficile rimozione hanno la forma dell'atto pubblico.

Con la legge n. 494/1993 è stato ampliato il novero delle finalità possibili legate alle concessioni, precisando che esse possono essere rilasciate, oltre che per servizi pubblici e attività portuali e produttive, anche per la gestione di stabilimenti balneari, l'esercizio di ristorazione e somministrazione di bevande, cibi e generi di monopolio, il noleggio di imbarcazioni e natanti, la gestione di strutture ricettive ed attività ricreative, l'esercizio del commercio, servizi di altra natura e conduzione di strutture abitative, connesse con le finalità precedenti⁴.

Tali concessioni hanno la durata di sei anni, e, alla scadenza, si rinnovano automaticamente per altri sei anni e così, successivamente, ad ogni scadenza.

Si deve dare conto del fatto che il disegno di legge comunitaria, attualmente all'esame della Camera dei deputati, prevede, all'art. 14, una modifica del testo della legge n. 494/1993, al fine di ultimare, come vedremo meglio in seguito, l'adeguamento della normativa interna ai rilievi mossi dalla Commissione europea nell'ambito della procedura di infrazione: in particolare, si propone di abrogare il comma 2 dell'art. 1 della l. n. 494/1993, che fissava la durata delle concessioni dei beni demaniali marittimi in sei anni, rinnovabili automaticamente alla scadenza.

Inoltre, viene modificato il comma 2 *bis* del medesimo art. 1, che prevede che le concessioni dei beni demaniali marittimi di competenza statale siano rilasciate dal Capo del compartimento marittimo con licenza, ad eccezione di quelle rilasciate dalle autorità portuali di cui alla legge n. 84/94, nell'ambito delle rispettive circoscrizioni territoriali.

Infine, viene novellato il comma 4 *bis* dell'art. 3, che prevede che le concessioni demaniali marittime, rilasciate o rinnovate con finalità turistico-ricreative, possano avere una durata da sei a vent'anni, determinata in ragione dell'entità e della rilevanza economica delle opere da realizzare e sulla base

⁴ Legge n. 494 del 4 dicembre 1993 - Conversione in legge, con modificazioni, del decreto-legge 5 ottobre 1993, n. 400, recante disposizioni per la determinazione dei canoni relativi a concessioni demaniali marittime, in *Guri* n. 285 del 4 dicembre 1993. Le concessioni relative alle strutture dedicate alla nautica da diporto sono regolate dal Decreto del Presidente della Repubblica del 2 dicembre 1997, n. 509 - Regolamento recante disciplina del procedimento di concessione di beni del demanio marittimo per la realizzazione di strutture dedicate alla nautica da diporto, a norma dell'art. 20, comma 8, della l. 15 marzo 1997, n. 59, in *Guri* n. 40 del 18 febbraio 1998.

dei piani di utilizzazione delle aree del demanio marittimo predisposti dalle regioni⁵.

L'art. 37 del Codice della navigazione disciplina la fattispecie del «concorso di più domande di concessione» e prevede che debba essere preferito il soggetto che offra maggiori garanzie di proficua utilizzazione del bene e si proponga di avvalersi di questo per un uso che, a giudizio della Amministrazione, risponda ad un più rilevante interesse pubblico.

Si tratta del cosiddetto principio di *proficuità*, secondo cui, nell'assegnazione del bene demaniale, la Pubblica amministrazione deve preferire il soggetto che intenda utilizzarlo in modo più utile e apprezzabile, dal punto di vista dell'interesse pubblico.

Il secondo comma del medesimo articolo disciplina il rilascio di concessioni per attività turistico-ricreative: la norma sancisce, *in primis*, una preferenza per le richieste che comportino la realizzazione di strutture totalmente amovibili, con la chiara finalità di tutelare il più possibile la conservazione dell'assetto ambientale costiero.

Il secondo periodo del medesimo comma – oggetto della censura comunitaria – stabiliva, poi che, in sede di rinnovo, era data preferenza alle concessioni già rilasciate rispetto alle nuove istanze.

Si tratta del c.d. «diritto di insistenza» – come vedremo, oggi abrogato – in base al quale era accordata al precedente concessionario la possibilità di ottenere quasi automaticamente il rinnovo della concessione alla sua scadenza.

Sulla natura del diritto di insistenza si erano già da tempo espresse sia la dottrina che la giurisprudenza, escludendo, in sostanza, che si trattasse di un mero automatismo⁶.

⁵ Il comma 3 novella il comma 4 *bis* dell'art. 3 del d.l. n. 400 del 1993, concernente le concessioni demaniali marittime rilasciate o rinnovate con finalità turistico-ricreative, al fine di eliminare il richiamo ivi contenuto al comma 2 dell'art. 1, che viene soppresso. Così http://www.senato.it/documenti/repository/dossier/studi/2011/Dossier_270.pdf.

⁶ Sulla natura del diritto di insistenza si leggano, in dottrina, i contributi di G. PESCATORE, *Sulla disciplina del demanio marittimo*, in *Studii per la codificazione del diritto della navigazione*, Roma, III/1941, p. 883. La posizione dottrinale è nel senso della esistenza di un mero interesse legittimo al rinnovo della concessione, e non di un diritto soggettivo. Si legga anche E. SANTORO, *Concessione di beni pubblici e procedure di evidenza pubblica con riferimento ai porti turistici*, in *Foro amm. - C.d.S.*, 2005, nn. 7-8, p. 2388. In giurisprudenza si legga TAR Sicilia-Catania, 1° giugno 1994, n. 1115, «il diritto di insistenza previsto dall'art. 37 cod. nav. non comporta alcun automatismo di rinnovo delle concessioni demaniali marittime, ma si limita ad assicurare una posizione privilegiata al precedente concessionario nel caso di pluralità di aspiranti ferma restando la possibilità che l'Amministrazione, indipendentemente dalla sussistenza di qualsiasi clausola in tal senso nell'atto concessorio, decida alla scadenza di esso che l'area non debba più essere data in concessione ad alcuno», in *I Tribunali amministrativi regionali*, 1994, I, p. 3458. Nello stesso senso si è espresso il TAR Sardegna, nella sentenza del 22 febbraio 1996, n. 312, che ha precisato che «il c.d. diritto di insistenza del precedente concessionario costituisce un criterio sussidiario nella concessione dei beni del demanio marittimo, che può essere utilizzato solo qualora nel giudizio di comparazione gli aspiranti nuovi concessionari non offrano condizioni migliori in vista della proficua utilizzazione della concessione e il miglior uso della stessa nel pubblico interesse». Conformemente, TAR Campania - Napoli, sez. I, 9 maggio 1984, n. 265; Consiglio di Stato, sez. IV, 1° ottobre 1993, n. 817.

Numerose pronunce, infatti, avevano analizzato la natura di tale diritto, stabilendo che, in caso di concorso di più domande di concessione, dovesse essere prescelto il soggetto che offriva maggiori garanzie di un utilizzo della stessa più conforme al pubblico interesse⁷.

La giurisprudenza aveva precisato questo principio generale, sottolineando che il corretto procedimento di comparazione tra i soggetti aspiranti alla concessione dovesse tenere in conto l'accertamento delle qualità professionali, morali e la capacità economica del soggetto, la valorizzazione del bene demaniale con riferimento al territorio e alle esigenze della Pubblica Amministrazione, la gestione unitaria del compendio demaniale⁸.

Più recentemente, la giurisprudenza del Consiglio di Stato aveva affermato con chiarezza come la lettura e l'interpretazione dell'art. 37 del Codice della navigazione dovesse essere conforme ai principi comunitari, in materia di libera circolazione dei servizi, imparzialità e trasparenza, essendo l'attività del concessionario certamente suscettibile di apprezzamento sotto il profilo economico⁹.

Da ciò derivava una giustificazione sia di un eventuale diniego della Amministrazione al rinnovo della concessione, sia la necessità di sottoporre la richiesta di nuova assegnazione della medesima a procedure di carattere pubblico, trasparenti e non discriminatorie¹⁰.

⁷ In giurisprudenza sono numerose le pronunce che hanno cristallizzato il principio del maggior pubblico interesse; tra le altre cfr. Consiglio di Stato, sez. VI, 15 gennaio 1965, n. 9; Consiglio di Stato, sez. VI, 17 settembre 1985, n. 465.

⁸ Si leggano in giurisprudenza sul requisito della gestione unitaria dei servizi TAR Toscana, 22 settembre 1990, n. 832, inedita; Consiglio di Stato, sez. VI, 17 aprile 1996, n. 564, in *Foro Amm.*, 1996, p. 1277 (s.m.), Consiglio di Stato, 1996, I, p. 651.

⁹ Così, Consiglio di Stato, sez. VI, 23 luglio 2008, n. 3642, in *Foro amm. - C.d.S.*, 2008, nn. 7-8, p. 2123; successivamente Consiglio di Stato, sez. VI, 21 maggio 2009, n. 3145 che afferma: «i principi comunitari, in materia di libera circolazione dei servizi, di *par condicio*, d'imparzialità e di trasparenza si applicano anche a materie diverse dagli appalti, essendo sufficiente che si tratti di attività suscettibile di apprezzamento in termini economici e, quindi valgono anche per le concessioni di beni pubblici, fungendo da parametro di interpretazione e limitazione del diritto di insistenza di cui all'art. 37 c. nav.». Conformemente, Consiglio di Stato, sez. VI, 25 settembre 2009, n. 5765 in *Foro amm. - C.d.S.*, 2009, n. 9, p. 2129: «Sulla scia di importanti decisioni della stessa Corte di giustizia Ce, l'inveramento nell'ordinamento nazionale di fondamentali principi di diritto comunitario, rinvenibili direttamente nel trattato Ce, ma non per questo sforniti di efficacia precettiva, non può prescindere dall'assoggettamento delle pubbliche amministrazioni all'obbligo di esperire procedure ad evidenza pubblica ai fini dell'individuazione del soggetto contraente. Da tali acquisizioni giurisprudenziali non può ritenersi estranea la materia della concessione dei beni pubblici (siano essi del demanio ovvero del patrimonio indisponibile dello Stato, delle regioni o dei comuni) e in particolare delle concessioni demaniali marittime, ancorché risulti codificato nell'ambito delle stesse (art. 37 c. nav.) il c.d. "diritto di insistenza" in favore del precedente concessionario, in occasione della rinnovazione del rapporto concessorio».

¹⁰ Si legga, Consiglio di Stato, sez. VI, 24 dicembre 2009, n. 8716 in *Foro amm. - C.d.S.*, 2010, n. 3, p. 676, per cui «L'applicazione del principio sancito dall'art. 37 comma 2 c. nav., è subordinato all'idonea pubblicazione della procedura relativa al rinnovo, all'effettiva equipollenza delle condizioni offerte dal precedente concessionario rispetto agli altri aspiranti, nonché alla necessità di depurare la procedura dai fattori di vantaggio derivanti in capo al precedente concessionario dalla pregressa titolarità della concessione o di altro rapporto concessorio funzionalmente collegato al primo».

In altri termini, il diritto del concessionario al rinnovo non configurava un automatismo, secondo la conforme interpretazione giurisprudenziale e dottrinale, ma un mero interesse ad essere preferito ad altri, a condizioni di parità e a discrezione della Pubblica Amministrazione, dopo una comparazione dei richiedenti¹¹.

Il principio è stato ribadito anche in alcune recenti pronunce, successive alla modifica legislativa che ha visto abrogare il secondo comma dell'art. 37 del Codice della navigazione¹².

2. La procedura d'infrazione: stato e conseguenze

Con lettera di costituzione in mora del 29 gennaio 2009 la Commissione europea apriva una procedura di infrazione nei confronti dello Stato italiano per contrarietà con l'art. 43 del Trattato CE in materia di libertà di stabilimento dell'art. 37 del Codice della navigazione, secondo comma, secondo periodo e della legge regionale 13 novembre 2006, n. 22 del Friuli Venezia Giulia¹³.

¹¹ Si legga, ad esempio, la pronuncia del TAR Sardegna, che afferma: «in sede di rinnovo di una concessione demaniale marittima il concessionario non vanta alcuna aspettativa al rinnovo del rapporto, in quanto il principio sancito dall'art. 37 comma 2 c. nav. secondo cui deve essere data la preferenza al precedente concessionario (c.d. diritto di insistenza), ha carattere sussidiario rispetto al criterio generale e principale, di cui al comma 1 dello stesso art. 37, cioè quello della più proficua utilizzazione della concessione demaniale e del migliore uso della stessa nel pubblico interesse» (TAR Sardegna - Cagliari, sez. I, 30 dicembre 2009, n. 2679) in *Riv. giur. edilizia*, 2010, 2, I, p. 599; conformemente TAR Sardegna, sez. I, 17 febbraio 2009, n. 193, in *Foro amm. - T.A.R.*, 2009, 2, p. 590. Nella valutazione da operare l'Amministrazione deve tenere conto sia della proficuità nell'uso del bene sia del danno che potrebbe derivare dal mancato rinnovo della medesima al concessionario; sul punto: «Il diritto di insistenza dei concessionari di beni demaniali, sebbene rispondente ad un interesse del concessionario ad essere preferito ad altri aspiranti alla concessione, non configura una pretesa incondizionatamente tutelata, ma solo un limite alla discrezionalità dell'Amministrazione che, nello scegliere il nuovo concessionario, deve tener conto della posizione del precedente che potrebbe risentire un danno dalla cessazione dell'attività» (TAR Campania - Napoli, sez. VII, 5 dicembre 2008, n. 21232, in *Foro amm. - T.A.R.*, 2008, 12, p. 3432).

¹² Così, TAR Sicilia - Catania, sez. III, n. 200, del 28 gennaio 2011 che ha stabilito: «l'Amministrazione non può esimersi dall'operare una concreta valutazione comparativa tra le istanze presentate da due ditte concorrenti per la concessione della medesima area demaniale, senza violare i principi costituzionali e comunitari, che impongono anche per le concessioni demaniali di rispettare i principi di parità di trattamento, di non discriminazione e di *par condicio* in modo da garantire una effettiva concorrenza tra gli operatori del settore (...). La disposizione contenuta nella legge regionale n. 15/05 (...), che consente il rinnovo automatico delle concessioni quadriennali non ancora scadute, non determina sulla base di una interpretazione costituzionalmente orientata, il consolidarsi di una posizione di privilegio per i precedenti concessionari, sicché, in ipotesi di domande concorrenti, l'Amministrazione deve procedere alla loro valutazione in comparazione e rilasciare o rinnovare la concessione al soggetto che abbia fornito la migliore proposta secondo i criteri fissati dall'art. 37 cod. nav., cioè al soggetto "che offra maggiori garanzie di proficua utilizzazione della concessione e si proponga di avvalersi di questa per un uso che, a giudizio dell'amministrazione, risponda ad un più rilevante interesse pubblico"».

¹³ La procedura aperta è la n. 2008/4908; la legge regionale censurata è la n. 22 del 13 novembre 2006 - Norme in materia di demanio marittimo con finalità turistico-ricreativa e modifica alla legge regionale n. 16/2002 in materia di difesa del suolo e di demanio idrico, in *B.U.R.* n. 46 del 15 novembre 2006; la lettera di costituzione in mora è il provvedimento C(2009) 328 del 29 gennaio 2009.

In seguito alla apertura del procedimento, lo Stato italiano provvedeva a notificare alla Commissione, con lettera del 3 dicembre 2009, un progetto di Decreto con cui si modificavano le norme contestate, tenendo conto dei rilievi effettuati nella lettera di messa in mora.

Successivamente, con il d.l. n. 196/2009 (c.d. «Milleproroghe» del 30 dicembre 2009)¹⁴, convertito in legge n. 25 del 26 febbraio 2010¹⁵, veniva abrogato, senza alcuna riformulazione, il secondo comma, secondo periodo, dell'art. 37 del Codice della navigazione.

Con Nota n. 2734/2010 del 5 maggio 2010 la Commissione europea ha preso atto di tale modifica, ma ha illustrato ulteriori profili di illegittimità delle disposizioni italiane, in particolare in relazione alla durata delle concessioni.

La Commissione, infatti, ha rilevato come permanga una situazione di illegittimità all'interno del sistema nazionale con riferimento al citato art. 3, comma 4 *bis*, della legge n. 494/1993 che prevede per le concessioni di durata pari a sei anni un rinnovo automatico, per un ulteriore periodo della medesima durata¹⁶.

A parere della Commissione, la conservazione di tale norma vanificherebbe, nella sostanza, gli effetti della rettifica effettuata con la legge n. 25/2010 e creerebbe una ulteriore situazione di disparità tra le concessioni cui si applica tale norma e quelle escluse da tale disciplina.

Come sopra osservato, peraltro, anche quest'ultimo rilievo è in fase di accoglimento, con la proposta di modifica integrale della disposizione nel testo del Disegno di legge comunitaria, attualmente all'esame del Parlamento.

Venendo alla specifica disamina delle censure mosse dalla Commissione, si deve osservare che sono due le norme ritenute in contrasto con la disciplina comunitaria, ovvero l'art. 37 del Codice della navigazione, secondo comma, secondo periodo e la legge regionale n. 22 del 13 novembre 2006 del Friuli Venezia Giulia.

Dell'art. 37 del Codice della navigazione abbiamo già illustrato i contenuti e i limiti interpretativi; quanto alla legge regionale friulana, deve osservarsi che la stessa prevedeva espressamente che, per la realizzazione del Piano di utilizzazione del demanio marittimo, si dovessero comparare le istanze dei richiedenti la concessione, tenendo conto di una serie di parametri e valorizzando il fatto che il candidato potesse «trovarsi nella situazione di priorità indicata dall'art. 37 del Codice della navigazione, comma secondo, secondo periodo».

Inoltre, lo stesso Piano, così come approvato, prevedeva un meccanismo concreto di utilizzazione del parametro predetto, imponendo che, in ogni caso, l'assegnazione ai precedenti concessionari avvenisse in misura non infe-

¹⁴ In *Guri* n. 303 del 31 dicembre 2009, *suppl. ord.*

¹⁵ In *Guri* n. 48 del 27 febbraio 2010, *suppl. ord.*

¹⁶ D.l. n. 400 del 5 ottobre 1993 - Disposizioni per la determinazione dei canoni relativi a concessioni demaniali marittime, in *Guri* n. 234 del 5 ottobre 1993, convertito con modificazioni in legge n. 494 del 4 dicembre 1993, in *Guri* n. 285 del 4 dicembre 1993.

riore al 30% per le concessioni destinate ad enti o associazioni senza finalità di lucro e in misura non inferiore al 10% per le concessioni con finalità turistico-ricreativa.

A parere della Commissione, la normativa del Codice della navigazione, e quella attuativa regionale, avrebbero creato una situazione di privilegio a favore dei concessionari uscenti e sarebbero state tali da dissuadere, o forse anche impedire, che altri candidati, residenti o meno nel territorio italiano, si proponessero per lo svolgimento di servizi sui beni demaniali in concessione.

Per quanto attiene alle norme di contrasto, la Commissione richiama la direttiva n. 2006/123/Ce¹⁷ e l'art. 43 del Trattato CE.

Innanzitutto, la Commissione ritiene che le concessioni demaniali marittime rientrino nella fattispecie di cui all'art. 12 della direttiva n. 2006/123/Ce del Parlamento europeo e del Consiglio, del 12 dicembre 2006 relativa ai servizi nel mercato interno.

L'articolo in questione è rubricato «Selezione tra diversi candidati» e stabilisce che «Qualora il numero di autorizzazioni disponibili per una determinata attività sia limitato per via della scarsità delle risorse naturali o delle capacità tecniche utilizzabili, gli Stati membri applicano una procedura di selezione tra i candidati potenziali, che presenti garanzie di imparzialità e di trasparenza e preveda, in particolare, un'adeguata pubblicità dell'avvio della procedura e del suo svolgimento e completamento. 2. Nei casi di cui al par. 1 l'autorizzazione è rilasciata per una durata limitata adeguata e non può prevedere la procedura di rinnovo automatico né accordare altri vantaggi al prestatore uscente o a persone che con tale prestatore abbiano particolari legami. (...)».

La direttiva impone, dunque, un sistema di assegnazione delle autorizzazioni in numero limitato, trasparente e non discriminatorio, precisando, tuttavia, – e si tornerà più avanti sul punto – che l'autorizzazione deve avere una durata limitata ma adeguata.

Il comma 3 del medesimo articolo conferisce, poi, agli Stati membri la possibilità di tenere conto di particolari elementi nella definizione della procedura di selezione¹⁸.

La Commissione ritiene che, in ogni caso, anche a voler ritenere inapplicabile la direttiva predetta, la normativa italiana contrasti, comunque, con l'art. 43 del Trattato CE in materia di libertà di stabilimento¹⁹.

¹⁷ Direttiva n. 2006/123/Ce del Parlamento europeo e del Consiglio, del 12 dicembre 2006, relativa ai servizi nel mercato interno, in *Gu-Ue* n. L 376 del 27 dicembre 2006, p. 36 ss.

¹⁸ Il comma 3 stabilisce: «Fatti salvi il paragrafo 1 e gli articoli 9 e 10, gli Stati membri possono tener conto, nello stabilire le regole della procedura di selezione, di considerazioni di salute pubblica, di obiettivi di politica sociale, della salute e della sicurezza dei lavoratori dipendenti ed autonomi, della protezione dell'ambiente, della salvaguardia del patrimonio culturale e di altri motivi imperativi di interesse generale conformi al diritto comunitario».

¹⁹ Sulla portata del diritto di stabilimento si legga quanto sancito dalla sentenza della Corte di giustizia del 24 maggio 2011 in causa n. C-61/08, *Commissione europea c. Repubblica ellenica*: «La

In particolare, la lettera di messa in mora evidenzia come, sebbene la norma non escluda espressamente le imprese di altri Stati membri, di fatto conduca ad una discriminazione nei confronti delle imprese che non dispongono già di una concessione, e, quindi, nei confronti delle imprese non stabilite in Italia; ne consegue che le disposizioni comportano una restrizione alla libertà di stabilimento.

Il punto è particolarmente evidente nel disposto della legge regionale censurata che impone una quota minima obbligatoria riservata ai precedenti concessionari.

La Commissione richiama, sul punto, la giurisprudenza della Corte che ha sottolineato l'incompatibilità di normative nazionali che abbiano l'effetto di rendere più difficile l'accesso al mercato di operatori di altri Stati membri e ribadisce, come più volte già espresso, che, perché si perfezioni l'illecito, non occorre che la misura favorisca tutte le imprese di uno Stato membro ma anche solo una categoria di fornitori nazionali ovvero anche un solo operatore²⁰.

La Commissione non ritiene, poi, che nel caso di specie possano operare le deroghe previste dagli artt. 45 e 46 del Trattato: la prima è esclusa poiché chiaramente le concessioni demaniali per lo svolgimento di servizi non sono attività che vedono una partecipazione diretta e specifica dell'esercizio dei pubblici poteri.

La seconda deroga è parimenti esclusa poiché non sussistono motivi di ordine pubblico, pubblica sicurezza o sanità pubblica tali da giustificare una limitazione dell'accesso al mercato quale quella configurata dal regime italiano: in ogni caso anche restrizioni di tale portata dovrebbero rispettare il principio di proporzionalità²¹.

nozione di stabilimento ai sensi di tale disposizione è una nozione molto ampia e implica la possibilità, per un cittadino dell'Unione, di partecipare, in maniera stabile e continuativa, alla vita economica di uno Stato membro diverso dal proprio Stato membro di origine e di trarne vantaggio, favorendo così l'interpenetrazione economica e sociale nell'ambito dell'Unione europea nel settore delle attività autonome». Così anche sentenza della Corte di giustizia del 22 dicembre 2008 in causa n. C-161/07, *Commissione c. Austria*, in *Raccolta*, 2008, I, p. 10671, punto 24.

²⁰ Il punto è affrontato nella sentenza della Corte di giustizia del 24 maggio 2011 in causa n. C-61/08, *Commissione europea c. Repubblica ellenica*, cit. *supra*, nota 19: «La libertà di stabilimento riconosciuta ai cittadini di uno Stato membro nel territorio di un altro Stato membro comporta in particolare l'accesso alle attività autonome e al loro esercizio alle condizioni poste dalla normativa dello Stato membro di stabilimento per i propri cittadini (v., in particolare, sentenza 28 gennaio 1986, causa n. 270/83, *Commissione c. Francia*, in *Raccolta*, p. 273, punto 13 e, in tal senso, sentenza *Commissione c. Austria*, cit., punto 27). In altri termini, l'art. 43 CE vieta a ciascuno Stato membro di prevedere nella sua legislazione, per le persone che si avvalgono della libertà di stabilirsi, norme per l'esercizio delle loro attività diverse da quelle stabilite per i propri cittadini (sentenza *Commissione c. Austria*, cit., punto 28)». Sentenze della Corte di giustizia del 5 ottobre 2004 in causa n. C-442/02, *Caixa Bank France c. Ministère de l'Économie, des Finances et de l'Industrie* in *Raccolta*, 2004, I, p. 8961 e del 25 luglio 1991 in causa n. C-353/89, *Commissione delle Comunità europee c. Regno dei Paesi Bassi*, in *Raccolta*, 1991, I, p. 4069, punti.

²¹ Sulla interpretazione restrittiva degli artt. 45 e 46 del Trattato CE si legga in giurisprudenza: sentenze del 25 luglio 1991 in causa n. C-353/89, *Commissione c. Paesi Bassi*, in *Raccolta*, 1991, I, p. 4069, punti 17 e 18 della motivazione e in causa n. C-288/89, *Gouda*, in *Raccolta*, 1991, I, p. 4007, punti 13 ss. della motivazione e in questa *Rivista*, 1992, p. 341 con commento di G. FIENGO,

Infine, la Commissione non ritiene pertinenti le osservazioni svolte dalle autorità italiane che avevano obiettato che il regime nazionale era volto a favorire le associazioni senza scopo di lucro e alcune attività sportive o ricreative, quali quelle svolte dalle associazioni del diporto nautico.

La lettera di messa in mora ribadisce come sia pacifico che le norme in materia di libertà di stabilimento siano certamente applicabili a tale tipologia di soggetti, che non potrebbero vedersi favoriti né nei confronti di soggetti equiparabili di altri Stati membri né nei confronti di imprese esercenti scopo di lucro nel medesimo mercato.

La procedura di infrazione è attualmente in corso e ha condotto alle modifiche che abbiamo illustrato, in particolare alla abrogazione del diritto di insistenza, senza che, ad oggi, nessuna altra disciplina sia stata introdotta.

Si deve dare conto, sotto il profilo interno, della Nota n. 6105 del 6 maggio 2010 con la quale il Ministero dei trasporti ha dato una prima serie di indirizzi interpretativi in ordine alla sorte delle concessioni in essere e di quelle che verranno rilasciate, stabilendo che: le uniche concessioni interessate dalla modifica sono quelle con finalità turistico-ricreative, con particolare riferimento a quelle rilasciate ai sensi dell'art. 1 del Decreto n. 509/97²²; sarebbero comprese anche le concessioni rilasciate a tale titolo dalle Autorità portuali; le concessioni in essere sono prorogate *ex lege* sino al 31 dicembre 2015, così da evitare rinnovi e le conseguenti procedure di evidenza pubblica; per tutti i procedimenti in atto e non ancora perfezionati²³ si applica la nuova disciplina; è fatta salva la facoltà per il concessionario di richiedere, *ex lege* n. 494/1993, una durata della concessione di anni venti al posto di sei, con procedure che la Nota stessa evidenzia nel dettaglio.

La Nota richiama espressamente la Comunicazione della Commissione europea sulle concessioni²⁴ nonché la più specifica Comunicazione della Commissione europea dedicata alle concessioni in ambito portuale²⁵.

Si ritiene che, alla luce della giurisprudenza successiva alla Nota, molti dei punti non abbiano trovato attuazione concreta.

Si deve, invece, osservare che la Nota ha correttamente richiamato le Comunicazioni sopra citate in materia di concessioni e, in particolare, il fatto che

La giurisprudenza della Corte di giustizia sulla pubblicità radiotelevisiva e la nuova lettura dell'art. 59 del Trattato Cee, p. 349.

²² Dpr n. 509 del 2 dicembre 1997 - Regolamento recante disciplina del procedimento di concessione di beni del demanio marittimo per la realizzazione di strutture dedicate alla nautica da diporto, a norma dell'art. 20, comma 8, della L. 15 marzo 1997, n. 59, in *Guri* n. 40 del 18 febbraio 1998.

²³ Ove per perfezionati devono intendersi quelli per cui sia intervenuta la sottoscrizione dell'atto concessorio.

²⁴ Comunicazione interpretativa della Commissione sulle concessioni nel diritto comunitario, in *Guce* n. C 121 del 29 aprile 2000, p. 2 ss.

²⁵ Comunicazione della Commissione - Comunicazione su una politica europea dei porti, Com (2007)616 def.

la Commissione, in riferimento alla generalità delle concessioni, sottolinei "letteralmente" come sia necessario tenere conto delle esigenze imprenditoriali connesse alle concessioni, ossia investimento, tempi ammortamento, ma anche equa remunerazione del capitale investito, elemento che, anche in un regime di procedure ad evidenza pubblica, dovrà essere tenuto in attenta considerazione.

3. La giurisprudenza successiva alla procedura di infrazione

L'attuale situazione di incertezza normativa ha avuto un forte impatto anche nella recente giurisprudenza.

In primis va rilevato il considerevole contenzioso avviato dai ricorsi per incostituzionalità promossi dalla Presidenza del Consiglio dei Ministri avverso le numerose leggi regionali che consentivano agli operatori di richiedere la proroga della durata della concessioni in essere sino a vent'anni²⁶.

Si tratta delle sentenze n. 180 del 20 maggio 2010, n. 233 del 1° luglio 2010 e n. 340 del 26 novembre 2010.

Con la prima pronuncia, la Corte costituzionale ha dichiarato l'illegittimità costituzionale della legge della Regione Emilia-Romagna del 23 luglio 2009, n. 8, che disponeva che i titolari di concessione demaniale marittima potessero richiedere, entro il 31 dicembre 2009, la proroga della durata della concessione fino ad un massimo di venti anni a partire dalla data di rilascio, secondo quanto previsto dalla legge n. 296/2006²⁷, art. 1, comma 253²⁸.

Nelle argomentazioni espresse in sede di ricorso, la Presidenza del Consiglio sottolineava come la legge regionale si ponesse in contrasto con l'art. 117 della Costituzione per incoerenza con i vincoli derivanti dall'ordinamento comunitario in tema di libertà di stabilimento e tutela della concorrenza, *in species* con gli artt. 43 e 81 del Trattato.

La difesa della Regione, *a contrario*, rilevava come la norma impugnata non facesse altro che dare attuazione al disposto della legge n. 296/2006, e prevedesse la possibilità non tanto di avere un rinnovo automatico della concessione per un periodo di vent'anni ma, piuttosto una riassegnazione della concessione, a fronte di un programma di investimenti per la valorizzazione del bene demaniale.

Solo al termine della positiva valutazione in ordine a tale piano di investimenti, la Pubblica Amministrazione avrebbe potuto assentire al prolungamento

²⁶ Ricorsi della Presidenza del Consiglio n. 63 del 24 settembre 2009; n. 33 del 4 maggio 2010, n. 90 del 9-13 maggio 2009.

²⁷ Legge n. 296 del 27 dicembre 2006 - Disposizioni per la formazione del bilancio annuale e pluriennale dello Stato (legge finanziaria 2007, in *Guri* n. 299 del 27 dicembre 2006, *suppl. ord.*

²⁸ Sentenza della Corte costituzionale n. 180 del 12-20 maggio 2010, in *Guri* n. 21 del 26 maggio 2010.

della concessione, apprezzando la valorizzazione del bene e delle infrastrutture connesse, anche in un'ottica di migliore interesse territoriale e della comunità.

La sentenza della Corte è la prima delle decisioni in ordine ai ricorsi presentati dalla Presidenza del Consiglio e contiene i principi costantemente ribaditi nelle pronunce successive: in particolare, la Corte, dissentendo da quanto argomentato dalla difesa regionale, rileva, invece, come la norma sottoposta al suo vaglio, attribuisca al concessionario, a suo parere, un vero e proprio rinnovo automatico della concessione.

Tale modalità di rinnovo, di fatto, priverebbe qualsiasi altro operatore della possibilità di prendere il posto del precedente gestore, salvo il caso in cui il gestore stesso non richieda la proroga o il piano di investimenti presentato non appaia soddisfacente.

La Corte fa anche notare come l'argomentazione della Regione potrebbe essere valida solo nel ben diverso caso in cui la norma impugnata fosse intervenuta a sanare gli effetti di una norma successiva che avesse indebitamente ridotto il termine della concessione.

Nel caso di specie, invece, si tratta di prorogare concessioni già scadute.

Dello stesso segno è la pronuncia n. 340 del 26 novembre 2010 relativa alla legge della Regione Toscana del 23 dicembre 2009, n. 77 (legge finanziaria per l'anno 2010) con cui la Regione disponeva che il concessionario di una concessione demaniale marittima ad uso turistico ricreativo potesse ottenere una proroga della concessione sino a un massimo di vent'anni, dimostrando l'entità degli investimenti realizzati e dei relativi ammortamenti, sulla base di criteri e modalità stabiliti con Regolamento della Giunta regionale²⁹.

La Presidenza del Consiglio, nel proprio ricorso, censurava la norma, che introdurrebbe un automatismo a tutti gli effetti, violando i principi comunitari di concorrenza e libertà di stabilimento.

La difesa della Regione Toscana, sottolineava, invece, nella propria memoria, come la norma imponesse una valutazione "caso per caso", tenuto conto dei singoli investimenti effettuati e dei relativi ammortamenti, introducendo un corretto bilanciamento tra tutela della concorrenza e tutela del turismo³⁰, come noto, di competenza regionale.

Con una motivazione, invero piuttosto sintetica, la Corte costituzionale dichiarava l'incostituzionalità dell'art. 16 della legge della Regione Toscana, richiamando integralmente quanto argomentato nella sentenza n. 180/2010 appena citata³¹.

²⁹ Sentenza della Corte costituzionale n. 340 del 17-26 novembre 2010, in *Guri* n. 48 del 1° dicembre 2010.

³⁰ La Regione sottolineava anche come, nel caso della Toscana, il turismo abbia rilevanti ricadute occupazionali.

³¹ Deve osservarsi che nella motivazione la Corte si limita a richiamare la propria precedente giurisprudenza, senza prendere specifica posizione sulla argomentazione della Regione in relazione

Allo stato, risultano ancora in corso numerosi procedimenti, che, con ogni probabilità avranno il medesimo esito, essendosi formato un giudicato costante da parte della Corte³².

Per quanto attiene alla giurisprudenza di merito, con ordinanza del 27 ottobre 2010 il TAR Sardegna ha respinto la domanda cautelare proposta da un concessionario che aveva ottenuto una proroga della concessione in scadenza al 31 dicembre 2010, e non, invece, alla data indicata dall'art. 18 del d.l. n. 194/2009, ovvero al 31 dicembre 2015³³.

Nella motivazione, il Tribunale sottolinea come la norma nazionale, di cui parte ricorrente reclamerebbe l'applicazione, l'art. 18 del d.l. n. 194/2009, non appaia coerente con i principi comunitari in materia di trasparenza, non discriminazione, libertà di stabilimento e libera prestazione dei servizi, in quanto idonea a sottrarre dal mercato beni produttivi al di fuori di ogni procedimento concorsuale.

Alla luce di tale considerazione il Tribunale ha ritenuto che la norma nazionale predetta contrasti con il diritto comunitario e, per questo, debba essere disapplicata.

Di segno opposto l'ordinanza emessa, in data 28 ottobre 2010, dal TAR Veneto con cui veniva respinta la domanda cautelare proposta da un aspirante concessionario: nella pronuncia il Tribunale fa rilevare come la disciplina transitoria sia stata emanata al solo fine di consentire la creazione di un nuovo assetto giuridico della materia e come si tratti di una mera proroga delle concessioni in essere e non, invece, di un rinnovo automatico senza confronto concorrenziale³⁴.

In considerazione di tali argomentazioni il Tribunale ha respinto la domanda cautelare avanzata dal ricorrente, ritenendo che, esaurito il periodo di proroga *ex lege*, la posizione del medesimo potrà essere recuperata con la riattivazione della procedura amministrativa.

Più recentemente il Consiglio di Giustizia Amministrativa per la Regione Siciliana è intervenuto respingendo la richiesta di un concessionario che riteneva leso il suo diritto per il fatto che, per la riassegnazione della concessione, fosse stato pubblicato avviso di asta pubblica, e non si fosse proceduto alla riassegnazione a se medesimo³⁵.

alla necessità di contemperare la tutela della concorrenza e la tutela del turismo, voce di primo piano del bilancio regionale.

³² Ci si riferisce ai ricorsi n. 66/2010, in *Guri* n. 21 del 26 maggio 2010 per l'impugnativa della legge della Regione Marche n. 7, art. 4; n. 67/2010, in *Guri* del 26 maggio 2010, per l'impugnativa della legge della Regione Veneto n. 13, art. 5; n. 68/2010, in *Guri* del 26 maggio 2010, n. 21, per l'impugnativa della legge della Regione Abruzzo, n. 3, artt. 1 e 2.

³³ Ordinanza TAR Sardegna, prima sezione, r.g. n. 646/2010 del 27 ottobre 2010.

³⁴ Ordinanza TAR Veneto, prima sezione r.g. n. 740/2010 del 28 ottobre 2010.

³⁵ Sentenza del Consiglio di giustizia amministrativa per la Regione siciliana n. 288/2011 del 30 marzo 2011, che testualmente afferma che: «si ricorda che – come è ormai pacifico in giuri-

4. Osservazioni e conclusioni

La disamina appena esposta impone una serie di considerazioni.

Non vi è dubbio che il sistema italiano censurato ponesse numerosi interrogativi circa la sua compatibilità con il diritto comunitario: come si è potuto osservare copiosa giurisprudenza aveva avuto modo di sottolineare tale aspetto, stabilendo che la lettura dell'art. 37 del Codice della navigazione non potesse che essere comunitariamente orientata.

Tuttavia, una serie di fattori, quali il numero delle concessioni demaniali esistenti e disponibili – sul cui carattere limitato si avanzano alcune perplessità –, le notevoli differenze sotto il profilo imprenditoriale tra i vari operatori, molti dei quali sono piccole e medie imprese, la varietà della tipologia di investimenti dagli stessi operati, non sembra siano stati sufficientemente evidenziati o adeguatamente considerati.

Allo stato, la grave situazione di vuoto normativo che si è creata a seguito della abrogazione del secondo comma, secondo periodo, dell'art. 37 del Codice della navigazione, pone la necessità di una definizione urgente del quadro normativo.

Non vi è chi non veda – soprattutto alla luce della giurisprudenza ivi esaminata – come non vi sia certezza attuale in ordine alla sorte delle concessioni in scadenza né alla immediata gestione dei beni demaniali oggetto di concessione.

Il periodo di proroga dello *status quo* sino al 2015, previsto dal legislatore italiano, è stato ritenuto contrastante con il diritto comunitario, sia da parte della Corte costituzionale che da parte della giurisprudenza amministrativa.

Del resto, le stesse pronunce dei TAR che sono state citate mettono in luce persino un contrasto giurisprudenziale: pertanto, oltre all'obiettivo rischio che una serie consistente di beni demaniali non possano essere assegnati né riassegnati ai precedenti concessionari, si potrà anche profilare il caso di situazioni e soluzioni diverse a seconda dei territori, supportate da decisioni giudiziali di segno opposto.

E tale obbiettiva situazione di incertezza giuridica era stata deprecata anche dalla stessa Commissione nella lettera di messa in mora complementare³⁶.

sprudenza – il vigente ordinamento, sulla scia di significativi impulsi provenienti dal diritto comunitario, è oggi attestato sulla necessità che le Amministrazioni pubbliche adottino procedure comparative ad evidenza pubblica ogni volta che debbano affidare commesse o beni pubblici di interesse economico. Tale necessità non riguarda il solo settore degli appalti pubblici: la giurisprudenza amministrativa ritiene infatti, come si è detto sulla scia di importanti decisioni della stessa Corte di giustizia CE, che l'inveramento nell'ordinamento nazionale di fondamentali principi di diritto comunitario, enunciati direttamente nel Trattato CE (libertà di stabilimento, di libera prestazione dei servizi, nonché criteri di imparzialità e trasparenza), non possa prescindere dall'assoggettamento delle pubbliche Amministrazioni all'obbligo di esperire procedure ad evidenza pubblica ai fini della individuazione del soggetto contraente (cfr. VI Sez. n. 5765 del 2009). Da tali acquisizioni giurisprudenziali non può ritenersi estranea la materia delle concessioni di beni pubblici ed in particolare delle concessioni demaniali marittime, ancorché risultasse (all'epoca dei fatti in controversia) codificato nell'ambito dell'art. 37 del codice della navigazione il c.d. diritto di insistenza in favore del precedente concessionario, in occasione della rinnovazione del rapporto concessorio».

³⁶ Lettera di messa in mora complementare, p. 4, ultimo capoverso.

Del pari non si ritiene accettabile la soluzione che prevedeva l'istituzione di un diritto di superficie per un periodo di vent'anni: oltre ad una serie di dubbi interpretativi che la stessa formulazione del Decreto sviluppo imponeva³⁷, si deve osservare come l'attribuzione del diritto a fare e mantenere una costruzione sul suolo demaniale per un periodo molto lungo limiti in modo significativo la circolazione del bene e ottenga lo stesso effetto delle norme censurate.

Certamente, attese anche le modifiche effettuate al Decreto sviluppo, non potrà che ipotizzarsi uno scenario di procedure ad evidenza pubblica che permettano l'accesso al mercato di tutti gli operatori interessati, e la valutazione comparativa e trasparente delle istanze avanzate.

Occorrerà, però, nel rispetto del principio di proporzionalità, tenere conto di due diversi aspetti.

Il primo è relativo ai soggetti che erano già titolari di concessione al momento in cui è avvenuta la modifica normativa che ha cancellato il diritto di insistenza: il principio della certezza del diritto impone che le aspettative di tali soggetti debbano certamente trovare tutela³⁸.

Il secondo è che, anche in un regime ad evidenza pubblica, così come la stessa direttiva servizi e le Comunicazioni della Commissione in materia di concessioni hanno precisato, dovranno essere previsti una serie di parametri che tengano conto sia dell'investimento da effettuare – e della sua equa remunerazione – sia delle ragioni di interesse pubblico – quali la tutela dell'ambiente costiero o anche di attività caratterizzanti alcuni territori, quale la pesca – che potranno portare a delineare con maggiore precisione le finalità e le modalità operative di alcune concessioni.

Cristina Pozzi*

³⁷ Ci si riferisce alla definizione di spiagge e arenili; ovvero anche alle modalità di assegnazione del diritto di superficie che, in ogni caso, non avrebbero potuto essere che trasparenti e non discriminatorie.

³⁸ Sul punto, per un caso con significative analogie, sentenza della Corte di giustizia del 17 luglio 2008 in causa n. C-347/06, *ASM Brescia SpA c. Comune di Rodengo Saiano*, in *Raccolta*, 2008, I, p. 5641 ss. ove era intervenuta una modifica normativa ad investimento già effettuato, e, ove, in particolare si legge: «Una disparità di trattamento di questo tipo può tuttavia essere giustificata dalla necessità di rispettare il principio della certezza del diritto, principio che fa parte dell'ordinamento giuridico comunitario e si impone ad ogni autorità nazionale che debba applicare il diritto comunitario. Atteso che la direttiva n. 2003/55, relativa a norme comuni per il mercato interno del gas naturale e che abroga la direttiva n. 98/30, non prevede che si rimettano in discussione le concessioni di distribuzione del gas in essere, che nel caso di specie si tratta di una vecchia concessione che doveva produrre effetti per vari decenni e che è stata attribuita in un momento in cui la Corte non aveva ancora dichiarato che i contratti aventi un interesse transfrontaliero certo avrebbero potuto essere soggetti a obblighi di trasparenza derivanti dal diritto primario, il principio della certezza del diritto, che esige, segnatamente, che le norme giuridiche siano chiare, precise e prevedibili nei loro effetti, non soltanto consente, ma altresì esige che la risoluzione di siffatta concessione sia corredata di un periodo transitorio che permetta alle parti del contratto di sciogliere i rispettivi rapporti contrattuali a condizioni accettabili sia dal punto di vista delle esigenze del servizio pubblico, sia dal punto di vista economico».

* Professore a contratto di Diritto comunitario dei trasporti Jean Monnet / Università degli Studi di Parma.

RECENSIONI

Angela Di Stasi, *Diritti umani e sicurezza regionale. Il "sistema" europeo*, Napoli, Editoriale Scientifica, ristampa alla II edizione con aggiornamenti, 2011, pp. 336, € 25,00

I drammatici avvenimenti degli ultimi anni, che hanno colpito la comunità internazionale – dagli attacchi terroristici alla recente crisi economico-finanziaria – e le rilevanti conseguenze da essi provocate, tra le quali la presa di coscienza della vulnerabilità degli Stati e del loro sistema di valori, hanno riaperto il dibattito sul rapporto "diritti umani e sicurezza internazionale". Tale binomio è sottoposto ad un'analisi, approfondita e originale, condotta dalla Prof.ssa Angela Di Stasi la quale, con particolare sensibilità ricostruttiva, esamina le tematiche inerenti alla tutela dei diritti umani viste in rapporto alle continue trasformazioni che investono le basi stesse della comunità internazionale. Lo testimonia il *file rouge* che contraddistingue l'opera qui recensita, vale a dire il mutato rapporto intercorrente tra sicurezza internazionale e garanzia dei diritti umani.

Il rapido esaurirsi della seconda edizione del volume ha reso necessaria una ristampa arricchita da adeguati aggiornamenti. L'opera, strutturata intorno ad un piano di indagine sistematico e coerente, consta, oltre alle «Considerazioni introduttive» e ai «Profili conclusivi», di due parti intitolate, rispettivamente, «La sicurezza "umana" (1989-2001-2008)» e «La sicurezza "umana" nello spazio giuridico europeo e paneuropeo: pluralità di garanzie e tutela *multilevel*», che sono a loro volta suddivise in tre capitoli. Il volume è completato da una bibliografia ampia ed esaustiva sia nazionale sia straniera, da riferimenti a numerosi atti internazionali a portata universale e regionale nonché dal richiamo alla più recente giurisprudenza.

L'indagine, condotta con chiarezza espositiva, sottolinea la capacità dell'A. di mettere in evidenza non solo i costanti aggiornamenti tipici di un tema in continua evoluzione, ma anche le ulteriori prospettive del suo sviluppo.

La prima parte del lavoro evidenzia le trasformazioni in senso soggettivo, oggettivo e spaziale della sicurezza "umana", intesa quale «effetto di un complesso di soggetti e attori che rendono più o meno sicura la realizzazione di un insieme di diritti» (p. 91); l'A. ripropone e approfondisce dunque tale espressione che, con lungimiranza aveva utilizzato già all'epoca della prima edizione (2000), traendone qualche spunto negli atti dell'Organizzazione per la Sicurezza e la Cooperazione in Europa (OSCE).

Sin dal primo capitolo è sottolineata l'inadeguatezza dello Stato quale garante esclusivo della sicurezza dei propri cittadini, anche a causa del mutato rapporto di questi ultimi con i pubblici poteri ed è altresì approfondito il concetto di *soft sovereignty*, ossia di una sovranità "debole" che ammette l'esistenza di ulteriori «soggetti» e «attori» in grado di incidere significativamente sul godimento dei diritti umani, ad integrazione e sostegno della stessa attività statale (il riferimento è alle organizzazioni internazionali, agli individui, ai popoli, alle organizzazioni non governative e alle minoranze).

Segue il secondo capitolo dedicato alle trasformazioni in senso oggettivo che fanno assumere alla sicurezza un aspetto multidimensionale, ossia non più esclusivamente politico-militare ma anche economico-commerciale, finanziario, sociale, culturale e, da ultimo, "umano". Non mancano riflessioni sul continuo aggiornamento della nozione stessa di diritti umani, in relazione al mutamento delle esigenze degli individui, nonché sulla forte interrelazione tra la sicurezza "umana" e i diritti-valori fondamentali della pace, democrazia e sviluppo.

Nel terzo capitolo sono invece analizzate le cause di tipo ideologico-culturale, economico e tecnico che hanno portato a rendere preferibile alla tutela universale dei diritti umani, inaugurata con la Dichiarazione universale, una tutela di tipo regionale, che si connota per una più compiuta effettività degli strumenti di protezione.

Nella seconda parte del volume l'A. circoscrive la propria indagine allo spazio giuridico europeo e paneuropeo (Organizzazione per la Sicurezza e la Cooperazione in Europa, Consiglio d'Europa, Unione europea), dando un risvolto "pratico" ai contenuti teorici esposti nei primi tre capitoli e richiamando, in modo preciso e puntuale, i principali atti che hanno accompagnato il percorso evolutivo dei tre sistemi menzionati, nell'ottica di una tutela dei diritti umani *multilevel*, a carattere non solo politico-diplomatico ma anche giurisdizionale.

Ampio spazio è dedicato, nel primo capitolo della seconda parte, al profilo delle garanzie politico-diplomatiche e, in particolare, alle tre istituzioni dell'OSCE che si occupano della dimensione umana nonché alle c.d. *field operation*.

Il secondo capitolo della seconda parte rimarca l'evoluzione dei requisiti

necessari per l'acquisto della *membership* nel Consiglio d' Europa, quali, in particolare, il rispetto dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali nonché l'adesione alla CEDU. Sono accuratamente definiti i caratteri essenziali della tutela sostanziale e procedurale dei diritti umani nella Convenzione europea dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali anche alla luce del progressivo rafforzamento dello *status* processuale dell'individuo per effetto del Protocollo XI e del Protocollo XIV.

Segue il terzo capitolo dedicato alla tutela dei diritti fondamentali nell'Unione europea: una tutela evolutasi progressivamente grazie non solo a specifici richiami nei Trattati ma anche all'attività, di tipo interpretativo-creativo, svolta dalla Corte di giustizia; l'indagine è aggiornata fino al recente Trattato di Lisbona, alla nuova efficacia vincolante della Carta di Nizza e al discusso valore delle sue Spiegazioni, nonché alla problematica dell'adesione dell'Unione europea alla CEDU, a testimonianza di una sempre più forte intersecazione tra i due sistemi di garanzia. Più nel dettaglio, con riferimento alla «*no-va-vetero quaestio* dell'adesione dell'Unione europea alla CEDU» l'A. non manca di sottolineare il ruolo ricoperto dalle istituzioni europee nel percorso che porterà alla conclusione degli accordi di adesione; il tutto senza tralasciare il delicato problema della "competenza concorrente" tra la Corte di Lussemburgo e quella di Strasburgo.

Emerge, in conclusione, che il Trattato di Lisbona può svolgere un ruolo significativo per la nascita di un «sistema» europeo unitario dei diritti umani, quale integrazione e non più solo *summa* di sistemi diversi. Nella strutturazione *multilevel* degli ambiti di tutela il «sistema» europeo di protezione dei diritti umani appare già fondato su forme di intersecazione tra ordinamenti giuridici e tra fonti del diritto. Un siffatto fenomeno, al fine di evitare il ritorno a rinnovate forme di "controlimiti", presuppone la compiuta predisposizione di strumenti idonei a rafforzare quel già fitto «dialogo» giurisprudenziale sviluppatosi tra la Corte europea dei diritti umani e la Corte di giustizia dell'Unione europea ed a cui non risultano estranee anche le giurisdizioni nazionali.

Benché la delicatezza e la dinamicità del tema affrontato ne rendano oggettivamente complessa la ricostruzione, è possibile concludere che l'A., nel volume qui recensito, ha pienamente raggiunto l'obiettivo di offrire una trattazione completa ed esaustiva della tematica dei diritti umani con specifico riferimento ad uno spazio giuridico regionale: il "sistema" europeo. Nell'analisi approfondita e dettagliata, condotta con la sicurezza ricostruttiva e la competenza proprie di un esperto della materia, non mancano rilievi critici e considerazioni personali che rendono il volume originale e ricco di spunti di riflessione.

Daniela Fanciullo*

* Specializzanda alla Scuola di Specializzazione per le Professioni Legali / Università degli Studi di Salerno.

Mario Comba - Steen Treumer (eds.), *The In-House Providing in European Law*, European Procurement Law Series, Djøf Publishing Copenhagen, 2010, pp. 213, € 30,00

Roberto Caranta - Martin Trybus (eds.), *The Law of Green and Social Procurement in Europe*, European Procurement Law Series, Djøf Publishing, 2010, pp. 329, € 45,00

Steen Treumer - François Lichère (eds.), *Enforcement of the Eu-Public Procurement Rules*, European Law Procurement Series, Djøf Publishing, 2011, pp. 214

La serie *European Procurement Law*, diretta da Roberto Caranta (Università degli Studi di Torino) e Steen Treumer (University of Copenhagen) è il risultato di una collaborazione a livello europeo tra gruppi di ricerca costituiti da professori universitari specializzati in appalti pubblici, che ha avuto inizio presso l'Università di Torino coinvolgendo colleghi danesi, francesi, inglesi, tedeschi, polacchi, rumeni e spagnoli. La collaborazione nasce dall'esigenza di sviluppare un approccio comparatistico tra gli Stati membri, al fine di sviluppare una regolamentazione ed un'applicazione unitaria, in materia di appalti pubblici, all'interno dell'Unione europea. Ogni volume consta di un capitolo dedicato all'Unione europea, di un capitolo per ognuno degli ordinamenti rappresentati, redatto sulla base di un questionario e di un successivo *workshop* nonché di un capitolo relativo alla comparazione e valutazione della misura dell'armonizzazione raggiunta.

La prima pubblicazione della *European Procurement Law Series* è intitolata *The In-House Providing in European Law*.

Questo volume analizza lo stato attuale della normativa comunitaria in ambito di società *in-house*, la cui nozione rappresenta un elemento di demarcazione per l'applicazione della normativa in materia di appalti. Tale normativa si applica nel caso in cui l'ente appaltante decida di esternalizzare alcune attività all'interno di un mercato concorrenziale basato sulla trasparenza.

Talvolta gli enti pubblici possono organizzarsi per offrire i loro servizi o per reperire le prestazioni di cui hanno bisogno per esercitare le loro finalità istituzionali. Il problema è stabilire in quali casi ciò può avvenire.

Il punto di partenza per l'analisi della disciplina sull'*in-house* è rappresentato dal testo di legge ed, in particolare, dalle disposizioni dettate dalle direttive comunitarie in materia di appalti; successivamente l'attenzione si sposta sull'applicazione giurisprudenziale, la quale ha incontrato nella sua evoluzione problemi tali da rendere necessari alcuni chiarimenti sui requisiti dell'*in-house*.

A ciò si aggiunga quanto stabilito dalla Comunicazione della Commissione n. C(2007)6661 sugli appalti pubblici e sulle concessioni al partenariato

pubblico-privato istituzionale, la quale ha previsto alcune modifiche in materia che richiedono di essere analizzate.

I due requisiti essenziali dell'*in-house*, individuati dalla giurisprudenza nel caso *Teckal*, sono: il controllo esercitato sulle società *in-house* dalle autorità pubbliche, che deve essere analogo a quello che esse esercitano sui propri servizi, ed il fatto che la società *in-house* deve svolgere la parte più importante della sua attività con le autorità pubbliche.

A partire proprio dal caso *Teckal* sono sorte incertezze interpretative basate principalmente sulla nozione di *controllo analogo* e di *parte più importante dell'attività*.

Il libro è volto, quindi, ad analizzare le diverse applicazioni della disciplina sull'*in-house* in riferimento alle diverse interpretazioni date circa le espressioni di cui sopra, avendo riguardo sia della giurisprudenza nazionale degli Stati membri, sia delle ultime decisioni del giudice europeo, allo scopo di trarre delle linee comuni e di stabilire un confine certo tra *in-house* e disciplina sugli appalti pubblici.

Dopo il primo volume, la *European Law Procurement Series* ha affrontato un altro aspetto problematico all'interno della disciplina degli appalti pubblici nel volume *The Law of Green and Social Procurement in Europe*.

Tale disciplina ha come scopo principale quello di contrastare ogni forma di protezionismo ed aprire, così, il mercato degli appalti pubblici al libero mercato europeo, al fine di garantire la libera circolazione di beni, servizi e forniture in tutti gli Stati membri.

La concorrenza libera e leale è, dunque, obiettivo primario dei pubblici appalti ma, ad esso, si accompagnano altre considerazioni rilevanti, denominate «condizioni secondarie»; tra queste, le problematiche ambientali e sociali sono state considerate importanti ai fini della garanzia di una libera concorrenza.

Questo campo, se da un lato non ha trovato una grande risonanza nella giurisprudenza comunitaria, dall'altro è stato oggetto di attenzione da parte delle istituzioni comunitarie che hanno adottato alcune misure per favorire gli appalti pubblici sostenibili.

In tale contraddittorio scenario si innestano le esperienze diverse degli Stati membri.

Dopo le sentenze della Corte di giustizia relative ai casi *Beentjes* e *Concordia Bus Finland*, la direttiva n. 2004/18/Ce ha rilevato, nel primo *considerando*, che: «La presente direttiva si basa sulla giurisprudenza della Corte di giustizia, in particolare sulla giurisprudenza relativa ai criteri di aggiudicazione, che chiarisce la possibilità per le amministrazioni aggiudicatrici di soddisfare le esigenze del pubblico interessato, tra l'altro in materia ambientale e sociale, purché tali criteri siano collegati all'oggetto dell'appalto, non conferiscano all'amministrazione aggiudicatrice una libertà incondizionata di scelta, siano espressamente menzionati e rispettino i principi fondamentali di cui

al *considerando 2*».

La direttiva chiarisce in che modo le amministrazioni aggiudicatrici possono contribuire alla tutela dell'ambiente e alla promozione dello sviluppo sostenibile garantendo, al tempo stesso, il rispetto del principio di libera concorrenza. La normativa europea sta quindi tentando un bilanciamento tra la competitività e gli obiettivi secondari, volti alla protezione ambientale ed alla tutela dei diritti sociali; quindi i principi di libera circolazione delle merci e dei servizi garantiti dalla disciplina sugli appalti vanno coordinati con i principi del Trattato europeo.

La direttiva in oggetto prevede, inoltre, che gli Stati membri possano far riferimento, nelle proprie politiche interne, a considerazioni sociali e ambientali in materia di appalti pubblici, anche se ciò è previsto come una mera facoltà.

Ad oggi la Commissione si propone di dare indicazioni alle autorità pubbliche sulle misure volte allo sviluppo degli obiettivi sociali ed ambientali conformemente ai principi di libera circolazione di derivazione comunitaria.

Tale impegno è rivelatore di quanto sia necessario chiarire, a livello comunitario, i limiti di applicazione degli appalti pubblici sostenibili.

Il terzo volume della *European Law Procurement Series*, appena pubblicato e intitolato «*Enforcement of the Eu-Public Procurement*», è dedicato all'attuazione della direttiva n. 2007/66/Ce in materia di ricorsi.

L'opera, dedicata alla concreta applicazione delle norme europee sugli appalti pubblici, è di particolare interesse non solo per coloro che operano in tale settore, ma anche per coloro che seguono in generale il diritto dell'Unione europea.

L'analisi si concentra sull'applicazione delle norme europee in materia di appalti pubblici a livello nazionale, dato che l'esecuzione degli appalti si svolge principalmente secondo procedure nazionali caratterizzate da sensibili differenze che devono comunque essere compatibili con il diritto europeo.

Enrica Adobati

Paolo Farah - Roberto Soprano, *Dumping e Antidumping - Una guida per le imprese di fronte alle sfide della globalizzazione*, Milano, Il Sole 24 Ore, 2009, pp. 204, € 24,00

Il volume rappresenta un significativo contributo per l'eliminazione di taluni preconcetti, diffusi nel mondo imprenditoriale, relativi al fenomeno del *dumping* e agli strumenti volti a contrastarlo.

In passato questi argomenti, considerati eccessivamente tecnici, rischiavano di restare appannaggio di una ristretta cerchia di cultori della materia.

Negli ultimi anni il ricorso alle misure di difesa commerciale ed in particolare ai dazi *antidumping* è stato oggetto di un acceso dibattito alimentato non solo dagli specialisti che se ne occupano direttamente, da un punto di vista accademico e/o professionale, ma sempre più spesso anche dalla stampa internazionale. Ciò ha però causato la diffusione di un sapere superficiale o approssimativo relativamente a istituti che, proprio per la natura altamente tecnica e per gli studi approfonditi che presuppongono, non sempre vengono intesi correttamente nel loro funzionamento e nelle loro finalità.

L'opera in esame, presentata da esponenti autorevoli del mondo accademico ed imprenditoriale, offre alle imprese, attori fondamentali nel sistema dell'*antidumping*, un quadro generale delle tematiche principali connesse a questa materia, grazie alla linearità della scrittura e all'esauriente trattazione. Gli A. tuttavia, pur rivolgendosi principalmente alle imprese, intendono offrire validi spunti di riflessione anche a coloro che già conoscono la materia.

La prima parte è volta a fornire un inquadramento del concetto di *dumping*, termine che viene correntemente utilizzato per indicare pratiche tra loro anche molto differenti, rendendo più agevole la distinzione tra la definizione giuridica e la nozione economica ad essa sottesa, nonché differenziando opportunamente i fenomeni di *dumping* sociale, monetario ed ambientale. I dibattiti sorti attorno a questi temi sono particolarmente accesi, anche alla luce degli interessi contrapposti tra i Paesi emergenti ed industrializzati; i primi intendono mantenere *trend* di crescita da *record*, pur presentando sperequazioni interne nella distribuzione del reddito assai rilevanti; i secondi accusano i colpi della concorrenza dei Paesi emergenti e rischiano massicce delocalizzazioni della produzione in Paesi che consentono di ridurre determinati costi.

Lo studio non confina la trattazione a dissertazioni meramente teoriche, ma adotta un approccio volutamente pratico, presentando anche dati statistici che consentono di cogliere la rilevanza delle operazioni di *dumping* e dei procedimenti *antidumping* nel commercio internazionale degli ultimi anni. I dati illustrati spiegano inoltre il ruolo degli strumenti di difesa commerciale nello scenario della crisi economica globale esplosa alla fine del 2008 e non ancora risolta.

La normativa comunitaria viene affrontata nella seconda parte. L'analisi è condotta senza dimenticare che l'*antidumping* trova la propria regolamentazione a livello internazionale nel diritto dell'Organizzazione Mondiale del Commercio, recepito dall'ordinamento giuridico dell'Unione Europea attraverso il cosiddetto regolamento di base *antidumping*. Il commento alla normativa comunitaria si focalizza in particolare su alcuni aspetti considerati di fondamentale importanza, quali il calcolo del margine di *dumping*, il pregiudizio, il nesso causale, al fine di offrire le nozioni indispensabili per comprendere come si giunge all'imposizione delle misure *antidumping*. Allo scopo di rendere meno astratta la trattazione e aggiungere riferimenti utili anche

per ulteriori approfondimenti, la spiegazione delle regole fondamentali è affiancata da un frequente richiamo dei casi della prassi.

Infine l'ultima parte del volume è incentrata sugli aspetti procedurali dell'*antidumping* necessari per comprendere i tempi e i modi di funzionamento degli istituti esaminati.

Ampio spazio viene riservato alla fase introduttiva del procedimento, ovvero la presentazione della denuncia, visto che rappresenta il momento più importante per le imprese che intendono chiedere l'avvio del procedimento. Ciò consente preventivamente di avere un'idea chiara degli elementi indispensabili che devono essere illustrati nella denuncia, nonché dei metodi di calcolo dei valori richiesti, sulla base dei documenti esplicativi elaborati dalla Commissione europea, cui sono dedicate alcune schede riassuntive. L'importanza di tali dettagliate spiegazioni emerge in modo particolare in relazione agli indici di valutazione del pregiudizio richiesti dalla Commissione, quali la sottoquotazione dei prezzi e la redditività dei denunciati.

Si intende in questo modo ridurre il rischio che difetti di comprensione del procedimento *antidumping* inducano le imprese in false aspettative o ingenerino timori immotivati nei confronti di uno strumento giuridico concepito al fine di meglio bilanciare e tutelare gli interessi economici dei privati coinvolti nel commercio internazionale.

Il libro è stato pubblicato nel 2009, non tiene quindi in considerazione le modifiche introdotte dal Regolamento (Ue) n. 182/2011 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. Tale riforma investe anche la difesa commerciale, in particolare l'adozione dei regolamenti che impongono le misure *anti-dumping* e alcuni termini del procedimento.

Antonella Forganni**

** Dottore di ricerca in Diritto internazionale dell'economia / Università Commerciale Luigi Bocconi; Post-dottorato / Beijing Normal University di Pechino.

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*

FAUSTO CAPELLI, *Direttore della Rivista*

PAOLO CENTORE, *Avvocato - Foro di Genova; docente a contratto di diritto tributario / Università degli Studi di Parma*

DANIELA FANCIULLO, *Specializzanda alla Scuola di Specializzazione per le Professioni Legali / Università degli Studi di Salerno*

ANTONELLA FORGANNI, *Dottore di ricerca in Diritto internazionale dell'economia / Università Commerciale Luigi Bocconi; Post-dottorato / Beijing Normal University di Pechino*

ANNA IERMANO, *Dottoranda di ricerca in «Spazio europeo di libertà, sicurezza e giustizia», indirizzo autonomo del Corso di dottorato in «Teoria delle Istituzioni dello Stato tra federalismo e decentramento»; assegnista di ricerca in «Cooperazione giudiziaria nell'Unione europea e ordinamento italiano» / Università degli Studi di Salerno*

GIUSEPPE LICASTRO, *Dottore in giurisprudenza / Università degli Studi "Mediterranea" di Reggio Calabria*

DANIELE PISANELLO, *Avvocato consulente in Legislazione Alimentare / Foro di Lecce e Bologna*

CRISTINA POZZI, *Professore a contratto di Diritto comunitario dei trasporti Jean Monnet / Università degli Studi di Parma*

LUIGI RUSSO, *Professore associato di Diritto agrario / Università degli Studi di Ferrara*

