

DIRITTO COMUNITARIO E DEGLI SCAMBI INTERNAZIONALI

Anno L – n. 3 – *Luglio-Settembre 2011*

Nuova serie de “Il diritto negli scambi internazionali”

Indice – Sommario

ARTICOLI

Federico Forni - La libertà di espressione del messaggio commerciale Pag. 407

Miriam Immediato - Il futuro dei diritti fondamentali nel sistema "Cedu-Carta" » 447

COMMENTI

Elisabetta Bergamini - La Corte di giustizia e le tariffe (massime) degli avvocati: ultime evoluzioni o ultimo *round*? » 491

Gianluca Belotti - *Eugenia Gambarara* - La (il)liceità dello scambio di informazioni sensibili nel diritto *antitrust* con particolare riferimento allo scambio e all'acquisto di informazioni tramite società terze » 523

Fausto Capelli - Gli alimenti senza glutine per celiaci: composizione ed etichettatura » 547

Maurizio D'Amico - La disciplina delle zone franche - *Parte Prima*: La normativa comunitaria » 555

COMUNICAZIONI E NOTE INFORMATIVE

Emmanuele Francesco Maria Emanuele - Progetto "Big Society": una grande opportunità per la società civile Pag. 585

Fausto Capelli - Valutazioni critiche e riflessioni propositive sulla relazione del Prof. E. F. M. Emanuele dedicata al progetto "Big Society" (o "Terzo Pilastro") » 593

GIURISPRUDENZA COMUNITARIA

I. SENTENZE E COMMENTI

Il sistema italiano di tariffazione forense non costituisce ostacolo al libero accesso al mercato di avvocati di altri Stati membri

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

Commissione europea c. Repubblica italiana » 485
(con commento di Elisabetta Bergamini)

II. MASSIMARIO ANNOTATO

(a cura di *Enrica Adobati*)

Gli effetti di provvedimenti giudiziari da adottare in materia di marchi nel territorio degli Stati membri come conseguenza di quelli adottati nel territorio del tribunale adito

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

DHL Express France SAS, già DHL International SA, c. Chronopost SA » 501

La Corte di giustizia precisa il luogo di esecuzione dell'obbligazione contrattuale dedotta in giudizio in presenza della clausola «*franco nostra sede*»

Sentenza della Corte di giustizia del 9 giugno 2011 in causa n. C-87/10

Electrosteel Europe SA c. Edil Centro SpA » 503

La Corte di giustizia precisa la nozione di pubblicità clandestina nelle trasmissioni televisive

Sentenza della Corte di giustizia del 9 giugno 2011 in causa n.

C-52/10

Eleftheri tileorasi AE «ALTER CHANNEL», Konstantinos Giannikos c. Ypourgos Typou kai Meson Mazikis Enimerosis, Ethniko Symvoulío Radiotileorasis

Pag. 505

La Corte di giustizia interpreta la direttiva sulla vendita dei beni di consumo in relazione ai diritti che il consumatore fa valere nei confronti del venditore di un bene non conforme all'accordo contrattuale

Sentenza della Corte di giustizia del 16 giugno 2011 in cause riunite n. C-65/09 e n. C-87/09

Gebr. Weber GmbH (causa n. C-65/09) c. *Jürgen Wittmer*, e *Ingrid Putz* (causa n. C-87/09) c. *Medianess Electronics GmbH*

» 506

La Corte di giustizia interpreta la direttiva sul marchio comunitario e precisa che il diritto al nome non viene protetto unicamente come attributo della personalità ma anche nei suoi aspetti economici

Sentenza della Corte di giustizia del 5 luglio 2011 in causa n. C-263/09 P

Edwin Co. Ltd c. *Ufficio per l'armonizzazione nel mercato interno (UAMI)*

» 508

La Corte di giustizia viene chiamata a pronunciarsi sulle violazioni del diritto dei marchi commesse dagli utenti del mercato online

Sentenza della Corte di giustizia del 12 luglio 2011 in causa n. C-324/09

L'Oréal SA, Lancôme parfums et beauté & Cie SNC, Laboratoire Garnier & Cie, L'Oréal (UK) Ltd c. *eBay International AG e altri*

» 510

La Corte di giustizia precisa le modalità di utilizzo di un marchio contenente l'indicazione geografica «Cognac»

Sentenza della Corte di giustizia del 14 luglio 2011 in cause riunite n. C-4/10 e n. C-27/10

Bureau national interprofessionnel du Cognac, con l'intervento di: *Gust. Ranin Oy*

» 514

GIURISPRUDENZA ITALIANA E STRANIERA

Banche dati ed *antitrust*: più la banca dati è efficiente più è grande il rischio *antitrust*?

Sentenza del Consiglio di Stato del 28 settembre-29 dicembre 2010 n. 9565

Autorità garante della concorrenza e del mercato c. San Paolo Imi s.p.a., Mediolanum Vita s.p.a., Montepaschi Vita s.p.a., Assicurazioni Internazionali Previdenza s.p.a., Banca Popolare di Verona e Novara s.c. a r.l., Iama Consulting s.r.l.

(con commento di *Gianluca Belotti* e
Eugenia Gambarara)

Pag. 517

ATTI DELLE ISTITUZIONI EUROPEE

Il 1° gennaio 2012 entrerà in vigore il Regolamento su composizione ed etichettatura dei prodotti alimentari per celiaci

Regolamento (Ce) n. 41/2009 della Commissione, del 20 gennaio 2009, relativo alla composizione e all'etichettatura dei prodotti alimentari adatti alle persone intolleranti al glutine

(con nota di *Fausto Capelli*)

» 541

DOCUMENTAZIONE

Le zone franche nell'Unione europea

Tabella contenente l'elenco delle zone franche esistenti ed operative nell'Unione europea al 6 settembre 2011

(con commento di *Maurizio D'Amico*)

» 549

RECENSIONI

Ugo Villani, Valori comuni e rilevanza delle identità nazionali e locali nel processo di integrazione europea (*Angela Di Stasi*)

» 621

Anna Lisa Verdecchia, Lo Stato partner-cosmopolitico. Origine e regimi normativi di partnership e Human Rights (*Francesco Buonomenna*)

» 623

Hanno collaborato a questo numero

» 625

ARTICOLI

LA LIBERTÀ DI ESPRESSIONE DEL MESSAGGIO COMMERCIALE

Sommario: **1.** *La pubblicità* - **2.** *Il messaggio pubblicitario e la libertà di espressione* - **2.a** *La tutela del messaggio pubblicitario e la Corte Suprema degli Stati Uniti d'America* - **2.b** *La tutela del messaggio pubblicitario e la Corte europea dei diritti dell'uomo* - **3.** *L'orientamento nell'Unione europea* - **3.a** *Le restrizioni della pubblicità possono ostacolare il commercio* - **3.b** *L'informazione non è pubblicità* - **3.c** *Libertà di espressione del «pensiero» pubblicitario e mezzo televisivo* - **3.d** *Pubblicità e tutela della salute pubblica* - **4.** *Conclusioni.*

1. La pubblicità

La pubblicità può apparire un fenomeno del nostro tempo nel quale i messaggi promozionali costituiscono parte integrante del panorama delle città e invadono la vita quotidiana introducendosi nelle nostre case con i programmi radiofonici e televisivi, attraverso le pagine dei mezzi di informazione tradizionali e le nuove tecnologie informatiche. Tuttavia, una più attenta analisi mostra come la comunicazione commerciale sia più risalente nel tempo. L'inizio del cammino che ha portato la pubblicità a divenire un fenomeno di massa si può infatti far coincidere con l'invenzione della stampa, in quanto l'ingegno di Gutenberg ha indubbiamente favorito la disseminazione di notizie ed informazioni. La diffusione dei giornali convinse gli operatori commerciali ad inserire tra le notizie avvisi sulle loro attività. Agli inizi della seconda metà del XVIII secolo, gli annunci economici erano diventati «so numerous that they are very negligently perused, and it is therefore become necessary to gain attention by magnificence of promises, and by eloquence sometimes sublime and sometimes pathetick»¹.

¹ S. Johnson, *The art of advertising exemplified*, in *The Idler*, n. 40, January 20th, 1759, ripreso da A. MURPHY, *The work of Samuel Johnson*, vol. 5th, London, S. and R. Bentley, 1823. «The Idler»

Nei secoli seguenti, la progressiva diffusione di un sufficiente grado di benessere economico spalancò l'accesso ai beni di consumo a fasce sempre più vaste di popolazione. Tuttavia, la piaga dell'analfabetismo non permetteva di raggiungere tutti gli strati sociali con informazioni scritte per cui la pubblicità murale intese colpire l'individuo con immagini efficaci in grado di sintetizzare miti ed aspirazioni dell'immaginario collettivo. Non deve quindi sorprendere che il mondo politico si impadronisse di tale forma di comunicazione nel tentativo di convincere gli elettori della bontà delle idee a cui veniva associato il progetto di governo dei diversi partiti e dei loro candidati. Nacque di conseguenza la propaganda elettorale².

In questo periodo il mondo della pubblicità assunse per i consumatori il fascino dei divi, diventando tanto importante agli occhi dell'opinione pubblica da indurre uno statista come Franklin D. Roosevelt, in quel momento governatore dello Stato di New York, a dichiarare nel discorso pronunciato nel 1931 davanti alla *Advertising Federation of America* che «[i]f I were starting life over again (...) I would go into the advertising business in preference to almost any other»³.

L'avvento dei mezzi di comunicazione radiotelevisivi nella seconda metà del '900 ha rivoluzionato il mondo dell'informazione e, di conseguenza, anche quello pubblicitario. L'attuale millennio, attraverso lo sviluppo prepotente delle nuove tecnologie, sta apportando cambiamenti impensabili fino a qualche anno orsono nel modo di vivere, di acquistare i beni e di soddisfare il bisogno di conoscenza del consumatore medio. Questa evoluzione potrebbe aver consolidato le basi di una sostanziale libertà di circolazione dei beni e dei servizi, in quanto «[i]l commercio elettronico e la società dell'informazione riducono l'importanza della distanza nella pubblicità, nel marketing e nella distribuzione di molti prodotti, ma soprattutto nel caso dei servizi»⁴. Nello stesso tempo, internet non ha solo creato una piattaforma transnazionale

fu un settimanale pubblicato da Johnson ogni sabato dal 15 aprile 1758 al 5 aprile 1760 (n. 103). Il primo annuncio pubblicitario fu inserito nel n. 30 (11 novembre 1758). La prima pagina di questo numero e del successivo (n. 31) riportò una frase che si può considerare il primo codice deontologico in campo pubblicitario: «[a]s this Paper is now so well established as to exceed the Proprietors' most sanguine Expectations, they intend henceforth to insert advertisements, but such only will be admitted as are perfectly decent, and intended to promote Trade, or that are otherwise serviceable to the Publick» (J. D. FLEEMAN, *A Bibliography of the Works of Samuel Johnson*, Oxford, Oxford University Press, 1999, p. 733).

² L'uso di messaggi elettorali murali come strumento di propaganda politica era già conosciuto nella Roma antica. A sostegno di questa affermazione si consideri, ad esempio, che «[t]he election graffiti from Pompeii in which the "muliones" recommend various candidates are all located in Via delle Consolare in close proximity to the Herculaneum gate» (R. LAURENCE, *The Roads of Roman Italy: Mobility and Cultural Change*, London, Routledge, 1999, p. 134).

³ D. BARTHEL, *Putting on Appearance. Gender and Advertising*, Philadelphia, Temple University Press, 1989, p. 21.

⁴ Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato Economico e Sociale e al Comitato delle Regioni, Strategia della politica dei consumatori 2002-2006, Com(2002)208 def., 7 maggio 2002, in *Guce* n. C 137 dell'8 giugno 2002, p. 4, par. 2.3.2.

dove è possibile scambiare prodotti e informazioni, ma ha anche stimolato un incredibile aumento dei messaggi promozionali⁵.

La maggiore incisività degli annunci commerciali non è comunque imputabile esclusivamente alle nuove tecnologie. Infatti, il passaggio da una fase artigianale ad uno stadio industriale ha interessato anche il mondo della pubblicità producendo lo sviluppo di tecniche di *marketing* il cui esito positivo viene misurato esclusivamente in termini di incremento delle vendite. Tuttavia, la ricerca del successo commerciale non giustifica una mistificazione del messaggio, quale una pratica tendente ad acquisire una maggiore credibilità attraverso il parere di un esperto, come è avvenuto, ad esempio, nel caso in cui furono utilizzate «in modo distorto e subdolo le opinioni [... espresse in] un'intervista concessa per denunciare inequivocabilmente i rapporti esistenti fra la diffusione del fumo e la malattia del cancro»⁶. In conseguenza dello sviluppo dei servizi promozionali, sorse quindi la necessità per gli addetti ai lavori di dotarsi di regole comportamentali in cui l'etica fosse in grado di incanalare gli obiettivi prettamente commerciali. L'esigenza di un «codice» in materia si concretizzò per la prima volta in Inghilterra alla fine del XIX secolo (1890), sebbene le origini delle norme «moderne» si possano fare risalire alle regole delineate dalle associazioni del secolo successivo (*Advertsing Club of America*, 1905). L'introduzione nel panorama continentale europeo di questi principi dovrà attendere il 1937, anno in cui la *Chambre de Commerce Internationale* di Parigi ha racchiuso le prime linee guida comportamentali all'interno del *Code de Pratiques Loyales en Matière de Publicité*⁷. L'Italia aspetterà il secondo dopoguerra per dotarsi di regole etiche. L'era moderna del messaggio commerciale italiano può infatti essere fatta coincidere con l'introduzione nel 1951 del codice proposto dall'UPA (Utenti pubblicità associati), il quale fu sviluppato in momenti successivi per dar origine al Codice di autodisciplina pubblicitaria (1975), più volte aggiornato nel corso di questi anni.

2. Il messaggio pubblicitario e la libertà di espressione

Occorre ora soffermarsi sulla legittimità di un atto che intenda limitare la divulgazione di un messaggio promozionale o informativo dal momento che esso rappresenta una delle modalità con cui l'essere umano può esternare le proprie idee ed esprimere le proprie opinioni. Considerando la pubblicità sotto questo punto di vista, appare indubbio che essa, come tutte le forme tramite

⁵ A. STAZI, *La pubblicità commerciale on line*, Milano, Giuffrè, 2004, p. 14 ss.

⁶ Sent. Cass. civ., sez. I, del 22 giugno 1985 n. 3769, *Soc. Austria Tabakwerke GmbH c. Veronesi e Istituto nazionale per lo studio e la cura dei tumori*, in *Foro it.*, vol. 108, 1985, I, c. 2217.

⁷ C. VON BAR - U. DROBNIG e G. ALPA, *The Interaction of Contract Law and Tort and Property Law in Europe: A Comparative Study*, München, Sellier, 2004, p. 273.

le quali si possono manifestare il pensiero e l'ingegno dell'individuo, debba essere costituzionalmente protetta. Nello stesso tempo, non si possono limitare il diritto e il dovere di uno Stato di impedire che i suoi cittadini siano sollecitati a consumare un bene che potrebbe rilevarsi dannoso per la loro salute⁸. Di conseguenza, le prerogative dell'autorità pubblica possono contrastare la libertà di ogni impresa di propagandare liberamente i propri prodotti e possono opporsi al diritto dei cittadini di ottenere informazioni sulle caratteristiche dei beni e dei servizi disponibili al fine di compiere scelte autonome e consapevoli.

Un ulteriore motivo impedisce di accordare un regime di comunicazione pubblicitaria completamente libero. L'importanza delle attività commerciali nell'odierna società potrebbe indurre le imprese ad adottare comportamenti non rispettosi dell'individuo, disturbando la sua vita privata con messaggi invadenti⁹. Questa pratica non può essere giustificata dalla necessità di sviluppare il commercio attraverso la ricerca di nuovi sbocchi per la vendita dei beni di un sistema produttivo che riconosce nell'economia di scala uno dei principali valori portanti. Tali ragioni rendono inopportuno affidare la correttezza di un messaggio e le modalità della sua diffusione esclusivamente ad un codice di condotta¹⁰, che non può rappresentare il punto di arrivo di un sistema giuridico, sebbene ogni ordinamento democratico abbia riconosciuto come fondamentale il diritto dell'uomo di fornire, ricevere e discutere liberamente opinioni ed informazioni. Le legislazioni nazionali hanno quindi introdotto disposizioni aventi lo scopo di imporre limiti al contenuto del messaggio pubblicitario che lo sviluppo delle moderne tecnologie e il progresso delle tecniche di *marketing* hanno reso sempre più raffinato ed aggressivo¹¹. Di conseguenza, l'incondizionata libertà di esprimere il proprio pensiero nel significato costituzionale del termine rappresenta un'eccezione in quanto di regola tale

⁸ Tale esigenza è presa in considerazione, ad esempio, dalla direttiva n. 2003/33/Ce del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 maggio 2003, sul ravvicinamento delle disposizioni legislative, regolamentari e amministrative degli Stati membri in materia di pubblicità e di sponsorizzazione a favore dei prodotti del tabacco, in *Gu-UE* n. L 152 del 20 giugno 2003, p. 16 ss. Si vedano anche l'interrogazione scritta n. E-0520/99 dell'8 marzo 1999 di R. Wieland alla Commissione avente per oggetto «Progetto di vietare la pubblicità di prodotti come alcool, dolciumi, armi giocattolo e autoveicoli veloci» e la risposta data dal signor Monti il 26 aprile 1999, in *Guce* n. C 325 del 12 novembre 1999, p. 120.

⁹ E. B. CLEFF, *Regulating mobile advertising in the European Union and the United States*, in *Computer Law & Security Report*, vol. 24, 2008, p. 421 ss.

¹⁰ Il Codice di condotta «viene (...) concepito come uno strumento di autodisciplina che gli operatori di un determinato settore economico si impegnano ad osservare quando intendono far ricorso a pratiche commerciali per promuovere la vendita dei propri prodotti o dei propri servizi» (F. CAPELLI, *Considerazioni giuridiche sull'ammissibilità e sulla portata di Codici di condotta elaborati da associazioni di medici professionisti con riferimento ai prodotti alimentari*, in questa *Rivista*, 2009, p. 388).

¹¹ Si consideri, ad esempio, che «[i]n the UK more than 150 statutes and statutory instruments impact upon commercial speech» (I. CRAM, *Contested Words, Legal restrictions on Freedom of Speech in Liberal Democracies*, London, Ashgate Publishing, 2006, p. 271).

libertà viene sottoposta a norme restrittive¹². L'esigenza di porre dei limiti alla manifestazione del pensiero nasce con il riconoscimento della libertà di espressione essendo presente nello stesso momento in cui gli albori della Rivoluzione francese portarono per la prima volta a codificare tale diritto¹³.

I confini all'interno dei quali le norme giuridiche devono mantenere la comunicazione pubblicitaria ha aperto un dibattito che ha messo in risalto il conflitto esistente tra il diritto del consumatore ad essere tutelato, da una parte, e la libertà di espressione del produttore ed il diritto all'informazione del consumatore stesso, dall'altra. A titolo esemplificativo, si può ricordare come l'industria del tabacco abbia lanciato in Brasile una campagna contro il divieto di pubblicizzare le sigarette adducendo che il provvedimento intendeva soffocare la libertà di espressione, il diritto dei cittadini di essere informati e la libertà di scelta del consumatore¹⁴.

Analizzare la controversa problematica relativa alla libertà di diffondere messaggi promozionali significa ripercorrere un lungo percorso temporale che, sorto in un primo tempo negli Stati Uniti, si è successivamente diffuso anche nella restante parte del mondo industrializzato.

2.a La tutela del messaggio pubblicitario e la Corte Suprema degli Stati Uniti d'America

Tradizionalmente, nella giurisprudenza statunitense solo i messaggi osceni¹⁵, diffamanti¹⁶ o le «*fighting words*»¹⁷ non ricadevano sotto la protezione

¹² F. SCHAUER, *The Boundaries of the First Amendment: A Preliminary Exploration of Constitutional Salience*, in *Harvard Law Review*, vol. 117, 2004, p. 1768. Si veda anche S. FISH, *There's No Such Thing as Free Speech ... and it's a good thing too*, New York, Oxford University Press, 1994, p. 102, in cui si sostiene che la libertà di parola è un'espressione utile a focalizzare la nostra attenzione su una particolare forma di comunicazione, ma non implica l'impossibilità assoluta di interferire con la manifestazione del pensiero umano.

¹³ L'art. 11 della *Déclaration des droits de l'homme et du citoyen* (1789) stabiliva che «[l]a libre communication des pensées et des opinions est un des droits les plus précieux de l'homme; tout citoyen peut donc parler, écrire, imprimer librement, sauf à répondre de l'abus de cette liberté dans les cas déterminés par la loi».

¹⁴ L. M. DA COSTA - S. GOLDFARB, *Government Leadership in Tobacco Control: Brazil's Experience*, in J. DE BEYER - L. W. BRIGDEN (eds.), *Tobacco control policy: strategies, successes, and setbacks*, Washington - Ottawa, World Bank Publications and Research for International Tobacco Control, 2003, p. 55.

¹⁵ *Roth v. United States*, 354 US 476, 1957 («implicit in the history of the First Amendment is the rejection of obscenity as utterly without redeeming social importance», p. 484). Nella sentenza va tuttavia notato il parere dissenziente del giudice Douglas, con il concorso del giudice Black, secondo cui: «I would give the broad sweep of the First Amendment full support. I have the same confidence in the ability of our people to reject noxious literature as I have in their capacity to sort out the true from the false in theology, economics, politics, or any other field» (ivi, p. 514).

¹⁶ «Neither the intentional lie nor the careless error materially advances society's interest in "uninhibited, robust, and wide-open" debate on public issues» (*Gertz v. Robert Welch, Inc.*, 418 US 323, 1974).

¹⁷ Nella sentenza *Chaplinsky v. New Hampshire* (315 US 568, 1942) la Corte Suprema ha sancito che «"fighting" words [are] those which, by their very utterance, inflict injury or tend to incite

garantita dal Primo emendamento¹⁸, in quanto considerati di valore talmente scarso da poter essere classificati solo come *non speech*.

La Corte Suprema comprese in un primo momento tra queste forme prive di tutela anche il messaggio pubblicitario negando la protezione costituzionale al suo contenuto. La decisione traeva origine dalla considerazione che il Primo emendamento aveva lo scopo di garantire la libertà di informazione e la possibilità di professare le proprie opinioni su questioni di pubblico interesse, mentre risultava «clear that the Constitution imposes not such restraint on government as respects purely commercial advertising»¹⁹. La dottrina ha esplicitato il senso di questa affermazione osservando come «[c]ommunications in connection with commercial transaction generally relate to a separate sector of social activity involving the system of property rights rather than free expression»²⁰. Per questo motivo, le comunicazioni commerciali non potevano godere della stessa tutela garantita alle altre forme di manifestazione del pensiero, in quanto «[i]t is the purpose of the First Amendment to preserve an uninhibited marketplace of ideas in which truth will ultimately prevail»²¹. Tale frase lascia indubbiamente trasparire lo scetticismo sulla capacità della pubblicità di costituire un mezzo in grado di fare prevalere la verità.

Tuttavia, questo quadro ben delineato cominciò ad incrinarsi nel momento in cui fu riconosciuto al giudice il compito di stabilire se un'inserzione in possesso di particolari caratteristiche che la potessero ricondurre, almeno in parte, all'ambito tipico dell'informazione dovesse rientrare esclusivamente nella definizione di messaggio commerciale. L'interesse governativo di tutelare la società civile poteva rappresentare un valore prioritario rispetto al diritto di informazione solamente in caso di assoluta prevalenza dell'aspetto mercantile, escludendo, quindi, dalla tutela garantita dal Primo emendamento solo le iniziative di natura esclusivamente promozionale²². Questo nuovo orientamento indusse la Corte Suprema, una volta riconosciuta la presenza di contenuti di pubblico interesse, a dichiarare protetto un messaggio pubblicitario

an immediate breach of the peace» (*ivi*, p. 572), chiarendo che «no words being "forbidden except such as have a direct tendency to cause acts of violence by the persons to whom, individually, the remark is addressed"» (*ivi*, p. 573).

¹⁸ United States Constitution, Amendment I: «Congress shall make no law respecting an establishment of religion, or prohibiting the free exercise thereof; or abridging the freedom of speech, or of the press; or the right of the people peaceably to assemble, and to petition the government for a redress of grievances».

¹⁹ *Valentine v. Chrestensen*, 316 US 55, 1942.

²⁰ T. I. EMERSON, *Toward a General Theory of the First Amendment*, in *Yale Law Journal*, vol. 72, 1963, p. 949.

²¹ *Red Lion Broadcasting Co. v. FCC*, 395 US 390, 1969.

²² «Any First Amendment interest which might be served by advertising an ordinary commercial proposal and which might arguably outweigh the governmental interest supporting the regulation is altogether absent when the commercial activity itself is illegal and the restriction on advertising is incidental to a valid limitation on economic activity» (*Pittsburgh Press Co. v. Pittsburgh Commission on Human Relations*, 413 US 389, 1973).

che informava gli abitanti della Virginia, la cui legislazione vietava l'aborto, della possibilità di sottoporsi legalmente a tale intervento nello Stato di New York²³. Basandosi sull'esistenza di valori sociali altrettanto validi, i giudici annullarono poco tempo dopo una norma in vigore in Virginia che sanzionava, in quanto colpevoli di condotta non professionale, i farmacisti che avessero pubblicizzato il prezzo dei medicinali da loro venduti. Nella motivazione, la Corte specificò che questa forma promozionale costituiva un valido ausilio per gli indigenti e gli anziani, in quanto tali informazioni permettevano di confrontare le diverse proposte commerciali e, di conseguenza, consentivano ai consumatori di allocare in maniera efficiente le loro risorse economiche²⁴. Questi casi dimostrano come la presenza di contenuti sociali sia valutata un legittimo motivo in grado di giustificare la protezione di un messaggio pubblicitario, anche nel caso in cui l'iniziativa abbia unicamente lo scopo di assicurare un vantaggio economico ai produttori o ai venditori di beni e servizi²⁵.

Questo modo di procedere riscosse l'approvazione di una parte della dottrina che ha ritenuto opportuno sottolineare come «[b]y providing the consuming public with information, commercial speech aids in the attainment of society's goal of intellectual self-fulfilment and, more importantly, helps the individual to rationally plan his life to achieve the maximum satisfaction possible within the reach of his resources. In so doing it serves an important function as a catalyst in the achievement of personal self-realization»²⁶. Tuttavia, anche nel caso in cui sia riconosciuta la presenza di un valore sociale nel messaggio, la tutela di una comunicazione promozionale non può essere ritenuta incondizionata come appare evidente dall'affermazione della Corte Suprema secondo la quale «the Constitution accords less protection to commercial speech than to other constitutionally safeguarded forms of expression»²⁷.

In una situazione in cui la protezione dipende dalla tipologia dell'annuncio, risulta evidente la necessità di definire senza ambiguità il significato di *commercial speech*. Quindi, per raggiungere una maggior trasparenza interpretativa, la Corte elaborò alcuni criteri al fine di valutare se un'informazione commerciale potesse essere tutelata dal Primo emendamento²⁸. Tuttavia, le

²³ *Bigelow v. Virginia*, 421 US 809, 1975.

²⁴ *Virginia State Board of Pharmacy v. Virginia Citizen Consumer Council, Inc.*, 425 US 748, 1976. In questa sentenza, il giudice Blackman chiarì la propria posizione nettamente favorevole alla tutela della libertà d'informazione con l'affermazione secondo la quale «[a]s to the particular consumer's interest in the free flow of commercial information, that interest may be as keen, if not keener by far, than his interest in the day's most urgent political debate» (*ivi*, p. 763).

²⁵ *Consolidated Edison v. Public Service Commission of New York*, 447 US 530, 1980.

²⁶ M. A. REDISH, *The First Amendment in the Marketplace's Commercial Speech and the Values of Free Expression*, in *George Washington Law Review*, vol. 39, 1971, p. 472.

²⁷ *Bolger v. Youngs Drug Prods. Corp.*, 463 US 64-65, 1983.

²⁸ *Central Hudson Gas & Electric Corp. v. Public Service Commission of New York*, 447 US 557, 1980.

pronunce, forse per la difficoltà di raggiungere questo intento, sembrano essersi maggiormente concentrate sulla formulazione di una definizione negativa, tendente cioè ad indicare gli aspetti che esulano dai contenuti insiti nel messaggio pubblicitario, piuttosto che sull'elaborazione di una nozione che ne enunciassero i tratti distintivi. Parte della dottrina non ha completamente condiviso un'impostazione basata su una rigida predeterminazione dei criteri attraverso i quali distinguere la natura della comunicazione. Le perplessità nascono dal fatto che elevare a parametri di valutazione i molti luoghi comuni che caratterizzano le forme di espressione promozionale potrebbe portare a palesi contraddizioni, qualora le opinioni rese banali dall'abuso generalizzato fossero impiegate in modo acritico²⁹. Se si associassero, ad esempio, i costi di realizzazione e di diffusione del messaggio al concetto di comunicazione promozionale, si dovrebbe stabilire, in contrasto con alcune sentenze della Corte Suprema, la natura esclusivamente pubblicitaria di tutte le inserzioni a pagamento³⁰. Seguendo la stessa logica, la maggior parte dei libri, delle riviste e dei quotidiani dovrebbe rientrare tra le pubblicazioni commerciali qualora il concetto di pubblicità fosse associato ad una vendita a scopo di profitto³¹. Classificare infine come promozionali tutti i messaggi associati a richieste di denaro equivarrebbe a smentire le pronunce della Corte sui casi riguardanti gruppi religiosi o politici³².

Gli esempi riportati sono la palese evidenza delle difficoltà insite nella decisione di applicare in modo rigoroso e acritico criteri prestabiliti. In un momento successivo, questo ragionamento costituì probabilmente lo stimolo che indusse i magistrati a ritenere opportuno integrare le regole da loro stessi imposte anche con altri fattori, tra cui si possono ricordare i riferimenti del prodotto, il formato dell'opuscolo e le motivazioni economiche, spiegando tuttavia in una nota di una sentenza che non tutte queste condizioni devono essere rispettate per consentire di pervenire al giudizio finale³³. In un caso successivo, i giudici, oltre ad applicare i criteri proposti, esaminarono il messaggio in modo estremamente accurato essendo consapevoli della difficoltà di raggiungere una conclusione che potesse essere accettata senza sollevare polemiche³⁴.

In ogni modo, le difficili problematiche insite nella materia esposero la Corte Suprema a critiche severe evidenziate dall'opinione di alcuni commentatori i quali ravvisarono nelle diverse pronunce non tanto il consolidamento

²⁹ A. KOZINSKI - S. BANNER, *Who's Afraid of Commercial Speech*, in *Virginia Law Review*, vol. 76, 1990, p. 627 ss.

³⁰ *New York Times Co. v. Sullivan*, 376 US 254, 1964; *Buckley v. Valeo*, 424 US 1, 1976.

³¹ *Virginia State Board of Pharmacy v. Virginia Citizen Consumer Council, Inc.*, cit. *supra*, nota 24, p. 761.

³² *NAACP v. Button*, 371 US 415, 1963; *Cantwell v. Connecticut*, 310 US 296, 1940.

³³ *Bolger v. Youngs Drug Prods. Corp.*, cit. *supra*, nota 27, p. 66 ss., nota 14.

³⁴ *City of Cincinnati v. Discovery Network, Inc.*, 507 US 423, 1993.

di una linea di pensiero, quanto un procedere confuso ed incoerente³⁵. In effetti, come traspare dai cenni precedenti, la Corte non ha utilizzato nel corso del tempo criteri omogenei per valutare se il messaggio possedesse un esclusivo valore commerciale o contenesse al suo interno anche caratteristiche tipiche dell'attività divulgativa. Tuttavia, le accuse della dottrina non appaiono completamente condivisibili. Pur criticando l'operato della Corte, gli Autori avrebbero dovuto mettere in evidenza come anche i giudici abbiano ammesso la difficoltà di formulare una definizione conclusiva e incontestabile di messaggio promozionale³⁶.

In effetti, se si incentra l'analisi sulla presenza di motivazioni economiche, si può giungere a conclusioni differenti rispetto ai risultati ricavabili da un esame focalizzato sulle particolari qualità informative presenti all'interno dell'annuncio promozionale. Un esempio in grado di chiarire il significato di questa affermazione può essere rappresentato da un'ipotetica intervista durante la quale un industriale descriva le innovazioni tecniche peculiari dei beni di largo consumo prodotti dalle sue aziende. L'articolo giornalistico può rappresentare un messaggio pubblicitario qualora si valutino preponderanti le motivazioni economiche che hanno indotto l'imprenditore a concedere l'intervista e a permetterne la pubblicazione su un giornale rivolto ad un pubblico non selezionato. Al contrario, lo stesso articolo può essere ritenuto almeno in parte divulgativo, e non esclusivamente promozionale, nel caso in cui, oltre agli obiettivi commerciali, siano considerati anche gli accenni di natura tecnica che un lettore non esperto potrebbe essere curioso di conoscere. Esiste pertanto una difficoltà oggettiva nell'individuare il criterio più logico e legittimo da applicare per riconoscere in un messaggio pubblicitario intenti esclusivamente promozionali e per escludere la presenza di contenuti di interesse collettivo.

Inoltre, i giudizi negativi della dottrina dovrebbero considerare il fatto che la delicatezza dell'argomento ha diviso anche i commentatori senza che il dibattito abbia contribuito alla formulazione di una definizione unanimemente condivisa. Da un lato, infatti, si ritrovano posizioni molto critiche verso l'affermazione di una possibile protezione incondizionata del contenuto dei messaggi pubblicitari, come emerge dalle tesi che si spingono fino al punto di ipotizzare conseguenze sociali disastrose in seguito ad un'eventuale estensione

³⁵ K. E. YANES, *Glickman v. Wileman Bros. & Elliot, Inc.: Has the Supreme Court Lost its Way?*, in *Stetson Law Review*, vol. 27, 1998, p. 1490. Il titolo dell'articolo riprende l'amara considerazione con cui il giudice Thomas concluse il proprio parere dissenziente alla sentenza oggetto della nota («surely we have lost our way», *Glickman, Secretary of Agriculture v. Wileman Brothers & Elliott, Inc. et al.*, 521 US 506, 1997).

³⁶ *Edenfield v. Fane*, 507 US 765, 1993 («ambiguities may exist at the margins of the category of commercial speech»); *City of Cincinnati v. Discovery Network, Inc.*, cit. *supra*, nota 34, p. 419 («the difficulty of drawing bright lines that will clearly cabin commercial speech in a distinct category»); *Zauderer v. Office of Disciplinary Counsel, Supreme Court of Ohio*, 471 US 637, 1985 («More subject to doubt, perhaps, are the precise bounds of the category of expression that may be termed commercial speech»).

della tutela³⁷. Commentatori di opinione diametralmente opposta contrappongono a tale linea di pensiero il timore che la negazione del diritto ad una libera informazione pubblicitaria possa incoraggiare «overly broad statutes [that] risk restricting speech that is not necessarily commercial»³⁸. Una parte della giurisprudenza concorda con questa ultima osservazione, come emerge dalle parole del giudice Stevens secondo cui «attempts to regulate speech are more dangerous than attempts to regulate conduct»³⁹.

Seguendo un modello maggiormente propenso ad applicare i principi della libertà di espressione anche ai contenuti degli annunci promozionali, la Corte Suprema degli Stati Uniti ha dichiarato contraria al Primo emendamento una serie di misure adottate in Massachusetts allo scopo di proteggere i giovani dai danni provocati dall'uso del tabacco. I giudici hanno ritenuto che detto Stato non avesse dimostrato che le disposizioni avessero avuto l'impatto sperato sui giovani né che fossero proporzionate allo scopo previsto. Il mancato raggiungimento degli obiettivi ha spinto l'organo giudicante a ritenere che le restrizioni costituissero una limitazione non necessaria della libertà di espressione⁴⁰. Questa sentenza ribadisce un precedente orientamento in cui la stessa Corte si era dimostrata contraria ad accettare il principio secondo il quale «legislatures have broader latitude to regulate speech that promotes socially harmful activities, such as alcohol consumption, than they have to regulate other types of speech»⁴¹. I giudici hanno voluto ricordare come l'obiettivo della disposizione restrittiva dovesse essere legittimo e perseguito in modo proporzionato arrecando il minor pregiudizio possibile alla libertà di espressione, la quale doveva essere comunque tutelata anche in quei casi che rientravano in un ambito di tipo esclusivamente commerciale. Tuttavia, non si deve ritenere che i giudici federali intendessero accordare la massima libertà al messaggio pubblicitario. Infatti, essi hanno anche stabilito che le garanzie del Primo emendamento abbracciano la libertà di espressione intesa come «a term necessarily comprising the decision of both what to say and what not to say»⁴².

La necessità di un'interpretazione che consenta di attuare una certa limitazione del messaggio pubblicitario appare infatti accettata in tutto il mondo industrializzato, anche se tale approccio deve essere sottoposto a valutazioni rigorose per determinare la sussistenza di condizioni che legittimino l'ado-

³⁷ L. R. KERR, *From Sullivan to Nike: Will the Noble Purpose of the Landmark Free Speech Case Be Subverted to Immunize False Advertising?*, in *Communication Law and Policy*, vol. 9, 2004, p. 560.

³⁸ W. W. ELDRIDGE IV, *Just do it: Kasky v. Nike, Inc. Illustrates that it is Time to Abandon the Commercial Speech Doctrine*, in *George Mason Law Review*, vol. 12, 2003, p. 207.

³⁹ *44 Liquormart, Inc. v. Rhode Island*, 517 US 512, 1996.

⁴⁰ *Lorillard Tobacco Co. v. Reilly*, 533 US 525, 2001.

⁴¹ *Rubin v. Coors Brewing Co.*, 514 US 476, 1995, nota 2.

⁴² *Riley v. National Federation of the Blind of North Carolina*, 487 US 782, 1988.

zione di provvedimenti restrittivi. Prima di addentrarsi in un'analisi circoscritta alla situazione europea e dell'Unione, si può rammentare, ad esempio, come la Corte Suprema giapponese abbia stabilito nel caso *Moxa Advertising* che le restrizioni in campo pubblicitario non costituiscono una limitazione della libertà di pensiero e di coscienza garantita dalla Costituzione, nel caso in cui i provvedimenti siano stati adottati allo scopo di salvaguardare la salute pubblica⁴³. La protezione dei minori è stata ritenuta dalla Suprema Corte canadese di valore superiore rispetto alla libertà di divulgare un messaggio promozionale nel momento in cui ha respinto, seppure con altra motivazione, il tentativo di un fabbricante di giocattoli di avvalersi della *Canadian Charter of Rights and Freedoms*⁴⁴ per contestare una norma che vietava di indirizzare messaggi pubblicitari ai minori di tredici anni⁴⁵.

2.b La tutela del messaggio pubblicitario e la Corte europea dei diritti dell'uomo⁴⁶

La pubblicità, in quanto forma di comunicazione, rappresenta un'espressione del pensiero umano garantita dall'art. 10, par. 1, della Convenzione sulla salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali (d'ora in poi CEDU)⁴⁷. La formulazione di questa disposizione non contiene, infatti, nessun elemento che possa indurre ad escludere una particolare forma o tipologia di comunicazione dalla tutela. In conformità con la lettera del paragrafo, la Corte europea dei diritti dell'uomo ha pertanto stabilito come «neither (...) does it distinguish between the various forms of expression»⁴⁸.

⁴³ Nel procedimento *Ōno v. Japan* (1961) (15 Keishū 2, p. 347), la Corte Suprema giapponese ha stabilito la liceità di alcune pratiche della medicina tradizionale come ad esempio la *moxa cautery*, una terapia che consiste nell'applicazione di ventose in particolari punti del corpo del paziente. Si veda H. ITOH - L. W. BEER (eds.), *The Constitutional Case Law of Japan. Selected Supreme Court Decisions, 1961-70*, Seattle, University of Washington Press, 1978, p. 217 ss.

⁴⁴ Per la precisione si tratta della *section 7* della *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, la quale stabilisce che «[e]veryone has the right to life, liberty and security of the person and the right not to be deprived thereof except in accordance with the principles of fundamental justice».

⁴⁵ *Irwin Toy Ltd. v. AG Quebec*, 1 SCR 927, 1989. In un passo della sentenza si afferma come «[a] plain, common sense reading of the phrase "Everyone has the right to life, liberty and security of the person" serves to underline the human element involved; only human beings can enjoy these rights. "Everyone" then, must be read in light of the rest of the section and defined to exclude corporations and other artificial entities incapable of enjoying life, liberty or security of the person, and include only human beings».

⁴⁶ Per approfondire questo argomento si veda *Freedom of expression in Europe: case-law concerning Article 10 of the European Convention of Human Rights*, Strasbourg, Council of Europe Publishing, 2007, specialmente il Cap. D, *Commercial Statement*, p. 79 ss.

⁴⁷ Council of Europe, Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, European Treaty Series n. 5, art. 10, par. 1: «Everyone has the right to freedom of expression. This right shall include freedom to hold opinions and to receive and impart information and ideas without interference by public authority and regardless of frontiers. This article shall not prevent States from requiring the licensing of broadcasting, television or cinema enterprises».

⁴⁸ Corte europea dei diritti dell'uomo, *Müller and Others v. Switzerland*, sentenza 24 maggio

Tuttavia, il par. 2 dello stesso articolo ammette la possibilità che gli Stati possano porre condizioni restrittive a tale libertà, purché le modalità di attuazione di tali limitazioni siano definite per legge e risultino necessarie per il corretto sviluppo di una società democratica⁴⁹. Si impone a questo punto la necessità di stabilire disposizioni rigorose cui attenersi per legittimare azioni limitanti la diffusione dell'informazione anche in funzione della tipologia del messaggio. Le norme che stabiliscono le restrizioni devono essere inoltre sufficientemente chiare e precise in modo che ogni individuo possa ragionevolmente prevedere le conseguenze che potrebbero scaturire dal suo modo di agire⁵⁰.

Nel medesimo art. 10, par. 2, i requisiti necessari a legittimare l'adozione di tali provvedimenti vengono sintetizzati attraverso l'uso di termini il cui significato merita un breve accenno. L'espressione «prescribed by law» comprende non solo le norme scritte, ma anche ogni «unwritten law»⁵¹. La formula «necessary in a democratic society», cui la disposizione vincola ogni atto limitante la libertà di espressione, è stata interpretata dalla Corte come applicabile solo in quei casi in cui si identifichi l'esistenza di un «pressing social need»⁵². Secondo l'interpretazione giurisprudenziale, l'aggettivo «necessary» non può essere sostituito in questo contesto dai sinonimi «indispensable» o dalle parole «absolutely necessary» e «strictly necessary», né può essere surrogato dalla frase «to the extent strictly required by the exigencies of the situation», né assumere il significato flessibile dei vocaboli «admissible», «ordinary», «useful», «reasonable» o «desirable». Nelle sentenze, la Corte ha, inoltre, posto un evidente freno alla possibilità di limitare la libertà di manifestazione del pensiero, ponendo l'accento sul fatto che «freedom of expression constitutes one of

1988 (ric. n. 10737/84), 13 EHRR 212, par. 27.

⁴⁹ Council of Europe, Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, *cit. supra*, nota 47, art. 10, par. 2: «The exercise of these freedoms, since it carries with it duties and responsibilities, may be subject to such formalities, conditions, restrictions or penalties as are prescribed by law and are necessary in a democratic society, in the interests of national security, territorial integrity or public safety, for the prevention of disorder or crime, for the protection of health or morals, for the protection of the reputation or rights of others, for preventing the disclosure of information received in confidence, or for maintaining the authority and impartiality of the judiciary».

⁵⁰ Corte europea dei diritti dell'uomo, *Sunday Times v. The United Kingdom*, sentenza 26 aprile 1979 (ric. n. 6538/74), par. 49: «In the court's opinion, the following are two of the requirements that flow from the expression "prescribed by law". Firstly, the law must be adequately accessible: the citizen must be able to have an indication that it is adequate in the circumstances of the legal rules applicable to a given case. Secondly, a norm cannot be regarded as a "law" unless it is formulated with sufficient precision to enable the citizen to regulate his conduct: he must be able - if need be with appropriate advice - to foresee, to a degree that is reasonable in the circumstances, the consequences which a given action may entail. Those consequences need not be foreseeable with absolute certainty: experience shows that this may be unattainable. Again, whilst certainty is highly desirable, it may bring in its train excessive rigidity and the law must be able to keep pace with changing circumstances. Accordingly, many laws are inevitably couched in terms which, to a greater or lesser extent, are vague and whose interpretation and application are questions of practice».

⁵¹ *Ivi*, par. 47.

⁵² Corte europea dei diritti dell'uomo, *Handyside v. The United Kingdom*, sentenza 7 dicembre 1976 (ric. n. 5493/72), par. 48.

the essential foundations of (...) a society, one of the basic conditions for its progress and for the development of every man. Subject to Article 10(2), it is applicable not only to "information" or "ideas" that are favourably received or regarded as inoffensive or as a matter of indifference, but also to those that offend, shock or disturb the State or any sector of the population»⁵³.

Tuttavia, anche se «[i]l contenuto dell'informazione non è (...) in alcun modo rilevante per l'applicazione dell'articolo 10, (...) esso diviene elemento determinante per assicurare un grado più o meno intenso di tutela in relazione alla specificità dell'informazione»⁵⁴. Infatti, l'interpretazione giurisprudenziale dell'art. 10, par. 2, CEDU offre all'informazione commerciale una tutela minore rispetto a quella garantita ad altre forme di comunicazione⁵⁵, quali ad esempio la propaganda politica⁵⁶, anche nel caso in cui lo scopo di fornire vantaggi economici al produttore del bene non costituisca il fattore determinante dell'annuncio promozionale⁵⁷. Nello stesso tempo, la circostanza che il messaggio abbia origine da un particolare interesse, economico o di diversa natura, non costituisce un valido motivo per non offrire nessun tipo di tutela al suo contenuto alla luce del diritto fondamentale alla libera espressione⁵⁸. Risulta infatti evidente come un qualsiasi messaggio tenda a conquistare la fiducia del destinatario per permettere ad un individuo, ad un'idea o ad un bene di acquisire notorietà e autorevolezza in tutti gli ambiti in cui si manifestano le attività umane, come ad esempio nel campo politico, economico, artistico, scientifico o professionale. Spingendo alle estreme conseguenze le conclusioni derivanti da una simile corrente di pensiero, si può ritenere illegitti-

⁵³ Corte europea dei diritti dell'uomo, *Handyside v. The United Kingdom*, cit. supra, nota 52, par. 49 e *Sunday Times v. The United Kingdom*, cit. supra, nota 50, par. 64.

⁵⁴ G. FERRANTI, *L'evoluzione della libertà d'informazione nella giurisprudenza degli organi della Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo*, Torino, Giappichelli, 2004, p. 153.

⁵⁵ Si vedano, *inter alia*: Corte europea dei diritti dell'uomo, *Barthold v. Germany*, sentenza 25 marzo 1985 (ric. n. 8724/79); *Markt Intern Verlag GmbH and Klaus Beermann v. Germany*, sentenza 20 novembre 1989 (ric. n. 10572/83); *Casado Coca v. Spain*, sentenza 24 febbraio 1994 (ric. n. 15450/89) e *Hertel v. Switzerland*, sentenza 25 agosto 1998 (ric. n. 25181/94).

⁵⁶ La giurisprudenza italiana si è dovuta pronunciare per chiarire le differenze esistenti tra pubblicità, propaganda ed informazione in campo elettorale (sent. Cass. civ., sez. I, del 20 gennaio 1998 n. 477, *Garante radiodiffusione editoria c. Soc. R.T.I.*, in *Danno e responsabilità*, vol. 3, 1998, p. 152 ss.). In base a questa pronuncia la propaganda elettorale consiste in «un'attività diretta a diffondere in modo sistematico determinati messaggi allo scopo di creare nei fruitori un'immagine positiva o negativa di certi specifici fatti, e di suscitare la spinta al compimento di comportamenti conformi alle aspettative dell'autore del messaggio», mentre «[l]a pubblicità elettorale o politica (...) è fondata sull'impiego di tecniche usate dal mercato commerciale [e] si distingue concettualmente dall'informazione, ma (...) la distinzione, agevole in astratto, può in concreto presentare difficoltà nei casi limite» (ivi, p. 153 ss.).

⁵⁷ Corte europea dei diritti dell'uomo, *Casado Coca v. Spain*, loc. cit., par. 35.

⁵⁸ Corte europea dei diritti dell'uomo, *Markt Intern Verlag GmbH and Klaus Beermann v. Germany*, loc. cit., joint dissenting opinion of Judges Gölcüklü, Pettiti, Russo, Spielmann, De Meyer, Carrillo Salcedo and Valticos («The fact that a person defends a given interest, whether it is an economic interest or any other interest, does not, moreover, deprive him of the benefit of freedom of expression»).

mo trattare in modo differente le diverse tipologie di messaggi con cui gli esseri umani manifestano le proprie opinioni. La dignità della comunicazione commerciale sembra trapelare dai commenti che mettono in evidenza il ruolo essenziale svolto dalla pubblicità per lo sviluppo economico della società moderna. In base a questa considerazione, non si potrebbero quindi rinvenire validi motivi in base ai quali la pubblicità «deserves to be treated as "low value" speech as if it involved criminality»⁵⁹.

Oltre alle note dottrinali, questo orientamento sembra trapelare anche da una comunicazione dello *UN Human Rights Committee* che ha negato la legittimità di provvedimenti che possano assoggettare le differenti tipologie comunicative «to varying degrees of limitation, with the result that some forms of expression may suffer broader restrictions than others»⁶⁰. Nella risoluzione di questa vertenza, che riguardava il divieto allora vigente nel Québec francofono di distribuire nei luoghi pubblici volantini in lingua inglese, è stato sancito che la libertà di espressione «should not be confined to means of political, cultural or artistic expression»⁶¹.

Per i motivi sopraesposti, probabilmente le sentenze della Corte di Strasburgo sembrano evidenziare la volontà dei giudici di valutare attentamente il contenuto del messaggio promozionale prima di considerare, in base all'art 10, par. 2, CEDU, l'eventuale legittimità delle restrizioni adottate riguardo la sua diffusione. In pratica, nei casi in cui i giudici siano convinti del valore puramente commerciale del messaggio, in quanto persuasi del fatto che esso contiene un'informazione «inciting the public to purchase a particular product»⁶², la Corte non appare intenzionata a garantire la stessa tutela con cui protegge «the commercial reflected controversial opinions pertaining to modern society in general and also lying at the heart of various political debates»⁶³.

Questo comportamento appare, agli occhi di alcuni commentatori, guidato dalla volontà di considerare i governi come i difensori dei diritti della società civile in contrapposizione con i diritti invocabili dai singoli individui⁶⁴. Sembra quindi emergere una concezione europea della libertà di espressione fondata su una «more community-oriented and value-oriented philosophy» rispetto all'attuale prospettiva statunitense maggiormente indirizzata a favori-

⁵⁹ C. R. MUNRO, *The Value of Commercial Speech*, in *Cambridge Law Journal*, vol. 62, 2003, p. 157.

⁶⁰ UN Human Right Committee, *John Ballantyne et. al. v. Canada*, CCCPR/C/47/359/1989 e 385/1989, 1993, 1 IHRR 145, 1995, par. 11.3.

⁶¹ *Ibidem*.

⁶² Corte europea dei diritti dell'uomo, *VgT Verein gegen Tierfabriken v. Switzerland*, sentenza 28 giugno 2001 (ric. n. 24699/94), par. 57.

⁶³ *Ibidem*.

⁶⁴ R. A. SHINER, *Freedom of Commercial Expression*, Oxford, Oxford University Press, 2003, p. 107.

re lo sviluppo dell'autonomia individuale⁶⁵. In altri termini, l'Europa sembra focalizzarsi maggiormente sul rispetto della dignità della persona, mentre gli Stati Uniti sembrano considerare con maggior attenzione le libertà peculiari di ogni individuo, tra le quali è inclusa anche la libertà di trattare gli affari puramente economici, contro l'ingerenza dello Stato.

Accanto a queste note di apprezzamento, tuttavia, si possono ricordare posizioni maggiormente critiche verso il concetto di protezione della comunicazione commerciale che sembra trapelare dalle sentenze della Corte europea dei diritti dell'uomo. In base all'analisi dei casi incentrati sull'art. 10 CEDU, alcuni commentatori evidenziano come l'approccio utilizzato non sia chiaro e, di conseguenza, ingeneri incertezze sulle caratteristiche necessarie affinché un messaggio sia da classificare come informazione pubblicitaria⁶⁶. Il contenuto della critica è identico all'osservazione sollevata nei riguardi della Corte Suprema statunitense. Come rilevato in precedenza, un simile giudizio appare sterile e non costruttivo in quanto non è accompagnato da proposte atte a suggerire una via concretamente percorribile per pervenire alla risoluzione di questa problematica sicuramente complessa.

3. L'orientamento nell'Unione europea

Il Trattato istitutivo della Comunità economica europea consisteva in un accordo volto a costruire un mercato comune per la cui realizzazione gli Stati membri si impegnavano ad eliminare gli ostacoli che si frapponevano alla libera circolazione non solo delle persone, ma anche delle merci, dei servizi e dei capitali. I diritti riconosciuti erano quindi esclusivamente finalizzati a promuovere la mobilità, intesa come una parte essenziale del processo di integrazione delle diverse entità nazionali e del miglioramento delle condizioni economiche dei cittadini. A questo proposito si deve ricordare come il rapporto Spaak⁶⁷ fosse basato su teorie macroeconomiche in base alle quali l'integrazione dei mercati nazionali poteva essere pienamente raggiunta solo nel

⁶⁵ P. MAHONEY, *Emergence of a European Conception of Freedom of Speech*, in P. BIRKS (ed.), *Pressing Problems in the Law*, vol. 1, *Criminal Justice & Human Rights*, Oxford, Oxford University Press, 1995, p. 150 e p. 155.

⁶⁶ M. HERTIG RANDALL, *Commercial Speech under the European Convention on Human Rights: Subordinate or Equal?*, in *Human Rights Law Review*, vol. 6, 2006, p. 53 ss.

⁶⁷ Il Comitato Spaak, dal nome del Ministro degli esteri belga che lo presiedeva, dopo circa un anno di lavoro, presentò il suo rapporto alla Conferenza dei Ministri degli esteri a Venezia (29-30 maggio 1956). Nel documento si prevedeva l'istituzione di due nuove distinte comunità accanto alla Comunità europea del carbone e dell'acciaio (CECA). Una, strettamente settoriale, si doveva occupare dell'utilizzazione su scala continentale dell'energia atomica per scopi pacifici [Comunità europea dell'energia atomica (CEEa o Euratom)]; l'altra, più generale, doveva portare alla realizzazione di una politica commerciale comune e, con il tempo, alla creazione di un mercato comune e di un'unione economica fra gli allora sei Paesi [Comunità economica europea (CEE)].

momento in cui gli *output* (beni e servizi) e i fattori di produzione (lavoro e capitali) fossero stati liberi di attraversare i confini nazionali senza nessun ostacolo. Di conseguenza, risulta possibile affermare che l'Unione europea affonda le proprie radici nelle quattro libertà fondamentali, intese come fattori in grado di disseminare il benessere economico. Considerato sotto questo punto di vista, il messaggio pubblicitario rappresenta sicuramente un valore da proteggere in quanto la diffusione delle notizie sull'esistenza di un bene di consumo e sui suoi pregi facilita la realizzazione di quel mercato senza frontiere alla base degli obiettivi originari. Per questo motivo, la libertà di espressione tutela la comunicazione e la manifestazione di opinioni anche quando esse abbiano un fine esclusivamente commerciale⁶⁸.

Gli albori mercantili della Comunità vennero nel tempo stemperati dalla crescente importanza attribuita all'individuo il cui benessere rappresenta il fine ultimo delle quattro libertà fondamentali della costruzione comunitaria. La Carta dei diritti fondamentali (d'ora in poi Carta) rappresenta il punto apicale del percorso verso il riconoscimento della persona. Tale Carta, divenuta giuridicamente vincolante in seguito all'entrata in vigore del Trattato di Lisbona⁶⁹, comprende al suo interno anche il diritto di esprimere liberamente la propria opinione, non ponendo nessuna restrizione all'uso di tale diritto in campo commerciale⁷⁰. Il compito di disciplinare le condizioni necessarie affinché i diritti conferiti possano essere legittimamente limitati viene lasciato all'art. 52 della Carta, la cui formulazione consente l'adozione di misure restrittive rispettose del principio di proporzionalità solo qualora esse siano assolutamente indispensabili per garantire diritti e libertà a tutti i cittadini⁷¹.

Tuttavia, l'accento alla Carta non vuole suggerire che il diritto di esprimere le proprie opinioni sia comparso sullo scenario dell'Unione europea solamente nel momento in cui questo strumento giuridico, ancora ufficialmente privo di un valore vincolante, fu proclamato a Nizza nel dicembre 2000. Infatti, anche prima del loro inserimento nella Carta, i diritti fondamentali erano

⁶⁸ Conclusioni dell'Avvocato Generale Kokott dell'8 maggio 2008 in causa n. C-73/07, *Tietosuoja ja valtuutus c. Satakunnan Markkinapörssi Oy e Satamedia Oy*, in *Raccolta*, 2008, I, p. 9831, par. 39.

⁶⁹ L'art. 6, par. 1, TUE afferma che «[l']Unione riconosce i diritti, le libertà e i principi sanciti nella Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea del 7 dicembre 2000, adattata il 12 dicembre 2007 a Strasburgo, che ha lo stesso valore giuridico dei trattati».

⁷⁰ Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, art. 11, par. 1: «Ogni persona ha diritto alla libertà di espressione. Tale diritto include la libertà di opinione e la libertà di ricevere o di comunicare informazioni o idee senza che vi possa essere ingerenza da parte delle autorità pubbliche e senza limiti di frontiera».

⁷¹ Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, art. 52, par. 1: «Eventuali limitazioni all'esercizio dei diritti e delle libertà riconosciuti dalla presente Carta devono essere previste dalla legge e rispettare il contenuto essenziale di detti diritti e libertà. Nel rispetto del principio di proporzionalità, possono essere apportate limitazioni solo laddove siano necessarie e rispondano effettivamente a finalità di interesse generale riconosciute dall'Unione o all'esigenza di proteggere i diritti e le libertà altrui».

tutelati attraverso la precedente formulazione dell'art. 6, par. 2, TUE che evidenziava in modo tangibile come essi fossero da tempo protetti dall'ordinamento giuridico dell'Unione europea⁷². D'altra parte, non sarebbe stato possibile non tutelare la libertà di espressione in quanto essa è saldamente presente tra i diritti fondamentali tipici di tutte le società democratiche⁷³, le quali hanno nei loro presupposti il compito di garantire «[the] freedom to hold opinions and to receive and impart information and ideas without interference by public authority and regardless of frontiers»⁷⁴.

Per questo motivo, «quando uno Stato membro invoca [il Trattato] per giustificare una normativa idonea a frapporre ostacolo all'esercizio della libera prestazione dei servizi, questa giustificazione, prevista dal diritto comunitario, deve essere interpretata alla luce dei principi generali del diritto e, in particolare, dei diritti fondamentali»⁷⁵. Sebbene questa argomentazione si riferisca ad un caso riguardante la libera prestazione dei servizi, il suo campo di applicazione trascende dalla materia in questione potendosi applicare «a tutte le norme di diritto comunitario, ivi compresa la libertà di espressione, sancita dall'art. 10 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo in quanto principio generale del diritto di cui la Corte garantisce il rispetto»⁷⁶.

In conclusione, nell'Unione europea, ogni messaggio promozionale può essere considerato protetto sia in quanto ricade sotto la tutela di un diritto fondamentale (la libertà di espressione), sia in quanto rappresenta una modalità in cui si estrinseca una delle quattro libertà garantite dai Trattati (la libera prestazione del servizio «pubblicità») attualmente indispensabile per lo sviluppo di altre libertà (libera circolazione delle merci e dei servizi). Non si può, infatti, ragionevolmente ritenere che il commercio transfrontaliero di un

⁷² Si veda il precedente art. 6, par. 2, TUE (*Guce* n. C 340 del 10 novembre 1997): «L'Unione rispetta i diritti fondamentali quali sono garantiti dalla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, firmata a Roma il 4 novembre 1950, e quali risultano dalle tradizioni costituzionali comuni degli Stati membri, in quanto principi generali del diritto comunitario». L'attuale art. 6, par. 2 e 3, TUE ribadisce, in termini diversi, il medesimo concetto.

⁷³ Conclusioni dell'Avvocato Generale Trstenjak del 30 giugno 2009 in causa n. C-101/08, *Audiolux SA e altri c. Groupe Bruxelles Lambert SA (GBL) e altri e Bertelsmann AG e altri*, in *Raccolta*, 2009, I, p. 9823, par. 73.

⁷⁴ Council of Europe, Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, *cit. supra*, nota 47, art. 10, par. 1.

⁷⁵ Sentenza della Corte di giustizia del 18 giugno 1991 in causa n. C-260/89, *Elliniki Radio-phonía Tiléorassi AE c. Dimotiki Etaireia Pliroforissis e Sotirios Kouvelas*, in *Raccolta*, 1991, I, p. 2925, par. 43.

⁷⁶ *Ivi*, par. 44. Tale concetto è ribadito in numerose altre sentenze, in quanto la «salvaguardia della libertà di espressione [è] tutelata dall'art. 10 della Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, libertà che fa parte dei diritti fondamentali garantiti dall'ordinamento giuridico comunitario (v. sentenze 25 luglio 1991 in causa n. C-353/89, *Commissione c. Paesi Bassi*, in *Raccolta*, 1991, I, p. 4069, punto 30, e 3 febbraio 1993 in causa n. C-148/91, *Véronica Omroep Organisatie c. Commissariaat voor de Media*, in *Raccolta*, 1993, I, p. 487, punto 10)» (sentenza della Corte di giustizia del 26 giugno 1997 in causa n. C-368/95, *Vereinigte Familienpress Zeitungsverlags- und vertriebs GmbH c. Heinrich Bauer Verlag*, in *Raccolta*, 1997, I, p. 3689, par. 18).

bene o l'accesso ad un servizio possa avvenire senza il sostegno di un'opera informativa o pubblicitaria che permetta la diffusione della conoscenza della loro disponibilità sul mercato e delle loro caratteristiche. Tuttavia, sia le libertà che i diritti non sono esercitabili in maniera assoluta, ma necessitano di una regolamentazione a salvaguardia dei cittadini. Per questo motivo, il diritto dell'Unione ammette l'adozione di disposizioni restrittive purché esse siano rispettose dei rigorosi criteri introdotti nell'ordinamento a partire dalla nota sentenza *Cassis de Dijon*⁷⁷.

In base ad una giurisprudenza consolidata, le disposizioni nazionali limitanti la pubblicità possono quindi essere accettate solo nel momento in cui risultano funzionali alla protezione del pubblico interesse e proporzionate all'obiettivo che devono perseguire⁷⁸, senza oltrepassare i limiti strettamente necessari al raggiungimento dello scopo prefissato⁷⁹. In questo ambito esiste tuttavia un margine di valutazione discrezionale che limita il controllo alla sussistenza della ragionevolezza e della proporzionalità dell'interferenza anche nell'ambito della manifestazione del pensiero pubblicitario che rappresenta il prodotto di un settore complesso ed oscillante, come il *marketing*, il quale presuppone l'uso commerciale della libertà di espressione⁸⁰.

La legittimità di provvedimenti restrittivi implica la valutazione di un insieme di situazioni difficilmente codificabili in cui si inserisce anche il diritto degli utenti di essere tutelati dagli eccessi della pubblicità⁸¹. In effetti, la pro-

⁷⁷ Sentenza della Corte di giustizia del 20 febbraio 1979 in causa n. 120/78, *Rewe-Zentral AG c. Bundesmonopolverwaltung für Branntwein*, in *Raccolta*, 1979, p. 649, par. 8. Su tale pronuncia si vedano le osservazioni di A. MATTERA RICIGLIANO, *La sentenza Cassis de Dijon: un nuovo indirizzo programmatico per la realizzazione definitiva del mercato comune*, in questa *Rivista*, 1981, p. 273 ss. e di F. CAPELLI, *I malintesi provocati dalla sentenza «Cassis de Dijon», vent'anni dopo*, in questa *Rivista*, 1996, p. 673 ss.

⁷⁸ Sentenza della Corte di giustizia del 26 aprile 1988 in causa n. 352/85, *Bond van Adverteerders ed altri c. Stato dei Paesi Bassi*, in *Raccolta*, 1988, p. 2085, par. 36.

⁷⁹ Sentenza della Corte di giustizia del 22 gennaio 2002 in causa n. C-390/99, *Canal Satélite Digital SL c. Administración General del Estado*, in presenza di *Distribuidora de Televisión Digital SA (DTS)*, in *Raccolta*, 2002, I, p. 607, par. 33.

⁸⁰ Sentenze della Corte di giustizia del 25 marzo 2004 in causa n. C-71/02, *Herbert Karner Industrie-Auktionen GmbH c. Troostwijk GmbH*, in *Raccolta*, 2004, I, p. 3025, par. 51 e annotata in questa *Rivista*, 2004, p. 538 ss.; del 12 dicembre 2006 in causa n. C-380/03, *Repubblica federale di Germania c. Parlamento europeo e Consiglio dell'Unione europea*, in *Raccolta*, 2006, I, p. 11573, par. 155 e annotata in questa *Rivista*, 2007, p. 321 ss. e del 2 aprile 2009 in causa n. C-421/07, *Procedimento penale a carico di Frede Damgaard*, in *Raccolta*, 2009, I, p. 2629, par. 27. Su questa ultima pronuncia si vedano le considerazioni di S. STÆRK EKSTRAND - J. HAAGAARD, *Who can speak freely? Can independent parties be held liable for their statements, and to what extent can a company make use of third party testimonials?*, in *European Food and Feed Law Review*, 2009, p. 192 ss. e di L. GONZÁLEZ VAQUÉ, *La sentencia «Frede Damgaard» de 2 de abril de 2009: ¿más confusión sobre los conceptos de información y publicidad relativa a los medicamentos (complementos alimenticios)?*, in *Revista de Derecho Alimentario*, n. 48, 2009, p. 17 ss.

⁸¹ Sentenze della Corte di giustizia del 28 ottobre 1999 in causa n. C-6/98, *Arbeitsgemeinschaft Deutscher Rundfunkanstalten (ARD) c. PRO Sieben Media AG*, sostenuta da *SAT 1 Satellitenfernsehen GmbH, Kabel 1, K 1 Fernsehen GmbH*, in *Raccolta*, 1999, I, p. 7599, par. 50 e in questa *Rivista*, 2000, p. 511 ss. con commento di M. AMBANELLI, *Televisioni senza frontiere: la Corte di giustizia sceglie una pubblicità «lorda» (ma non troppo)*, p. 519 ss. e del 23 ottobre 2003 in causa n. C-245/01, *RTL*

tezione della salute e della sicurezza dei consumatori europei è garantita dagli artt. 114, par. 3⁸², e 169, par. 1⁸³, TFUE. Queste disposizioni sono state sviluppate anche per permettere ai cittadini di ricevere informazioni chiare e corrette in grado di assicurare un libero mercato aperto e trasparente al cui interno si possano esercitare scelte motivate e consapevoli. Tutte queste condizioni si riflettono nella legislazione sulla pubblicità, in quanto l'attività promozionale deve fondarsi su regole certe in modo da non tradire le aspettative dell'individuo che aspira ad usufruire di un bene o di un servizio sicuro e garantito⁸⁴.

La complessità della materia, tuttavia, non può indurre nessun commentatore, per quanto propenso a non ritenere degno di tutela il messaggio pubblicitario, a negare la validità del paragone avanzato dall'Avvocato Generale Fennelly tra il mercato basato sulla libera concorrenza e il diritto dell'individuo di comunicare e di ricevere ogni tipo di informazione⁸⁵. Le caratteristiche dei beni o dei servizi che un imprenditore intende immettere nel ciclo distributivo o che un consumatore desidera acquistare devono essere infatti annoverate tra le indicazioni che si possono diffondere o che si devono ricevere.

Questa premessa generale ha inteso accennare solo ai principi di massima che sembrano trasparire dalle pronunce giurisprudenziali. Una trattazione, pur breve, che aspiri a presentare un quadro chiaro dell'orientamento nell'Unione in tema di divulgazione del «pensiero» pubblicitario non può prescindere dall'espone alcuni esempi ricavati dalle numerose sentenze che hanno analizzato casi specifici. La vastità delle pronunce in materia non permette tuttavia di dare una panoramica completa in un breve riepilogo. Per questo motivo, la scelta potrà sembrare lacunosa ed in alcuni punti arbitraria.

Television GmbH c. Niedersächsische Landesmedienanstalt für privaten Rundfunk, in *Raccolta*, 2003, I, p. 12489, par. 71 e annotata in questa *Rivista*, 2004, p. 60.

⁸² Art. 114, par. 3, TFUE (ex art. 95, par. 3, TCE): «La Commissione, nelle sue proposte (...) in materia di sanità, sicurezza, protezione dell'ambiente e protezione dei consumatori, si basa su un livello di protezione elevato, tenuto conto, in particolare, degli eventuali nuovi sviluppi fondati su riscontri scientifici. Anche il Parlamento europeo ed il Consiglio, nell'ambito delle rispettive competenze, cercheranno di conseguire tale obiettivo».

⁸³ Art. 169, par. 1, TFUE (ex art. 153, par. 1, TCE): «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».

⁸⁴ Si veda a questo proposito Commissione delle Comunità europee, Libro verde sulla tutela dei consumatori nell'Unione europea, Com(2001)531 def., 2 ottobre 2001 e la successiva Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato Economico e Sociale e al Comitato delle Regioni, Strategia della politica dei consumatori 2002-2006, Com(2002)208 def., *cit. supra*, nota 4, p. 2 ss.

⁸⁵ Conclusioni riunite dell'Avvocato Generale Fennelly del 15 giugno 2000 in causa n. C-376/98, *Repubblica federale di Germania c. Parlamento europeo e Consiglio dell'Unione europea* e in causa n. C-74/99, *The Queen c. Secretary of State for Health e altri, ex parte Imperial Tobacco Ltd e altri*, in *Raccolta*, 2000, I, p. 8419, par. 154.

3.a Le restrizioni della pubblicità possono ostacolare il commercio

Probabilmente, il primo caso riguardante le problematiche relative al messaggio promozionale e al suo impatto sulla libera circolazione delle merci risale al 1980 quando la Corte di giustizia dichiarò contraria all'attuale art. 34 TFUE (ex art. 28 TCE) la disciplina francese sulla pubblicità delle bevande alcoliche in quanto discriminava i prodotti di importazione rispetto a quelli nazionali⁸⁶.

La violazione del principio di non discriminazione riconduceva tale intervento della Corte all'interno di un filone giurisprudenziale consolidato, in cui non emergevano particolari difficoltà interpretative. Al contrario, la valutazione della compatibilità con il diritto comunitario di una normativa olandese che vietava di offrire omaggi collegati alle transazioni commerciali presentava aspetti ancora inesplorati dal momento che questa legislazione non appariva a prima vista contraria al mercato unico. Tuttavia, la Corte richiamò l'attenzione sul fatto che «una normativa che limiti o vieti determinate forme di pubblicità (...) può essere idonea a restringere il volume delle stesse [vendite] incidendo sulle possibilità di distribuzione dei prodotti importati»⁸⁷. Questa affermazione estese quindi il concetto di ostacolo alle importazioni anche a disposizioni relative al campo pubblicitario in apparenza non discriminatorie. I giudici avevano intravisto una disparità di trattamento nel fatto che le differenze insite nelle normative nazionali costringevano il produttore ad adottare tecniche promozionali diverse a seconda degli Stati membri o a rinunciare a metodi particolarmente efficaci⁸⁸. Da tale affermazione emerge quindi il riconoscimento che ogni limitazione del messaggio promozionale costituisce un freno alla libertà di commercio, a causa dell'ovvio collegamento esistente tra la pubblicità e la penetrazione di un bene nel mercato.

Nello stesso filone giurisprudenziale si può inserire una pronuncia della Corte relativa alla decisione con cui la Commissione aveva annullato un accordo tra editori e librerie teso a fissare il prezzo dei libri in olandese nei Pae-

⁸⁶ Sentenze della Corte di giustizia del 10 luglio 1980 in causa n. 152/78, *Commissione delle Comunità europee c. Repubblica francese*, in *Raccolta*, 1980, p. 2299 e del 14 dicembre 1982 in cause riunite da n. 314/81 a n. 316/81 e n. 83/82, *Procureur de la République e Comité national de défense contre l'alcoolisme c. Alex Waterkeyn e altri; Procureur de la République c. Jean Cayard e altri*, in *Raccolta*, 1982, p. 4337.

⁸⁷ Sentenza della Corte di giustizia del 15 dicembre 1982 in causa n. 286/81, *Procedimento penale a carico di Oosthoek's Uitgeversmaatschappij BV*, in *Raccolta*, 1982, p. 4575, par. 15.

⁸⁸ Sentenze della Corte di giustizia del 16 maggio 1989 in causa n. 382/87, *R. Buet e Educational Business Services (EBS) SARL c. Pubblico ministero*, in *Raccolta*, 1989, p. 1235, par. 7; del 7 marzo 1990 in causa n. C-362/88, *GB-Inno-BM c. Confederazione del commercio lussemburghese*, in *Raccolta*, 1990, I, p. 667, par. 7 e annotata in questa *Rivista*, 1990, p. 439 e del 25 luglio 1991 in cause riunite n. C-1/90 e n. C-176/90, *Aragonesa de Publicidad Exterior SA e Publivia SAE c. Departamento de Sanidad y Seguridad Social de la Generalitat de Cataluña*, in *Raccolta*, 1991, I, p. 4151, par. 10.

si Bassi e nelle regioni del Belgio di lingua fiamminga⁸⁹. L'inserimento di questo caso potrebbe apparire non completamente congruente con l'argomento della trattazione. Tuttavia, la sua esposizione appare utile allo sviluppo del ragionamento, dal momento che i giudici hanno riconosciuto in questa sentenza che «talune normative di carattere economico non sono irrilevanti dal punto di vista della libertà di espressione»⁹⁰. Secondo i ricorrenti, infatti, il regime di prezzi imposti poteva assicurare la pubblicazione di libri di vendita limitata (opere scientifiche, raccolte di poesie) la quale, in un sistema di libera concorrenza, sarebbe dipesa esclusivamente dalle sovvenzioni statali⁹¹. Con tale premessa, si tendeva ad insinuare il dubbio che i governi avrebbero potuto condizionare la libertà di stampa esercitando una scelta delle opere a cui concedere il sostegno economico. La Corte non ha accolto l'argomento, ritenendo che l'intervento della Commissione garantisse il libero scambio tra gli Stati membri senza limitare la libertà di stampa. In sintesi, il paventato timore di censure indirette è stato considerato un aspetto secondario rispetto alla difesa del mercato interno⁹².

Questa breve digressione ha anche lo scopo di introdurre una recente pronuncia relativa ad una normativa austriaca che vietava «agli importatori di libri in lingua tedesca di fissare un prezzo inferiore al prezzo di vendita al pubblico fissato o consigliato dall'editore nello Stato di pubblicazione»⁹³. La legislazione nazionale attribuiva all'associazione professionale della Camera di commercio per l'industria del libro e dei media (*Fachverband der Buch- und Medienwirtschaft*) la competenza di stabilire il costo delle opere e di controllare che la loro pubblicità non riportasse un importo diverso⁹⁴. Sebbene

⁸⁹ Decisione n. 82/123/Cee della Commissione, del 25 novembre 1981, relativa ad una procedura d'applicazione dell'art. 85 del Trattato CEE (IV/428 - VBVB/VBVB), in *Guce* n. L 54 del 25 febbraio 1982, p. 36 ss.

⁹⁰ Sentenza della Corte di giustizia del 17 gennaio 1984 in cause riunite n. 43/82 e n. 63/82, *Vereniging ter Bevordering van het Vlaamse Boekwezen, VBVB, e Vereniging ter Bevordering van de Belangen des Boeckhandels, VBVB, c. Commissione delle Comunità Europee*, in *Raccolta*, 1984, p. 19, par. 34.

⁹¹ *Ivi*, par. 33.

⁹² Nelle conclusioni di questo caso, l'Avvocato Generale controbatte l'obiezione che «[i]l vietare detto sistema [di prezzi imposti] equivarrebbe (...) ad una indiretta censura [avanzando] un'osservazione sul presupposto che è alla base dello stesso [caso], e cioè che il garantire la libera concorrenza sul mercato dei libri potrebbe eventualmente risultare contrastante con la libertà di espressione» (conclusioni riunite dell'Avvocato Generale VerLoren van Themaat del 18 ottobre 1983 in cause riunite n. 43/82 e n. 63/82, *Vereniging ter Bevordering van het Vlaamse Boekwezen, VBVB, e Vereniging ter Bevordering van de Belangen des Boeckhandels, VBVB, c. Commissione delle Comunità Europee*, in *Raccolta*, 1984, p. 19, par. III.1). Quindi l'Avvocato Generale ricorda, «facendo riferimento alla (...) sentenza *Nold* (causa n. 4/73, in *Raccolta*, 1974, p. 491, punto 18 della motivazione), che i diritti fondamentali vanno considerati in un determinato contesto economico-sociale» affermando alla fine che è «senz'altro eccessivo parlare di censura indiretta» (*ibidem*).

⁹³ Sentenza della Corte di giustizia del 30 aprile 2009 in causa n. C-531/07, *Fachverband der Buch- und Medienwirtschaft c. LIBRO Handelsgesellschaft mbH*, in *Raccolta*, 2009, I, p. 3717, par. 29 e annotata in questa *Rivista*, 2009, p. 251 ss.

⁹⁴ *Ivi*, par. 8.

non rilevato nella sentenza, la normativa impediva di adottare le tecniche promozionali che, praticando uno sconto, potevano dimostrarsi particolarmente efficaci. Sotto questo punto di vista, la lesione del diritto dell'importatore o del venditore di applicare le strategie commerciali ritenute più idonee accomunava questo caso alla precedente causa *Oosthoek's*⁹⁵. Appare di conseguenza logico che i giudici si siano orientati a considerare la disposizione nazionale una misura di effetto equivalente ad una restrizione quantitativa alle importazioni ai sensi dell'art. 28 TCE (ora art. 34 TFUE) (par. 29) non giustificabile né in base agli artt. 30 e 151 TCE (ora rispettivamente artt. 36 e 167 TFUE) né da esigenze imperative di interesse generale (par. 36).

In pratica, la Corte di giustizia ha concretamente applicato un'interpretazione «mercantile», valutando contrarie al diritto dell'Unione misure nazionali che limitano la libertà – o il diritto – di utilizzare ogni legittima strategia pubblicitaria riconoscendo nello stesso tempo l'interesse dei consumatori ad acquistare le merci a prezzi ragionevoli. Valutate le motivazioni sotto questo aspetto, la figura centrale della sentenza non appare l'individuo leso in un suo diritto. L'interesse sembra piuttosto concentrarsi sul cittadino europeo intenso come consumatore, cioè nella sua accezione di potenziale motore economico in quanto destinatario finale dei beni di consumo. Questa considerazione può sembrare troppo severa in quanto estremizza l'asserzione che «il diritto comunitario in materia di protezione dei consumatori considera l'informazione di questi ultimi come una delle esigenze principali»⁹⁶ creando una netta distinzione tra individuo e consumatore. Nello stesso tempo non si può negare che l'attenzione della Corte continui ad essere focalizzata più sulla libera circolazione delle merci che sul diritto di informazione dell'individuo. D'altra parte ogni riferimento al diritto della persona di essere consigliata nelle sue scelte di vita quotidiana è sicuramente collegato alla sua veste di consumatore. Accettando questa tesi risulta evidente come ogni richiamo all'individuo sia solamente sottointeso, se non addirittura incidentale.

Coerentemente con questa linea di pensiero, la tutela del consumatore ha rappresentato per i giudici un valido motivo per adottare una norma limitante la libertà di espressione nel momento in cui essi hanno ritenuto che il contenuto pubblicitario potesse indurre il pubblico in errore. La sentenza *Karner*⁹⁷, ad esempio, ha stabilito la conformità con il diritto dell'Unione di una normativa nazionale che vietava la diffusione di annunci pubblicitari in cui veniva dato risalto alla provenienza fallimentare delle merci in vendita, sebbene i be-

⁹⁵ Sentenza della Corte di giustizia del 15 dicembre 1982 in causa n. 286/81, Procedimento penale a carico di *Oosthoek's Uitgeversmaatschappij BV*, cit. *supra*, nota 87.

⁹⁶ Sentenza della Corte di giustizia del 7 marzo 1990 in causa n. C-362/88, *GB-Inno-BM c. Confederazione del commercio lussemburghese*, cit. *supra*, nota 88, par. 18.

⁹⁷ Sentenza della Corte di giustizia del 25 marzo 2004 in causa n. C-71/02, *Herbert Karner Industrie-Auktionen GmbH c. Troostwijk GmbH*, cit. *supra*, nota 80.

ni non facessero più parte del fallimento avendoli il venditore acquistati dal curatore. Il richiamo all'origine della merce poteva infatti ingenerare la convinzione che la vendita fosse organizzata dal curatore fallimentare rendendo di conseguenza gli annunci non conformi con le regole sulla concorrenza previste dal Trattato. I giudici hanno stabilito che il divieto di menzionare la provenienza fallimentare dei beni costituisse una disposizione proporzionata e ragionevole rispetto agli obiettivi perseguiti, cioè la tutela del consumatore e la lealtà dei rapporti commerciali⁹⁸. I brevi accenni alla libertà di espressione, tuttavia, fanno intendere che la Corte abbia raggiunto tale conclusione dopo aver identificato nei contenuti dell'annuncio una forma di pubblicità ingannevole inquadrabile, al tempo della pronuncia, nell'art. 2, par. 2, della direttiva n. 84/450/Cee⁹⁹.

3.b L'informazione non è pubblicità

Definire il confine tra informazione e pubblicità appare un problema di difficile soluzione. Al di là della controversia sui criteri oggettivi in base ai quali realizzare tale classificazione, la distinzione non dovrebbe consentire di valutare in modo differente le problematiche relative alla tutela del messaggio. Secondo la giurisprudenza dell'Unione, infatti, «devono essere considerate come restrizioni alla libertà di stabilimento e alla libera prestazione dei servizi (...) tutte le misure che vietano, ostacolano o scoraggiano l'esercizio di tali libertà»¹⁰⁰. Il frammento della sentenza non si riferisce in particolare a

⁹⁸ Sentenza della Corte di giustizia del 25 marzo 2004 in causa n. C-71/02, *Herbert Karner Industrie-Auktionen GmbH c. Troostwijk GmbH*, cit. *supra*, nota 80, par. 52.

⁹⁹ Secondo l'art. 2, par. 2, della 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 (*Guce* n. L 250 del 19 settembre 1984, p. 17 ss.), la pubblicità ingannevole era definita come «qualsiasi pubblicità che in qualsiasi modo, compresa la sua presentazione, induca in errore o possa indurre in errore le persone alle quali è rivolta o che essa raggiunge e che, dato il suo carattere ingannevole, possa pregiudicare il comportamento economico di dette persone o che, per questo motivo, leda o possa ledere un concorrente». Attualmente la nozione contenuta nell'art. 6 della direttiva n. 2005/29/Ce del Parlamento europeo e del Consiglio, dell'11 maggio 2005, relativa alle pratiche commerciali sleali tra imprese e consumatori nel mercato interno e che modifica la direttiva n. 84/450/Cee del Consiglio e le direttive n. 97/7/Ce, n. 98/27/Ce e n. 2002/65/Ce del Parlamento europeo e del Consiglio e il regolamento (Ce) n. 2006/2004 del Parlamento europeo e del Consiglio (*Gu-Ue* n. L 149 dell'11 giugno 2005, p. 22 ss.) è maggiormente articolata. Sulla direttiva n. 2005/29 cfr. il commento di R. INCARDONA, *La direttiva n. 2005/29/Ce sulle pratiche commerciali sleali: prime valutazioni*, in questa *Rivista*, 2006, p. 361 ss.

¹⁰⁰ Sentenza della Corte di giustizia del 17 luglio 2008 in causa n. C-500/06, *Corporación Dermoestética SA c. To Me Group Advertising Media*, in *Raccolta*, 2008, I, p. 5785, par. 32 e annotata in questa *Rivista*, 2008, p. 780 ss. Nel paragrafo riportato, la Corte ricorda altri passaggi in cui ha stabilito questa tesi [sentenze della Corte di giustizia del 15 gennaio 2002 in causa n. C-439/99, *Commissione delle Comunità europee c. Repubblica italiana*, in *Raccolta*, 2002, I, p. 305, par. 22 e annotata in questa *Rivista*, 2002, p. 269 ss.; del 30 marzo 2006 in causa n. C-451/03, *Servizi Ausiliari Dottori Commercialisti Srl c. Giuseppe Calafiori*, in *Raccolta*, 2006, I, p. 2941, par. 31; del 26 ottobre 2006 in causa n. C-65/05, *Commissione delle Comunità europee c. Repubblica ellenica*, in *Raccolta*, 2006, I, p. 10341, par. 48 e del 13 marzo 2008 in causa n. C-248/06, *Com-*

nessuna tipologia di ostacolo, ma lasciandone indistinta la caratterizzazione si focalizza esclusivamente sull'effetto finale della misura restrittiva. Da questa affermazione dei giudici appare evidente come le norme nazionali che regolano il campo pubblicitario o quello dell'informazione non possano costituire un impedimento non giustificato all'esercizio delle libertà fondamentali. Tuttavia, nella giurisprudenza dell'Unione relativa alla libera prestazione dei servizi è possibile evidenziare almeno un caso in cui tale fermo proposito non ha trovato un'applicazione pratica.

In verità, nel caso *Grogan*¹⁰¹, la Corte si era trovata ad affrontare una questione difficile, probabilmente di natura più politica che giuridica, sebbene in apparenza riguardasse la libertà di espressione, intesa come il diritto di informare i potenziali fruitori di un servizio dell'esistenza di detta prestazione in altri Stati membri. La vertenza riguardava la legittimità di portare a conoscenza della popolazione dell'Irlanda, Stato in cui l'interruzione di gravidanza non era ammessa, la possibilità di usufruire di pratiche abortive nel Regno Unito, Paese in cui tali interventi erano legalmente consentiti. I fatti in discussione rendono tale caso una sorta di replica «comunitaria» della già citata controversia statunitense *Bigelow v. Virginia*. Tuttavia, un particolare sicuramente non banale distingueva la situazione europea dal precedente di oltre oceano. La Corte Suprema ha dovuto stabilire la compatibilità di una legge della Virginia con la Costituzione americana, mentre la Corte di giustizia ha dovuto valutare, alla luce del diritto primario dell'Unione, una norma introdotta nella Costituzione irlandese in seguito ad una consultazione referendaria del 1983¹⁰². I giudici di Lussemburgo hanno quindi dovuto affrontare una questione di difficile soluzione, dovendo scegliere se accordare la priorità alle libertà garantite dal Trattato o ad una disposizione elevata a legge fondamentale dalla volontà del popolo di uno Stato membro. In verità, la risoluzione del problema poteva forse concentrarsi non tanto sull'articolo in sé stesso, quanto sulla sua interpretazione. Infatti, la giurisprudenza irlandese aveva inteso la norma costituzionale in senso molto ampio ritenendo che essa vietasse non solo la pratica dell'aborto sul territorio nazionale, ma anche tutte le attività che avessero potuto costituire un aiuto, anche indiretto, alle donne residenti che fossero state intenzionate ad interrompere la gravidanza. Nella nozione di

missione delle Comunità europee c. Regno di Spagna, in *Raccolta*, 2008, I, p. 47 (pubblicazione sommaria), par. 21].

¹⁰¹ Sentenza della Corte di giustizia del 4 ottobre 1991 in causa n. C-159/90, *Society for the Protection of Unborn Children Ireland Ltd c. Stephen Grogan e altri*, in *Raccolta*, 1991, I, p. 4685.

¹⁰² «Nel 1983 un emendamento costituzionale approvato con referendum ha inserito nell'art. 40, n. 3, della Costituzione irlandese un terzo comma così formulato: "Lo Stato riconosce il diritto alla vita del nascituro. Esso s'impegna a rispettare tale diritto nelle proprie leggi e, nella misura in cui ciò è realizzabile, a difenderlo e a farlo valere con le proprie leggi, tenendo nel debito conto l'uguale diritto della madre alla vita"» (*ivi*, par. 4). Sull'argomento si veda anche E. PORTER, *Culture, community, and responsibilities: Abortion in Ireland*, in *Sociology*, vol. 30, 1996, p. 279.

assistenza venivano comprese tutte le indicazioni riguardanti le cliniche ubicate negli altri Stati membri in cui era possibile praticare legalmente tale intervento in conformità con la legislazione della nazione in cui si trovavano le case di cura¹⁰³.

La Corte, dopo aver sancito che la divulgazione di informazioni attuata da soggetti non collegati con il fornitore del servizio differiva dall'attività di pubblicità commerciale¹⁰⁴, ha stabilito che «queste informazioni costituiscono una manifestazione della libertà di espressione e di informazione, indipendenti dall'attività economica svolta dalle cliniche stabilite in un altro Stato membro»¹⁰⁵. Il fatto che le case di cura non avessero versato alcun compenso per la diffusione delle informazioni ha indotto tuttavia la Corte a non accogliere il parallelismo accennato dall'Avvocato Generale¹⁰⁶ mediante un rimando a precedenti conclusioni in cui Jacobs aveva ricordato «che le restrizioni non discriminatorie riguardanti la fornitura di servizi dovrebbero essere esaminate allo stesso modo delle restrizioni non discriminatorie alla libera circolazione delle merci, conformemente alla giurisprudenza "Cassis de Dijon"»¹⁰⁷. In base a questo ragionamento, i giudici sono giunti alla conclusione che la norma irlandese non ostacolava la libera prestazione dei servizi¹⁰⁸. Non risulta agevole comprendere le motivazioni che possono aver indotto la Corte a considerare come il divieto di pubblicizzare (a pagamento) un bene costituisse un ostacolo alla libera circolazione delle merci¹⁰⁹, mentre la proibizione di diffondere informazioni (gratuite) sull'esistenza di un servizio legittimamente praticato in un secondo Stato membro non integrasse una violazione del diritto dell'Unione. Se si accetta la presenza di implicazioni di tipo «politico», appare ragionevole supporre che i giudici non abbiano ritenuto opportuno un loro coinvolgimento in una discussione su un argomento tanto delicato, in quanto una simile intromissione avrebbe forse potuto attirare la critica di essersi voluti

¹⁰³ Sentenza della Corte di giustizia del 4 ottobre 1991 in causa n. C-159/90, *Society for the Protection of Unborn Children Ireland Ltd c. Stephen Grogan e altri*, cit. *supra*, nota 101, par. 4.

¹⁰⁴ *Ivi*, par. 25.

¹⁰⁵ *Ivi*, par. 26.

¹⁰⁶ Conclusioni dell'Avvocato Generale Van Gerven dell'11 giugno 1991 in causa n. C-159/90, *Society for the Protection of Unborn Children Ireland Ltd c. Stephen Grogan e altri*, in *Raccolta*, 1991, I, p. 4685, par. 20.

¹⁰⁷ Conclusioni dell'Avvocato Generale Jacobs del 21 febbraio 1991 in causa n. C-76/90, *Manfred Säger c. Dennemeyer & Co. Ltd*, in *Raccolta*, 1991, I, p. 4221, par. 24.

¹⁰⁸ «[D]alle circostanze della causa principale risulta che il nesso tra l'attività delle associazioni studentesche (...) e le interruzioni della gravidanza per intervento medico praticate dalle cliniche di un altro Stato membro è troppo tenue perché il divieto di diffondere informazioni possa essere ritenuto come una restrizione di cui all'art. 59 del Trattato [ora art. 56 TFUE]» (sentenza della Corte di giustizia del 4 ottobre 1991 in causa n. C-159/90, *Society for the Protection of Unborn Children Ireland Ltd c. Stephen Grogan e altri*, loc. cit., par. 24).

¹⁰⁹ Si ricordi come nel già citato caso *VBVB e VBBB c. Commissione* (cit. *supra*, nota 90) la Corte avesse considerato che le limitazioni alla diffusione del messaggio commerciale fossero equivalenti ad una restrizione in campo commerciale.

sostituire al legislatore di uno Stato membro.

Per raggiungere la decisione, la Corte ha introdotto l'art. 10, par. 1, CEDU, omettendo tuttavia ogni riferimento all'ambito della comunicazione pubblicitaria in quanto, come già ricordato, non ha riscontrato la presenza di un committente nella diffusione degli annunci, anche se la disposizione della CEDU, ripresa poi dall'art. 11 della Carta, non opera nessuna distinzione tra la divulgazione a titolo gratuito o oneroso. Comunque la Corte di giustizia non sembra essersi lasciata influenzare dalla necessità di tutelare la libertà di espressione. Infatti, l'affermazione finale secondo cui «il diritto comunitario non si oppone a che uno Stato membro in cui l'interruzione della gravidanza per intervento medico è proibita vieti ad associazioni studentesche di diffondere informazioni sull'identità e l'ubicazione di cliniche di un altro Stato membro in cui sono lecitamente praticate interruzioni volontarie della gravidanza, nonché sulle modalità per entrare in contatto con tali cliniche, quando le cliniche di cui trattasi non sono in alcun modo all'origine della diffusione di dette informazioni»¹¹⁰, non indica la presenza di alcun contrasto tra il diritto primario dell'Unione e la disposizione costituzionale irlandese. Tuttavia, i giudici potrebbero aver voluto segnalare con questa distinzione che la posizione avrebbe potuto essere differente qualora la norma irlandese avesse interferito con un'attività sollecitata dalle cliniche inglesi¹¹¹, in quanto il divieto di pubblicizzare le pratiche abortive sarebbe stato in questo caso in contrasto con la libera circolazione dei servizi. Portando agli estremi questa considerazione, si potrebbe paradossalmente evincere che il diritto di informare non è protetto a livello dell'Unione, mentre la pubblicità merita la più ampia tutela nella sua veste di motore dell'economia.

Qualunque siano state le motivazioni dei giudici, è indubbio come la Corte di giustizia abbia assunto una posizione di tutela meno netta rispetto all'atteggiamento successivamente tenuto sulla stessa materia dalla Corte europea dei diritti dell'uomo. Secondo la valutazione dei giudici di Strasburgo, le limitazioni imposte dalla normativa irlandese alla diffusione di informazioni riguardanti la possibilità di effettuare pratiche abortive all'estero erano «disproportionate to the aims pursued. Accordingly there has been a breach of Article 10»¹¹². Probabilmente ciascuna delle due Corti è stata influenzata nel

¹¹⁰ Sentenza della Corte di giustizia del 4 ottobre 1991 in causa n. C-159/90, *Society for the Protection of Unborn Children Ireland Ltd c. Stephen Grogan e altri*, cit. *supra*, nota 101, par. 32.

¹¹¹ J. S. RICH, *Commercial Speech in the Law of the European Union: Lesson for the United States?*, in *Federal Communications Law Journal*, vol. 51, 1999, p. 273.

¹¹² Corte europea dei diritti dell'uomo, *Open Door and Dublin Well Woman v. Ireland*, sentenza 29 ottobre 1992 (ric. n. 14234/88 e 14235/88), par. 80. Il par. 39 di questa sentenza evidenzia le perplessità dei giudici sui motivi che hanno spinto le autorità irlandesi a sequestrare dei quotidiani inglesi che contenevano annunci pubblicitari riguardanti l'interruzione volontaria della gravidanza. La Corte ricorda come questi provvedimenti fossero stati presi in base ad una lettura particolarmente ampia del già citato art. 40, n. 3, terzo comma, della Costituzione irlandese.

giudizio dal fine per il quale essa era stata costituita. Le due autorità giurisdizionali, muovendosi entro le rispettive sfere di competenza, sembrano voler esprimere una valutazione più ancorata ai valori fondamentali della vita umana o focalizzata sull'aspetto maggiormente economico e materiale dell'esistenza¹¹³.

Risulta forse una banale coincidenza il fatto che, nello stesso anno della sentenza della Corte europea dei diritti dell'uomo, l'Irlanda abbia approvato due *referendum* in seguito ai quali furono riconosciuti legittimi sia la distribuzione di informazioni relative alla cliniche inglesi in cui si potevano eseguire pratiche abortive sia il diritto di recarsi nel Regno Unito allo scopo di usufruire di ogni servizio legittimamente ammesso in detto Stato, tra cui erano naturalmente compresi anche tali interventi¹¹⁴.

Questa conclusione permette di attribuire ad una sentenza della Corte di Strasburgo un ruolo determinante per l'affermazione nella normativa di uno Stato membro di due libertà, cioè il diritto di ottenere informazioni su ogni tipo di servizio legalmente presente in un secondo Stato membro e la libertà di muoversi all'interno dell'Unione per poter usufruire di tali servizi.

3.c Libertà di espressione del «pensiero» pubblicitario e mezzo televisivo

«Broadcasting and freedom of expression are intrinsically linked. The one is the life blood of the other»¹¹⁵. Con queste parole, l'autorità indipendente, a cui sono state assegnate nel Regno Unito competenze e funzioni regolamentari sulle società di comunicazione (*Office of Communications* o *Ofcom*), ha formulato una dichiarazione di principio che riconosce l'esistenza di uno stretto legame tra televisione e libertà di espressione. Questo inscindibile vincolo riflette il quadro dell'Unione dove l'ottavo *considerando* della c.d. direttiva sulla «Televisione senza frontiere»¹¹⁶ affermava in modo estremamente pre-

¹¹³ Per questa ragione, la giurisprudenza della Corte di giustizia relativa all'art. 10 CEDU è stata oggetto di critiche da parte della dottrina, che ha sostenuto come la posizione della giurisprudenza dell'Unione, «a differenza di quella della Corte europea, ha (...) come obiettivo quello di assicurare il rispetto delle finalità specifiche della Comunità, il che la rende più complessa e, almeno in certi casi più opinabile là dove essa più che operare un bilanciamento tra i diversi interessi in gioco sembra muoversi nell'ottica di una tendenziale prevalenza di tali finalità rispetto ai diritti codificati nella Convenzione» [P. CARETTI, *Art. 10, Libertà di espressione*, in S. BARTOLE - B. CONFORTI e G. RAIMONDI (eds.), *Commentario alla Convenzione europea per la tutela dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, Padova, Cedam, 2001, p. 348].

¹¹⁴ P. O'CONNOR, *Ireland: A Country for Women?*, in *Jouvert: A Journal of Postcolonial Studies*, vol. 4 (1), 1999 (<http://english.chass.ncsu.edu/jouvert/v4i1/oconn.htm>).

¹¹⁵ Section 2, Consultation on the proposed Ofcom Broadcasting Code consultation (http://www.ofcom.org.uk/consult/condocs/Broadcasting_code/broadcasting_code/section2/).

¹¹⁶ Direttiva n. 89/552/Cee del Consiglio, del 3 ottobre 1989, relativa al coordinamento di determinate disposizioni legislative, regolamentari e amministrative degli Stati membri concernenti l'esercizio delle attività televisive, in *Guce* n. L 298 del 17 ottobre 1989, p. 23 ss. Tale atto normativo è stato recentemente abrogato e sostituito dalla direttiva n. 2010/13/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 10 marzo 2010, relativa al coordinamento di determinate disposizioni legislative, regolamentari e amministrative degli Stati membri concernenti la fornitura di servizi di media audiovisivi (direttiva sui servizi di media audiovisivi), in *Gu-Ue* n. L 95 del 15 aprile 2010, p. 1 ss.

ciso che la «distribuzione di servizi di televisione rappresenta anche una specifica manifestazione, nel diritto comunitario, del principio più generale della libertà di espressione» facendo esplicito riferimento all'art. 10, par. 1, CEDU.

La fine del monopolio televisivo statale ha indirizzato la normativa dell'Unione verso una posizione di compromesso in cui la salvaguardia degli interessi economici dell'industria del settore potesse coesistere con gli aspetti culturali dei programmi¹¹⁷. Pertanto si potrebbe avanzare l'ipotesi che la diffusione delle trasmissioni dovrebbe essere giustificata anche da motivazioni di ordine culturale e non dovrebbe essere legittimata solo da valutazioni di natura strettamente economica. Tuttavia, questa dichiarazione di principio contrasta con la realtà dei fatti. Non si può infatti ignorare come alcune tipologie di programmi, essendo più attrattive di altre per il pubblico, costituiscano indubbiamente un mezzo più incisivo per la penetrazione del messaggio promozionale e di conseguenza rappresentino una fonte di maggiori introiti per l'emittente televisiva. In accordo con questo ragionamento, i guadagni di origine pubblicitaria potrebbero essere quindi in grado di influenzare le scelte redazionali anche a scapito della qualità della programmazione. Tale preoccupazione era stata avanzata dal Governo olandese secondo il quale «un'eccessiva influenza della pubblicità sull'elaborazione dei programmi» non permetteva di tutelare la libertà d'espressione di tutte le componenti della società civile¹¹⁸. L'obiezione era stata accolta dalla Corte che aveva convenuto come questa esigenza rappresentasse un valido motivo per l'adozione di restrizioni alla libera prestazione del servizio televisivo¹¹⁹.

Nello stesso tempo la direttiva n. 2010/13/UE¹²⁰ intende proteggere il pubblico impedendo la diffusione di messaggi pubblicitari riguardanti il tabacco (art. 9, par. 1, lett. d.), i medicinali e le cure il cui accesso è subordinato alla ricetta medica (art. 9, par. 1, lett. f.), ponendo restrizioni al contenuto del-

¹¹⁷ H. RØNNING, *Broadcasting Regulation vs. Freedom of expression and Editorial Independence. A contradictory Relationship?*, in *Nordicom Review*, 2007, p. 10. Questa duplice finalità emergeva nel preambolo della direttiva n. 97/36/Ce (direttiva n. 97/36/Ce del Parlamento europeo e del Consiglio del 30 giugno 1997 che modifica la direttiva n. 89/552/Cee del Consiglio relativa al coordinamento di determinate disposizioni legislative, regolamentari e amministrative degli Stati membri concernenti l'esercizio delle attività televisive, in *Guce* n. L 202 del 30 luglio 1997, p. 60 ss.) in cui veniva messa in evidenza «la natura specifica – in particolare sotto il profilo culturale e sociologico – dei programmi audiovisivi» (*considerando* 4) sottolineando, nello stesso tempo, «la necessità di migliorare la competitività dell'industria audiovisiva europea» (*considerando* 5). Su tale revisione si veda R. MASTROIANNI, *La revisione della direttiva «televisione senza frontiere»*, in *Diritto delle radiodiffusioni e delle telecomunicazioni*, vol. 1, 1999, p. 185 ss.

¹¹⁸ Sentenza della Corte di giustizia del 25 luglio 1991 in causa n. C-288/89, *Stichting Collectieve Antennevoorziening Gouda e altri c. Commissariaat voor de Media*, in *Raccolta*, 1991, I, p. 4007, par. 22 e annotata in questa *Rivista*, 1992, p. 349 ss.

¹¹⁹ *Ivi*, massima n. 3.

¹²⁰ Direttiva n. 2010/13/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 10 marzo 2010, relativa al coordinamento di determinate disposizioni legislative, regolamentari e amministrative degli Stati membri concernenti la fornitura di servizi di media audiovisivi (direttiva sui servizi di media audiovisivi), *cit. supra*, nota 116.

la pubblicità sugli alcolici (art. 22) o opponendosi alla trasmissione di programmi che includono scene pornografiche o di violenza prima dell'orario serale in cui si può presumere che i bambini siano ormai addormentati (art. 27). Più in generale, la diffusione della pubblicità televisiva non deve offendere la dignità umana, né contenere messaggi discriminatori o indurre comportamenti contrari alla sicurezza, alla salute e alla protezione dell'ambiente (art. 9, par. 1, lett. c.). Tali restrizioni sono la conseguenza della particolarità del mezzo televisivo che risulta capace di introdursi nella famiglia per insinuarsi nell'immaginario, soprattutto in quello infantile, fino ad affermarsi come il portatore di modelli vincenti. Tale subdola invadenza rappresenta uno dei motivi portati a sostegno della legittimità delle regole rigorose a cui sono sottoposte le trasmissioni, sebbene le stesse restrizioni sarebbero considerate contrarie alla libertà di espressione nel caso fossero estese ad altri mezzi di comunicazione. Questo apparente paradosso invita quindi a considerare come la libertà di espressione non rappresenti un valore assoluto, ma sia fortemente legata al mezzo a cui viene affidato il trasferimento del messaggio. A sostegno di questa tesi si può riportare come sia stato recentemente proposto di limitare la pubblicità televisiva dei prodotti alimentari, in quanto ritenuta uno dei fattori responsabili dell'obesità infantile¹²¹.

Il motivo per il quale il messaggio televisivo è capace di insinuarsi nella mente è costituito essenzialmente dalla dinamicità dell'immagine trasmessa che non induce alla riflessione a causa dell'incessante incalzare di nuove scene che distolgono l'attenzione del telespettatore dalla visione precedente, di cui tuttavia persiste il ricordo. Pertanto, l'art. 10 della direttiva n. 2010/13/UE impone che la pubblicità televisiva sia chiaramente distinta dai programmi di intrattenimento e che non debba utilizzare tecniche subliminali (art. 9, par. 1, lett. b.)¹²² o configurarsi come «comunicazione commerciale audiovisiva occulta»¹²³.

La direttiva permette tuttavia agli Stati membri di prevedere norme più rigorose e più particolareggiate nei settori oggetto della disciplina, legittimando quindi disposizioni più restrittive anche in campo pubblicitario. Tuttavia occorre ricordare come la Corte di giustizia avesse considerato contraria alla norma-

¹²¹ J. LENNERT VEERMAN - E. F. VAN BEECK - J. J. BARENDREGT e J. P. MACKENBACH, *By how much would limiting TV food advertising reduce childhood obesity?*, in *European Journal of Public Health*, vol. 19, 2009, p. 365 ss.

¹²² Si noti come anche secondo la giurisprudenza statunitense la pubblicità subliminale non sia protetta dal Primo Emendamento. Si veda, ad esempio, il caso *Vance v. Judas Priest*, Nos. 86-5844 & 86-3939, 1990 WL 130920, at *4 (Nev. Dist. Ct. Aug. 24, 1990) citato da J. GREENMAN, *On Communication*, in *Michigan Law Review*, vol. 106, 2008, p. 1344, nota 32.

¹²³ L'art. 1, lett. j., della direttiva n. 2010/13/UE intende per «"comunicazione commerciale audiovisiva occulta", la presentazione orale o visiva di beni, di servizi, del nome, del marchio o delle attività di un produttore di beni o di un fornitore di servizi in un programma, qualora tale presentazione sia fatta dal fornitore di servizi di media per perseguire scopi pubblicitari e possa ingannare il pubblico circa la sua natura. Tale presentazione si considera intenzionale, in particolare, quando è fatta dietro pagamento o altro compenso».

tiva dell'Unione una legge francese che vietava la trasmissione di messaggi promozionali riguardanti il settore della distribuzione commerciale¹²⁴ e una norma italiana¹²⁵ la quale consentiva di menzionare durante le telepromozioni il nome e il logo della ditta solo all'inizio e al termine della trasmissione¹²⁶.

Gli interventi giurisprudenziali sull'utilizzo del mezzo audiovisivo come veicolo promozionale hanno operato anche sottili distinguo che hanno permesso di superare la lettera della direttiva n. 89/552/Cee che regolava la materia fino all'entrata in vigore della direttiva n. 2010/13/Ue. In uno di questi casi, la vertenza riguardava una forma promozionale indiretta costituita dalle riprese dei cartelloni pubblicitari in occasione di un incontro sportivo che, pur svolgendosi sul territorio di uno Stato membro, non potevano essere trasmesse in un secondo Stato membro in quanto la sua normativa (legge *Evin*) vietava la *reclame* delle bevande alcoliche durante gli eventi agonistici¹²⁷. La Corte non ha considerato tali inquadrature come «pubblicità televisiva» dal momento che le emittenti non ricevevano nessun compenso per riprendere il nome ed il marchio delle aziende presente ai bordi del campo¹²⁸ e che la ripresa non si poteva ritenere intenzionale dipendendo dalle fasi della gara. I giudici hanno valutato conforme al diritto dell'Unione la decisione francese di vietare le trasmissioni sportive in cui potesse apparire la pubblicità di bevande alcoliche, pur non affrontando esplicitamente la problematica relativa alla libertà di e-

¹²⁴ Sentenza della Corte di giustizia del 9 febbraio 1995 in causa n. C-412/93, *Société d'importation Édouard Leclerc-Siplec c. TF1 Publicité SA e M6 Publicité SA*, in *Raccolta*, 1995, I, p. 179.

¹²⁵ L. 17 dicembre 1992, n. 483, Conversione in legge, con modificazioni del decreto legge 19 ottobre 1992, n. 408, recante disposizioni urgenti in materia di pubblicità televisiva, in *Guri* n. 297 del 18 dicembre 1992, p. 7.

¹²⁶ Sentenza della Corte di giustizia del 12 dicembre 1996 in cause riunite n. C-320/94, n. C-328/94, n. C-329/94, n. C-337/94, n. C-338/94 e n. C-339/94, *Reti Televisive Italiane SpA (RTI), Radio Torre, Rete A Srl, Vallau Italiana Promomarket Srl, Radio Italia Solo Musica Srl e altri e GETE Srl c. Ministero delle Poste e Telecomunicazioni*, in *Raccolta*, 1996, I, p. 6471 e in questa *Rivista*, 1997, p. 367 ss. con commento di E. BRAMBILLA, *Pubblicità televisiva e direttiva n. 89/552: telepromozioni, televendite e sponsorizzazioni nell'interpretazione della Corte di giustizia*, p. 377 ss.

¹²⁷ Sentenze della Corte di giustizia del 13 luglio 2004 in causa n. C-262/02, *Commissione delle Comunità europee c. Repubblica francese*, in *Raccolta*, 2004, I, p. 6569 e annotata in questa *Rivista*, 2004, p. 772 e del 13 luglio 2004 in causa n. C-429/02, *Bacardi France SAS, già Bacardi-Martini SAS c. Télévision française 1 SA (TF1), Groupe Jean-Claude Darmon SA e Giro Sport SARL*, in *Raccolta*, 2004, I, p. 6613 e annotata in questa *Rivista*, 2004, p. 771. Si noti che in precedenza i giudici avevano valutato irricevibile la richiesta di conoscere in via pregiudiziale la compatibilità con la normativa dell'Unione della legge francese in base alla quale l'incontro di calcio Newcastle-Metz non era stato trasmesso in Francia. La Corte aveva infatti ritenuto che la controversia dovesse essere risolta sulla base della legge nazionale in quanto riguardava il contratto tra il club inglese e l'agenzia pubblicitaria (sentenza della Corte di giustizia del 21 gennaio 2003 in causa n. C-318/00, *Bacardi-Martini SAS e Cellier des Dauphins c. Newcastle United Football Company Ltd*, in *Raccolta*, 2003, I, p. 905).

¹²⁸ In effetti, l'art. 1, lett. b., della direttiva n. 89/552/Cee definiva pubblicità televisiva «ogni forma di messaggio televisivo trasmesso dietro compenso o pagamento analogo da un'impresa pubblica o privata nell'ambito di un'attività commerciale, industriale, artigiana o di una libera professione, allo scopo di promuovere la fornitura, dietro compenso, di beni o di servizi, compresi i beni immobili, i diritti e le obbligazioni». Tale definizione costituisce in sostanza l'art. 1, lett. i., della direttiva n. 2010/13/Ue.

spressione. La sentenza si è limitata a riconoscere che la restrizione imposta dalla normativa nazionale era giustificata in quanto si prefiggeva di combattere l'alcolismo. Ai sensi dell'art. 56, par. 1, TCE (ora art. 52, par. 1, TFUE), la tutela della salute pubblica giustificava infatti una restrizione alla libera prestazione dei servizi e alla trasmissione di programmi televisivi che costituiscono uno dei mezzi con cui viene diffusa l'espressione del pensiero. Il rispetto del principio di proporzionalità ha consentito, utilizzando le parole dell'Avvocato Generale Tizzano, di giudicare «la normativa francese (...) idonea a conseguire lo scopo di tutela della salute pubblica da essa perseguito»¹²⁹.

Tra i motivi che hanno guidato i giudici verso la risoluzione di questo caso si possono comunque identificare due aspetti particolari.

In primo luogo, pur riconoscendo una notevole capacità di penetrazione alle immagini trasmesse dal mezzo televisivo, è verosimile supporre che gli appassionati degnino di maggiore attenzione le fasi dell'evento sportivo piuttosto che le scritte riportate da un cartellone che si trova in secondo piano rispetto all'azione del loro atleta o della loro squadra. In accordo con questa osservazione, la pubblicità indiretta potrebbe essere considerata come parte del paesaggio al pari delle insegne che possono essere riprese durante un evento, anche non sportivo, che si svolga in un qualsiasi centro abitato. Questa opinione potrebbe tuttavia essere smentita da un esperto in comunicazione, il quale, forse, potrebbe intravedere nell'inquadratura di un pannello la forza persuasiva del messaggio subliminale. In ogni caso, per ovviare a tale inconveniente si potrebbe prospettare l'utilizzo di moderne tecniche attraverso le quali risulta possibile sostituire i cartelloni pubblicitari reali presenti ai bordi del terreno di gioco con immagini virtuali contenenti sponsorizzazioni consentite¹³⁰.

In ultimo, si può sottolineare come i giudici non abbiano tracciato una linea di demarcazione tra informazione e pubblicità, pur affermando sinteticamente nella sentenza come la prima sia identificabile nella diffusione a titolo gratuito del messaggio, mentre la seconda implichi un compenso per la prestazione. Tale convinzione si può evincere dalla constatazione che i giudici definiscono l'apparizione sullo schermo di pannelli pubblicitari una forma di

¹²⁹ Conclusioni dell'Avvocato Generale Tizzano dell'11 marzo 2004 in causa n. C-262/02, *Commissione delle Comunità europee c. Repubblica francese*, e in causa n. C-429/02, *Bacardi France c. Télévision française TF1 e a.*, in *Raccolta*, 2004, I, p. 6569, par. 98.

¹³⁰ «[L]a sponsorizzazione virtuale (...) consiste nell'utilizzazione di tecniche virtuali per inserire messaggi pubblicitari, in particolare al momento della diffusione di eventi sportivi, attraverso la sostituzione virtuale dei pannelli pubblicitari esistenti sul terreno o l'inserimento di nuove immagini» [S. NICOLIN, *Verso una nuova disciplina comunitaria delle comunicazioni commerciali televisive: tra prospettive di deregulation e garanzie di pluralismo*, in L. CARLASSARE (ed.), *Il pluralismo radiotelevisivo tra pubblico e privato*, Padova, Cedam, 2007, p. 108]. Si noti inoltre che l'Avvocato Generale Tizzano nelle sue conclusioni al caso *Bacardi* (*loc. cit.*) avesse ricordato la possibilità di utilizzare moderne tecniche di mascheramento derivate dai sistemi di guida dei missili negandone nello stesso tempo l'applicabilità pratica a causa del loro costo (par. 63 e 103). Nella sentenza si accenna all'esistenza di tali strumenti ed al loro elevato onere economico (par. 28), stabilendo l'impossibilità di utilizzarli con un richiamo alle conclusioni dell'Avvocato Generale (par. 34).

«pubblicità televisiva indiretta [che] non dev'essere considerata "pubblicità televisiva" ai sensi degli artt. 1, lett. b., 10 e 11 di tale direttiva [n. 89/552/Cee]»¹³¹. In altre parole, l'inquadratura di un cartellone pubblicitario durante una trasmissione televisiva rappresenta una forma di pubblicità «involontaria» e, pertanto, non compresa nella nozione a cui si riferisce la direttiva in materia.

Tale sottile distinzione tra informazione e pubblicità permette di proporre un confronto tra la sentenza *Bacardi* ed il recente caso *Damgaard*, in cui la Corte ha sancito che «la divulgazione di informazioni relative ad un medicinale (...) può essere considerata pubblicità» ai sensi dell'art. 86 della direttiva n. 2001/83/Cee¹³², indipendentemente dal fatto che la diffusione del messaggio fosse stata sollecitata dal produttore o fosse avvenuta su iniziativa autonoma di una terza persona¹³³. Tuttavia, questa affermazione sembra venir mitigata dalla successiva frase dello stesso paragrafo, in cui il giudice nazionale viene invitato a valutare se il comportamento del signor Damgaard avesse finalità informative oppure fosse da catalogare come «un'azione (...) di ricerca della clientela o di incitamento, intesa a promuovere la prescrizione, la fornitura, la vendita o il consumo di medicinali». Questa considerazione è mutuata dalle conclusioni di Colomer che, pur giungendo allo stesso risultato, sembra voler rafforzare la tesi della difesa attraverso la considerazione che «occorre provare che essa [la diffusione di informazioni] aveva lo scopo di promuovere la prescrizione, la fornitura, la vendita o il consumo di tale merce»¹³⁴. L'Avvocato Generale sembra, infatti, collegare il diritto di informare il pubblico sui medicinali con l'attività giornalistica del signor Damgaard, invitando i giudici a «garantire il giusto equilibrio tra gli obiettivi di tutela della salute e di uso razionale dei medicinali, da un lato, e il diritto dell'interessato alla libertà di espressione, dall'altro, tenendo in considerazione la speciale protezione dell'accusato, ove venga provata la sua qualità di giornalista»¹³⁵. Tali parole mettono in rilievo come il compito della giurisprudenza consista nel

¹³¹ Sentenza della Corte di giustizia del 13 luglio 2004 in causa n. C-429/02, *Bacardi France SAS, già Bacardi-Martini SAS c. Télévision française 1 SA (TF1), Groupe Jean-Claude Darmon SA e Giro Sport SARL*, cit. *supra*, nota 127, par. 29.

¹³² Direttiva n. 2001/83/Ce del Parlamento europeo e del Consiglio, del 6 novembre 2001, recante un codice comunitario relativo ai medicinali per uso umano, in *Guce* n. L 311 del 28 novembre 2001, p. 67 ss.

¹³³ Sentenza della Corte di giustizia del 2 aprile 2009 in causa n. C-421/07, Procedimento penale a carico di *Frede Damgaard*, cit. *supra*, nota 80, par. 29.

¹³⁴ Conclusioni dell'Avvocato Generale Ruiz-Jarabo Colomer del 18 novembre 2008 in causa n. C-421/07, Procedimento penale a carico di *Frede Damgaard*, in *Raccolta*, 2009, I, p. 2629, par. 64.

¹³⁵ *Ivi*, par. 82, punto 3. L'accento alla professione di giornalista non deve essere considerato un riferimento marginale, poiché la «libertà d'espressione (...) costituisce un diritto fondamentale di cui la Corte deve garantire il rispetto nell'ambito del diritto comunitario ed in particolare ove si tratti, come nella specie, di giornalisti la cui funzione principale è quella di esprimere il proprio pensiero in completa libertà rispetto ai punti di vista (...) delle Comunità» (sentenza della Corte di giustizia del 13 dicembre 1989 in causa n. 100/88, *Augustin Oyowe e Amadou Traore c. Commissione delle Comunità europee*, in *Raccolta*, 1989, p. 4285, par. 16).

raggiungere una soluzione in grado di garantire all'individuo la libertà di esprimere la propria opinione tutelando, nello stesso tempo, il pubblico interesse e i diritti della collettività.

Le norme dell'Unione in materia di pubblicità televisiva si prefiggono il medesimo obiettivo. Le disposizioni perseguono infatti intenti di reale interesse pubblico, come la tutela dei minori o la lotta contro l'alcolismo. Tuttavia, non risulta azzardata l'ipotesi che la diffusione della TV satellitare possa in futuro essere un argomento concretamente utilizzabile per indurre i governi a liberalizzare le trasmissioni televisive nazionali¹³⁶. In caso contrario, si potrebbe infatti instaurare una situazione svantaggiosa per l'industria televisiva e pubblicitaria degli Stati membri. La tecnologia satellitare è attualmente utilizzata da molte emittenti, anche di medie dimensioni, e risulta accessibile da un rilevante numero di utenti, la cui entità può essere ragionevolmente prevista solo come destinata ad aumentare. Tale prospettiva potrebbe rendere problematico un atteggiamento che volesse ancorarsi su disposizioni troppo restrittive rispetto alle norme con cui la materia viene disciplinata in altre parti del mondo. Si deve inoltre ricordare come la Corte abbia ritenuto che la pubblicità televisiva trasmessa via satellite in Svezia da un'emittente situata in un altro Stato membro non contrastasse con la direttiva sulla «Televisione senza frontiere», nonostante le norme dello Stato scandinavo proibissero di rivolgere messaggi promozionali ai minori di dodici anni¹³⁷. Secondo la Corte, «la direttiva dev'essere interpretata nel senso che osta all'applicazione alle trasmissioni televisive provenienti da altri Stati membri di una disposizione di una legge nazionale sulle trasmissioni radiotelevisive»¹³⁸. Questa motivazione coincide con una decisione della Corte EFTA la quale era stata pochi anni prima chiamata a valutare la compatibilità di una pubblicità rivolta ai bambini trasmessa da un'emittente britannica in contrasto con le leggi norvegesi¹³⁹. Non dovrebbe quindi stupire se le argomentazioni di tali precedenti fossero utilizzate per contestare un provvedimento che intendesse oscurare le trasmissioni di un'emittente di un Paese terzo a causa dell'inosservanza delle disposizioni europee. Tali programmi televisivi potrebbero favorire beni di consumo di imprese di Stati terzi a danno di aziende dell'Unione, le quali sarebbero messe nella condizione di utilizzare lo stesso canale straniero per contrastare la concorrenza. Di conseguenza, si instaurerebbe un effetto domino a causa delle ripre-

¹³⁶ A. J. HARCOURT, *Institution-driven Competition: The Regulation of Cross-border Broadcasting in the EU*, in *Journal of Public Policy*, vol. 27, 2007, p. 300.

¹³⁷ Sentenza della Corte di giustizia del 9 luglio 1997 in cause riunite n. C-34/95, n. C-35/95 e n. C-36/95, *Konsumentombudsmannen (KO) c. De Agostini (Svenska) Förlag AB e TV-Shop i Sverige AB*, in *Raccolta*, 1997, I, p. 3843.

¹³⁸ *Ivi*, par. 62.

¹³⁹ EFTA Court, judgement 16 June 1995, Joined Cases n. E-8/94 and n. 9/94, *Forbrukerombudet v. Mattel Scandinavia A/S and Lego Norge A/S*, in *EFTA Court Report 1 January 1994 - 30 June 1995*, p. 113.

cussioni negative sull'industria televisiva. Questa possibilità non può essere trascurata pensando che le differenze linguistiche possano rendere irrealizzabile tale scenario. L'affermazione dell'inglese consente di avvicinare facilmente un numero elevato di consumatori dell'Unione, senza contare che la prospettiva di vantaggi economici potrebbe indurre le emittenti a trasmettere programmi anche in altre lingue.

3.d *Pubblicità e tutela della salute pubblica*

Sebbene il Trattato Ce non avesse conferito alla Comunità nessuna competenza in materia di salute, l'art. 152 TCE imponeva alle politiche ed alle attività comunitarie l'obbligo di garantire «un livello elevato di protezione della salute umana» e «l'educazione in materia sanitaria». Probabilmente, questa disposizione doveva rappresentare una semplice dichiarazione di principio nelle intenzioni degli estensori del Trattato di Maastricht che ha inserito tale norma nel Trattato Ce. Tuttavia, la Corte di giustizia ha attivato in questo campo, come in altri a cui lo sviluppo dell'Unione sarebbe dovuto restare estraneo, un processo di «*juridification*»¹⁴⁰. Questo modo di procedere ha innescato un meccanismo in cui una parte dei problemi riguardanti la salute pubblica potrebbe essere sottratta alla competenza dei singoli Stati membri. Tale prospettiva non costituisce un'ipotesi puramente teorica dal momento che il Trattato di Lisbona ha inserito nel nuovo art. 168 TFUE (ex art. 152 TCE) tutte le «misure il cui obiettivo diretto sia la protezione della sanità pubblica in relazione al tabacco e all'abuso di alcol, ad esclusione di qualsiasi armonizzazione delle disposizioni legislative e regolamentari degli Stati membri». Questo proposito non rappresenta una novità sullo scenario dell'Unione. Infatti, sebbene l'iniziativa non sia stata formalizzata in una successiva norma, gli stessi obiettivi costituivano uno degli scopi dell'agenda comunitaria già a partire dalla fine degli anni '80¹⁴¹. Del resto, come ribadito in un recente Libro Bianco, la tutela della salute pubblica è una meta la cui realizzazione dipende non solo dalle politiche sanitarie degli Stati membri, ma anche da altre politiche dell'Unione¹⁴².

Queste premesse giustificano l'adozione di misure restrittive della libera circolazione delle bevande alcoliche o la creazione di un monopolio nazionale

¹⁴⁰ Sull'argomento si veda L. C. Blichner e A. Molander, *Mapping Juridification*, in *European Law Journal*, vol. 14, 2008, p. 36 ss.

¹⁴¹ Si vedano, ad esempio, la risoluzione del Consiglio e dei rappresentanti dei governi degli Stati membri, riuniti in sede di Consiglio, del 29 maggio 1986, concernente l'abuso di alcool, in *Guce* n. C 184 del 23 luglio 1986, p. 3 e la comunicazione della Commissione al Consiglio e al Parlamento europeo su ruolo attuale e di prospettiva della Comunità nel combattere il consumo di tabacco, Com(96)609 def., 18 dicembre 1996.

¹⁴² Commissione delle Comunità europee, Libro Bianco. Un impegno comune per la salute: Approccio strategico dell'UE per il periodo 2008-2013, Com(2007)630 def., 23 ottobre 2007, p. 6.

per la loro vendita al dettaglio¹⁴³, in quanto tutelare la salute pubblica contro l'abuso di alcolici rappresenta un obiettivo di interesse generale. La pubblicità non poteva essere esclusa dai provvedimenti normativi dal momento che la Corte ha ritenuto che «non è (...) contestabile che la pubblicità costituisca un incitamento al consumo»¹⁴⁴ degli alcolici. Tuttavia, la mancanza di norme dell'Unione in materia permette di mantenere la decisione sul grado di tutela e sulle modalità attraverso cui tale livello di protezione deve essere raggiunto tra le prerogative degli Stati membri, i quali trovano nel principio di proporzionalità il limite della loro azione¹⁴⁵. Basandosi su queste premesse, non appare sorprendente che la Corte abbia considerato legittima una norma spagnola che vietava la pubblicità di bevande con grado alcolico superiore ai 23° in luoghi (vie cittadine, strade e cinema) frequentati da automobilisti e giovani, cioè «da due categorie di popolazione nei cui confronti la lotta all'alcolismo presenta una particolare importanza»¹⁴⁶.

Oltre a questa sentenza, occorre tuttavia ricordare almeno una circostanza in cui la Corte non ha assunto una posizione netta. L'esempio è costituito dal caso relativo ad una rivista svedese che aveva accompagnato un suo numero con un inserto di tre pagine, inviato ai soli abbonati, in cui appariva la pubblicità di alcune bevande alcoliche sebbene tale pratica pubblicitaria fosse vietata dalla legge nazionale¹⁴⁷. I giudici, pur ricordando che una norma atta a combattere l'alcolismo intende salvaguardare la salute pubblica, avevano rimandato al giudice nazionale la valutazione della proporzionalità del provvedimento. In altre parole, essi avevano invitato l'organo giudicante nazionale a valutare se lo scopo potesse essere raggiunto anche con provvedimenti di minor incidenza sulla libera circolazione delle merci¹⁴⁸. Il riferimento ad un ostacolo frapposto dalla norma statale al commercio transfrontaliero potrebbe derivare da una considerazione avanzata nelle conclusioni di Jacobs e fatta propria dalla Corte nel par. 21. Secondo l'Avvocato Generale, infatti, la proibizione di pubblicizzare le bevande alcoliche penalizzava maggiormente i prodotti di importazione rispetto a quelli nazionali, potendo anche scoraggiare i produttori di altri Stati membri a mettere in commercio i loro articoli sul

¹⁴³ Sentenza della Corte di giustizia del 23 ottobre 1997 in causa n. C-189/95, Procedimento penale a carico di *Harry Franzén*, in *Raccolta*, 1997, I, p. 5909.

¹⁴⁴ Sentenza della Corte di giustizia del 10 luglio 1980 in causa n. 152/78, *Commissione delle Comunità europee c. Repubblica francese*, cit. *supra*, nota 86, par. 17.

¹⁴⁵ Sentenza della Corte di giustizia del 25 luglio 1991 in cause riunite n. C-1/90 e n. C-176/90, *Aragonesa de Publicidad Exterior SA e Publivia SAE c. Departamento de Sanidad y Seguridad Social de la Generalitat de Cataluña*, cit. *supra*, nota 88, par. 18.

¹⁴⁶ *Ibidem*.

¹⁴⁷ Sentenza della Corte di giustizia dell'8 marzo 2001 in causa n. C-405/98, *Konsumentombudsmannen (KO) c. Gourmet International Products AB (GIP)*, in *Raccolta*, 2001, I, p. 1795 e annotata in questa *Rivista*, 2001, p. 79 ss.

¹⁴⁸ *Ivi*, par. 21.

mercato svedese¹⁴⁹. Basandosi sulle indicazioni della Corte, la *Marknadsdomstolen Dom* (Corte del mercato) ha ritenuto contrario alle norme Ue in materia di libera circolazione il divieto di pubblicizzare attraverso la stampa le bevande alcoliche¹⁵⁰. In seguito a questa sentenza nazionale, la normativa svedese ha limitato il divieto alle bevande di contenuto alcolico superiore a 16° imponendo successivamente l'obbligo di riportare adeguate avvertenze negli stampati pubblicitari di quelle di grado inferiore¹⁵¹.

Le conclusioni raggiunte dalla Corte di giustizia in questa pronuncia sono state in seguito ribadite dalla Corte EFTA in una sentenza riguardante la pubblicità di vini apparsi su una rivista specializzata. I giudici hanno stabilito che la proibizione generalizzata imposta dalla legislazione norvegese costituiva una restrizione alle importazioni, giustificabile solo qualora non si potessero adottare provvedimenti meno restrittivi in grado di proteggere la popolazione contro gli effetti dannosi dell'alcol¹⁵².

Dalle pronunce emerge una tendenza a considerare sproporzionate le misure restrittive che sembrano voler instaurare una sorta di proibizionismo vietando la pubblicità di tutti i tipi di bevande alcoliche. La Corte di giustizia e la Corte EFTA sembrano maggiormente orientate a considerare legittime norme meno drastiche, ritenendo che la lotta all'alcolismo possa essere combattuta concentrando gli interventi legislativi solo su prodotti di alto tenore alcolico o indirizzando l'azione verso fasce di popolazione particolarmente esposte al rischio di abuso. Nell'azione dei giudici si manifesta pertanto l'intenzione di proteggere i consumatori non esponendoli a messaggi promozionali potenzialmente capaci di indurli al consumo di beni dannosi per la salute riducendo, per quanto possibile, gli ostacoli al commercio interno.

La Corte di giustizia si è allontanata da questo proposito solo nel momen-

¹⁴⁹ Conclusioni dell'Avvocato Generale Jacobs del 14 dicembre 2000 in causa n. C-405/98, *Konsumentombudsmannen (KO) c. Gourmet International Products AB (GIP)*, in *Raccolta*, 2001, I, p. 1795, par. 37. La decisione di rimandare al giudice nazionale la valutazione della proporzionalità di una norma che proibisca di pubblicizzare gli alcolici in quanto potenzialmente in grado di costituire una discriminazione verso i prodotti non nazionali era già stata assunta dalla Corte EFTA. Si veda EFTA Court, judgment 27 June 1997, case n. E-6/96, *Tore Wilhelmsen AS v. Oslo kommune*, par. 74, in *EFTA Court Report 1997*, p. 53. La Corte giustificava nel par. 73 questa decisione con il fatto che «[t]he concept of non-discrimination is to be understood in a broad context. Even if exactly the same restrictions on advertising apply to both national and imported products, they may be discriminatory with respect to imported products which are not known on the national market. It is not the formulation of the provisions that counts but rather their effect on the free movement of goods. Importers have to be ensured equal opportunities in the field of promoting and advertising their products».

¹⁵⁰ Interrogazione scritta n. E-0539/03 del 26 febbraio 2003 di L. Sacrédeus al Consiglio, avente per oggetto «Via libera alla pubblicità delle bevande alcoliche», in *Gu-Ue* n. C 222 E del 18 settembre 2003, p. 214. Nell'interrogazione si lamentano «le conseguenze negative per la sanità pubblica che comporterebbe un aumento dei consumi di alcol» dovuto alla decisione della Corte svedese.

¹⁵¹ B. BAUMBERG - P. ANDERSON, *Health, alcohol and EU law: understanding the impact of European single market law on alcohol policies*, in *European Journal of Public Health*, vol. 18, 2008, p. 395.

¹⁵² EFTA Court, judgment 25 February 2005, case n. E-4/04, *Pedicel AS v. Sosial- og helsedirektoratet*, par. 50 e 61, in *EFTA Court Report 2005*, p. 1.

to in cui ha annullato, basandosi anche su motivi procedurali¹⁵³, la direttiva n. 98/43/Ce¹⁵⁴, sebbene «il "centro di gravità" di tale atto [fosse] la tutela della sanità pubblica»¹⁵⁵. Un'Atrice ha attribuito tale conclusione ad una manovra di *lobbying* operata da alcune industrie tedesche ed inglesi del tabacco¹⁵⁶. A questa osservazione si potrebbe obiettare come la sentenza si soffermi sul fatto che il divieto generalizzato di pubblicità rappresenta un ostacolo alla libera circolazione dei prodotti. Senza voler entrare in un'analisi della pronuncia e delle sue cause, non si può trascurare che essa sembra contenere anche un accenno negativo verso la proibizione generalizzata in quanto frappona limitazioni al commercio di tutti gli strumenti e dei *gadget* atti a diffondere i marchi pubblicizzati¹⁵⁷. In tal senso, le motivazioni sono in sintonia con la tendenza dei giudici di considerare sproporzionate le misure restrittive generalizzate, ritenendo possibile raggiungere lo stesso obiettivo con provvedimenti più mirati. Appartiene al campo delle opinioni personali valutare se i motivi a sostegno dell'annullamento della direttiva fossero da considerare di valore superiore rispetto alla tutela della salute pubblica cui aspirava tale atto comunitario.

Accogliendo le osservazioni della Corte, il *considerando* 17 della successiva direttiva n. 2003/33/Ce¹⁵⁸ afferma che questo atto «non va al di là di quanto necessario per il raggiungimento di tale obiettivo [fondamentale del corretto funzionamento del mercato interno] a norma dell'art. 5, terzo comma, del Trattato [Ce]» (ora art. 5, par. 4, TUE). Questa normativa fu giudicata proporzionata agli scopi che perseguiva, permettendo alla Corte di respingere

¹⁵³ Si noti, ad esempio, che «una misura come la direttiva non può essere adottata sul fondamento degli artt. 100 A, 57, n. 2, e 66 del Trattato» (ora rispettivamente artt. 114, 53, par. 1, e 62 TFUE) (sentenza della Corte di giustizia del 5 ottobre 2000 in causa n. C-376/98, *Repubblica federale di Germania c. Parlamento europeo e Consiglio dell'Unione europea*, in *Raccolta*, 2000, I, p. 8419, par. 115). Si consideri, inoltre, come, anche in sede parlamentare prima dell'adozione della direttiva n. 98/43/Ce, fossero state formulate alcune perplessità riguardanti, oltre alla libertà di espressione sancita dall'art. 10 CEDU, l'utilizzo dell'art. 100 A TCE [ora art. 114 TFUE] come base giuridica. A tale proposito, si veda l'interrogazione scritta n. E-1020/98 del 6 aprile 1998 di K.-H. Florenz alla Commissione, avente per oggetto «Divieto di qualsiasi forma di pubblicità o promozione finanziaria delle vendite di prodotti del tabacco», in *Guce* n. C 354 del 19 novembre 1998, p. 52.

¹⁵⁴ Direttiva n. 98/43/Ce del Parlamento europeo e del Consiglio del 6 luglio 1998 sul ravvicinamento delle disposizioni legislative, regolamentari e amministrative degli Stati membri in materia di pubblicità e di sponsorizzazione a favore dei prodotti del tabacco, in *Guce* n. L 213 del 30 luglio 1998, p. 9 ss.

¹⁵⁵ Sentenza della Corte di giustizia del 5 ottobre 2000 in causa n. C-376/98, *Repubblica federale di Germania c. Parlamento europeo e Consiglio dell'Unione europea*, loc. cit., par. 34.

¹⁵⁶ A. J. HARCOURT, *Institution-driven Competition: The Regulation of Cross-border Broadcasting in the EU*, cit. supra, nota 136, p. 300.

¹⁵⁷ Secondo l'opinione della Corte, infatti, «il divieto della pubblicità su manifesti, ombrelloni, portacenere e altri oggetti utilizzati negli alberghi, nei ristoranti e nei caffè, nonché (...) il divieto di messaggi pubblicitari al cinema (...) non contribuiscono in alcun modo a facilitare gli scambi dei prodotti interessati» (sentenza della Corte di giustizia del 5 ottobre 2000 in causa n. C-376/98, *Repubblica federale di Germania c. Parlamento europeo e Consiglio dell'Unione europea*, loc. cit., par. 99).

¹⁵⁸ Direttiva n. 2003/33/Ce in materia di pubblicità e di sponsorizzazione a favore dei prodotti del tabacco, cit. supra, nota 8.

la richiesta tedesca di annullamento dell'art. 3, relativo alla pubblicità a mezzo stampa e mediante altre pubblicazioni stampate, e dell'art. 4, che vieta tutte le forme di pubblicità radiofonica a favore dei prodotti del tabacco¹⁵⁹. Tale pronuncia è coerente con l'ordinanza con cui, pochi mesi prima, il Tribunale di primo grado aveva respinto la domanda di annullamento della direttiva n. 2003/33/Ce e, in particolare, dell'art. 5, par. 1, che vieta la sponsorizzazione di manifestazioni o di attività che coinvolgano più Stati membri¹⁶⁰.

4. Conclusioni

La problematica della libertà di espressione applicata al campo pubblicitario presenta aspetti fundamentalmente controversi, in quanto l'analisi implica una specifica valutazione del significato e dei limiti dell'applicazione di tale libertà alla diffusione di un messaggio promozionale. Le diverse Corti (*US Supreme Court*, Corte europea dei diritti dell'uomo e Corte di giustizia Ue) applicano ad ogni limitazione uno stesso criterio di base che consiste nel valutare la proporzionalità della restrizione rispetto al legittimo obiettivo che si prefigge la disposizione.

Nello stesso tempo le sentenze affrontano la problematica in base ai precedenti e agli scopi per cui sono stati istituiti gli organi giudicanti.

La Corte Suprema degli Stati Uniti sembra mantenere un sentimento ancora permeato da diffidenza verso la pubblicità forse per il motivo che non ravvisa nel messaggio commerciale un servizio di pubblica utilità. Questa ragione ha probabilmente indotto i giudici statunitensi ad accordare la protezione costituzionale solo dopo aver individuato aspetti di pubblico interesse nei contenuti dei singoli annunci promozionali. Da questo orientamento traspare quasi il desiderio di tutelare solo la parte «informativa», accordando ai brani di indubbia matrice pubblicitaria solo una garanzia riflessa. Tale conclusione appare probabilmente poco coerente nel momento in cui le problematiche relative alla «pubblicità» vengono confrontate con altre tipologie di libera espressione del pensiero. Dalle sentenze della Corte Suprema emergono infatti posizioni tanto avanzante sulla nozione di «*free speech*» da contraddire l'opinione appena manifestata. Ad esempio, i giudici statunitensi hanno ritenuto che insultare¹⁶¹ o bruciare¹⁶² la bandiera nazionale costituiscano atti tutelati dal Primo emendamento in quanto essi rappresentano l'espressione sim-

¹⁵⁹ Sentenza della Corte di giustizia del 12 dicembre 2006 in causa n. C-380/03, *Repubblica federale di Germania c. Parlamento europeo e Consiglio dell'Unione europea*, cit. *supra*, nota 80.

¹⁶⁰ Ordinanza del Tribunale di primo grado del 29 giugno 2006 in causa n. T-311/03, *Nürburgring c. Parlamento e Consiglio*, in *Raccolta*, 2006, II, p. 46 (pubblicazione sommaria).

¹⁶¹ *Street v. New York*, 394 US 576, 1969.

¹⁶² *Texas v. Johnson*, 491 US 397, 1989.

bolica del pensiero degli autori di tali gesti. Questa considerazione rende difficilmente comprensibile per quale motivo una Corte che non valuti possibile negare ad un cittadino il diritto di esprimere la propria idea «simply because society finds the idea itself offensive or disagreeable»¹⁶³ possa escludere dalla protezione costituzionale un messaggio che, senza utilizzare affermazioni ingannevoli, pubblicizzi un bene legittimo.

Dalla giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo «emerge [invece] che tutte le forme d'espressione meritano di essere protette ai sensi dell'art. 10, n. 1, della Convenzione, il che comprende ciò che viene comunemente conosciuto come espressione commerciale, cioè la fornitura di informazioni, l'espressione di idee o la comunicazione di immagini come parte della promozione di un'attività commerciale e il concomitante diritto di ricevere tali comunicazioni»¹⁶⁴. Tuttavia, la visione non risulta completamente garantista in quanto trova i suoi limiti nella necessità di tutelare il pubblico interesse.

La Corte di giustizia Ue ha condiviso questo punto di vista assumendosi l'onere e la responsabilità di difendere i diritti fondamentali¹⁶⁵. L'opera dei giudici si è manifestata anche nella tutela dell'espressione commerciale proteggendola da quelle norme nazionali sulla pubblicità che potevano ripercuotersi in modo negativo sulla libera circolazione delle merci e dei servizi. Questa interpretazione riflette la linea ispiratrice di una Comunità, ora Unione, che fin dalla sua origine ha inteso rimuovere ogni barriera in grado di interporli agli scambi nel mercato interno. Tuttavia, anche questa tendenza non poteva essere concretizzata dimenticando l'esistenza del consumatore, che l'ordinamento comunitario si è impegnato a tutelare, e dei diritti umani, che costituiscono uno strumento indipendente, e non funzionale, nei confronti del progetto di realizzazione degli scopi economici dell'Unione¹⁶⁶.

L'attività dei giudici di Lussemburgo si è quindi focalizzata nella ricerca di un punto di equilibrio che consentisse di garantire un elevato livello di pro-

¹⁶³ *Texas v. Johnson*, cit. supra, nota 162, p. 409.

¹⁶⁴ Conclusioni riunite dell'Avvocato Generale Fennelly del 15 giugno 2000 in causa n. C-376/98, *Repubblica federale di Germania c. Parlamento europeo e Consiglio dell'Unione europea*, e in causa n. C-74/99, *The Queen c. Secretary of State for Health e altri, ex parte Imperial Tobacco Ltd e altri*, cit. supra, nota 85, par. 153.

¹⁶⁵ L'*obiter dictum* secondo cui «i diritti fondamentali della persona (...) fanno parte dei principi generali del diritto comunitario, di cui la Corte garantisce l'osservanza» è entrato nella giurisprudenza comunitaria con la sentenza *Stauder* della fine degli anni '60 (sentenza della Corte di giustizia del 12 novembre 1969 in causa n. 29/69, *Erich Stauder c. Stadt Ulm-Sozialamt*, in *Raccolta*, 1969, p. 419, par. 7). D'altra parte «[i] trattati internazionali relativi alla tutela dei diritti dell'uomo, cui gli Stati membri hanno cooperato o aderito possono del pari fornire elementi di cui occorre tenere conto nell'ambito del diritto comunitario» (sentenza della Corte di giustizia del 14 maggio 1974 in causa n. 4/73, *J. Nold, Kohlen- und Baustoffgroßhandlung c. Commissione delle Comunità europee*, in *Raccolta*, 1974, p. 491, par. 13).

¹⁶⁶ G. DE BÚRCA, *Fundamental Human Rights and the Reach of EC Law*, in *Oxford Journal of Legal Studies*, vol. 13, 1993, p. 299.

tezione nei riguardi sia dei cittadini europei sia dell'economia transfrontaliera. La realizzazione di tale proposito non costituisce un compito agevole a causa della mancanza di un criterio oggettivo in grado di stabilire i confini tra diritto individuale e libertà d'impresa. Il tentativo di conciliare le diverse esigenze è un imperativo dell'essere umano in tutti i campi della vita quotidiana e le norme giuridiche possono essere considerate un mezzo utile a raggiungere questo scopo trovando un punto di convergenza tra l'interesse privato e quello pubblico. La risoluzione della problematica implica tuttavia una preventiva risposta alla complessa questione che si sviluppa ogni qualvolta la discussione si concentra su quanto «costituzionali», «fondamentali» ed «umani» siano i diritti che si intendono difendere¹⁶⁷.

Pertanto, la ricerca di un bilanciamento tra le diverse esigenze che non intenda costituire solo un estemporaneo compromesso implica l'accettazione di inevitabili oscillazioni verso i due estremi. Le fluttuazioni sono rese ancora più evidenti dal fatto che il punto di equilibrio non costituisce il fulcro di un sistema giuridico statico, ma rappresenta un insieme dinamico soggetto ai mutamenti tecnologici e all'evoluzione dei concetti filosofici, morali ed anche utilitaristici della società civile. A questo riguardo basterà ricordare l'impatto del progresso scientifico che, applicato alle trasmissioni satellitari e ad internet, ha favorito la propagazione delle notizie ostacolando il preventivo controllo di tutte le informazioni, incluse quelle di tipo commerciale. Questi aspetti evolutivi consentono di ritenere che «uno sviluppo della legislazione comunitaria a intervalli regolari risulta indispensabile e addirittura inevitabile, tenuto conto del progresso (...) e degli insegnamenti derivanti dalla concreta applicazione della norma giuridica»¹⁶⁸, anche nel capo pubblicitario. Tuttavia, non bisogna dimenticare che, pur in assenza di aggiornamenti legislativi, gli strumenti posti a difesa dei diritti umani sono in continua evoluzione in quanto costituiscono entità vitali che devono essere interpretate alla luce delle condizioni presenti nel momento in cui si discute ogni richiesta di tutela¹⁶⁹.

Federico Forni*

¹⁶⁷ S. GREER, «Balancing» and the European Court of Human Rights: A Contribution to the Habermas-Alexy Debate, in *Cambridge Law Journal*, vol. 63, 2004, p. 412 ss.

¹⁶⁸ Conclusioni dell'Avvocato Generale Bot del 24 maggio 2007 in causa n. C-84/06, *Staat der Nederlanden c. Antroposana, Patiëntenvereniging voor Antroposofische Gezondheidszorg e altri*, in *Raccolta*, 2007, I, p. 7609, par. 63.

¹⁶⁹ Corte europea dei diritti dell'uomo, *Tyrer v. The United Kingdom*, sentenza 25 aprile 1978 (ric. n. 5856/72), par. 31.

* Dottore di ricerca in Diritto dell'Unione europea / Università degli Studi di Bologna.

IL FUTURO DEI DIRITTI FONDAMENTALI NEL SISTEMA "CEDU- CARTA"

Sommario: 1. *Unità dei principi regolatori dei diritti fondamentali nell'ordinamento dell'Unione europea* - 2. *Sussunzione dei diritti umani-fondamentali nei principi delle politiche unionistico-comunitarie* - 3. *Distinzione ed interazione dei diritti dell'uomo e fondamentali* - 4. *Regime della Cedu e Stato di diritto nazionale* - 5. *Impatto della Cedu sul sistema costituzionale italiano* - 6. *Riforma del processo mediante i c.d. istituti di brevità* - 7. *Regime della Carta dei diritti fondamentali* - 8. *Primato unionistico-comunitario dei diritti fondamentali* - 9. *La questione del «co-primato»* - 10. *I diritti fondamentali come "trasformatori" dello Stato di diritto nel regime trilaterale Cedu-Carta-Costituzioni nazionali* - 11. *Nuovo Stato di diritto e suoi gradi di trasformazione.*

1. Unità dei principi regolatori dei diritti fondamentali nell'ordinamento dell'Unione europea

La *reductio ad unum* già tentata senza successo con il progetto di Trattato istitutivo di una Costituzione europea ha trovato la sua equivalente realizzazione in un percorso alternativo, ancora sotto osservazione circa il suo esito finale, come fine o prosieguo ovvero eclissi o riapparizione di una Costituzione europea centrata sui diritti fondamentali. Sicuramente i due testi, *rectius*, Trattati, di cui si compone il c.d. *reform-Treaty*, senza essere in alcun modo surrogati o sostituiti della mai entrata in vigore Costituzione, condividono il tentativo di fissare una linea di "super-norme", ovvero principi normativi comuni e politiche proprie dell'Unione in grado di ricondurre nell'ambito di finalità e scopi unitari la pluralità e diversità dei regimi esistenti in un'ottica unitaria e anti-dualistica di superamento di pur possibili conflitti tra i medesimi. Si può dire che tutto ciò corrisponda, *mutatis mutandis*, ad un tentativo di "ri-costituzionalizzazione" del diritto unionistico-comunitario secondo una prospettiva pure riproposta con una qualche evidente forzatura. Senza condi-

vedere tali soluzioni estreme, certamente il fattore di impatto ha coinvolto, in termini di modernizzazione e riforma, la nuova figura dello Stato di diritto sottoposto ad un "legalismo" europeo sempre più stringente. In ordine al tema trattato non occorre esaminare le modifiche indotte sui presupposti od elementi della figura classica dello Stato, sia in senso territoriale come ambito di esplicazione delle energie e delle attività delle comunità nazionali, sia nel senso di una diversa composizione di queste ultime mediante l'allargamento del concetto stesso di antiche nazionalità e di nuove cittadinanze. Più specificamente, ci si occuperà dello Stato come «sovranità» e cioè come ente produttore e regolatore di Costituzioni, leggi ed amministrazioni nelle forme classiche assunte dallo Stato contemporaneo (Stato costituzionale, legislativo ed amministrativo). Quel che ovviamente interessa mettere in luce è come il predetto fenomeno abbia ormai abbandonato il terreno scivoloso della pluralità quasi illimitata dei regimi regolatori dei diritti fondamentali, non perché soppressi od amputati ma perché ricondotti a un ordine superiore fondamentalmente capace di eliminare in radice ambiguità inerenti ai diritti stessi e al loro esercizio fra diversi titolari. Tutto ciò ha comportato una politica attiva di promozione e protezione dei diritti sulla scia di un nuovo vocabolario di democratizzazione, solidarietà e buon governo coinvolgente le attività di qualsivoglia Stato dell'Unione.

Nell'ottica di respingere ogni tentazione conflittualistica o dualistica, idonea a ridurre lo spazio giuridico dell'Unione ad una sorta di contrapposizione permanente, occorre far ricorso ad altri modelli concernenti la figura del "nuovo" Stato legislatore ed amministratore. Benché retorica tale definizione consente di individuare il nucleo duro ed ineliminabile del rapporto tra legislazione e sue modalità concrete di realizzazione. Obiettivo primario di tale *reductio ad unitatem* è l'abbattimento di quel dualismo storico divenuto una vera e propria "spada di Damocle" sul destino dell'Unione secondo la clausola tipica e nominata Carta-Cedu corrispondente a due diverse identità, l'una unionistica e l'altra pan-europea tra loro concorrenti. La soluzione apparentemente introvabile fin dal Trattato di Maastricht era forse a portata di mano se solo si considera come l'esperienza costituzionale degli Stati membri dimostri che l'unica missione degna di un legislatore costituente è non già l'astratta proclamazione dei diritti evocati in dettaglio negli elenchi propri di Carte e Convenzioni, bensì il perseguimento di una politica e di una amministrazione attiva dei diritti come limitati e condizionati nella concreta organizzazione politica, economica e sociale di ciascun Paese (art. 3 Cost.). Di qui la necessità logica di quella clausola di soppressione della Carta come parte autonoma, distinta e separata della Costituzione europea *in fieri*. Il che ha imposto precipuamente al Trattato di Lisbona l'inserimento di una doppia filiera di interventi interni ed esterni all'Unione.

Non a caso è nata così la distinzione tra Costituzione interna ed esterna,

la prima limitata allo spazio giuridico classico, l'altra alla sfera di proiezione o di irradiazione esterna delle funzioni proprie dell'Unione nonché dei suoi valori e dei suoi interessi proposti sugli scenari dell'intero sistema. Sia presupposta qui la ripartizione classica di qualsivoglia ordinamento dove è necessario fissare le linee guida e gli itinerari di sviluppi del privato, del penale e dell'amministrativo, del giudiziario e dell'ecclesiastico, dell'ambientale e della tutela dei consumatori e così via. In tale ottica consegue, come è ovvio che sia, che è l'ordinamento a configurare le materie regolate, i soggetti beneficiari ed i mezzi apprestati per la tutela di tali diritti. Non è vero invece che sono i rapporti regolati ed i soggetti beneficiari dotati di un'intrinseca capacità di valore tale da consentire una loro auto-regolazione a prescindere dagli Stati e dall'Unione degli Stati. In tal senso l'esperienza del *post-Lisbona* appare emblematica di una vicenda storica cui le Carte dei diritti sono state sempre sottoposte fin dalla loro origine nel perimetro del costituzionalismo e delle Costituzioni nazionali. È in questo senso che la storia dei diritti ineluttabilmente si traduce nella storia dei diritti violati o non protetti ove mai non soccorrano generali o settoriali politiche di protezione.

Quanto allo spazio costituzionale esterno, non a caso risulta dedicato al medesimo un gran numero delle disposizioni del Trattato di riforma, manifestate attraverso azioni di difesa attiva nelle relazioni e missioni e prese di posizione di fronte agli eventi sia delle normali relazioni sia ad eventi straordinari, anche dipendenti da cause naturali o ambientali. Mai come in questi settori appare ineluttabile la sostituzione dei poteri supremi della sovranità come potere di pace, di guerra, di sicurezza, di anti-terrorismo, etc., dove difficilmente la non soggettività internazionale degli individui e dei gruppi privati sarebbe in grado di sostituire utilmente in qualche modo l'azione classica degli Stati singoli o associati fra loro. È evidente che anche in tali settori può svolgersi un'attività legislativa di armonizzazione delle legislazioni nazionali allo scopo di ricondurle a *standard* o modelli unitari almeno condivisi. Ma è altrettanto evidente che mai come in questi settori soccorre l'esigenza di nuovi servizi pubblici amministrativi nazionali ed europei, finalizzati a portare lo Stato "oltre" lo Stato e le unioni di Stati oltre i loro confini classici. Il che consente una considerazione importante circa l'approdo del processo di trasformazione dell'Unione europea se non come Unione costituzionale, almeno come Unione a sicura vocazione legislativa ed amministrativa comune. In tale prospettiva l'unità legislativa ed amministrativa dell'Unione europea va realizzata attraverso la nuova disciplina dei diritti fondamentali, come incorporati nei principi e nelle politiche.

Conseguentemente si dovrà subito valutare come la politica di democrazia esterna diventi la *longa manus* delle varie politiche dei diritti umani. In un certo senso, questi ultimi diventano utile strumento per il raggiungimento delle finalità proprie dei singoli settori di intervento. Ciò vale, in particolare, per

le varie tipologie di politica di sicurezza e di difesa esterna, dove non è immaginabile un qualsiasi ruolo di interventi giurisdizionali, destinati a comparire solo nello sfondo come espressione di principi giuridici riconosciuti. Con il che si vuol dire che quando la violazione o l'oppressione dei diritti civili e politici delle popolazioni assume la dimensione di *gross violation*, diventano indispensabili quelle azioni umanitarie a favore della popolazione civile e più ancora quelle azioni di ricorso all'uso limitato della forza nei confronti dei Governi responsabili di tali violazioni. Emblematica diventa al riguardo anche la prassi recente di tutela degli *human right* attraverso strumenti diversi da quelli tradizionali e perciò meno "invasivi" delle classiche azioni di intervento mediante occupazione militare di territori, sia pure a titolo provvisorio. Viceversa, la sperimentazione di regimi provvisori si mostra in un certo senso come misura cautelare di controllo di spazi aerei o marittimi allo scopo di isolare le comunicazioni con i soggetti responsabili (c.d. *no-flight zone*¹).

2. Sussunzione dei diritti umani-fondamentali nei principi delle politiche unionistico-comunitarie

Si è all'inizio constatato come il vero e proprio capovolgimento di prospettiva del riformato diritto dell'Unione europea consista nella sussunzione dei diritti umani-fondamentali² nei principi della nuova Unione europea democratica, istituzionale ed internazionale (artt. 8, 9, 10 TUE). Con tale termine si intende dire che i principi e le grandi politiche come disciplinati dagli articoli precedenti e successivi al nucleo "storico" dei diritti (artt. 6, 7) li abbiano incorporati in fattispecie normative più ampie e comprensive – per materia regolata – ai fini perseguiti. Ciò premesso, sarà d'uopo esaminare quale sia il significato dell'espressione «realizzare» politiche tramite i diritti. In secondo luogo, sarà necessario interrogarsi sul nuovo significato della riforma costituzionale come residuo nel novellato testo di Unione. Di poi, sarà consequenziale la ricaduta di tali cambiamenti sulla tematica oggetto del presente lavoro, inerente al futuro dei diritti fondamentali. Commisurazione ridotta ovviamente alla tre grandi categorie dei diritti, nell'ambito delle sfumature di significato sussistenti tra le medesime.

In ordine all'attuazione delle politiche europee realizzate per la via dei diritti, talune rilevanti innovazioni concernono la *security-policy* come elemen-

¹ Per la c.d. *no-flight zone*, cfr. Risoluzione del Consiglio di Sicurezza dell'Onu n. 1973/2011 del 17 marzo 2011, propiziata ed attuata dall'Ue. Il testo della Risoluzione è reperibile sul sito internet <http://www.un.org/documents/scres.htm>.

² Nella vasta manualistica esistente in materia, per un'ampia, completa ed esaustiva trattazione della problematica concernente i diritti umani fondamentali, si veda C. HITCHENS, *Thomas Paine. I diritti dell'uomo*, Roma, Newton Compton, 2007, p. 1-142.

to comune e co-essenziale al regime unitario tanto alla PESC quanto alla PESD. In particolare, mentre le disposizioni sulla difesa sono riprese in sostanza tali e quali dal Trattato di Roma del 2004, quelle sulla politica estera hanno subito modifiche non irrilevanti. Tra le tante, è stata ad esempio adottata una ben nota dichiarazione, in cui si sottolinea il carattere intergovernativo della politica estera europea ed il ruolo che vi svolgono i singoli Paesi membri, con i propri Ministri degli esteri e le proprie diplomazie, unitamente ad una seconda grande innovazione istituzionale apportata dal Trattato di riforma e concernente la creazione del «Servizio europeo per l'azione esterna», quale nuovo strumento della politica estera comune che, beninteso, non viene a sostituirsi ai servizi diplomatici nazionali, ma che al contrario opera in stretta collaborazione con loro, ambedue finalizzati alla rappresentazione e alla difesa sia europea che nazionale di democrazia e soprattutto dei diritti fondamentali di sostegno (libertà civili di associazione, di riunione, di stampa, di comunicazione mediatica etc.). I servizi diplomatici e consolari, nell'ottica del discorso che si sta sviluppando, vanno intesi nel senso di servizi pubblici riconducibili al più ampio contesto dei servizi pubblici internazionali ed europei, come strutture o enti strumentali propri di Stati internazionalmente collegati³ e pur sempre riconducibili, in una dimensione classica, alle esigenze di tutela dell'individuo e dei suoi diritti irrinunciabili. Strutture, a loro volta, calate nella vasta cornice di un processo di democrazia internazionale *in fieri*, e pure riconducibili alla protezione di quei diritti di cittadinanza finalizzati alla rappresentazione della cittadinanza europea (protezione diplomatica e consolare dei diritti fondamentali fuori del territorio dell'Unione). Quanto ad un profilo del tutto specifico come quello delle politiche di contrasto anti-terroristico, appaiono sotto tutt'altra luce le disposizioni PESD, tra cui la previsione della c.d. «clausola di solidarietà» o di difesa reciproca tra tutti gli Stati Ue, di cui al nuovo titolo VII, art. 188 R, poi 222, del TFUE, a tenore del quale l'Unione e gli Stati membri agiscono congiuntamente in uno spirito di solidarietà sia per prevenire la minaccia terroristica, in grado di mettere in grave pericolo gli stessi diritti umani/fondamentali, sul territorio degli Stati membri, sia per proteggere le Istituzioni democratiche e la popolazione civile da eventuali attacchi terroristici, in una duplice fase, pertanto, di prevenzione e di eventuale susseguente composizione di gravi crisi scaturenti da episodi in grado di minacciare seriamente non solo e non tanto gli *human/fundamental right*, ma anche, in modo sistematico ed eclatante, i detti diritti su base collettiva (c.d. *gross violation*). Quanto appena detto fa in realtà riflettere su un dato importante e da tenere in debita considerazione: quello, cioè che fa della c.d. «clausola di solidarietà» un

³ Cfr., sul punto, G. BISCOTTINI - J. P. NIBOYET - K. NEUMAYER, della grande scuola italo-franco-tedesca del secolo scorso, in F. BUONOMENNA, *Servizi pubblici internazionali ed europei - Regimi regolatori*, Salerno, brunolibri, 2010, p. 1 ss.

ulteriore esempio di come lo Stato di diritto consideri meritoria di attento interesse non solo la propria sicurezza e la propria difesa, bensì anche quelle altrui, in una prospettiva di mutuo e reciproco sostegno.

Il Trattato di riforma o Trattato sull'Unione si muove in sostanza tra i due poli di una democratizzazione intesa come "politicizzazione" dei diritti e di una "regolazione" delle politiche ovviamente riducibile ad azioni sia esclusivamente di tipo normativo-amministrativo, sia – se del caso – giurisdizionali. Tale capovolgimento di prospettiva, probabilmente non ancora appieno percepito data la novità del fenomeno, fa stato sia dell'avvenuta metamorfosi del diritto unionistico-comunitario nell'ambito dei procedimenti dell'avvenuta revisione dei sistemi istituzionali e normativi, sia del merito riconducibile al testo attualmente in vigore il quale, superando l'articolato – sovente gracile – dei testi antecedenti, si pone quale Trattato "di sistema" o che fa "sistema". Ed infatti, a ben guardare, non è di certo "casuale", bensì voluta e ragionata, da parte del legislatore della riforma, la scelta di collocare le disposizioni di riferimento sui diritti umani/fondamentali tra quelle concernenti il novero di principi valoriali dai quali i medesimi discendono ed il *proprium* delle statuizioni inerenti le politiche condotte dall'Unione, alle quali le prime vengono viceversa anteposte. È, pertanto, già dall'articolato del Trattato di Unione e quindi del c.d. dato normativo posto, che si desumono agevolmente le linee-guida funzionali ai nuovi "meccanismi" ed ai nuovi "strumenti" caratterizzanti lo Stato di diritto *ab intra* e *ab extra* dei suoi confini geografico-territoriali. Specificando ulteriormente e rifacendosi al dato testuale, si conferma come i primi cinque articoli del testo novellato si richiamino espressamente alla "lista" dei principi valoriali primari ed irrinunciabili in un moderno Stato di diritto anche se raggruppato in unioni più o meno organizzate, tra cui ovviamente figura il valore del rispetto dei diritti umani/fondamentali, oggetto specifico delle disposizioni di cui all'art. 6, seguito da ulteriori statuizioni riguardanti dapprima il regime delle democratizzazioni, delle cooperazioni rinforzate e, di poi, le politiche dell'Unione (artt. 8, 9, 10 A ss. come *incipit* del doppio regime della PESC-PESD). E così, seguendo le linee-guida stabilite a Lisbona, si prende atto di come le posizioni giuridiche soggettive di vantaggio irrinunciabili ed inalienabili, di cui si sta discorrendo, appartenenti ad ogni singolo individuo, trovino efficaci mezzi di tutela non più soltanto nelle procedure giurisdizionali dinanzi alle Corti a ciò preposte, ma anche – alla luce della riforma – nelle ben più rilevanti politiche attuate nello spazio sovranazionale europeo ed all'esterno di esso.

Quel che emerge con forza è un processo di cambiamento della Comunità degli Stati, ciascuno dei quali si dota di nuove funzioni pubbliche internazionali finalizzate agli scopi e ai valori condivisi più volte indicati. Ed è questo, a ben guardare, un vero e proprio "atto di fede" nel futuro dello Stato in Europa e dei diritti fondamentali, in chiave alternativa all'opposta corrente di

pensiero circa il declino dello Stato contemporaneo ed alle sue residue possibilità di sopravvivenza in un'incerta sfera dedicata allo «Stato oltre lo Stato»⁴. Il futuro di uno Stato che in qualche modo resiste alle spinte globalizzatrici, pur trasformandosi necessariamente nella direzione di una più completa armonizzazione ed integrazione sul duplice versante dei rapporti verticali (con le organizzazioni sovra-statali *lato sensu* intese) ed orizzontali (con gli altri Stati, terzi o meno rispetto ad una data organizzazione internazionale). Ed è pur sempre grazie alla c.d. «medietà» o alla «intermediazione» del diritto europeo che, nelle esaminande dinamiche dei nuovi processi afferenti il globale-locale, lo Stato di diritto acquista una nuova dimensione ed un nuovo peso nell'ordine giuridico mondiale e nelle relazioni con i molteplici soggetti di diritto internazionale.

In tale logica la già menzionata tripartizione dei diritti umani, fondamentali, di cittadinanza, fa da traino per la politica dei diritti, come nucleo centrale del processo di "costituzionalizzazione" retamente intesa. Sovente si erano utilizzate indifferentemente le espressioni diritti umani e diritti fondamentali, quasi che le medesime presentassero un'intrinseca equivalenza e fossero, pertanto, equipollenti tra loro. Pur non negando evidenti connessioni che hanno portato talora e fino a questo punto a non sottolineare in maniera decisiva tale distinzione, tuttavia, occorre ora fare chiarezza e provvedere a meglio illustrare nei suoi aspetti essenziali la questione terminologica menzionata, resa invero ancora più complessa dall'introduzione dell'ulteriore espressione concernente nello specifico i c.d. diritti di cittadinanza unionistico-comunitaria. È giocoforza chiedersi infatti quale sia il "regime" di distinzione ed interazione dei diritti umani e di quelli fondamentali in senso proprio e stretto. A tale fine occorre individuare il punto di partenza rappresentato dalla pure esistente differenziazione tra le due tipologie di diritti testé menzionate. E ciò anche ove si consideri che, in merito alla detta differenziazione, invero, difetta la presenza di un dato testuale normativo *ad hoc* idoneo a fungere da vera e propria *actio finium regundorum* tra diritti umani e fondamentali, e questo tanto in ambito interno, quanto in ambito europeo e, più in senso lato, universale. Non è dato infatti rinvenire una definizione giuridica precisa e certa delle categorie in oggetto, scevra da qualsivoglia dubbio interpretativo, in alcuno dei "cataloghi" in cui pure trovano consacrazione gli esaminandi diritti. Nello stesso art. 6 TUE, nella duplice versione *ante* e *post* riforma, ad esempio, il legislatore europeo accosta tra di loro le espressioni diritti dell'uomo e fondamentali, così come nel Preambolo dello stesso Trattato menziona, in successione tra di loro, le categorie dei diritti inviolabili ed inalienabili della persona (diritti u-

⁴ Cfr., sul punto, S. CASSESE, *Il diritto globale. Giustizia e democrazia oltre lo Stato*, Torino, Einaudi, 2009, su cui sia consentito il rinvio alla recensione di M. IMMEDIATO, in *Rivista della Cooperazione Giuridica Internazionale*, Roma, Edizioni Nagard, fasc. 36. 2010, p. 216-217.

mani) e delle libertà (suscettibili, invero, di essere intese come libertà connesse ai diritti umani o, in altro senso, semplicemente come libertà fondamentali o connesse ai relativi diritti), seguite dall'enunciazione di altrettanto fondamentali principi valoriali inerenti la democrazia, l'uguaglianza e lo Stato di diritto e, a ben riflettere, riconducibili tanto all'una quanto all'altra categoria specifica di diritti o in quanto ispiratori di relazioni (autorità-libertà) o in quanto politiche finalizzate a tali rapporti. In effetti, e tenuto ben presente quanto fin qui chiarito, si potrebbe pure sostenere che la distinzione tra diritti umani e diritti fondamentali non presenti più rilevanti differenze contenutistiche laddove per «diritto fondamentale» in senso ampio (diritti dell'uomo e diritti fondamentali) si intende quel diritto destinato ad inserirsi in uno specifico contesto politico-istituzionale.

3. Distinzione ed interazione dei diritti dell'uomo e fondamentali

La predetta sussunzione o incorporazione dei diritti fondamentali nei principi regolatori delle politiche condotte dall'Unione europea rende ovviamente possibile un'interazione sussistente *in re ipsa*, nell'ambito delle medesime politiche, del "regime" dei diritti dell'uomo e di quello dei diritti fondamentali, considerata l'attenuazione delle differenze contenutistiche intercorrenti tra gli stessi. In un contesto politico-istituzionale fortemente integrato *ab intra* e *ab extra* diviene reciproca l'influenza tra le due categorie in esame. E tanto più tale influenza è destinata a spiegare i suoi effetti, quanto più le politiche "esterne" condotte dall'Unione risultano speculari e parallele (c.d. *Spiegel-Theorie* o teoria dello "specchio") rispetto alle politiche – per così dire – "interne", entrambe tutto sommato rivolte e protese, al di là di pure esistenti differenziazioni, verso la c.d. «sicurezza umana». Sennonché, alla specificità della portata delle politiche condotte fa da contrappeso la tendenziale genericità delle espressioni «sicurezza umana» e «diritti umani-fondamentali» ed all'impossibilità di rendere le stesse più concrete e almeno "percepibili" se non solo ed unicamente attraverso l'utilizzo degli strumenti volti a tutelarli sul piano "fattuale", nel senso di unità dipendente non dalla materia stessa regolata quanto dal contesto o dal "mondo" dei fatti, e che già si è provveduto ad individuare non tanto nei mezzi di protezione in senso stretto giurisdizionali, quanto in quella democratizzazione intesa come "politicizzazione" dei diritti. Formule od espressioni come quelle menzionate, invero, rischiano, da un lato, di rimanere mere espressioni tautologiche se riferite ai soli strumenti giurisdizionali di tutela e, dall'altro, di atteggiarsi a meri "contenitori" linguistici privi di contenuto e significato concreto e chiarificatore se analizzate in astratto e non sul piano dell'effettività giuridica. E se si considera ancora che i principi e le politiche così come attuate in ambito interno-esterno dall'Unione

europea hanno e non possono non avere soltanto finalità di coesione e di convergenza, allora risulta pure consequenziale il raggiungimento di un risultato "anti-dualistico" ed "anti-dualismo" sotto diversi angoli visuali.

Innanzitutto, nella materia in esame è possibile distinguere due tendenze interpretative contrapposte, legata la prima alla «dualità» di questi diritti ovvero alla loro *summa divisio* e collegata l'altra ad un vero e proprio dualismo contrappositivo di *nomina juris* corrispondenti a differenti regimi giuridici regolatori. La tendenza unitaria o anti-dualistica ha difficoltà a superare la distinzione dei cataloghi di protezione dei diritti umani-fondamentali rispettivamente di matrice europea (Carta) e pan-europea (Cedu), nonché nell'utilizzare il facile strumento interpretativo del combinato disposto dei due regimi inizialmente distinti e separati dei diritti dell'uomo e fondamentali. La prima ipotesi emergente della loro diversificazione conflittuale viene superata dall'altra che insiste, viceversa, sulla loro cooperazione convergente e su di una impostazione "interattiva", destinate a valere pure nella soluzione adottata dallo stesso art. 53 della ex Carta di Nizza, come autentica norma "livellatrice", poiché tende ad un'armonizzazione nei confronti dei livelli di protezione deputati a regolare la salvaguardia dei diritti umani-fondamentali. In effetti, ben può argomentarsi come le ragioni dell'attuale "disorientamento" della dottrina circa la definizione dell'ambito ordinamentale dei diritti umani, *alias* fondamentali, sia stata la diretta conseguenza della mancata od inadeguata considerazione di un preciso campo o di una specifica area disciplinare in cui collocare la tematica peculiare afferente il concorso tra discipline particolari. D'altro canto, è anche innegabile come la questione concernente i rapporti Cedu-Carta rappresenti soltanto un ultimo capitolo della più generale forma di coesistenza tra norme, in special modo di origine internazionale, universale e/o regionale, applicabili alla disciplina tanto complessa quanto delicata degli esaminandi diritti ed anche suscettibile di allargare il campo delle possibili ambiguità su portata e limiti di ciascuno di tali diritti. L'impostazione interattiva qui proposta va ovviamente intesa come in grado di superare tanto la «dualità» Cedu-Carta in senso stretto documentale, quanto il «dualismo» vero e proprio in senso ordinamentale, normativo e procedurale. Ovviamente, va pure da sé che, una volta tentato di dimostrare che il sistema Cedu-Carta è tutt'al più configurabile come «dualistico» solo nella forma, ma non certo nella sostanza, occorrerà pure valutare il "doppio" regime "inter-temporale" della ex Carta di Nizza, prima come diritto facoltativo, persuasivo e monitorio, nel periodo 2000-2009, e, solo successivamente, divenuto *ius cogens* a seguito dell'attribuzione della forza di Trattato disposta in sede di riforma.

Sarà, altresì, d'uopo valutare pure se la detta Carta, divenuta giuridicamente obbligatoria, si dimostrerà in grado di rappresentare o meno l'apice della protezione multilivello, essendo – almeno dal punto di vista strettamente cronologico – l'ultimo degli statuti dei diritti umani in ambito europeo, e

quello – in verità – caratterizzato da più complesse vicende concernenti la sua definitiva imposizione in *subiecta materia*. Un documento, quello di cui si sta qui discorrendo, ovviamente suscettibile di essere applicato, per l'ampiezza delle sue previsioni ricomprendenti anche quelle della precedente Cedu, non soltanto dalle giurisdizioni europee di vertice, vale a dire la Corte di giustizia e la Corte dei diritti dell'uomo, ma anche dalle giurisdizioni domestiche o nazionali o locali, tanto di legittimità quanto di merito. Con ciò pure confermandosi ancora una volta la caratteristica "medietà" di un ordinamento, qual è appunto quello di matrice unionistico-comunitaria, capace di fare "da ponte" tra le esigenze strettamente locali e quelle internazionali *lato sensu* ed euro-internazionali *stricto sensu*. Allo stesso modo si evidenzia uno dei molteplici aspetti afferenti la figura dello Stato nazionale di diritto, dotato di completezza di sistema giuridico nel momento in cui è il diritto che decide il potere e non già il potere il diritto. Al di là di tali note introduttive, è pur vero tuttavia che rimangono ancora questioni aperte, seppure probabilmente di natura più che altro terminologica. Tutto questo ove si consideri come il modello complessivo descritto non sia affatto di preclara chiarezza, atteso che se da un lato i diritti fondamentali previsti dalla ex Carta di Nizza hanno ormai acquisito carattere cogente possedendo la medesima lo stesso valore giuridico dei Trattati, dall'altro, i diritti garantiti dalla Cedu, se tra loro coincidenti *ratione materiae*, e quelli risultanti dalle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri avranno invece pur sempre rango di principi generali, ovvero non costituzionali *stricto sensu*⁵.

È, comunque, sulla base di tali premesse che successivamente si tenterà di sviluppare nel dettaglio i correlati argomenti concernenti rispettivamente il regime integrato "Cedu-Carta" come naturale esito di un superamento del dualismo⁶ ipotizzato tra le stesse⁷, nonché il novero degli "strumenti" di tale

⁵ Così, ad esempio, M. P. CHITI, *Dalla Comunità di diritto alla Unione dei diritti*, in S. MICOSI - G. L. TOSATO (a cura di), *L'Unione europea nel XXI secolo. Nel dubbio per l'Europa*, Bologna, Il Mulino, 2008. Sulla base di tale differenza potrebbero pure sorgere dubbi circa la effettiva capacità della tanto proclamata "adesione" istituzionale dell'Unione europea al sistema Cedu di costituire un rimedio *bon a tout faire*. Viceversa, sostenitore di una tendenza del tutto "anti-concorrenziale" e pienamente "integrazionista" tra i due sistemi appare il recente contributo di G. GUARNERI, *Adesione dell'Unione europea alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, in C. ZANGHÌ - L. PANELLA, *Il Trattato di Lisbona tra conferme e novità*, Torino, Giappichelli, 2003, p. 333 ss.

⁶ L'espressione «dualismo» normativo ed ordinamentale tra i due testi della Cedu – 1950 e Carta – 2000, come risultante dal duplice riferimento contenuto nell'art. 6 TUE, intende riferirsi non tanto e non solo alla loro distinta individualità come testo o documento giuridico, quanto anche ad un loro diverso fondamento o referente desumibile dalla storia stessa da cui traggono origine. Invero, la Cedu non solo deriva dalla precedente Dichiarazione Universale dei Diritti dell'Uomo del 10 dicembre 1948, ma risente anche di una impostazione universalistica riferita all'intera umanità come ragione della nascita e della protezione dei relativi diritti umani. Viceversa, la Carta appare più strettamente collegata al fenomeno del Trattato dell'Unione europea, ai suoi elementi costitutivi e più particolarmente a quello di cittadinanza europea di cui gli stessi sono riflesso e specificazione. Su tale dualismo, da ultimo, v. S. ROBIN-OLIVIER - J. S. BERGÉ, *Introduction au droit européen*, Parigi, PUF, 2008, p. 211 ss.

⁷ Come è noto, la tradizione giuspositivistica dei diritti dell'uomo coincide con la nascita delle

integrazione, già in parte delineato, così come indissolubilmente correlato e connesso alle politiche dell'Unione ed alla "sicurezza umana" non soltanto "fondata" sulla tutela giurisdizionale in senso proprio e stretto⁸. Ed è ancora una volta al nuovo Trattato di Unione che va riconosciuto il merito di avere operato una "razionalizzazione" del sistema euro-internazionale ed euro-nazionale e, pertanto, in tal senso, "globale", del sistema di tutela e di garanzia dei diritti fondamentali dell'uomo, con il più volte realizzato superamento di un preteso dualismo di fonti e di principi, di un dualismo *ratione materiae* ed infine di un vero e proprio dualismo convenzionale o documentale in senso stretto e specifico. Senza ancora dimenticare una "tipologia" di dualismo "tecnico" o "redazionale" strettamente connesso a quest'ultimo. Peraltro, con le riflessioni compiute circa l'endiadi "dualismo-anti-dualismo", tutta ancora da indagare, il presente lavoro viene ad inserirsi anche nella linea del dibattito concernente le prime valutazioni dottrinali in merito al Trattato di Lisbona. Valutazioni, queste, che non devono e non possono prescindere da "spaccati" di attualità che aiutano a meglio comprendere il senso della riforma "razionalizzatrice" realizzata dal legislatore della riforma. E ciò, ovviamente, nella prospettiva, già accennata, di prassi recente di tutela dei diritti in esame come non più attuata in via solo ed esclusivamente giurisdizionale.

a. *L'ipotesi del conflitto Cedu-Carta*

In alternativa all'ipotesi della loro interazione, la ben diversa ipotesi del conflitto Cedu-Carta non si esaurisce in una pura e semplice non-coincidenza di formule documentali o di cataloghi normativi, quanto piuttosto in una netta differenza fra modelli di Stato di diritto, comunità giuridiche sottostanti nonché politiche finalizzate al raggiungimento degli obiettivi previsti. Nella teoria classica, implicita nella intitolazione stessa della Cedu, due sono le comunità messe a confronto, quella degli uomini, comprensiva di tutti gli esseri umani, e quella dei cittadini appartenenti agli Stati come tali, ovvero una

Costituzioni di fine '700 e si sviluppa in modo particolare collegata alla teoria generale dello Stato, in coincidenza con la riunificazione del Regno d'Italia (1861-1870) e dell'Impero tedesco (1871). Come classico fondatore della dottrina giuspositivistica dello Stato si cita la produzione dello scrittore svizzero-tedesco caposcuola della c.d. Scuola di *Heidelberg*, del quale si ricorda la classica espressione secondo cui «Lo Stato trova la sua ragione nell'uomo e nella nazione» (C. BLUNTSCHLI, *Théorie générale de l'Etat*, Parigi, Nabu Press, 1885, cap. II). Dello stesso A., tra le varie opere di diritto pubblico generale, si cita anche l'altro volume, C. BLUNTSCHLI, *La Politique*, Parigi, Guillaumin et C^{ie}, 1878.

⁸ Nello sviluppo della dottrina positivista dei diritti fondamentali dell'uomo e del cittadino è utile segnalare gli sviluppi paralleli della letteratura italo-tedesca nel corso del secolo XX. Intendiamo riferirci all'opera classica di V. O. ORLANDO, *Teoria generale dello Stato*, Milano, Giuffrè, 1911, trad. dall'originale di G. JELLINEK, *Allgemeine Staatslehre*, Berlino, Springer, 1910. Si segnalano altresì gli sviluppi della scuola normativistica viennese, nella quale si fondono le due tradizioni del giusnaturalismo e del giuspositivismo come risulta dall'opera di A. VERDROSS - B. SIMMA, *Universelles Völkerrecht*, Berlino, Duncker & Humblot, 1975.

comunità di "stranieri" non altrettanto protetti o *tout court* meno protetti rispetto alle categorie di diritti appartenenti ai cittadini. Attualizzata tale distinzione ai sensi della Carta, essa equivale per grandi linee alla distinzione tra «stranieri extra-comunitari» e «cittadini europei» secondo l'ordinamento unionistico-comunitario. L'ipotesi conflittuale, intesa come conflitto di interpretazioni tra organi politico-amministrativi o giurisdizionali diversi, non può essere ridotta in modo minimalistico ad un puro e semplice dissenso ricadente sull'*opinio iuris*, e neppure ad una "rincorsa" continua fra differenti interpretazioni disposte a superarsi l'una con l'altra nella definizione degli stessi diritti e libertà. La stessa, d'altro canto, neanche può essere enfatizzata sulla base di una teoria dell'ordinamento giuridico come autonomo nelle sue determinazioni normative e nei suoi enunciati giurisprudenziali. Fin dall'inizio la giurisprudenza comunitaria aveva rilevato, nella nota sentenza *Internationale Handelsgesellschaft*⁹, come nel quadro di «contesti politici, economici e sociali sensibilmente diversi» quei diritti si accrescono o si riducono all'interno di ciascuna entità di appartenenza, esercitando un'influenza importante sulla soluzione prescelta caso per caso, conducendo alla conseguenza ultima di opinioni divergenti in funzione di finalità diverse.

La soluzione minimalistica non può essere affatto sottovalutata, supportata da una serie progressiva e crescente di logiche argomentazioni, desunte e desumibili anche dalla prassi più recente. A partire dall'idea di una sostanziale coincidenza e sovrapponibilità diritti dell'uomo-fondamentali, si sostiene che il "sacrario" sia uno spazio di unità e che fuori di esso vi siano solo differenti prassi legislative, amministrative e giudiziarie. Innanzitutto, nel campo delle prime esistono differenze circa le solennità delle forme prescelte sul piano internazionale e comunitario, dove la Cedu è oggetto di ratifica e la Carta di promulgazione, mentre le modalità della pubblicazione nelle *Gazzette ufficiali* nazionali seguono la sorte dei Trattati nel primo caso e degli altri atti con i quali gli Stati si obbligano nelle relazioni internazionali nel secondo. Per le prassi amministrative nazionali, occorre specificare come le medesime risultino autonome e indipendenti l'una rispetto all'altra. Relativamente alle prassi giudiziarie non ci si può ritenere per nulla soddisfatti dalla classica impostazione fondata sull'equivalenza «conflitto di diritti uguale conflitto di giurisdizioni», quasi a voler ridurre il tutto ad un conflitto di competenza tra Corti europee "reciprocamente gelose". Occorre, invece, procedere all'esame delle Alte Corti nazionali e delle Corti Costituzionali interne, ove esistenti, allo scopo di esaminare quale spazio legislativo venga riservato rispettivamente alla Cedu e alla Carta e con quali effetti sul ruolo loro riconosciuto nell'ambito delle loro competenze. Beninteso, nella stessa ipotesi minimalistica, tali

⁹ Sentenza della Corte di giustizia del 17 dicembre 1970, in causa n. 11/70, in *Raccolta*, 1970, p. 1125 ss.

conflitti vanno comunque considerati come residuali, collegati ai modi ed alle forme riconoscibili ai fini dell'attuazione del diritto interno, dove Cedu-Carta godono comunque della qualifica di «fonti rinforzate» quale che sia la loro posizione superiore o semplicemente collegata rispetto alle fonti interne.

Viceversa, la tesi massimalistica produce effetti, in un certo senso, esiziali, fondata com'è su una indebita preferenza normativa, di negazione della *par condicio* dei due strumenti e di conseguente "espulsione" o "respingimento" della seconda rispetto alla prima. Nella stessa è dato ravvisare, pertanto, un'opzione per la difesa dello spazio dei confini, suscettibile però di essere continuamente negoziati mediante le note formule di rinvio o di adesione alla Convenzione Cedu. In virtù di quanto detto, è da ricondurre nell'alveo di questa tesi e non di quella contraria l'adesione necessaria dell'Unione europea all'opposto sistema Cedu, secondo quanto previsto ormai da tempo. Sempre nell'alveo della tesi in oggetto, le conseguenze negative consisterebbero in un necessario arretramento della competenza dell'Unione europea per l'effetto riconosciuto al concorrente sistema giurisdizionale Cedu. In conseguenza della menzionata adesione l'Unione europea dovrebbe "piegarsi" alle decisioni della Corte di Strasburgo, mettendo fine così all'indipendenza dei giudici della Corte di Lussemburgo e al monopolio dell'interpretazione da questi ultimi finora goduto. Siffatta adesione è divenuta un "orizzonte accessibile" grazie all'avvenuto superamento di dubbi e perplessità ostativi a tale adesione. Nell'attesa del perfezionamento di tale procedura di adesione resta comunque acquisita la riconosciuta potestà di tutti gli organi dell'Unione, ivi compresa la Corte, di adeguarsi alla Cedu, protocolli successivi e giurisprudenza collegata, con evidente attenuazione degli iniziali estremismi della tesi massimalistica e della quantità di sacrifici originariamente immaginati sull'ordinamento dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali.

Per effetto del confronto tra le due tesi contrapposte si è giunti ineluttabilmente ad individuare una terza via di confronto e di cooperazione, essendosi l'*acquis communautaire* integrato in una fascia supplementare di protezione, dove non conta il non superabile conflitto delle denominazioni, quanto la convergente sostanza dei medesimi diritti. In tale ottica appare un mero espediente aver accompagnato la procedura di elaborazione della Carta, ben corredata da una lista di disposizioni testualmente corrispondenti desumibili dalla Cedu, successivamente divenute oggetto della più elegante clausola di "non-regressione" (art. 53 Carta) ovvero di salvaguardia dei livelli di protezione già garantiti in *subiecta materia* da altre fonti, internazionali, europee e nazionali. Nella stessa linea si colloca la «presunzione di conformità» tra l'*acquis communautaire* come sopra definito rispetto alla legislazione nazionale, così riducendo i rischi del controllo esercitato dalla Corte comunitaria per violazione del diritto unionistico da parte del legislatore nazionale nei vari settori di suo interesse (v., ad esempio, in materia di non discriminazione per

ragioni di età nella fase di conclusione del rapporto di lavoro, sentenza *Mangold* 2¹⁰). Altrettanto importante è il riconoscimento di una possibile equivalenza o *par condicio* tra la tutela assicurata dai due strumenti Cedu-Carta, da intendersi non nel senso di una perfetta identità, quanto piuttosto di una comparabilità delle soluzioni prospettate dalle predette convenzioni in un orizzonte ampio di protezione dei diritti fondamentali¹¹. Tale equivalenza significa suscettibilità di comparazione in merito alla tutela apprestata. Il che consente di concludere in favore di una molteplicità di soluzioni, pratiche ed operative, grazie alle quali l'ipotesi conflittualista si è praticamente capovolta in quella opposta di cui si dirà subito.

b. *L'ipotesi dell'integrazione cooperativa*

Quanto alla seconda ipotesi concernente la menzionata interazione, va chiarito come il sistema di rapporti intercorrenti (art. 53 Carta) tra i vari livelli di protezione, quello europeo (Cedu-Carta) e quelli nazionali, vada inteso nel senso di una "integrazione cooperativa" dello spazio di libertà, sicurezza e giustizia. Nella presente fase, due sono le strade percorribili dinanzi al legislatore comunitario, e cioè o quella dell'esclusivismo del proprio sistema di tutela, difeso e propagandato con tutti i mezzi possibili, o, viceversa, quella della *devolution* con cui si delega ad un altro legislatore, interno o addirittura esterno all'Unione, la competenza ad "approntare" politiche e mezzi di miglior salvaguardia. Quanto appena chiarito si pone ovviamente come obiettivo l'ottimizzazione o l'individuazione della "legge migliore", capace di assicurare la migliore soddisfazione alle aspettative degli individui nella scelta della legge o del foro più appropriato in tal senso. In ciò la considerazione circa la comprensione "viziata" da una preferenza data al sistema europeo di protezione come unilaterale, introverso ed auto-centrato, rispetto all'altro, ora sempre più presente nell'attuale sistema a tendenza di universalismo giuridico di senso e portata globali. Sintomo evidente di tale metodologia è stata l'attenzione finora riservata all'assorbente dialogo giurisdizionale tra le due Corti europee, di cui sono stati individuati minuziosamente tutti i percorsi degli ultimi decenni, concedendo con un qualche "fastidio" analoga attenzione al ruolo di Corti nazionali interne ed esterne all'Unione. È da considerare, quindi, essenziale ai fini di una valutazione complessiva dello stato del diritto attuale non solo il c.d. dialogo *embrassons-nous* tra le due Corti, quanto un analogo atteggiamento oltre i ben noti *finis Europae* dei diritti fondamentali.

In questo senso l'integrazione cooperativa può trovare il suo punto di

¹⁰ Sentenza del *BVerfG* del 6 luglio 2010 nel caso *Mangold*. Trattasi, invero, di pronuncia originata dalla richiesta volta a verificare se la sentenza della Corte di giustizia del 22 novembre 2005 nel caso *Mangold* (causa n. C-144/04, in *Raccolta*, 2005, I, p. 9981) fosse stata resa *ultra vires*.

¹¹ Corte europea dei diritti dell'uomo, *Bosphorus c. Irlanda*, sentenza del 30 giugno 2005 (GC), ricorso n. 45036/98.

unità circa le grandi categorie concernenti l'uso delle nozioni di limitazioni dei diritti, abuso, etc., andando a misurare i livelli di protezione e le fasce della loro comparabilità. Tutto questo spiega la giurisprudenza casistica degli ultimi venti anni, dove il dialogo tra le Corti menzionate, ben lungi dal configurarsi "a senso unico", dove ciascuna di esse si è considerata come giudice unico del proprio ordinamento, ha dato luogo ad uno sforzo reciproco e congiunto di convergenza. Tre sono state le soluzioni teoricamente adottabili, con preferenza per la Corte Cedu come *lex prior* o per la Corte del Lussemburgo come titolare dell'interpretazione della *lex posterior*. E questo con soluzioni almeno più specifiche o dettagliate, destinate a prevalere sulle precedenti. Raramente si è registrato un vero e proprio "rifiuto" o "ri-esame", talora foriero di divergenze interpretative o di giudicati. Tutto ciò va illustrato lungo il percorso seguito da ciascuno dei due ordinamenti ai quali la dottrina separatista o divisionista ha concesso un'attenzione forse eccessiva, manifestando l'esigenza di un lealismo a favore dell'uno o dell'altro schieramento in campo.

La diretta ed immediata conseguenza del predetto "bisogno" di lealismo a favore della Cedu o della Carta, dei *dicta* della Corte di Strasburgo o di quella del Lussemburgo si è palesata in una sorta di sterilità della discussione così come incentrata solo ed unicamente sui due "poli" indicati. Il limite più evidente della dottrina separatista o divisionista risiede infatti nel tentativo di "etero-limitazione" dei rapporti e delle relazioni istituzionali che, in uno spazio di libertà, sicurezza e giustizia notoriamente aperto anche all'esterno, non può non tenere in debito conto gli apporti provenienti tanto dalle giurisdizioni (e dalle Istituzioni) interne, quanto da quelle esterne ma non "estranee" – per ciò che si è appena detto – allo stesso. E ciò perché la *proper law of fundamental right* richiede innanzitutto di essere individuata senza il compimento di scelte che si mostrano limitative *a priori*. Di poi, attraverso l'utilizzo di un metodo cooperativo-comparatista fondato sulla consapevolezza di una pur possibile comparabilità delle tutele accordate *ab intra* e *ab extra* dello spazio strettamente europeo, tutte chiamate a cooperare in una "dimensione" solo apparentemente pluralista. Una dimensione, per chiarire, naturalmente orientata ad una innata unità ed unitarietà, tanto nei presupposti (condivisione di principi valoriali largamente partecipati), quanto nello sforzo e negli intenti volti ad una più completa ed armonizzata identificazione della tutela maggiormente appropriata ed efficace (*better law*).

4. Regime della Cedu e Stato di diritto nazionale

Una volta affermata la sostanziale unitarietà di principi e fini dei due documenti fondamentali regolatori dei diritti umani e delle libertà, *alias* diritti fondamentali, nel sistema europeo, occorre ora occuparsi del regime proprio e peculiare del primo fra essi nello spazio proprio che comunque lo distingue e

lo contrassegna. Ad esso appartiene un meccanismo istituzionale e giudiziario senz'altro meno sviluppato di quello successivamente formatosi nell'ambito unionistico-comunitario, ma i lineamenti della tutela apprestata appaiono ben evidenti e addirittura precedenti rispetto all'altro, a presupposto della loro successiva intersezione *ratione materiae* e *ratione finis*. Quel che emerge è un'unica linea di protezione dei suddetti diritti, sdoppiata in una duplice direzione, finalizzata all'accertamento delle eventuali violazioni in danno dei singoli, ma anche e soprattutto alla modifica del comportamento degli Stati per il ristoro da darsi ai pregiudizi subiti *uti singuli*, ma altresì come nuovo elemento dello Stato di diritto derivante dall'ovvio prosieguo rappresentato dalle innovazioni da introdursi nell'esercizio concreto delle funzioni classiche di ciascuno Stato, commisurate ovviamente ai *deficit* riscontrabili nella sua legislazione ordinaria, nelle sue pratiche di governo e ovviamente nella sua funzione giurisdizionale. Tutto ciò è stato normalmente inteso come un'espressione della classica auto-limitazione o *self restraint* derivante da obblighi internazionali o convenzionali come nel caso della Cedu, non molto dissimili, *mutatis mutandis*, dalle stesse auto-restrizioni ben note al diritto costituzionale interno, dove da sempre lo Stato moderno è vigile ed attento alla salvaguardia dei diritti dei suoi cittadini come degli stranieri di fronte ad ogni "attentato" o lesione delle loro libertà e della loro sicurezza. Sempre in tal caso, la suddetta teoria limitatrice o limitazionista della sovranità statale è sembrata in un certo senso insufficiente od inadeguata, dovendosi la protezione in esame tradurre non già in un puro e semplice obbligo di non intervento, quanto in una politica di protezione e promozione attiva, sia interna che esterna, dove l'eventuale illegalità riscontrata diventa solo l'*occasio iuris* per un'auto-riforma dell'ordinamento giuridico interno nelle forme e nei modi resi necessari da ciascun accertamento della riscontrata *iniuria*. Il che, ovviamente, mentre nella c.d. fase ascendente esalta il ruolo di organi e procedure previsti dalla Cedu, approda ineluttabilmente nella fase c.d. discendente ad un esercizio congiunto e condiviso di funzioni sostanzialmente interconnesse *ab intra* e *ab extra*, mai comunque ad una sorta di *deminutio capitis* ovvero ad un indebolimento del *law making* di ciascuno Stato.

Nel regime Cedu, l'incidenza sullo Stato di diritto involge la sua personalità internazionale come quella interna. Sul primo profilo è superfluo soffermarsi più a lungo avendo già esaminato prima la sua sostanziale *dependance* dal sistema universale di protezione dei diritti umani, nonché dallo stesso quadro europeo, dove un'organizzazione come il Consiglio d'Europa (Trattato di Londra, 5 maggio 1949, e successive modifiche) considera l'adesione alla Cedu come pre-condizione dell'acquisizione dello *status* di membro, a conferma che tale regime funge come strumento di espansione e non certo restrittivo della capacità internazionale di ciascuno Stato. Tanto ha trovato conferma dopo i noti eventi del *post* 1989, allorché tutti gli Stati dell'Europa centrale ed orientale si sono mossi lungo un identico percorso procedurale dove

uno actu si perfezionava insieme l'adesione al Consiglio d'Europa ed alla Cedu mediante le note procedure di ratifica e di messa in vigore dei Trattati istitutivi dell'uno e dell'altra. In merito alla sfera della personalità interna di ciascuno Stato, aderente insieme al Consiglio d'Europa ed alla Cedu, si osserva come il perimetro d'azione sia rappresentato dal catalogo dei diritti descritti nella Convenzione, da intendersi come avente valore *double-face* sul doppio versante delle libertà protette e delle Autorità statali protettrici. Tale catalogo resta ovviamente qualificabile *minoris generis* rispetto a quello della Carta, dove esiste una ben più qualificata area di libertà, sicurezza e giustizia e soprattutto un armamentario di strumenti più raffinati, dove molto gioca l'armonizzazione tra le legislazioni nazionali e addirittura il richiamo ad altri ordinamenti esterni all'Unione mediante le c.d. norme di diritto internazionale privato e processuale europeo. Ne consegue che le relazioni internazionali private poste sotto la tutela della Cedu sono subordinate all'impero unico di quest'ultima e che solo per effetto del combinato disposto Carta-Cedu diventa più ampio l'impatto sui diritti nazionali.

5. Impatto della Cedu sul sistema costituzionale italiano

Nel delineato quadro del sistema Cedu-Carda suscita interesse l'analisi dell'impatto costituzionale della Cedu, come incidenza della medesima sugli ordinamenti interni degli Stati aderenti a partire da quello italiano e salvo breve successiva analisi comparata del corrispondente effetto come rilevabile negli indirizzi di giurisprudenza degli altri Stati membri. Punto di partenza è notoriamente l'orientamento espresso dalla Corte costituzionale italiana con le sue massime ricavabili dalle sentenze n. 348 e n. 349, entrambe del 2007¹². A tenore delle stesse, alle norme Cedu viene attribuita la natura di norme c.d. «interposte», intendendosi per «interposizione» la collocazione delle medesime norme tra la *Lex fundamentalis* e le leggi ordinarie, le prime in quanto regolatrici degli stessi diritti fondamentali come garantiti a livello europeo, con sostanziale coincidenza di valutazioni ovvero con profili o aspetti protettivi maggiori o minori di fronte a quelli assicurati come diritti individuali dalla legislazione ordinaria italiana. È da notare che i medesimi *dicta*, in ragione della loro data di emanazione, prescindono dal successivo impatto prodotto dal Trattato di Lisbona del 13 dicembre 2007 e dall'"intersezione" di norme sui diritti fondamentali così come ricavabili non solo da quest'ultimo e dal si-

¹² Sentenze della Corte costituzionale n. 348 e n. 349, del 24 ottobre 2007, emesse a seguito di giudizi di legittimità in via incidentale e pubblicate in *Guri* del 31 ottobre 2007. I commenti alle sentenze in oggetto si leggono in questa *Rivista*, rispettivamente nel fasc. 1/2011, pp. 1-43, e nel fasc. 3/2009, pp. 437-465, negli scritti, rispettivamente, di A. VIGLIANISI FERRARO e di R. MASTROIANNI.

stema dei Trattati, ma anche dalla parallela efficacia obbligatoria riconosciuta alla Carta dei diritti. Ne deriva che il doppio regime intravisto dalla Corte costituzionale, ed interposto per la Cedu e giustapposto per la Carta, comporta un sindacato di costituzionalità riservato solo alla prima e, viceversa, un sindacato giurisdizionale diffuso, consentito a qualsiasi Giudice interno per la seconda, necessariamente applicabile nella sua sfera di competenza anche se in eventuale contrasto con norme interne italiane contrarie da dichiararsi inapplicabili in *subiecta materia*. Viceversa, la Corte Costituzionale non si occupa della norma speciale relativa al c.d. diritto all'«equo processo», in ordine al quale il novellato testo dell'art. 111 Cost. ha operato una recezione materiale delle corrispondenti norme Cedu-Carta senza bisogno di alcun rinvio espresso alle medesime, il cui testo viene riprodotto e parafrasato all'interno di un'unica disposizione costituzionale "sovrapposta" all'una e all'altra con sicuro primato normativo proprio delle norme di rango superiore. Ciò premesso, occorre esaminare nei dettagli la menzionata tesi dell'interposizione gerarchica tra norme costituzionali e norme ordinarie, data la sua larga utilizzazione anche nella giurisprudenza comparata diversa da quella italiana.

Con l'espressione «interposizione» si indica quella teoria giuridica grazie alla quale si designa la posizione intermedia di una norma collocata tra altre due fonti, una superiore e l'altra inferiore. Nella competenza giurisdizionale, ovvero nella potestà di decidere in merito al ricorso sottoposto alla Corte, è implicita la competenza a interpretare il contenuto delle norme che la medesima è chiamata ad applicare. Il che implica una sottrazione della competenza ad interpretare ai giudici interni, in virtù di una sorta di *vis* attrattiva che la menzionata competenza giurisdizionale eserciterebbe su quella – per così dire – di natura ermeneutica. Vero è che, ai fini della disamina della teoria dell'interposizione gerarchica occorre valutare o, meglio, individuare, quale norma interna, beninteso di rango costituzionale, possa assurgere a parametro di riferimento, atteso che il rapporto che lega una norma interposta ed una norma costituzionale porta a concludere nel senso che il contrasto con una norma interposta costituisce automaticamente violazione della norma costituzionale sovrapposta, che occorre però previamente individuare. Nell'ipotesi di contrasto tra norma interna e norma Cedu, dunque, una volta ritenuta l'impossibilità di comporre il conflitto in via interpretativa, stante il "primato" della Corte di Strasburgo in ambito ermeneutico, spetterà al giudice nazionale sollevare questione di legittimità per ipotizzata violazione di una norma di rango costituzionale, esclusa ovviamente ogni sua potestà di immediata disapplicazione della norma interna confliggente. Ma quale parametro va ad integrare la norma Cedu come norma interposta?

Facciamo all'uopo una rapida disamina di tutte le norme costituzionali prese in esame come sovrapposte a quelle Cedu, interposte, ambedue destinate a regolare il destino ultimo di quelle legislative interne sottoposte. L'inter-

posizione delle norme Cedu non può, nel ragionamento della Corte, riferirsi all'art. 10 Cost., atteso l'esplicito riferimento di quest'ultimo alle sole norme internazionali consuetudinarie o generalmente riconosciute, che ben altra cosa sono rispetto alle norme convenzionali o pattizie delle quali la stessa Cedu fa parte, essendo la medesima vigente solo tra gli Stati firmatari o sottoscrittori del catalogo in oggetto. Né varrebbe, in proposito, il tentativo di ricondurre pure le norme convenzionali scaturenti da Trattati sotto l'impero della disposizione costituzionale in esame, sulla base del principio – questa volta di natura consuetudinaria – *pacta sunt servanda*, attesa la strumentalità di tale norma generale non suscettibile di applicazione negli ordinamenti nazionali. Anche se, d'altro canto, è pure difficile disconoscere come talune norme di matrice pattizia o convenzionale siano ormai pacificamente inserite e confluite nel diritto internazionale consuetudinario, e valga per tutti l'esempio fornito dal diritto ad un processo giusto ed equo, così come declinato nelle forme di un nuovo modello "internazionale" di procedimento giurisdizionale, di cui al già richiamato art. 111 Cost. come all'art. 6 della stessa Cedu. Nondimeno, la teoria dell'interposizione gerarchica o verticale non è stata neppure riferita dalla Corte all'art. 11 Cost., laddove le limitazioni di sovranità *ivi* contenute possono ben riferirsi all'ordinamento dell'Unione europea ed alla serie di attribuzione di poteri che alla stessa vengono di volta in volta "trasferiti" o "conferiti" dagli Stati membri, ma non – sempre nel ragionamento dei Giudici costituzionali – all'ordinamento Cedu, verso il quale non si instaura il medesimo meccanismo di limitazione della sovranità nazionale con conseguente disconoscimento di efficacia diretta alla norma internazionale e della possibilità di disapplicazione automatica della norma interna con la medesima confliggente. Anche qui, tuttavia, una pur possibile "contraria" considerazione a tenore della quale un qualunque Trattato internazionale ben potrebbe determinare una limitazione di sovranità per gli Stati contraenti, conseguente appunto all'assunzione di obblighi internazionali e, pertanto, rimanendo in qualche modo compromessa la piena e completa autonomia sovrana dello Stato nazionale. In tale ottica, la forza espansiva del *dictum* della Corte può estendersi anche al regime attuale degli artt. 6-7 del Trattato di Lisbona, almeno per l'assorbente motivo derivante dalla sua formulazione letterale di piena *par condicio* della doppia fonte Cedu-Carta. Sempre nel ragionamento della Corte, pertanto, il tentativo di "saldare" la normativa Cedu all'ordinamento interno ha conosciuto il gioco di sponda con il novellato art. 117 Cost., nel quale è stato infine rinvenuto dai Giudici della Corte il parametro costituzionale idoneo ad integrare la norma Cedu, in cui si procede a distinguere nettamente tra lo *status* rivestito dai vincoli derivanti dall'appartenenza all'ordinamento comunitario e quelli derivanti dagli obblighi internazionalmente assunti. Sennonché, la suddetta "soluzione" si è – in qualche modo – vista limitare, nella propria sfera di operatività, dalle possibili conseguenze derivanti

dall'entrata in vigore del Trattato di riforma europeo, attributivo ai diritti fondamentali – come riconosciuti nella Cedu e come risultanti dalle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri – del rango di principi generali facenti parte del diritto dell'Unione europea (art. 6 TUE novellato).

Pur tuttavia, ed a rigor di logica, la questione concernente le possibili soluzioni alternative sullo *status* delle norme Cedu come norme interposte non può prescindere da quella di natura preliminare volta ad indagare cosa debba esattamente intendersi per norma Cedu. La norma è, infatti, qualcosa di logicamente distinto ed equidistante tanto dal diritto che essa racchiude e sancisce quanto dal principio o dall'ipotesi ispiratrice del detto diritto e, dunque, in qualche misura sovraordinato allo stesso. Sicché è forse più corretto parlare di riconoscimento del rango di principi generali facenti parte del diritto dell'Unione europea non con riferimento alle norme o ai diritti Cedu, bensì ai principi ispiratori dei medesimi, pena l'"accostamento" di concetti giuridici che non hanno né il medesimo contenuto né il medesimo significato. Ai fini dell'economia del tema, oggetto di indagine, va esaminato un quarto ed ultimo profilo concernente singole e ben individuate norme Cedu che costituiscono principi costituzionalizzati come quello di cui all'art. 111 Cost., il quale opera, infatti, una vera e propria recezione materiale o rinvio a tre parametri Cedu: *a.* la terzietà del giudice; *b.* la *par condicio* delle parti o parità delle armi e soprattutto *c.* la ragionevole durata del processo. Relativamente alla ragionevole durata è fuor di dubbio che al di là di variazioni puramente terminologiche, costituisce una norma-principio o norma-parametro che fa del semplice diritto inviolabile al processo, come diritto individuale e fondamentale della persona (c.d. *ius litigationis* o *ius ad litem*), una condizione estrinseca rispetto al medesimo in quanto attinente alla dimensione temporale del processo (c.d. *ius temporis* o *quoad tempus litigationis*). Ciò consente di approfondire il discorso volto all'individuazione di nuovi "elementi" propri del moderno Stato nazionale di diritto, incidendo su funzioni statali – nella specie quella di natura giurisdizionale – modificate nel loro esercizio.

6. Riforma del processo mediante i c.d. istituti di brevità

Preludendo sin d'ora al futuro dei diritti fondamentali, gli aspetti dell'evoluzione in atto del moderno Stato di diritto incidono primariamente su funzioni o, meglio, sul "diverso" esercizio di queste funzioni da parte del soggetto che ne detiene la titolarità e, quindi, lo Stato nazionale, ovvero sulla cultura della giurisdizione come strumento della tutela dei diritti mediante regole processuali distinte settore per settore. Così come si è già notata la "novità" afferente la tutela dei diritti fondamentali attraverso politiche legislative dello Stato che ne garantiscono la protezione, dovrà concentrarsi l'attenzione pro-

prio sulla politica giudiziaria finalizzata alla emanazione di provvedimenti giusti secondo processi altrettanto giusti per le loro sequenze, fasi e modalità di svolgimento (c.d. «giusto processo»). Trattasi, in realtà, di un aspetto che involge la stessa funzione giurisdizionale, esaminata questa volta non nella prospettiva "esterna" di una possibile "concorrenza" od "alternanza" con funzioni non giurisdizionali volte a conseguire il medesimo effetto, bensì nella prospettiva "interna" sua propria, idonea a rappresentare una manifestazione della modifica del suo esercizio. Ancora una volta è d'obbligo, al riguardo, il richiamo all'art. 111 Cost. come unica norma euro-costituzionale sul cui sfondo compare il modello di equo processo a regime Cedu-Carta (art. 6 Cedu e art. 47 Carta). Un processo, questo, caratterizzato dalla triade fondamentale del giudice *super partes*, della essenzialità di un dibattito ad armi pari *inter partes* e della ragionevole durata. Malgrado tale sua apparente specificità, la norma in oggetto lascia spazio ad una ulteriore normativa di integrazione, libera all'intervento dei legislatori nazionali e dei giudici che la interpretano. Resta la mancata interpretazione di quella ragionevole durata del processo oscillante tra i c.d. istituti della brevità del tempo e dei termini rispetto all'alternativa del loro allungamento o prolungamento, altrimenti detto la scelta tra un processo breve ed a tempo determinato ovvero "lungo" ed a tempo indeterminato come vincolo all'attività dei giudici e delle parti ai fini della tutela dei diritti individuali.

Di tale evoluzione in atto dà conto il combinato disposto degli artt. 24 e 111 Cost., suscettibile di essere inteso in duplice maniera, e cioè o in senso orizzontale di un *self restraint* implicito nel comportamento delle parti processuali nell'art. 24 Cost., ovvero in senso verticale o di prevalenza dello *ius superveniens* imposto a tale comportamento parametrato all'esigenza primaria di celerità, l'uno consacrante il diritto fondamentale al processo o all'accesso alla funzione giurisdizionale e l'altro la logica di una giurisdizione "nuova" e rinnovata, da cui deriva una fattispecie complessa, definibile come quella del diritto al processo «temporalmente condizionato», in grado di scongiurare una funzione di giustizia *sub specie aeternitatis*. Una fattispecie che ha risentito, come visto, pur sempre di influenze provenienti da dimensioni "sovraordinate" allo Stato nazionale, da non ritenersi né preesistenti, né implicite, né tantomeno scontate, ed idonee a dare l'*input* a modificazioni progressive dell'esercizio delle funzioni interne. Una fattispecie, ancora, destinata ad interessare il decennio di riforme legislative successive alla novella costituzionale del 1999, che incidono su tutti i processi già noti all'ordinamento giuridico italiano, simultanei e convergenti in un unico processo riformistico almeno nei contorni ora sufficientemente delineato. Il diritto ad un processo come sopra definito diviene, in altri termini, il *trait d'union* dei tipi esistenti di tutela, civile e, nell'ambito di quest'ultima, cognitiva ed esecutiva, oltre che relativa alla materia peculiare del diritto del lavoro, e, fuori di quest'ultima, il distinto

processo penale e in ultimo il procedimento amministrativo, inteso come processo giurisdizionale amministrativo. Nei limiti imposti dall'indagine, dunque, si tenterà di concretizzare, individuandolo di volta in volta e per le varie tipologie menzionate, l'elemento unificante, così come declinato negli strumenti della "riforma" volti a conseguire l'effetto utile. Strumenti, questi di cui si è testé detto, che se sono talvolta ravvisabili nelle stesse norme regolatrici del processo dell'uno o dell'altro tipo, talaltra risultano pure individuabili in mere procedure materiali pur sempre acceleratorie, come la c.d. informatizzazione dei procedimenti, e pur sempre poste a sostegno delle prime.

Appare opportuno in tale filiera "riformistica" fissare il punto di equilibrio saldamente ancorato al primato della ragionevolezza nella doppia direzione del regime breve e di quello lungo, come criterio-guida per la riforma in corso come per quelle future e come anche nel settore più ampiamente critico del settore processual-penalistico in relazione alla recentissima normativa sul c.d. processo breve, comportante una prescrizione breve per i soggetti incensurati. Tuttavia, data la delicatezza estrema della materia, occorre porre subito un primo punto fermo, volto a chiarire che la bontà di una simile trasformazione nell'esercizio punitivo tipico della funzione giurisdizionale penale potrà palesarsi soltanto a condizione che la "brevità", in questo caso dei termini, risulti controbilanciata pur sempre da garanzie di giustizia che, in uno Stato di diritto modernamente inteso, risultano essere indefettibili al pari delle esigenze di una celerità pur sempre ed innanzitutto "ragionevole"; espressione nella quale pare implicito un giudizio di bilanciamento tra le predette e pari ordinate esigenze di garanzia e di celerità. Senza contare ancora che una brevità "indiscriminata" potrebbe paradossalmente condurre a risultati opposti rispetto all'ottemperanza a norme europee ed internazionali in materia, laddove si pensi soltanto alla prescrizione contenuta nella Convenzione delle Nazioni Unite¹³ che, relativamente al reato di corruzione, prevede espressamente un termine lungo di prescrizione entro il quale avviare l'effettivo processo penale. Al di là del fatto che una simile disposizione potrebbe considerarsi un'eccezione volta a derogare la regola generale, tuttavia ed in senso generico, una soluzione volta *lato sensu* ad evitare i rischi derivanti dall'aspetto di "riduzione" temporale della giurisdizione potrebbe forse essere una brevità di termini commisurata ai relativi reati e graduata in accordo alla loro gravità. E ciò tenendo ben presente che al diritto dell'indagato-imputato di non avere per lungo tempo incertezza sul bene fondamentale in gioco nell'ambito di un giudizio penale, vale a dire la sua libertà, fa pur sempre da contrappeso l'egualmente fondamentale diritto della vittima ad ottenere una giustizia che

¹³ Art. 29, Convenzione ONU contro la corruzione, adottata dall'Assemblea Generale il 31 ottobre 2003, con risoluzione n. 58/4, firmata dallo Stato italiano il 9 dicembre 2003 e ratificata ai sensi della l. n. 116 del 3 agosto 2009.

sia breve, certamente anche nel suo interesse, ma innanzitutto "giusta". E se nel processo penale si persegue l'obiettivo di una riduzione dei termini di prescrizione, parimenti in quello civile si ha di mira un restringimento ragionato dei tempi processuali.

Passando immediatamente alla parallela trasformazione del processo civile, il discorso riguarda, in *subiecta materia*, tanto la tutela cognitiva in senso stretto, quanto quella di natura esecutiva. È opportuno in proposito osservare come, nell'ambito della vigente normativa applicabile, si sia mirato a concentrare ogni attività difensiva nella novellata udienza di trattazione di cui all'art. 183 c.p.c. e come, ancora, si sia ridotto il termine di impugnazione lungo, non più annuale, bensì semestrale, per proporre gravame avverso decisioni giurisdizionali. Trattasi, innegabilmente, di misure tutte acceleratorie, idonee ad imprimere un nuovo ritmo alle varie fasi del procedimento giurisdizionale civile. Procedimento a cui si provvede ad imprimere, per così dire, una rinnovata spinta acceleratoria anche sotto il profilo della fase esecutiva in senso stretto, finalizzata com'è la stessa alla realizzazione in concreto del diritto fatto valere nella fase c.d. cognitiva del giudizio. Parimenti di stampo acceleratorio è apparsa, nel settore civilistico concernente il connesso processo del lavoro, la disposizione concernente l'abrogazione dell'art. 410 c.p.c. relativo all'esperimento del prima contemplato tentativo obbligatorio di conciliazione tra datore di lavoro e lavoratore. Sempre in tale settore e, più precisamente, nell'ambito delle fattispecie di natura contabile e pensionistica, ci si è determinati anche qui nel senso dell'applicabilità dei nuovi istituti processuali riguardanti il termine breve di impugnazione, esteso così dal processo civile ordinario ad uno speciale *sub* settore del medesimo.

A conclusione dell'esame dei processi penali e civili ad andamento "ritardato" a causa dell'irragionevole loro durata, appare un vero e proprio rimedio transitorio quello introdotto all'inizio del decennio legislativo riformistico ed attualmente, almeno nelle intenzioni, destinato ad esaurirsi in una nuova fase *post-riformistica*. Ci si riferisce a quei rimedi meramente monetaristici introdotti dalla l. n. 89/2001¹⁴ come unico ristoro per il pregiudizio subito dalle vittime di tali processi "anomali", oggi destinati a scomparire in un quadro di nuova normalità. Ovviamente quanto detto vale per qualsivoglia tipologia di procedimento giurisdizionale e, pertanto, a prescindere dalla natura sua propria, un processo "ragionevolmente" breve rappresenta i principi, i criteri morali e di diritto idonei a fare di una procedura giudiziaria un atto di giustizia concreta. Un'esigenza, quest'ultima, fondamentale in uno Stato o in un ordinamento giuridico che si voglia definire democratico e di diritto, e nel

¹⁴ Legge n. 89 del 24 marzo 2001 - Previsione di equa riparazione in caso di violazione del termine ragionevole del processo e modifica dell'art. 375 del codice di procedura civile, in *Guri* n. 78 del 31 aprile 2001.

quale, anzi, la realizzazione di una tale esigenza, attuata mediante l'adozione di nuovi istituti processuali di brevità del tempo e dei termini, viene a rappresentare un nuovo elemento di evoluzione dello stesso Stato di diritto realizzata, in tale caso, attraverso una ragionata "razionalizzazione" dell'esercizio di funzioni proprie di quest'ultimo.

7. Regime della Carta dei diritti fondamentali

È da ritenere sufficientemente stabilizzato l'impatto della Carta dei diritti fondamentali sul diritto nazionale. Un rapido sguardo consente di distinguere almeno quattro fasi, a partire da quella iniziale di "cartolarizzazione" intesa come fonte normativa *non-binding*, ovvero di un sistema di regole con efficacia giuridica puramente persuasiva e monitoria, sul doppio versante della prassi degli organi sia unionistici in senso stretto sia nazionali. Limitarsi a tale visione iniziale senza considerare i tentativi coevi e simultanei di "costituzionalizzazione" comporterebbe una sorta di oblio su un periodo di vero e proprio trauma per le Istituzioni nazionali, coincidente con le alterne vicende del triennio 2004-2007, allorché la parte seconda del «Trattato istitutivo di una Costituzione per l'Europa» (29 ottobre 2004) era stata concepita come un puro e semplice *reprint* della Carta riprodotta per intero con modifiche solo marginali e con un rinforzo interpretativo realizzato con le c.d. Spiegazioni collegate al testo pattizio. Una volta rimasta inattesa tale esigenza di "grande riforma" si è proceduto con un più modesto passo in avanti, fissando un quadro normativo generale per le politiche dell'Unione e della ex Comunità europea, finalizzate alla piena realizzazione della prima nei più diversi settori. Ciascuna di queste tre fasi è stata concepita nella logica di una piena autonomia e separazione normativa della Carta medesima, in modo particolare rispetto al concorrente regime Cedu. Dalla nuova combinazione, come sopra indicata, è risultato un regime uno, unitario ed interconnesso, altrimenti definibile di "convenzionalizzazione" da esaminarsi nei suoi vari aspetti.

Tale fenomeno riformistico si poggia su più pilastri, nel suo complesso riconducibile a tre convenzioni, ossia ad una Cedu convenzione, ad una Carta convenzione e ad un'adesione convenzione, grazie alla quale l'intera disciplina dei diritti fondamentali può intendersi come ormai collocata su un rango pattizio, ovvero può affermarsi che la stessa sia stata unitariamente convenzionalizzata. Innanzitutto, per quanto concerne la prima convenzione, ciò risulta dalla disposizione che annovera la medesima tra i principi generali di diritto comunitario (art. 6 TUE). Avendo così operato per la Cedu, altrimenti si è fatto per la Carta, alla quale si è semplicemente conferita la forza di *par condicio* per l'avvenuto conferimento della stessa identica forza dei Trattati. La terza convenzione, quella di adesione, è stata prevista non già come una

norma sostanziale, bensì come un *pactum de procedendo*, avente come risultato l'auspicata adesione unionistica alla Cedu. Nell'attuale fase transitoria della pre-adesione già si assiste ad un'applicazione mista o congiunta da parte dei giudici delle due Corti in dialogo tra loro per l'identità della materia interpretata ed applicata come *nova lex fundamentalis* dei diritti. Sarà poi da valutare in futuro un complesso di questioni derivanti sul piano istituzionale dal subentrare di una nuova fase con i connessi problemi di diritto intertemporale in vista di un regime finalmente divenuto definitivo.

8. Primato unionistico-comunitario dei diritti fondamentali

Si è così pervenuti al passaggio cruciale della presente argomentazione, concernente il futuro nonché lo spazio costituzionale comune e comparato dei diritti fondamentali inteso come luogo di interazione¹⁵ tra il regime comunitario e quello nazionale¹⁶. Con il termine primato europeo¹⁷ dei diritti fonda-

¹⁵ Sul costituzionalismo, esaminato in un'ottica comparata, dei vari Stati membri dell'Ue, si veda F. RUBIO LORRENTE, *El constitucionalismo de los Estados integrados de Europa*, in *Constituciones de los Estados de la Unión Europea*, Barcelona, 1997, p. XVIII-XIX, saggio contenuto nell'opera collettanea A. CELOTTO - J. TAJADURA - J. DE MIGUEL BÀRCENA (a cura di), *Giustizia costituzionale e Unione europea*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2009. L'opera rappresenta un importante contributo finalizzato ad illustrare come il luogo di interazione tra i regimi menzionati nel testo, vale a dire quello euro-comunitario e quello costituzionale nazionale degli Stati singoli non sia sempre, come si tenterà di analizzare meglio nel prosieguo, "luogo di prevalenza" del primo rispetto al secondo e, pertanto, non sia sempre "luogo di affermazione" del c.d. primato europeo, soprattutto con riferimento al primato degli esaminandi diritti fondamentali della persona umana. Trattasi, dunque, di spazio in cui l'interazione, a seconda dei casi, può dar luogo ad una prevalenza del diritto euro-comunitario rispetto a quello costituzionale-nazionale (c.d. spazio *plus* del primato), o, viceversa, ad una predominanza di quest'ultimo sul diritto di matrice sovranazionale (c.d. spazio *minus* del primato), o, ancora, ad un'interazione equilibrata fra i due, che non dia cioè luogo a prevalenza dell'uno sull'altro grazie alla assoluta uniformità delle soluzioni adottate. Da quanto detto l'impossibilità di parlare dell'esistenza di una sorta di spazio *world-wide* del primato, ovvero uno spazio uniformemente accettato ed applicato.

¹⁶ Sempre dal precitato studio collettaneo, p. 1-2 («È proprio il Trattato di Lisbona che nel preambolo richiama questa cultura giuridica comune degli Stati membri, i quali hanno redatto tale Trattato (...)» ispirandosi ad una «cultura giuridica europea» che «sembra quindi assurgere a collante degli obiettivi comuni dei membri dell'Unione»), si desume che lo spazio costituzionale comparato dei diritti fondamentali non può prescindere, tanto per le dinamiche concernenti la Carta, quanto per quelle inerenti alla Cedu, da una riflessione prodromica e preliminare sull'opera di "costituzionalizzazione" dei principi ispiratori della comune cultura di riferimento. Non a caso proprio il nuovo Trattato sull'UE che, come noto, si pronuncia anche in ordine al sistema "misto" e "correlato" Cedu-Carta, si apre con un preambolo volto a richiamare una cultura giuridica comune, ispirata «alle eredità culturali, religiose e umanistiche dell'Europa, da cui si sono sviluppati i valori universali dei diritti inviolabili e inalienabili della persona, della libertà, della democrazia, dell'uguaglianza e dello Stato di diritto».

¹⁷ Le possibili configurazioni dello spazio ricoperto dal primato europeo in oggetto, che, a seconda dei casi, potremmo definire come spazio *plus* o come spazio *minus*, sono ben evidenziate nella disamina dei vari sistemi costituzionali degli Stati membri compiuta nell'opera di A. CELOTTO - J. TAJADURA - J. DE MIGUEL BÀRCENA (a cura di), *Giustizia costituzionale*, loc. cit., e concernente, rispettivamente e nell'ordine scelto, i sistemi tedesco (p. 47-105), austriaco (p. 107-153), spagnolo (p. 155-201), francese (p. 203-244), italiano (p. 245-298), portoghese (p. 299-334), meglio inquadrati ed analizzati nel testo. Dall'analisi di giurisprudenza costituzionale comparata,

mentali¹⁸ si allude alla sua natura di un processo permanente di trasformazione reciproca¹⁹ fra un livello costituzionale sovraordinato centrale rispetto ad altri nazionali subordinati nei confronti del primo²⁰. Siffatti procedimenti

risulta in modo esemplare nel testo predetto come spetti allo Stato nazionale "regolare" lo spazio, più o meno ampio, da riconoscere al primato europeo e, nello specifico, al primato europeo dei diritti fondamentali della persona umana. Di conseguenza, se il "varco" lasciato aperto al primato è, per così dire, suscettibile di autonoma "regolazione" o "regolamentazione", ne discende anche l'esistenza di una dimensione "variabile" dello spazio del primato dei diritti suddetti. Uno spazio, questo, che, a seconda dei casi, può risultare ampliato – quando ad esempio lo Stato nazionale ritenga di apprestare a livello costituzionale una garanzia maggiore di talune situazioni giuridiche soggettive di vantaggio irrinunciabili ed inalienabili – o, viceversa, ristretto – nei casi pure ben possibili in cui lo Stato ritenga, ad esempio per motivi di tutela di sicurezza nazionale, di limitare la salvaguardia apprestata a livello sovranazionale (tipiche restrizioni sono quelle concernenti le connesse libertà di informazione e di stampa) – ove le Costituzioni nazionali possono assumere il ruolo di *lex melior* rispetto allo statuto europeo dei diritti fondamentali.

¹⁸ Si segnala uno specifico ulteriore profilo messo in evidenza in A. CELOTTO - J. TAJADURA - J. DE MIGUEL BÀRCENA (a cura di), *Giustizia costituzionale*, cit. *supra*, nota 15, p. 335-371, relativamente alla questione della c.d. scindibilità in ordine a singoli episodi di giustizia costituzionale. L'espressione utilizzata nel testo, e concernente il primato europeo del diritto unionistico-comunitario dei diritti fondamentali, non può non tenere conto dei regimi diversificati e, per ciò stesso, scindibili tra loro in ordine ed in ragione del diverso approccio nei confronti dello specificato "regime" di primato. E ciò, beninteso, è dovuto in primo luogo alla riconosciuta autonomia di ogni singolo Stato membro così come inserito ed inquadrato nell'indagine comparata delle varie giurisprudenze costituzionali nazionali. Accanto a tale prima specificazione, al contempo, si deve pure evidenziare come in ordine all'indicata espressione di primato il concetto di scindibilità possa pure essere indagato come proprio non già delle singole esperienze costituzionali nazionali, bensì della disciplina dei diritti fondamentali in ragione del suo contenuto e delle sue finalità. E, infatti, proprio in tale prospettiva a doversi distinguere un doppio o diversificato regime di primato, rispettivamente attinente l'uno ai principi di diritto comunitario incorporanti la Cedu e l'altro alle regole della Carta così come "introitate" in pari regime con i Trattati dal legislatore europeo.

¹⁹ Anche nel diverso atteggiarsi dei rapporti tra la "neo-statalità", così come derivante dalla classica statualità in evoluzione, e la "sovra-nazionalità" o *supra-statalité*, da non intendersi erroneamente nel senso di una sorta di "super-statalità" come propria di uno Stato mondiale, è da ravvisarsi l'attuale metamorfosi del moderno Stato di diritto, che, se talvolta segue la classica strada di una legislazione, amministrazione e giurisdizione "comune" verso la c.d. «internazionalizzazione» ed "europeizzazione" del diritto statale, talaltra "adotta" una differente soluzione di "neo-legislazione", "neo-amministrazione" e "neo-giurisdizione" basate essenzialmente sull'autonomia costituzionale di ciascun ente statale, da intendersi come "perenne termine di confronto" rispetto all'altro rappresentato dalla "normatività" e dall'"effettività" delle soluzioni vigenti al livello propriamente sovra-statale (c.d. rapporto dialettico tra Costituzioni interne e Costituzione esterna). Sul punto, e per interessanti quanto utili approfondimenti, si vedano F. BALAGUER CALLEJÓN, *La constitucionalización de la Unión Europea y la articulación de los ordenamientos europeo y estatal*, in M. A. GARCÍA HERRERA (dir.), *El constitucionalismo en la crisis del Estado social*, Bilbao, Universidad del País Vasco, 1997, nonché M. L. FERNÁNDEZ ESTEBAN, *La Noción de Constitución Europea en la jurisprudencia del Tribunal de justicia de las comunidades europeas*, in *Revista Española de Derecho Constitucional*, fasc. 40, 1994, p. 241 ss. In entrambe le opere citate, invero, chiara è la riflessione concernente l'inesistenza, nell'attuale stato di transizione, o evoluzione, o metamorfosi, di regole rigide e precise delle relazioni intercorrenti tra gli ordinamenti statali e quello europeo.

²⁰ Il primato unionistico-comunitario, espressione con cui si intende una "variante" del primato internazionale *lato sensu* inteso o, comunque, quella "porzione" di primato di regole sovraordinate rispetto ad uno spazio geo-politico determinato e determinabile dei diritti fondamentali, va dunque letto pur sempre nell'ottica del permanente processo di evoluzione inerente la figura del moderno Stato di diritto. Orbene, all'uopo va pure notato come le strade c.d. della «internazionalizzazione» e dell'"europeizzazione" del diritto statale possano essere perseguite o mediante una "soluzione" di legislazione, amministrazione e giurisdizione comune, o viceversa mediante quella alternativa di legislazione, amministrazione e giurisdizione come espressione dell'autonomia di ogni singolo Stato, chiamato a regolare la propria attività pubblica nonché i propri processi di evoluzione *in fieri* nei confronti degli altri, in uno spazio di "auto-riforma" che ovviamente trascende gli angusti con-

normativi di adattamento non sono affatto unici ed univoci, in virtù dell'autonomia costituzionale²¹ di ciascuno Stato membro dell'Unione²², poiché hanno attraversato fasi alterne di contraddizione e di involuzione, auspicabilmente superate o superabili nel dopo Lisbona. Fornendo subito un quadro di sintesi sommario e preliminare, i relativi indirizzi possono essere ridotti almeno a tre, distinguendo un orientamento giurisprudenziale di più netta adesione al predetto primato come sviluppatosi nell'ultimo ventennio, se ed in quanto le sue varie fasi si siano progressivamente evolute dall'originaria "indifferenza" fino all'attuale livello di convenzionalizzazione. Viceversa, altro orientamento tende ad esternalizzare o a complementarizzare lo spazio comune europeo dei diritti fondamentali, rispetto a quello dei singoli ordinamenti nazionali, all'interno di un insieme giuridico coerente ed unitario (c.d. criterio della intergiustapposizione). Non manca un ultimo criterio in virtù del quale non è predeterminabile la misura e la modalità dei canali di ingresso lasciati liberi all'impatto del primato comunitario dei diritti fondamentali, inteso come dipendente dalla discrezionalità interpretativa dei supremi organi di giustizia costituzionale nazionale, abilitati a procedure di dosaggio variabile più o meno a-

fini nazionali ed in un regime che sia pur sempre di sostanziale armonizzazione. Dal che si evince come le "variazioni" che coinvolgono il livello statale siano destinate pure a ripercuotersi inevitabilmente sulla rete di rapporti intercorrenti tra gli Stati-attori della vita internazionale. In ordine all'esistenza di una "duplice" strada perseguibile nella direzione dell'"internazionalizzazione" e della "europeizzazione" del diritto statale, si veda la recentissima opera di M. PANEBIANCO, *Diritto internazionale pubblico*, III ed., Napoli, Editoriale Scientifica, 2011, p. 14 ss.

²¹ Si vedano P. DE VEGA, *Jurisdicción constitucional*, in *Revista de Estudios Políticos*, fasc. 7, 1979, p. 99 ss., nonché L. FAVOREU, *Los tribunales constitucionales*, Barcelona, Editorial Ariel, 1994, p. 4 ss., in cui è ben evidenziato come la più volte menzionata autonomia costituzionale di ogni singolo Stato membro non possa non rappresentare il punto di partenza di una riflessione incentrata sull'importanza del ruolo assunto e rivestito dai Giudici costituzionali di ciascun Paese in ordine ai vari pronunciamenti sul primato del diritto euro-comunitario dei diritti fondamentali. Va da sé, infatti, che è nella stessa decisione del Giudice costituzionale, così come chiamato a decidere sullo spazio *plus o minus* da attribuire al suddetto primato, che si rinviene innanzitutto ed in primo luogo il riconoscimento e la garanzia di quel primato, poi "modulato" nella sua ampiezza e nella sua applicazione, tenendosi pur sempre ben conto dei limiti insiti nella stessa autonomia costituzionale di ciascuno Stato aderente, mai tale da potersi spingere nel senso addirittura di un totale disconoscimento del medesimo primato. Di qui la centralità assunta, in questo specifico caso, dalla funzione giurisdizionale-costituzionale, così come imperniata sulla fonte di produzione interna, specialmente su quella di natura costituzionale.

²² La possibilità di atteggiamenti non univoci degli Stati nazionali nei confronti del primato europeo o del "primato normativo comunitario", inteso come *pars minor* del primato internazionale, e destinati a rispecchiare da un lato l'autonomia costituzionale propria di ciascuno e dall'altro processi legislativi, amministrativi e giurisdizionali di evoluzione non sempre necessariamente convergente, evidenzia la centralità dei valori del particolarismo e del pluralismo dei vari soggetti, da ricondursi però pur sempre, pena la negazione della sostanziale armonizzazione dovuta ad altrettanti valori ampiamente e largamente condivisi e partecipati, ad un comunque esistente spazio giuridico integrato *ab intra* e *ab extra*, ad un insieme unitario di cui i valori menzionati del particolarismo e del pluralismo dei vari soggetti si atteggiavano semplicemente a "parti" o "frammenti". Cosa questa che induce legittimamente a parlare dell'esistenza di uno *ius singulare* pur sempre incardinato nello *ius commune* e nei suoi principi valoriali inderogabili e, pertanto, tale da non essere suscettibile di trasformarsi in uno *ius* eccezionale fortemente modificativo e derogatorio rispetto al secondo. Sul punto, si rinvia nuovamente a M. PANEBIANCO, *Diritto internazionale pubblico*, loc. cit., p. 26 ss.

perle o resistenti in sede locale²³ (c.d. criterio della trasformazione variabile).

Pur sempre nel quadro delle giurisprudenze nazionali comparate tra di loro, il primato comunitario dei diritti fondamentali può essere agevolmente inteso come un *sub*-primato, riflesso e, al contempo, specificazione in ambito internazionale-regionale di quel primato dei diritti fondamentali proprio dello spazio internazionale-universale. Di tanto, nel nostro ordinamento giuridico, si trova conferma normativa nel testo della Costituzione, dove il combinato disposto degli artt. 2 e 10 Cost. costituisce la cornice generale entro cui è destinato a trovare applicazione l'art. 11 Cost., e tanto, ovviamente, sempre in materia di garanzia e salvaguardia dei diritti fondamentali. Senza elevare un monumento a siffatto nostro testo costituzionale, se ne riscontra la sintonia con quello di altri Paesi dell'Unione, rapidamente dotatisi di una coeva e simultanea giurisprudenza costituzionale del settore, dal momento che i diritti fondamentali, proprio perché espressioni di principi valoriali, risultano dotati di una sorta di efficacia "irradiante"; i valori contenuti in ciascuno di essi, infatti, necessariamente si estendono all'attuazione del sistema di norme *tout court* considerato, anche laddove queste contemplino posizioni giuridiche non aventi natura fondamentale ma di puro e semplice diritto ordinario (c.d. effetto di dispiegamento o effetto riflesso)²⁴. È questa, nell'ottica del tema trattato, una riflessione giustificata da due ordini di ragioni. Da un lato, infatti, pare opportuno, quando si parla solo di diritti fondamentali in senso stretto, scongiurare il rischio di cadere in quelle mere dichiarazioni di intenti che tramutano norme di ampio respiro in norme di respiro trascurabile a causa della astrattezza che si tende a conferire loro e che le condanna, pertanto, ad avere una scarsa rilevanza nella realtà. Dall'altro, parimenti, una siffatta precisazione rende possibile guardare al primato o *sub*-primato o co-primato dei diritti fondamentali come ad un primato di ampio raggio, destinato giocoforza a comprendere anche quei diritti non fondamentali "irradiati" dai valori espressi

²³ L'approccio del c.d. criterio della trasformazione variabile, così come pure emergente dall'opera di A. CELOTTO - J. TAJADURA - J. DE MIGUEL BÀRCENA (a cura di), *Giustizia costituzionale*, cit. *supra*, nota 15, può ragionevolmente trovare le proprie ragioni non soltanto nell'autonomia costituzionale in senso stretto degli Stati nazionali, ma anche nella necessità di una sorta di giudizio di bilanciamento tra valori egualmente meritevoli e, pur tuttavia, destinati ad essere temperati tra di loro. Basti riflettere, sul punto, su alcuni casi di recente cronaca, connessi alla lotta al terrorismo internazionale, così come strettamente correlati a primarie esigenze di tutela della sicurezza nazionale, in virtù della quale spesso si ridefiniscono i limiti di godimento dei diritti civili dei cittadini, quali *in primis* quello all'informazione, da intendersi in questi casi come libertà, a sua volta connessa a quella di stampa, volutamente limitata per scongiurare i rischi di incitamento alla violenza e di propaganda contraria a quei Paesi, *intra* ed *extra* europei, impegnati nella lotta al terrorismo internazionale. Cfr., sul punto, M. PANEBIANCO, *Diritto internazionale pubblico*, cit. *supra*, nota 20, p. 29 (annotazione a margine n. 45).

²⁴ Nell'ordinamento giuridico tedesco tale effetto di dispiegamento o di irradiazione viene tradotto con l'espressione *Austrahlungswirkung*, ovvero come effetto riflesso dei diritti fondamentali all'interno delle relazioni e situazioni giuridiche inter-individuali (c.d. *Reflex-wirkung*). Si veda, nella letteratura luso-brasiliana, G. F. MENDES - I. M. COELHO - P. G. G. BRANCO, *Hermenêutica Constitucional e Direitos Fundamentais*, Brasília, Brasília Jurídica, 2002, p. 209.

dai diritti fondamentali.

Un primato, questo, che la giurisprudenza del triennio costituzionale del *post*-Lisbona del 2007-2010 pare avere, in qualche modo, "ridefinito" nel senso di un primato tripartito dei diritti nazionali (Cedu, Carta, Costituzioni nazionali)²⁵, se non addirittura "indebolito" sotto determinati aspetti. E ciò ovviamente, nel sopraindicato periodo, equivale a conferma del riconosciuto rispetto di adeguati spazi di autonomia e di identità costituzionale di ciascuno Stato membro. Pare, pertanto, emergere una evoluzione del moderno Stato di diritto avente una natura bivalente esterna-interna, in quanto, da un lato, originata da influssi di europeizzazione ed internazionalizzazione dello Stato nazionale che, però, risultano, dall'altro, pur sempre controbilanciati dal rispetto degli spazi di autonomia e di identità costituzionale, già sancito nel c.d. *reform-Treaty* e spesso pure rinforzato dalle pronunce costituzionali interne, talora di non netta e totale adesione al primato in oggetto. La situazione testé rappresentata appare ravvisabile, nello spazio delle giurisprudenze comparate, nel sistema giuridico austriaco ed, in particolare, nell'ambito di un ordinamento statale chiamato a tenere in debita considerazione tanto i vincoli derivanti dal diritto costituzionale interno quanto quelli derivanti dal diritto esterno euro-comunitario (c.d. «doppio vincolo»)²⁶. *Mutatis mutandis*, simili soluzioni mediate o di "compromesso" sono pure adottate in altri sistemi giuridici europei, quale quello tedesco, dove soprattutto la posizione assunta dal *Bundesverfassungsgericht* ha dato luogo alla necessità del rispetto di un "doppio vincolo" in ordine alle relazioni tra diritto interno e diritto euro-comunitario (sentenze *Maastricht*-1993, *Lissabon*-2009 e *Mangold*-2010)²⁷. Criteri diversi da quello della c.d. inter-giustapposizione ed invero improntati a procedure di dosaggio variabile più o meno aperte o resistenti in sede locale in ordine al primato risultano, poi, individuabili nel sistema ordinamentale spagnolo, ove si assiste ad una sorta di "relativizzazione" del primato, ridotto da principio di supremazia a semplice clausola di supremazia, od anche in quelli francese e portoghese, ove rispettivamente è dato riscontrare una ancora maggiore "relativizzazione" del primato, così come subordinato a determinate "condizioni"

²⁵ Appare interessante notare la corrispondenza o, se si preferisce, la convergenza esistente tra la tradizione meridionale dei diritti fondamentali fondata sull'universalismo, sull'europeismo e sul costituzionalismo ed il "co-primato" trilaterale, aperto *ab intra* e *ab extra*, Cedu-Carta-Costituzioni nazionali. Sul punto, cfr. M. PANEBIANCO, *Le origini della Scuola meridionale dei diritti umani: 1720 - 1745*, in *Rivista della Cooperazione Giuridica Internazionale*, fasc. 38, 2011, p. 7-12.

²⁶ Nell'ambito del criterio c.d. della inter-giustapposizione va ricondotto pure il menzionato principio del doppio vincolo, su cui di veda il contributo riferito all'ordinamento costituzionale austriaco di A. GAMPER in A. CELOTTO - J. TAJADURA - J. DE MIGUEL BÀRCENA (a cura di), *Giustizia costituzionale*, cit. *supra*, nota 15, p. 115 ss.

²⁷ Sentenza *Maastricht Urteil* del *BVerfG* del 12 settembre 1993 (*BVerfG*, 89, 155, vom 2), sentenza *Lissabon Urteil* del 30 giugno 2009 (*BVerfG*, 123, 267), sentenza *Mangold* del 6 luglio 2010, cit. *supra*, nota 10. Cfr., sul punto, il contributo sul sistema giuridico tedesco di C. VIDAL in A. CELOTTO - J. TAJADURA - J. DE MIGUEL BÀRCENA (a cura di), *Giustizia costituzionale*, loc. cit., p. 95 ss.

di rispetto, nonché, nel secondo, ove centrale appare l'adozione di soluzioni *sub iudice* valevoli caso per caso e provenienti da giurisprudenza costituzionale interna definita, insieme al diritto euro-comunitario, «nel quadro di un regime di co-tutela dei valori fondamentali dello Stato di diritto e dell'Unione di diritto»²⁸.

Quanto, più nello specifico, all'ordinamento italiano, non rinvenendosi a livello normativo specifiche disposizioni circa le modalità di risoluzione di eventuali antinomie tra norme comunitarie e norme nazionali *in subiecta materia*, spetta pur sempre ai giudici ed agli operatori del diritto in generale valutare, di volta in volta, la validità di norme appartenenti ad ordinamenti diversi che si presentano come antinomiche tra di loro²⁹. Ovviamente, anche in questo caso è opportuno un dialogo tra la Corte europea di Lussemburgo e le Corti costituzionali interne, così come inquadrare nell'ambito di un regime di co-tutela dei valori fondamentali dello Stato nazionale di diritto e dell'Unione di diritto³⁰. Un dialogo, questo, pure auspicabile, nel distinto sistema Cedu, tra la Corte di Strasburgo e le Corti interne nelle ipotesi di contrasto, questa volta, tra norme Cedu e norme nazionali, soprattutto ove si rifletta sulla possibile sovrapponibilità dei due testi convenzionali, adesso en-

²⁸ Si vedano, sul punto, i contributi di G. ALBERTON e di M. L. DUARTE - C. AMADO GOMES, dedicati rispettivamente agli ordinamenti giuridici francese e portoghese, in A. CELOTTO - J. TAJADURA - J. DE MIGUEL BÀRCENA (a cura di), *Giustizia costituzionale*, cit. supra, nota 15, p. 224 ss. e p. 330 ss. E appena il caso di osservare come le formule della giurisprudenza costituzionale europea indicate nel testo trovino una singolare coincidenza nell'altra del primato invertito o equilibrato dei limiti-controlimiti come riconosciuto e conclamato spazio di rispetto dei diritti fondamentali e dei principi che li consacrano.

²⁹ Si vedano, in proposito, le riflessioni di A. CELOTTO sulla questione del primato euro-comunitario, in A. CELOTTO - J. TAJADURA - J. DE MIGUEL BÀRCENA (a cura di), *Giustizia costituzionale*, loc. cit., p. 245 ss. Nel solco delle considerazioni fatte nel testo circa un "contemperamento" tra rispetto del primato euro-comunitario e rispetto dell'identità, *ergo* innanzitutto della autonomia costituzionale degli Stati nazionali, come nota giustamente l'A., «i percorsi seguiti dalla giurisprudenza italiana sono stati tortuosi, disagiati e, talora, confusi, scontando una resistenza di fondo nel nostro ordinamento ad una apertura incondizionata al sistema comunitario, resistenza che ha complicato non poco il rinvenimento di soluzioni plausibili per tali antinomie». Pur condividendo tali giudizi, sia consentito rilevare la loro appartenenza all'epoca del *pre-Lisbona* caratterizzata dal mancato riconoscimento della combinazione "identità europea - identità costituzionale nazionale", finalmente emergente dal combinato disposto dei novellati artt. 1 *bis* e 3 *bis* del vigente Trattato di Unione del 13 dicembre 2007, in base al quale è da immaginare per il futuro non già una resistenza costituzionale nazionale, bensì un *locus standi* di coesistenza e di incontro reciproco.

³⁰ Accanto al primato, o primazia o supremazia, concernente norme di diritto sostanziale sui diritti fondamentali dell'uomo, è da esaminare il primato di natura, per così dire, procedurale tra le giurisdizioni delle tre Corti rispettivamente competenti (per la Cedu, la Carta e le Costituzioni nazionali), in una prospettiva pertanto non monistica di primato unico, bensì pluralistica di pluriprimati ripartiti e riconosciuti in ciascuna sfera di attribuzione, ovvero *chez soi*, tra i diversi "soggetti" giurisdizionali. Un dialogo che dovrà necessariamente coinvolgere non soltanto le Corti europee e quelle costituzionali nazionali (c.d. «triplice alleanza tra le tre Corti») ma anche giudici non costituzionali degli Stati membri, ben potendo i medesimi applicare le norme sui diritti fondamentali così come consacrati nelle Carte correlate. Un'alleanza, questa, che si traduce pertanto in un duplice obbligo di *self restraint* delle Corti, tenute a non "invadere" la sfera di competenza altrui, e di contestuale riconoscimento reciproco delle giurisdizioni, in una prospettiva di *fair play* e di coesione indipendente dall'adesione dell'Ue alla Cedu ed in grado di scongiurare conflitti di Carte e Corti, in un'ottica di grande "alleanza" delle menzionate giurisdizioni.

trambi vincolanti, e sulle possibili ingerenze nelle rispettive sfere di competenza, quantomeno in tutte le ipotesi in cui entrambe si trovino ad incidere su diritti fondamentali dell'uomo coincidenti nella loro formulazione letterale³¹. Parimenti, va pure notato come l'opzione universalistica dei diritti fondamentali dell'uomo consenta di risolvere contrasti che interessano anche lo spazio extra-europeo o, meglio, i rapporti tra l'azione esterna e quella interna dell'Unione in tale settore. Esistendo, infatti, un modello «uno, unico ed universale» di detti diritti, l'azione interna dell'Unione può ben diventare esterna nel momento in cui la medesima procede ad esternalizzare il modello dei diritti fondamentali così come concepito in ambito propriamente europeo. Similmente, nell'ambito da ultimo menzionato, vi deve essere la piena disponibilità a recepire modelli concernenti la materia dei diritti umani diversi da quello europeo in senso stretto (modello c.d. della ex Carta di Nizza) ed in senso lato (modello c.d. Cedu)³².

9. La questione del "co-primato"

Tutto quanto finora premesso consente di affermare l'esistenza di un vero e proprio "co-primato", cioè un ruolo da "comprimari" delle tre fonti esaminate di tutela dei diritti fondamentali. Esaminata la problematica concernente l'attuale esistenza, a decorrere temporalmente dal periodo del c.d. *post-Lisbona*, di un primato europeo, per così dire, non più "assoluto" bensì "ridefinito" e "rimodulato", occorre adesso porre l'attenzione sull'ulteriore questione concernente la "spartizione" del primato così come da ultimo definito, e, nello specifico, del primato dei diritti fondamentali dell'uomo, tra il sistema europeo di tutela concepito in senso lato (sistema Cedu) e quello concepito in senso stretto (sistema Carta). A tale fine è opportuno partire dal dato normativo di cui all'art. 6 del novellato Trattato di Unione, il quale, se da un lato attribuisce alla Carta lo stesso valore giuridico dei Trattati (art. 6, par. 1), dall'altro consacra i diritti espressi dalle norme Cedu come principi generali

³¹ Per una disamina concernente anche i rapporti Cedu-Carta nell'ambito della più estesa tematica delle tradizioni costituzionali comuni alla base del riconoscimento e del rispetto universale dei diritti umani, si veda M. PANEBIANCO, *Le origini della Scuola Meridionale dei diritti umani*, cit. *supra*, nota 25, in cui giustamente l'A. afferma come «la stessa nozione dei diritti dell'uomo non ha perduto il suo carattere autonomistico e specialistico di impianto universale derivante dai Patti, dalle Convenzioni e dalle Carte che l'hanno consacrata negli ultimi sessant'anni, ma nel sacrario dei diritti fondamentali sono entrati altri principi correlati alla concorrente nozione euro-costituzionale della doppia accezione dello Stato democratico e dello Stato di diritto». Per cui, nel futuro delle tradizioni costituzionali comuni dei diritti fondamentali è da immaginare una più attiva e consapevole partecipazione da parte delle tradizioni costituzionali nazionali convergenti e condivise, non riproducibili *tout court* in modo automatico come *ius proprium*, ma confluenti nello *ius* costituzionale comune della riformata Unione europea.

³² In ordine a tali riflessioni, si veda, *amplius*, M. PANEBIANCO, *Diritto internazionale pubblico* cit. *supra*, nota 20, p. 17-19.

del diritto dell'Unione (art. 6, par. 2). Dal confronto tra il testo pregresso dell'articolo in esame, in cui ci si limitava a riconoscere, *ergo* a rispettare i diritti, le libertà ed i principi promananti dalla Convenzione europea del 1950 senza nessuna menzione della Carta, all'epoca atto di c.d. *soft law*, e quello novellato a Lisbona possono ben sorgere problematiche interpretative sulla questione del c.d. primato Cedu-Carta nei rapporti con le giurisprudenze costituzionali degli Stati membri. Problematiche, queste, destinate ovviamente a ripercuotersi sul piano fattuale e concreto e che, pertanto, impongono una riflessione sul punto. Una riflessione, questa, che, per i motivi esposti *infra*, dovrà necessariamente tenere in debito conto anche lo scenario di una ancora inattuata benché prevista adesione dell'Unione europea al sistema Cedu.

Ed invero, una siffatta adesione, pur non modificando le competenze dell'Unione definite nei Trattati, secondo la previsione del menzionato par. 2 dell'art. 6, quantomeno avrebbe un suo peso per la definizione dei rapporti Cedu-Carta in merito alla questione del primato nei rapporti con le giurisprudenze costituzionali nazionali. In particolare, al riguardo tre sono gli scenari astrattamente prospettabili. Un primo possibile scenario è quello che contempla una posizione di primato della Carta rispetto alla Convenzione europea in presenza di altrettanto tre specifiche condizioni. *A.* La prima concernente la non sovrapponibilità dei due testi pattizi in tutte quelle ipotesi in cui i medesimi si trovino ad incidere su diritti fondamentali dell'uomo con definizione non identica rispettivamente nel testo Cedu e nel testo Carta. La seconda, invece, rappresentata dalla non attuata disposizione afferente l'accordo di adesione, volto ovviamente a favorire una sorta di fusione o di omogeneizzazione tra gli statuti di tutela in esame e la terza, infine, da ravvisarsi in una giurisprudenza della Corte di Lussemburgo mirante a far valere la primazia o, se si preferisce, la supremazia del catalogo dei diritti da essa tutelato rispetto all'altro o sull'altro pure esistente in ambito pan-europeo in quanto regolatore di diritti coincidenti assorbiti nella più generale categoria dei principi generali del diritto euro-comunitario. *B.* Un secondo possibile scenario è, viceversa, quello che contempla una posizione di primato della Convenzione rispetto alla Carta in presenza delle condizioni suddette ed in questo caso – giocoforza – "invertite". *C.* L'ultimo scenario ben configurabile ed auspicabile, già peraltro individuato nella c.d. ipotesi della "integrazione cooperativa", così come contrapposta a quella del c.d. conflitto tra "Carte" e "Corti"³³, è quello che contempla una posizione di primato con-diviso o appunto di "co-primato" Cedu-Carta in presenza di ulteriori tre condizioni, diverse da quelle prima indicate ai punti *sub A.* e *sub B.* del presente paragrafo.

In sede di "co-primato" la prima delle menzionate condizioni concerne ovviamente la possibile sovrapponibilità dei due testi convenzionali quantomeno in tutte le ipotesi in cui entrambi si trovino ad incidere su diritti fonda-

³³ Cfr., *supra*, par. 3, lett. *a.* e *b.*

mentali dell'uomo con identica definizione ed anche, a ben guardare, in quelle in cui le stesse definizioni di tutela presentano una formulazione diversa, venendo in tale caso in rilievo una "dualità" di natura meramente e puramente linguistica e/o terminologica e, pertanto, più apparente che reale. Quanto, poi, alla seconda delle condizioni funzionali ad una siffatta soluzione o ad un siffatto scenario, essa è ravvisabile nella concretizzazione di quell'obbligo di adesione, normativamente previsto, che, a ben ragione, si atterrebbe pure a fattore od elemento di "rinforzo" della prima condizione menzionata. Infine, sarebbe anche richiesto, e si viene così alla terza ed ultima condizione menzionata, un dialogo continuo fra le tre Corti, vale a dire Corte di Strasburgo, Corte di Lussemburgo e Corte costituzionale nazionale dello Stato membro interessato. Un dialogo, questo, beninteso orientato ad un duplice obbligo. Innanzitutto, un obbligo negativo di c.d. *self restraint* da parte di ciascuna Corte europea, volto ad evitare ingerenze nelle rispettive sfere di competenza e, in secondo luogo, un obbligo, ma questa volta positivo, di *fair play*, produttivo, appunto, di una situazione di "co-primato" fra Carte e Corti, in una prospettiva di "grande alleanza" tra le medesime sia sotto il profilo sostanziale sia sotto il profilo più propriamente procedurale. A ben riflettere, però, da tale ultimo possibile scenario ipotizzabile deriva una possibile definizione generale dei fini e dei contenuti del c.d. «co-primato», inteso come una forma di "condominio" a contenuto sia normativo che giurisdizionale, con l'ovvia conseguenza di escludere ogni forma di primato o di primazia delle une o delle altre o delle une sulle altre.

Occorre notare come, in effetti, l'obbligo positivo di *fair play* attualmente si realizzi in modo pieno e concreto anche a prescindere da futuri accordi di adesione del sistema unionistico-comunitario al sistema della Cedu. Ciò potrebbe risultare dalla circostanza che lo stesso Trattato di Lisbona³⁴, con la disposizione di cui all'art. 6, par. 2, ha già ed in qualche modo prodotto l'effetto "implicito" di adesione al sistema Cedu ancora prima di un'adesione formale sulla base di un accordo *ad hoc*. E questo, ovviamente, stante il riconoscimento da parte dell'Ue del valore e dell'efficacia delle norme Cedu e quindi anche delle collegate pronunce della Corte di Strasburgo. Ad ulteriore dimostrazione di quanto sostenuto si segnala la consolidata prassi giurisprudenziale

³⁴ Nell'ambito della teoria del primato, si veda, sul punto, nell'ambito dei lavori effettuati durante l'incontro di studi tenutosi a Roma il 23-25 settembre 2009 e vertente sul «sistema integrato delle fonti e giurisprudenza della Corte Europea dei diritti dell'uomo», la relazione di L. SALVATO, dal titolo *Norme interne e norme della Cedu: poteri e compiti del giudice "comune" alla luce di tre sentenze della Corte Europea dei diritti dell'uomo* e bibliografia ivi contenuta, nella quale è interessante l'osservazione secondo cui «ciò che, però, non può allo stato attuale essere revocato in dubbio è che il Trattato di Lisbona abbia conferito al sistema giuridico Cedu (...) un nuovo *status* nel sistema delle fonti», attribuendole «il beneficio della *primauté*», evidente laddove l'espressione utilizzata nel nuovo art. 6, par. 2, del Trattato suddetto si fonda sulla proclamazione del "rispetto" e non su quella del puro e semplice "riconoscimento" delle norme Cedu e dei diritti in essa sanciti, di cui si ribadisce la natura di principi generali del diritto euro-comunitario.

europea, di dialogo e di reciproco riconoscimento delle decisioni delle due Corti giurisdizionali sovranazionali. In secondo luogo, non va neppure sottovalutato come la soluzione del "co-primato" tra Carte e Corti non configuri affatto o comunque non sia idonea a porre in essere una sorta di sistema dualistico o, se si preferisce, basato sulla "dualità" di testi convenzionali o pattizi protettivi dei diritti fondamentali dell'uomo nonché sulla correlata dualità di organi giurisdizionali posti a presidio dei medesimi. Il sistema, infatti, ed anzi proprio alla luce di un primato con-diviso è destinato a conservare una sua valenza monistica, basato com'è sull'unità, unicità ed universalità di un modello di protezione dei diritti fondamentali che è, per sua stessa ed implicita natura, «uno, unico, universale», sia pure in presenza di statuti "divisori" parziali o minori tra loro destinati ad integrarsi.

10. I diritti fondamentali come "trasformatori" dello Stato di diritto nel regime trilaterale Cedu-Carta-Costituzioni nazionali

Occorre, da ultimo, esaminare l'impatto prodotto dal primato dei diritti fondamentali, come fattore di evoluzione dello Stato di diritto con riguardo a ciascuna delle tre funzioni statali, altrimenti denominate «crisi della legge»³⁵ – «disapplicazione dell'atto amministrativo» – «revisione della cosa giudicata»³⁶. L'assunzione di un nuovo punto di vista circa il ruolo delle c.d. disposizioni internazionalistiche come "trasformatori" permanenti dello Stato di diritto ha coinciso con l'individuazione di un nuovo parametro specifico e particolare costituito dal «rispetto degli obblighi internazionali e comunitari» all'interno della generale pregressa disciplina non contenente da sé sola, e se non in modo implicito, il richiamo a tali criteri (artt. 10 e 11 Cost., come integrati dal nuovo art. 117 Cost.). Vero è che tale presenza veniva ritenuta insita e implicita nella dottrina e nella giurisprudenza costituzionalistica, ma con tutti i limiti di tale soluzione relativistica cui mancava un supporto letterale *expressis verbis*, grazie al quale si sono aperti nuovi orizzonti al sindacato di costituzionalità delle leggi, alla gestione della funzione amministrativa indiretta, nonché addirittura agli esiti della giurisdizione civile e penale interna. L'avere affermato un "co-primato" di almeno tre fonti normative ha determi-

³⁵ La letteratura sulla «crisi della legge» si è particolarmente riattualizzata in Italia con riferimento alle modifiche costituzionali introdotte dalla l. cost. n. 3 del 18 ottobre 2001. Per tutti, cfr., già alla voce classica di F. MODUGNO, *Fonti del diritto*, in *Enc. dir.*, Aggiornamento I, Milano, Giuffrè, 1997, nonché M. RUOTOLO, *Trasformazioni della funzione legislativa*, Milano, Giuffrè, 1999.

³⁶ Si omette ogni riferimento dottrinale all'ampia bibliografia formatasi sulla revisione costituzionale 2001 e si rinvia alla giurisprudenza più recente della Corte Cost., con riferimento al rispetto degli obblighi internazionali e comunitari, introdotto dal novellato art. 117 Cost. (sentenza n. 113 del 2011).

nato un certo disorientamento della dottrina rivolta all'analisi separata e quasi diversificata di ciascuna di esse, mentre l'indirizzo del legislatore costituzionale è nel senso di una loro intima armonia normativa o addirittura "effetto sistema". Tale necessità va ancor più sottolineata allorché la fonte Carta – ultima apparsa ai margini del sistema o, addirittura, "extra-sistema" – ha prodotto una sorta di dottrina rinforzata in favore di quest'ultima (c.d. teoria della Carta come grande documento). Sicché è alla luce della dottrina unitaria che va visto l'impatto del sistema *extra-sistema* sull'esercizio delle funzioni statali come trasformate o in via di evoluzione.

Partendo dalla «crisi della legge», essa rappresenta in un certo senso un dato classico o "scontato", in quanto ogni sindacato di costituzionalità delle leggi *sub iudice*, per sua stessa natura, le rende precarie e in un certo senso istituisce una sorta di "precariato legislativo permanente". Nel settore in oggetto, l'impatto della fonte euro-internazionale non contribuisce a creare un nuovo tipo di legge "indebolita", in quanto riferita ad un possibile vizio o difetto legislativo di origine euro-costituzionale o costituzionale-internazionale. Invero, l'esame delle legislazioni parallele degli Stati dell'Unione dimostra come la c.d. legislazione interna derivata o secondaria sia rinforzata dal rinvio alla norma internazionale superiore od esterna. Al riguardo, un vero e proprio paradosso del diritto dell'Unione europea espone al rischio di sindacato l'ampio e prevalente settore nel quale i diritti fondamentali passano per la via della normativa ad effetto diretto. Viceversa, l'altrettanto ampia area della c.d. legislazione indiretta passa attraverso l'attività legislativa degli Stati membri, dove sono nate nuove figure legate alla prassi delle leggi comunitarie annuali (c.d. legge La Pergola-Buttiglione n. 11/2005³⁷). Ne deriva che leggi del genere non sono proceduralmente indebolite ma, al contrario, formalmente rinforzate rispetto al sopravveniente sindacato di legittimità.

Sempre in tale logica di effetto indiretto prodotto sull'esercizio delle residue funzioni statali, si constata come un'amministrazione o una giurisdizione "interposta" o "sottoposta" non possa di per sé produrre effetti giuridici diretti o definitivi, ma sempre mediati rispetto agli obblighi internazionali ed europei superiori. Detto in altri termini, in materia, l'impatto trasformatore significa che l'amministrazione-giurisdizione interna è divenuta sempre indiretta e che i risultati che scaturiscono dall'esercizio delle dette funzioni sono sempre caducabili e rivedibili. Tanto comporta che anche l'atto amministrativo, generale o particolare, in specie se contrastante con diritti europei fondamentali, diviene sempre precario per i suoi effetti giuridici a valere nel tempo (c.d. «caducità normativa dell'atto-sentenza»). Quanto all'atto amministrativo

³⁷ Legge n. 11 del 4 febbraio 2005 - Norme generali sulla partecipazione dell'Italia al processo normativo dell'Unione europea e sulle procedure di esecuzione degli obblighi comunitari, in *Guri* n. 37 del 15 febbraio 2005.

e, in particolare, alla caducità del medesimo, occorre concludere nel senso che gli strumenti messi a disposizione dell'ordinamento sono notoriamente quelli consistenti nella "applicazione-disapplicazione" dell'atto amministrativo comunitariamente viziato o difforme. Sull'altro e complementare versante del giudicato civile-amministrativo e addirittura penale le conseguenze non possono essere difformi. Come dicono infatti i due *leading-case* della Corte costituzionale italiana del primo semestre 2011 (tra cui sent. Corte Cost. n. 181/2011 e sent. Corte Cost. n. 113/2011), non vi è procedura amministrativa urbanistico-edilizia limitativa del diritto di proprietà suscettibile di resistere alla preponderanza di quest'ultimo, né c'è sentenza penale passata in giudicato suscettibile di resistere a vizi derivanti da processo non equo rilevato in base al sistema Convenzione-Carta come accertato dalle Corti europee giurisdizionalmente competenti.

11. Nuovo Stato di diritto e suoi gradi di trasformazione

Le conclusioni prospettate devono valutare, accanto all'ipotesi di un sistema di "co-primato" pienamente armonico o congiunto tra Cedu-Carta e Costituzioni nazionali anche l'altra ipotesi, estremamente attuale, di un loro esercizio disgiunto. Le Carte costituzionali nazionali intanto sono in condizione di esercitare il loro primato, come presupposto e precedente di quello altrui, sia per la pienezza di competenza dello Stato sovrano sia per la possibilità che lo Stato nazionale di diritto ha di apparire aperto ad innovazioni ed integrazioni. Dall'indagine comparata, compiuta *supra*, è emerso che il concorrente sistema sussidiario Cedu-Carta dispone di un ben più modesto strumentario di protezione soprattutto giurisdizionale, nonché un certo *deficit* nel tradurre i diritti fondamentali proclamati in altrettanto diritti ordinari gestiti mediante azioni amministrative confacenti. L'esigenza di politiche europee maggiormente incisive dimostra come i diritti fondamentali di natura sociale e quelli in materia di salute o di ambiente, senza adeguate norme strumentali, restino meramente cartacei. In particolare, in assenza di interventi mirati o, addirittura, in presenza di politiche restrittive o limitative, a risentirne è proprio l'intero regime "liberale" del mercato unico. E ciò con le ovvie proiezioni negative anche circa l'immagine esterna dell'Unione.

Sintomo di tale divaricazione è il difficile rapporto simbiotico Cedu-Carta, dove la sempre promessa o addirittura imposta adesione dell'Unione tarda a concretizzarsi. Se ciò dovesse realizzarsi secondo un effetto ottimale, forte sarebbe l'evoluzione nel funzionamento dello Stato di diritto, dove le due norme convenzionali Cedu-Trattato di Lisbona non risulterebbero mai confliggenti tra loro. Tale sintesi potrebbe compiersi anche a un livello inferiore o minimo, come dimostra la prassi del primo decennio, allorché la Carta

produceva un semplice effetto di liceità, entrando nel circuito giudiziario con una valenza effettivamente minore o ridotta, nonché nel circuito normativo degli atti dell'Unione come puro e semplice atto presupposto citato a mo' di richiamo nel preambolo degli atti normativi. Tra il massimo e il minimo probabilmente l'intero sistema sarà attestato su un nuovo livello convenzionale intermedio, per così dire inter-convenzionale necessariamente aperto alle opzioni provenienti dall'una e dall'altra. Quel che sfugge ai sostenitori della comunitarizzazione della Carta è che, in fondo, il suo fondamento resta internazionalistico o, se si vuole, internazionale-unionistico o internazionale-comunitario. Per cui, in ultima analisi, dal combinato disposto del vigente art. 6, par. 1, del Trattato di Lisbona, dell'ancora non vigente Trattato di adesione e della Carta come convenzionalizzata con forza di Trattato, risulta ormai come l'intero sistema-*extra*-sistema manifesti una sicura tendenza di *ius* comune convenzionale.

Miriam Immediato*

* Professore a contratto del corso integrativo su «Diritto Internazionale, Diritti Fondamentali e Human-Rights Approach» / Università degli Studi di Salerno.

GIURISPRUDENZA COMUNITARIA

I. SENTENZE E COMMENTI

IL SISTEMA ITALIANO DI TARIFFAZIONE FORENSE NON COSTITUISCE OSTACOLO AL LIBERO ACCESSO AL MERCATO DI AVVOCATI DI ALTRI STATI MEMBRI

Corte di giustizia

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

Commissione europea c. Repubblica italiana

Art. 226 CE - Ricorso per inadempimento - Art. 43 CE - Libertà di stabilimento - Art. 49 CE - Libera prestazione dei servizi - Onorari di avvocato - Tariffe forensi italiane - Obbligo di rispettare le tariffe massime - Servizi legali di avvocati stabiliti in altri Stati membri - Ostacolo all'accesso al mercato - Insussistenza - Respinto.

Per quanto riguarda (...) l'esistenza di restrizioni alla libertà di stabilimento nonché alla libera prestazione di servizi, di cui rispettivamente agli artt. 43 CE e 49 CE, da una giurisprudenza costante emerge che siffatte restrizioni sono costituite da misure che vietano, ostacolano o scoraggiano l'esercizio di tali libertà.

(...) una normativa di uno Stato membro non costituisce una restrizione ai sensi del Trattato CE per il solo fatto che altri Stati membri applichino regole meno severe o economicamente più vantaggiose ai prestatori di servizi simili stabiliti sul loro territorio.

L'esistenza di una restrizione ai sensi del Trattato non può (...) essere

* Inedita in *Raccolta*. Il testo integrale della sentenza è reperibile sul sito internet www.curia.europa.eu. In argomento v. *infra*, p. 491 ss., il commento di *ELISABETTA BERGAMINI*.

desunta dalla mera circostanza che gli avvocati stabiliti in Stati membri diversi dalla Repubblica italiana devono, per il calcolo dei loro onorari per prestazioni fornite in Italia, abituarsi alle norme applicabili in tale Stato membro.

Va rilevato (...) 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 anche 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 onorari.

Pertanto, non avendo dimostrato che le disposizioni controverse ostacolano l'accesso degli avvocati provenienti dagli altri Stati membri al mercato italiano di cui trattasi, l'argomentazione della Commissione, diretta alla constatazione dell'esistenza di una restrizione ai sensi degli artt. 43 CE e 49 CE, non può essere accolta.

(Omissis) In diritto

Con il suo ricorso, la Commissione delle Comunità europee chiede alla Corte di constatare che, prevedendo disposizioni che impongono agli avvocati l'obbligo di rispettare tariffe massime, la Repubblica italiana è venuta meno agli obblighi ad essa incombenti ai sensi degli artt. 43 CE e 49 CE.

(Omissis)

Contesto normativo nazionale (Omissis)

La fase precontenziosa (Omissis)

Sul ricorso

Argomenti delle parti

23. Con il suo ricorso la Commissione addebita alla Repubblica italiana di aver previsto, in violazione degli artt. 43 CE e 49 CE, disposizioni che impongono agli avvocati l'obbligo di rispettare tariffe massime per la determinazione dei propri onorari.

24. Ad avviso della Commissione, detto obbligo deriva dal decreto Bersani che, pur abrogando le tariffe fisse o minime applicabili agli onorari degli avvocati, ha esplicitamente mantenuto l'obbligo di rispettare tariffe massime in nome della protezione dei consumatori. Tale interpretazione sarebbe peraltro confermata dal CNF, dal consiglio dell'ordine degli avvocati di Torino nonché dall'Autorità Garante della

Concorrenza e del Mercato nei rispettivi documenti ufficiali.

25. Il fatto che questo stesso decreto abbia abolito il divieto di stabilire contrattualmente compensi dipendenti dal conseguimento degli obiettivi perseguiti, ossia il cosiddetto «patto del quota lite», non può inficiare la conclusione che il rispetto di tali tariffe massime è ancora obbligatorio in tutti i casi in cui un siffatto patto non sia stato concluso. D'altronde, durante la fase precontenziosa, le autorità italiane non avrebbero mai negato l'obbligatorietà delle tariffe massime di cui trattasi.

26. Del pari, la Commissione sottolinea che le eccezioni previste per le tariffe massime applicabili agli onorari degli avvocati non escludono, ma anzi confermano, che le tariffe massime degli onorari si applicano in via generale.

27. La Commissione sostiene che le disposizioni controverse producono l'effetto di disincentivare gli avvocati stabiliti in altri Stati membri a stabilirsi in Italia o a prestarvi temporaneamente i propri servizi e, di conseguenza, configurano restrizioni alla libertà di stabilimento ai sensi dell'art. 43 CE nonché alla libera prestazione dei servizi ai sensi dell'art. 49 CE.

28. Infatti, essa considera che un tariffario massimo obbligatorio, che si applichi indipendentemente dalla qualità della prestazione, dal lavoro necessario per effettuarla e dai costi sostenuti per attuarla, possa rendere il mercato italiano delle prestazioni legali non attraente per i professionisti stabiliti in altri Stati membri.

29. A giudizio della Commissione, tali restrizioni derivano, in primo luogo, dall'obbligo imposto agli avvocati di calcolare i propri onorari in base ad un tariffario estremamente complesso che genera un costo aggiuntivo, in particolare per gli avvocati stabiliti fuori dell'Italia. Nel caso in cui questi avvocati avessero utilizzato fino ad allora un diverso sistema di calcolo dei loro onorari, essi sarebbero obbligati ad abbandonarlo per adeguarsi al sistema italiano.

30. In secondo luogo, 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 dissuadendo taluni avvocati, i quali chiedono onorari più elevati di quelli stabiliti dalle disposizioni controverse, dal prestare temporaneamente i propri servizi in Italia, ovvero dallo stabilirsi in tale Stato membro. Infatti, secondo la Commissione, il margine di guadagno massimo è fissato indipendentemente dalla qualità del servizio prestato, dall'esperienza dell'avvocato, dalla sua specializzazione, dal tempo da lui dedicato alla causa, dalla situazione economica del cliente, e, ancor più, dall'eventualità che l'avvocato sia tenuto a spostarsi per lunghi tragitti.

31. La Commissione considera, in terzo luogo, che il sistema di tariffazione italiano pregiudichi la libertà contrattuale dell'avvocato impedendogli di fare offerte *ad hoc* in determinate situazioni e/o a clienti particolari. Le disposizioni controverse potrebbero dunque comportare una perdita di competitività per gli avvocati stabiliti in altri Stati membri perché esse privano gli stessi di efficaci tecniche di penetrazione nel mercato legale italiano. Di conseguenza, la Commissione ritiene che le disposizioni controverse costituiscano un ostacolo all'accesso al mercato italiano dei servizi legali per gli avvocati stabiliti in altri Stati membri.

32. In via principale, la Repubblica italiana contesta non l'esistenza, nell'ordinamento giuridico italiano, di dette tariffe massime, bensì il carattere vincolante delle medesime, sostenendo che esistono numerose deroghe per superare tali limiti, o per

volontà degli avvocati e dei loro clienti, o tramite l'intervento del giudice.

33. Secondo tale Stato membro, il criterio principale che consente di fissare gli onorari degli avvocati risiede, a norma dell'art. 2233 del codice civile italiano, nel contratto concluso tra l'avvocato e il suo cliente, mentre il ricorso alle tariffe applicabili agli onorari degli avvocati costituisce soltanto un criterio sussidiario, utilizzabile in mancanza di compenso liberamente fissato dalle parti contrattuali nell'esercizio della loro autonomia contrattuale.

34. Inoltre, gli onorari calcolati su base oraria sarebbero espressamente previsti al punto 10 del capitolo III della deliberazione del CNF come metodo alternativo di calcolo degli onorari in materia stragiudiziale.

35. Del pari, in seguito all'adozione del decreto Bersani, il divieto di concludere un accordo tra cliente ed avvocato, che preveda un compenso dipendente dall'esito della controversia, sarebbe stato definitivamente abolito dall'ordinamento giuridico italiano.

36. Per quanto riguarda le deroghe alle tariffe massime applicabili agli onorari degli avvocati, la Repubblica italiana sottolinea che, in tutte le cause di particolare importanza, complessità o difficoltà per le questioni giuridiche trattate, gli avvocati e i loro clienti possono convenire, senza che sia necessario alcun parere del consiglio dell'ordine degli avvocati competente, che gli onorari vengano aumentati fino al doppio dei massimi di tali tariffe o anche, in materia penale, fino al quadruplo di tali massimi.

37. Il previo parere del consiglio dell'ordine degli avvocati competente sarebbe invece richiesto, in materia sia civile che stragiudiziale, nei casi di straordinaria importanza delle controversie, per aumentare il compenso fino al quadruplo dei massimi previsti nonché, in caso di manifesta sproporzione tra la prestazione professionale e l'onorario previsto dalle tariffe applicabili a tali onorari, per aumentare del pari gli onorari di cui trattasi anche oltre tali massimi.

38. In subordine, la Repubblica italiana sostiene che le disposizioni controverse non contengono alcuna misura restrittiva della libertà di stabilimento o della libera prestazione dei servizi e che gli addebiti della Commissione non sono fondati.

39. Infatti, per quanto riguarda i costi aggiuntivi, l'esistenza di una duplice normativa, ossia quella dello Stato membro d'origine e quella dello Stato membro ospitante, non potrebbe, di per sé, costituire un motivo che consenta di sostenere che le disposizioni controverse sono restrittive poiché le norme professionali in vigore nello Stato membro ospitante sarebbero applicabili agli avvocati provenienti da altri Stati membri in forza delle direttive del Parlamento europeo e del Consiglio 16 febbraio 1998, n. 77/249 e n. 98/5/Ce, volte a facilitare l'esercizio permanente della professione di avvocato in uno Stato membro diverso da quello in cui è stata acquistata la qualifica (*Guce* n. L 77, p. 36), indipendentemente dalle norme applicabili nello Stato membro d'origine.

40. Per quanto attiene all'asserita riduzione dei margini di guadagno, le disposizioni controverse prevederebbero in modo dettagliato il rimborso integrale di tutte le spese di missione in base a documenti giustificativi e concederebbero inoltre un'indennità di trasferta per le ore di lavoro perse durante quest'ultima. Tali spese si aggiungerebbero ai diritti, agli onorari e alle spese generali degli avvocati e sarebbero rimborsate, in applicazione del principio di non discriminazione, tanto agli avvocati stabiliti in Italia, che devono spostarsi sul territorio nazionale, quanto agli avvocati stabiliti in altri Stati membri che devono spostarsi in Italia.

Giudizio della Corte

41. In via preliminare, va constatato come dall'insieme delle disposizioni controverse emerga che le tariffe massime applicabili agli onorari degli avvocati costituiscono norme giuridicamente vincolanti in quanto sono previste da un testo di legge.

42. Pur supponendo che gli avvocati e i loro clienti siano, in concreto, liberi di pattuire contrattualmente il compenso degli avvocati su base oraria o a seconda dell'esito della causa, come fatto valere dalla Repubblica italiana, resta nondimeno il fatto che le tariffe massime continuano ad essere obbligatorie nell'ipotesi in cui non esista un patto tra gli avvocati e i clienti.

43. Peraltro, la Commissione ha giustamente considerato che l'esistenza di deroghe che consentano di superare, in presenza di determinate condizioni, i limiti massimi dell'importo degli onorari portandoli al doppio o al quadruplo o addirittura oltre, conferma che le tariffe massime degli onorari si applicano in via generale.

44. Di conseguenza, non può essere accolto l'argomento della Repubblica italiana secondo cui, nel suo ordinamento giuridico, non esiste alcun obbligo per gli avvocati di osservare tariffe massime per la determinazione dei loro onorari.

45. Per quanto riguarda, poi, l'esistenza di restrizioni alla libertà di stabilimento nonché alla libera prestazione di servizi, di cui rispettivamente agli artt. 43 CE e 49 CE, da una giurisprudenza costante emerge che siffatte restrizioni sono costituite da misure che vietano, ostacolano o scoraggiano l'esercizio di tali libertà (v., in tal senso, sentenze 15 gennaio 2002, causa n. C-439/99, *Commissione c. Italia*, Raccolta, I, p. 305, punto 22; 5 ottobre 2004, causa n. C-442/02, *CaixaBank France*, Raccolta, I, p. 8961, punto 11; 30 marzo 2006, causa n. C-451/03, *Servizi Ausiliari Dottori Commercialisti*, Raccolta, I, p. 2941, punto 31, e 4 dicembre 2008, causa n. C-330/07, *Jobra*, Raccolta, I, p. 9099, punto 19).

46. In particolare, la nozione di restrizione comprende le misure adottate da uno Stato membro che, per quanto indistintamente applicabili, pregiudichino l'accesso al mercato per gli operatori economici di altri Stati membri (v., in particolare, sentenze *CaixaBank France*, cit., punto 12, e 28 aprile 2009, causa n. C-518/06, *Commissione c. Italia*, Raccolta, I, p. 3491, punto 64).

47. Nella specie, è pacifico che le disposizioni controverse si applichino indistintamente a tutti gli avvocati che forniscono servizi sul territorio italiano.

48. La Commissione ritiene, tuttavia, che tali disposizioni costituiscano una restrizione ai sensi degli articoli summenzionati, in quanto possono infliggere agli avvocati, stabiliti in Stati membri diversi dalla Repubblica italiana e che forniscono servizi in quest'ultimo Stato, costi aggiuntivi generati dall'applicazione del sistema italiano degli onorari nonché una riduzione dei margini di guadagno e dunque una perdita di competitività.

49. A tal riguardo, giova ricordare anzitutto che una normativa di uno Stato membro non costituisce una restrizione ai sensi del Trattato CE per il solo fatto che altri Stati membri applichino regole meno severe o economicamente più vantaggiose ai prestatori di servizi simili stabiliti sul loro territorio (v. sentenza 28 aprile 2009, *Commissione c. Italia*, cit., punto 63 e giurisprudenza *ivi* citata).

50. L'esistenza di una restrizione ai sensi del Trattato non può dunque essere desunta dalla mera circostanza che gli avvocati stabiliti in Stati membri diversi dalla

Repubblica italiana devono, per il calcolo dei loro onorari per prestazioni fornite in Italia, abituarsi alle norme applicabili in tale Stato membro.

51. Per contro, una restrizione del genere esiste, segnatamente, se detti avvocati sono privati della possibilità di penetrare nel mercato dello Stato membro ospitante in condizioni di concorrenza normali ed efficaci (v., in tal senso, sentenza *Caixa-Bank France, cit.*, punti 13 e 14; 5 dicembre 2006, cause riunite n. C-94/04 e n. C-202/04, *Cipolla e a.*, *Raccolta*, I, p. 11421, punto 59, nonché 11 marzo 2010, causa n. C-384/08, *Attanasio Group*, non ancora pubblicata nella *Raccolta*, punto 45).

52. Orbene, è giocoforza constatare che la Commissione non ha dimostrato che le disposizioni controverse abbiano un tale scopo o effetto.

53. Infatti, essa 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 anche 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 onorari.

54. Pertanto, non avendo dimostrato che le disposizioni controverse ostacolano l'accesso degli avvocati provenienti dagli altri Stati membri al mercato italiano di cui trattasi, l'argomentazione della Commissione, diretta alla constatazione dell'esistenza di una restrizione ai sensi degli artt. 43 CE e 49 CE, non può essere accolta.

55. Ne consegue che il ricorso dev'essere respinto.

(*Omissis*)

LA CORTE DI GIUSTIZIA E LE TARIFFE (MASSIME) DEGLI AVVOCATI: ULTIME EVOLUZIONI O ULTIMO *ROUND*?

Sommario: *Considerazioni introduttive - 1. Il precedente quadro giurisprudenziale: dalla concorrenza alla libera circolazione - 2. L'obbligo di rispettare le tariffe massime e l'assenza di ostacoli nell'accesso al mercato - 3. Il futuro delle tariffe professionali: la riforma della professione di avvocato.*

Considerazioni introduttive

Con la sentenza del 29 marzo 2011¹ la lunga strada relativa alla valutazione da parte della Corte di giustizia delle tariffe forensi italiane sembra essere giunta finalmente al termine.

Le precedenti pronunce, tutte basate su rinvii pregiudiziali di interpretazione e quindi solo indirettamente relative alla situazione italiana, avevano già affrontato diversi profili, tutti connessi alla previsione di tariffe fisse (con una particolare attenzione verso le tariffe minime): dalla questione delle tariffe nell'ottica del diritto comunitario della concorrenza (cause *Arduino*² e *Ho-*

¹ Sentenza del 29 marzo 2011 in causa n. C-565/08, *Commissione europea c. Italia*, non ancora pubblicata in *Raccolta*, annotata in questa *Rivista*, 2011, p. 295.

² Sentenza del 19 febbraio 2002 in causa n. C-35/99, *Arduino*, in *Raccolta*, 2002, I, p. 1529 e annotata in questa *Rivista*, 2002, p. 95. Per un commento si rinvia a B. NASCIBENE - S. BASTIANON, *Avvocati, diritto comunitario e diritto nazionale: recenti orientamenti della Corte di giustizia*, in *Corr. giur.*, 2002, p. 602 ss. Sull'evoluzione nella stessa materia vedi S. M. CARBONE - A. TARAMASSO, *Libera prestazione di servizi, tariffe professionali e professione di avvocato*, in *Dir. comm. int.*, 2005, p. 231 ss. Per approfondimenti in generale sulla professione di avvocato nel diritto dell'Unione europea cfr. A. PRETO, *Le libere professioni in Europa*, Milano, Egea, 2001; F. FERRARO, *L'avvocato comunitario*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2005; E. BERGAMINI, *La concorrenza tra professionisti nel mercato interno dell'Unione europea*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2005. Più recentemente, per approfondimenti sia sul profilo del diritto dell'Unione europea che sugli ordinamenti giuridici degli Stati membri si rinvia a B. NASCIBENE, (con la collaborazione di E. BERGAMINI), *La professione forense nell'Unione europea*, Milano, Ipsoa, 2010. Per una raccolta di sentenze rilevanti nel tema in esame B. NASCIBENE - M. CONDINANZI (con la collaborazione di C. AMALFITANO e C. SANNA), *Giurisprudenza di diritto comunitario*, Milano, Giuffrè, 2007.

spital Consulting)³, alla valutazione delle stesse quali ostacoli alla libera circolazione dei servizi (cause *Cipolla-Macrino*)⁴.

La pronuncia in esame conclude, invece, un giudizio promosso dalla Commissione europea contro il Governo italiano per avere mantenuto in vigore, in contrasto con gli artt. 43 e 49 TCE, ora 49 e 56 TFUE, il limite degli onorari massimi inderogabili⁵.

Si tratta di una procedura di infrazione iniziata ormai più di cinque anni fa (ancora prima della sentenza nelle cause *Cipolla-Macrino*), riguardante il contrasto delle norme nazionali in tema di tariffe⁶ con le previsioni di diritto dell'Unione europea relative al mercato interno. La prima lettera di messa in mora, del 13 luglio 2005, focalizzava l'attenzione sulle tariffe previste per le attività stragiudiziali: l'oggetto del contendere è stato però modificato in due diffide supplementari: la prima, del 23 dicembre 2005, relativa anche alle tariffe giudiziali; la seconda, del 23 marzo 2007, finalizzata a restringere l'oggetto del contendere alle sole tariffe massime, alla luce dell'evoluzione normativa che si era avuta nel frattempo in Italia, in particolare tramite il c.d. «decreto Bersani»⁷.

³ Ordinanza del 5 maggio 2008 in causa n. C-386/07, *Hospital Consulting*, in *Raccolta*, 2008, I, p. 67. In questo caso la Corte, nel valutare la previsione di tariffe minime vincolanti per la liquidazione degli onorari effettuata dagli organi giudiziari, ha confermato la sentenza *Arduino* ritenendo insussistente la violazione del diritto della concorrenza. Per un commento all'ordinanza di rinvio pregiudiziale e alle possibili prese di posizione della Corte ci si permette di rinviare a B. NASCIMBENE - E. BERGAMINI, *Le tariffe professionali degli avvocati: un nuovo rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia*, in *Corr. giur.*, 2008, p. 91 ss. Sul punto, nonché, più in generale, sull'evoluzione giurisprudenziale in tema di professione forense si rinvia al contributo di G. DI FEDERICO che sarà pubblicato nel fascicolo n. 4/2011 di questa *Rivista*.

⁴ Sentenza del 5 dicembre 2006 in cause riunite n. C-94/04 e n. C-202/04, *Cipolla-Macrino*, 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. Nel caso *Cipolla-Macrino* la Corte, oltre a ribadire la pronuncia *Arduino*, per l'applicazione delle regole di concorrenza, si occupa della valutazione delle tariffe come limite alla libera circolazione dei servizi e dell'applicazione delle tariffe alle ipotesi di consulenza legale stragiudiziale (tema sul quale però la Corte non si sofferma, ritenendo che non sia necessario distinguere la tipologia di attività, giudiziale o stragiudiziale, esercitata).

⁵ Procedura n. 2005/2198. La prima lettera di messa in mora risale al 13 luglio 2005, ed era originariamente riferita, come vedremo più avanti, alle attività stragiudiziali.

⁶ Segnatamente venivano contestate «le disposizioni degli artt. 57 e 58 del regio decreto 27 novembre 1933 n. 1578, e successive modifiche ed integrazioni, dell'art. 24 della legge 13 giugno 1942 n. 794, dell'art. 13 della legge 9 febbraio 1982 n. 31, delle disposizioni dei decreti ministeriali 24 novembre 1990 n. 392, del 5 ottobre 1994 n. 585, e dell'8 aprile 2004 n. 127, nonché del decreto legge del 4 luglio 2006 n. 223 convertito dalla legge 4 agosto 2006 n. 248».

⁷ Decreto legge 4 luglio 2006, n. 223, in *Guri* n. 153 del 4 luglio 2006, convertito in legge 4 agosto 2006, n. 248, in *Guri* n. 186 dell'11 agosto 2006. Per rilievi e commenti, con specifico riferimento agli avvocati, cfr. la circolare interpretativa del Consiglio Nazionale Forense (CNF) del 4 settembre 2006, n. 22-C; cfr. inoltre M. CASTELLANETA, *Un aumento della concorrenza potrebbe penalizzare il cliente*, in *Guida al diritto*, n. 48, 16 dicembre 2006, p. 22 ss.; G. ALPA, *Le tariffe professionali alla luce del decreto Bersani*, in *Il Corriere del merito*, 2007, p. 19 ss.; A. COSSIRI, *Liberalizzazione della professione: il decreto Bersani e le richieste della Comunità europea*, in <http://www.forumcostituzionale.it/site/>; P. SCHLESINGER, *La nuova disciplina dei compensi professionali per gli avvocati*, in *Corr. giur.*, 2007, p. 449 ss.

Prima di valutare nel merito la recente pronuncia della Corte è opportuno ricapitolare brevemente l'*iter* giurisprudenziale evolutivo, anche al fine di verificare, come faremo nelle conclusioni, le prospettive che si aprono a seguito del progetto di riforma della professione forense attualmente *in itinere*.

1. Il precedente quadro giurisprudenziale: dalla concorrenza alla libera circolazione

La pronuncia in esame dimostra ancora una volta come l'ultima frontiera per la valutazione delle tariffe forensi italiane sia rappresentata non tanto dall'applicazione delle regole di concorrenza (ormai ampiamente sfruttate, seppure con i problemi interpretativi ancora esistenti, come avremo modo di sottolineare) quanto da quelle sul mercato interno dei servizi (intendendosi comprese in questo concetto anche le norme in tema di diritto di stabilimento, alla luce di quanto emerge dalla c.d. «direttiva servizi»⁸).

Sotto il profilo dell'ostacolo alla concorrenza, infatti, la Corte – sia nell'ordinanza *Hospital Consulting*, che nelle precedenti sentenze *Cipolla-Macrinò* e *Arduino* – ha legittimato il sistema italiano (al tempo) esistente, ritenendo sufficiente il mantenimento in capo allo Stato di un potere di decisione in ultima istanza sulle regole adottate dall'associazione di imprese, anche senza che si verifichi la definizione da parte dello Stato dei criteri di interesse generale ai quali l'Ordine deve conformarsi⁹. In base al ragionamento posto in essere dalla Corte, la previsione di minimi tariffari inderogabili è giustificabile solo se ed in quanto sottoposta ad un controllo statale e ad un'approvazione che interrompa il nesso di causalità fra la proposta dell'associa-

⁸ Direttiva n. 2006/123 del 12 dicembre 2006 relativa ai servizi nel mercato interno, in *Gu-Ue* n. L 376 del 27 dicembre 2006. La direttiva in questione affronta in un "testo unico" sia i profili relativi alla prestazione di servizi, sia quelli sulla libertà di stabilimento, precisando però, al suo art. 9, la prevalenza, in quanto *lex specialis* delle direttive sulla professione forense: direttiva n. 77/249 intesa a facilitare l'esercizio effettivo della libera prestazione di servizi da parte degli avvocati (in *Guce* n. L 78 del 26 marzo 1977) e direttiva n. 98/5 volta a facilitare l'esercizio permanente della professione di avvocato in uno Stato membro diverso da quello in cui è stata acquistata la qualifica (in *Guce* n. L 77 del 14 marzo 1998). Sulla «direttiva servizi» si vedano i vari contributi in F. BESTAGNO - L. G. RADICATI DI BROZOLO (a cura di), *Il mercato unico dei servizi*, Milano, Giuffrè, 2007; in *Contratto e impresa/Europa*, 2007, p. 561 ss.; in U. NEERGARD - R. NIELSEN - L. M. ROSEBERRY (edited by), *The Services Directive - Consequences for the Welfare State and the European Social Model*, Copenhagen, DYØF Publishing, 2008; in M. KRAJEWSKI - U. NEERGAARD - J. VAN DE GRONDEN (edited by), *The Changing Legal Framework for Services of General Interest in Europe*, The Hague, T.M.C. Asser Press, 2009. Nel nostro Paese l'attuazione di tale direttiva è avvenuta con il dlgs n. 59 del 26 marzo 2010, in *Guri* n. 94 del 23 aprile 2010, *suppl. ord.*

⁹ Sul punto vedi anche la sentenza del 19 febbraio 2002 in causa n. C-309/99, *Wouters*, in *Raccolta*, 2002, I, p. 1577, punto 68, nella quale sono definite le condizioni perché una norma di un'associazione professionale possa conservare un carattere pubblico: delega di poteri normativi da parte dello Stato con indicazione dei criteri generali e dei principi a cui l'Ordine deve rifarsi nell'esercizio di tali poteri e possibilità di intervenire in ultima istanza sulle norme adottate. La sentenza è annotata in questa *Rivista*, 2002, p. 97.

zione di imprese (nel nostro caso l'Ordine professionale) e la tariffa approvata per legge.

Tutte le pronunce intervenute in materia tralasciano di valutare l'effettività dell'intervento di poteri esterni, che prendano in considerazione interessi diversi da quelli degli appartenenti alla categoria, consentendo così di escludere la violazione del diritto della concorrenza¹⁰: nonostante questa lacuna, anche in considerazione dei ripetuti tentativi dei giudici nazionali di condurre la Corte a colmarla, sfociati, come si è detto, nelle pronunce sopra indicate¹¹, sembra improbabile che la Corte di giustizia possa tornare sull'argomento in futuro¹².

Maggiori spunti per futuri approfondimenti sembrano derivare dalle norme in tema di mercato interno, pur essendo state anch'esse già oggetto di valutazione da parte della stessa Corte di giustizia dapprima in un giudizio di infrazione, ormai risalente nel tempo, relativo ad ostacoli "classici" alla libera circolazione degli avvocati, e poi nelle cause riunite *Cipolla-Macrino*¹³.

¹⁰ Per un commento vedi M. WATHELET, *Les avocats et le droit communautaire: essai de synthèse*, in *Liber Amicorum Jean-Pierre de Bandt*, Bruxelles, Bruylant, 2004, p. 281 ss., in cui l'Autore sottolinea che il giudizio della Corte trova fondamento proprio nell'esistenza di un potere effettivo di intervento ministeriale sulla tariffa, in mancanza del quale la decisione della Corte avrebbe invece seguito il precedente sugli spedizionieri doganali italiani per i quali si affermava che nessuna norma dell'ordinamento impediva «loro di agire nell'esclusivo interesse della professione» (sentenza del 18 giugno 1998 in causa n. C-35/96, *Commissione c. Italia*, in *Raccolta*, 1998, I, p. 3851, punto 41, e annotata in questa *Rivista*, 1998, p. 451).

¹¹ Come ribadito da ultimo dalla Corte nell'ordinanza *Hospital Consulting* «sebbene la normativa nazionale contestata nella causa principale non contenga modalità procedurali, né prescrizioni di merito idonee a garantire, con una probabilità ragionevole, che il CNF si comporti, in sede di elaborazione del progetto di tariffa, come un'articolazione del potere pubblico che agisce per obiettivi di interesse generale, non risulta che lo Stato italiano abbia rinunciato ad esercitare il suo potere di decisione in ultima istanza o a controllare l'applicazione di tale tariffa (citare sentenze *Arduino*, punti 39 e 40, nonché *Cipolla e a.*, punto 49)» (punto 22).

¹² In senso contrario, l'Autorità garante per la concorrenza ed il mercato, nella sua Relazione sull'attività svolta nel biennio 2004-2005 per la promozione della liberalizzazione dei servizi professionali (AS 316), in *Boll.*, n. 45/2005, afferma che «la sentenza *Arduino* potrebbe non costituire un ostacolo all'applicazione del principio del primato del diritto comunitario, atteso che con quella pronuncia i giudici comunitari non ne hanno verificato la derogabilità attraverso l'accertamento dell'effettiva funzionalità dei sistemi tariffari al perseguimento di pubblici interessi».

¹³ Le cause riunite derivavano da due rinvii pregiudiziali: il primo (*Cipolla*), presentato dalla Corte di appello di Torino il 4 febbraio 2004, sulla questione dell'inderogabilità della tariffa, vista non più solo nell'ottica del diritto comunitario della concorrenza, ma anche come ostacolo alla circolazione dei servizi professionali. Il secondo (*Macrino*), presentato dal Tribunale di Roma il 7 aprile 2004, spostava l'attenzione sull'estensione dell'inderogabilità della tariffa alle attività di consulenza legale stragiudiziale, ritenute, in base all'orientamento dominante, escluse dal novero delle attività riservate agli avvocati. Il giudice nazionale ipotizzava al riguardo l'anticoncorrenzialità di una previsione tariffaria come quella in esame qualora fosse applicata ad attività esercitabili anche da soggetti non appartenenti alla professione stessa. La questione così formulata avrebbe potuto rappresentare l'occasione per la Corte di procedere ad un deciso *revirement* della propria precedente pronuncia, prendendo atto delle critiche quasi unanimi della dottrina comunitaria al caso *Arduino* e delle successive prese di posizione da parte della Commissione che sollecitavano il compimento di un passo in avanti sulla strada della liberalizzazione delle attività professionali (Com(2004)83 del 9 febbraio 2004, *Relazione sulla concorrenza nei servizi professionali*; Com(2005)405, *I servizi professionali - Proseguire la riforma*); per alcuni rilievi B. NASCIMBENE, *Come conciliare le regole della concorrenza con quelle della professione*, in *La previdenza forense*, 2004, p. 310 ss.

Nella prima pronuncia l'Italia era stata condannata per violazione delle norme del Trattato in materia di stabilimento e libera prestazione di servizi (artt. 43 e 49 TCE, ora 49 e 56 TFUE) e della direttiva n. 89/48 sul mutuo riconoscimento dei titoli professionali¹⁴. La Corte ritenne incompatibili sia il divieto per l'avvocato che esercita l'attività in regime di prestazione di servizi di disporre dell'infrastruttura necessaria, sia l'obbligo per l'avvocato che esercita il diritto di stabilimento di risiedere nel circondario del tribunale ove è tenuto l'albo cui l'avvocato è iscritto, affermando anche il non corretto recepimento della direttiva n. 89/48 sul riconoscimento dei diplomi, in quanto non era stata emanata una disciplina che stabilisse le modalità della prova attitudinale cui gli avvocati provenienti dagli altri Stati membri devono sottoporsi¹⁵.

Più interessante, ai nostri fini, è la pronuncia nella causa *Cipolla-Macrinò*, nella quale la Corte inquadra le tariffe forensi (e nello specifico i minimi inderogabili) come ostacolo alla libera prestazione dei servizi, lasciando però al giudice nazionale il compito di verificare se obiettivi di interesse pubblico quali la tutela dei consumatori e la buona amministrazione della giustizia possano giustificare una tale restrizione o se, invece, le norme sull'organizzazione, la qualificazione, la deontologia, il controllo, la responsabilità possano essere di per sé sufficienti a raggiungere gli stessi obiettivi.

In particolare la Corte qualifica le tariffe quali modalità di fornitura dei servizi applicabili uniformemente ai prestatori nazionali e a quelli di altri Stati membri, modalità che, pur essendo indistintamente applicabili, rappresentano potenziali ostacoli alla prestazione dei servizi rendendo meno attraente l'esercizio delle libertà previste dal Trattato. In questo senso risulta rilevante il richiamo del precedente nel caso *Caixa Bank*, nel quale la Corte effettuava

¹⁴ In *Guce* n. L 19 del 24 gennaio 1989.

¹⁵ Sentenza del 7 marzo 2002 in causa n. C-145/99, *Commissione c. Italia*, in *Raccolta*, 2002, I, p. 2235, su cui il commento di B. NASCIBENE - S. BASTIANON, *Avvocati, diritto comunitario e diritto nazionale*, cit. *supra*, nota 2, spec. p. 606 ss. (la sentenza è annotata in questa *Rivista*, 2002, p. 511). Alle lacune e alle inadempienze lo Stato italiano ha posto rimedio con la «legge comunitaria 2002» (legge n. 14 del 3 febbraio 2003, art. 18) per quanto riguarda il diritto di disporre di infrastrutture. La «legge comunitaria 1999» (legge n. 256 del 21 dicembre 1999, art. 16), secondo cui «il domicilio professionale è equiparato alla residenza», viene anch'essa completata dalla successiva «legge comunitaria 2002», art. 18 che sopprime l'obbligo di residenza previsto dall'art. 17 del regio decreto del 1933 sulla professione di avvocato. La lacuna sulla regolamentazione della prova attitudinale è stata colmata tramite il dm n. 191 del 28 maggio 2003. La Corte non aveva ravvisato, nella fattispecie, la sussistenza dell'inadempimento sia in relazione all'obbligo del possesso della cittadinanza italiana e della laurea italiana quali presupposti per l'iscrizione all'albo, perché erano stati implicitamente abrogati dalla «legge comunitaria 1993» (legge n. 146 del 22 febbraio 1994, art. 10) e dal dlgs n. 175/72, sia in relazione all'eccessivo rigore e discriminazione nello svolgimento della prova attitudinale, perché non era stata fornita una prova sufficiente a dimostrare tale violazione (ritenuta esistente, invece, come si è detto, circa la mancata precisazione e pubblicazione delle materie su cui deve vertere la prova e le modalità di svolgimento della stessa). Sui profili del domicilio e della residenza cfr. S. BASTIANON, *Residenza e domicilio professionale degli avvocati alla luce dell'art. 16 della legge comunitaria 1999*, in *Rassegna forense*, 2000, p. 281 ss.; R. DANOVI, *L'equiparazione tra domicilio e residenza dà più forza alla libertà di stabilimento*, in *Diritto e Giustizia*, n. 6, 2000, p. 74 ss.

un'innovativa ricostruzione della nozione di restrizione alla libertà di stabilimento, alla quale si riconducono non solo i provvedimenti che restringono direttamente l'accesso alle professioni regolamentate, ma anche quelli «che possono ostacolare o scoraggiare l'esercizio delle libertà fondamentali garantite dal trattato»¹⁶. Le regole nazionali sullo svolgimento di un'attività rappresentano restrizioni alla libertà di stabilimento se mettono «l'operatore che eserciti tale libertà in condizioni di diritto o di fatto sfavorevoli rispetto ad un operatore stabilito in detto Stato»¹⁷. Applicando questo principio alla questione della tariffa forense, la Corte nella sentenza *Cipolla-Macrino* ritiene che l'imposizione per legge di un «prezzo minimo», privando gli avvocati di altri Stati membri della possibilità di esercitare un'efficace concorrenza sul mercato italiano, debba considerarsi come un ostacolo alla prestazione di servizi da parte di questi, nonché un limite alla facoltà di scelta da parte degli utenti in Italia¹⁸.

La Corte giunge poi ad affermare che possono sussistere ragioni di tutela degli utenti dei servizi giuridici o della buona amministrazione della giustizia, atte a giustificare misure nazionali come le tariffe, purché idonee e strettamente necessarie a garantire l'obiettivo perseguito, senza esorbitare da quanto necessario per il conseguimento dello scopo meritevole di tutela¹⁹. Su questa decisione della Corte ha certamente influito la precedente valutazione della tariffa effettuata nel caso *Arduino*, nella quale si era implicitamente ritenuto che la procedura italiana di adozione avesse, contrariamente alla semplice formazione della tariffa da parte del CNF, una valenza di controllo del rispet-

¹⁶ Sentenza del 5 ottobre 2004 in causa n. C-442/02, *CaixaBank France*, in *Raccolta*, 2004, I, p. 8961. In particolare per la portata innovativa delle argomentazioni che hanno portato a questa sentenza si vedano le conclusioni dell'Avvocato Generale Tizzano, presentate il 25 marzo 2004, *ivi*, p. 8963. Per tale interpretazione si veda anche la sentenza del 28 aprile 2009 in causa n. C-518/06, *Commissione c. Italia*, in *Raccolta*, 2009, I, p. 3491 (spec. punto 62), sull'obbligo di contrarre previsto dal diritto italiano per le imprese assicuratrici esercenti il ramo responsabilità civile auto, obbligo ritenuto un ostacolo, seppur giustificato, alla libera circolazione dei servizi e alla libertà di stabilimento.

¹⁷ Vedi il punto 76 delle conclusioni nel caso *Caixa Bank*, *cit. supra*, nota 16.

¹⁸ In questo senso la Commissione, nelle osservazioni alla causa, propone di estendere analogicamente l'applicazione della sopracitata giurisprudenza sui prezzi minimi delle merci e di ritenere insussistente una giustificazione alla restrizione basata sull'esistenza di esigenze imperative.

¹⁹ Sul punto vedi, fra le molte, la sentenza del 12 dicembre 1996 in causa n. C-3/95, *Reisebüro Broede*, in *Raccolta*, 1996, I, p. 6511 e annotata in questa *Rivista*, 1997, p. 481. Questa tendenza è stata riconfermata dalla «direttiva servizi» *cit. supra*, nota 8, dove si elencano i «motivi imperativi di interesse generale» quali cause giustificatrici dei limiti alla libera circolazione. Si veda in particolare il *considerando* 40 della direttiva e gli artt. 9 sulla libertà di stabilimento e 16 sulla libera prestazione dei servizi. In realtà la «direttiva servizi» sembra elencare i motivi imperativi di interesse generale come possibile limitazione della sola libertà di stabilimento (artt. 9-15), lasciando sussistere solo alcune cause tipizzate (ordine pubblico, pubblica sicurezza, sanità pubblica e tutela dell'ambiente) quali possibili limiti alla libera prestazione di servizi (art. 16). Sul punto si rinvia a B. NASCIMBENE, *Servizi, professioni, interessi generali e regole di concorrenza*, in E. A. RAFFAELLI (a cura di), *Antitrust fra diritto nazionale e diritto comunitario - Antitrust between EC law and National law*, Bruxelles-Milano, Bruylant-Giuffrè, 2007, p. 141 ss.

to di requisiti obiettivi, finalizzati a tutelare interessi superiori, diversi da quelli degli appartenenti alla categoria professionale²⁰.

2. L'obbligo di rispettare le tariffe massime e l'assenza di ostacoli nell'accesso al mercato

È alla luce delle affermazioni della Corte di giustizia nel caso *Cipolla-Macrino* e dell'evoluzione normativa italiana (approvazione del decreto Bersani con conseguente abolizione delle tariffe minime) che la Commissione europea ha deciso di portare avanti il ricorso per infrazione relativo alle (sole) tariffe professionali massime quali ostacolo alla libera circolazione dei servizi.

Il ragionamento svolto dalla Commissione è nel senso di ritenere che il sistema dei massimi tariffari disincentivi gli avvocati stabiliti in altri Stati membri dallo stabilirsi in Italia o dal prestarvi temporaneamente i propri servizi²¹ a causa delle complessità nel calcolo degli onorari, nonché dell'impossibilità di essere correttamente remunerati alla luce della qualità del servizio offerto e di usare tecniche efficienti di penetrazione sul mercato²². La Corte di

²⁰ La Corte, nel caso *Arduino*, *cit. supra*, nota 2, ha infatti affermato che «la normativa nazionale di cui trattasi nella causa principale non contiene modalità procedurali, né prescrizioni di merito idonee a garantire, con una probabilità ragionevole, che il CNF si comporti, in sede di elaborazione del progetto di tariffa, come un'articolazione del pubblico potere che agisce per obiettivi di interesse pubblico». Se si ritiene pertanto, come affermato dalla Corte, che lo Stato non abbia delegato ad operatori privati la possibilità di prendere decisioni nel settore economico e che non abbia favorito o imposto la conclusione di intese, si deve implicitamente ritenere che la procedura di approvazione da parte del ministro, con l'assistenza del CIP e del Consiglio di Stato, sia finalizzata alla valutazione di interessi pubblici, estranei e ulteriori rispetto a quelli presi in considerazione dal CNF e tali da far sì che venga a mancare il collegamento diretto fra la delibera del CNF e la successiva adozione legislativa.

²¹ L'art. 13 della legge n. 31 del 9 febbraio 1982, sulla libera prestazione di servizi da parte degli avvocati cittadini di altri Stati membri della Comunità europea (in *Guri* n. 42 del 12 febbraio 1982, p. 1030), che recepisce la direttiva n. 77/249 *cit. supra*, nota 8, estende agli avvocati di altri Stati membri che svolgono attività professionale in Italia l'obbligo di rispettare le tariffe professionali italiane.

²² Sulla base di quanto riportato nei punti 29-31 della sentenza: «A giudizio della Commissione, tali restrizioni derivano, in primo luogo, dall'obbligo imposto agli avvocati di calcolare i propri onorari in base ad un tariffario estremamente complesso che genera un costo aggiuntivo, in particolare per gli avvocati stabiliti fuori dell'Italia. Nel caso in cui questi avvocati avessero utilizzato fino ad allora un diverso sistema di calcolo dei loro onorari, essi sarebbero obbligati ad abbandonarlo per adeguarsi al sistema italiano. In secondo luogo, 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 dissuadendo taluni avvocati, i quali chiedono onorari più elevati di quelli stabiliti dalle disposizioni controverse, dal prestare temporaneamente i propri servizi in Italia, ovvero dallo stabilirsi in tale Stato membro. Infatti, secondo la Commissione, il margine di guadagno massimo è fissato indipendentemente dalla qualità del servizio prestato, dall'esperienza dell'avvocato, dalla sua specializzazione, dal tempo da lui dedicato alla causa, dalla situazione economica del cliente, e, ancor più, dall'eventualità che l'avvocato sia tenuto a spostarsi per lunghi tragitti. La Commissione considera, in terzo luogo, che il sistema di tariffazione italiano pregiudichi la libertà contrattuale dell'avvocato impedendogli di fare offerte *ad hoc* in determinate situazioni e/o a clienti particolari. Le disposizioni controverse potrebbero dunque comportare una perdita di competitività per gli avvocati stabiliti in altri Stati membri perché esse privano gli stessi

giustizia, pur condividendo la nozione di restrizione così come proposta dalla Commissione europea alla luce dei precedenti giurisprudenziali (si pensi in particolare alla già citata sentenza *Caixa Bank*), giunge alla conclusione circa l'insussistenza della restrizione nel caso concreto.

Infatti, da un lato, l'esistenza di regole diverse rispetto agli altri Stati non è sufficiente per desumere la violazione delle norme in tema di libera circolazione, dall'altro, le norme italiane sugli onorari massimi sono ritenute dalla Corte sufficientemente flessibili per garantire all'avvocato la percezione di un corretto compenso, essendo possibile aumentare gli onorari addirittura fino al quadruplo delle tariffe massime (per cause di straordinaria importanza) o anche oltre in caso di manifesta sproporzione fra la prestazione offerta e la tariffa massima prevista per legge²³. La Corte ritiene quindi che la normativa italiana non sia tale da disincentivare l'accesso al mercato degli avvocati stranieri (disincentivo che invece sussiste nel caso delle tariffe minime, pur ipoteticamente giustificabili, come abbiamo rilevato, per ragioni di interesse generale).

3. Il futuro delle tariffe professionali: la riforma della professione di avvocato

Emerge come la Commissione europea abbia ristretto l'oggetto del contendere del procedimento di infrazione qui in esame affermando, come d'altronde riconosciuto dalla stessa Repubblica italiana, che la previsione in tema di tariffe minime per la professione di avvocato dovesse ritenersi abrogata a seguito del decreto Bersani.

di efficaci tecniche di penetrazione nel mercato legale italiano. Di conseguenza, la Commissione ritiene che le disposizioni controverse costituiscano un ostacolo all'accesso al mercato italiano dei servizi legali per gli avvocati stabiliti in altri Stati membri».

²³ La deliberazione del Consiglio nazionale forense, allegata all'ultima tariffa approvata (decreto ministeriale n. 127 dell'8 aprile 2004, in *Guri* n. 115 del 18 maggio 2004) prevede la suddivisione in tre capitoli delle tariffe: il primo relativo alle prestazioni giudiziali in materia civile, amministrativa e fiscale, il secondo per la materia penale, e il terzo per il settore stragiudiziale. Il primo capitolo non prevede deroghe, mentre per il secondo si stabilisce che «per la determinazione dell'onorario di cui alla tabella, deve tenersi conto della natura, complessità e gravità della causa, delle contestazioni e delle imputazioni, del numero e dell'importanza delle questioni trattate e della loro rilevanza patrimoniale, della durata del procedimento e del processo, del valore della prestazione effettuata, del numero di avvocati che hanno collaborato e condiviso la responsabilità della difesa, dell'esito ottenuto, anche avuto riguardo alle conseguenze civili, nonché delle condizioni finanziarie del cliente. Per le cause che richiedono un particolare impegno, per la complessità dei fatti o per le questioni giuridiche trattate, gli onorari possono giungere fino al quadruplo dei massimi stabiliti» (punto 12 della sentenza in esame). La possibilità di aumento fino al doppio per le pratiche di particolare importanza, complessità e difficoltà, e fino al quadruplo per quelle di straordinaria importanza è prevista per il terzo capitolo (previo parere del Consiglio dell'ordine degli avvocati). Inoltre, l'art. 9 della delibera del CNF «precisa che, nell'ipotesi di manifesta sproporzione, per particolari circostanze del caso, tra la prestazione e gli onorari previsti dalla tabella, su parere del Consiglio dell'ordine degli avvocati competente, i massimi possono essere maggiorati anche oltre quanto previsto dall'art. 1, n. 3, della deliberazione in parola e i minimi possono essere diminuiti» (punto 13).

Tale decreto, nonostante l'interpretazione restrittiva offerta da parte di una certa dottrina, deve ritenersi applicabile alla professione di avvocato, come correttamente richiamato dalla Corte di giustizia, sia nel punto in cui prevede l'abolizione dell'obbligatorietà di tariffe fisse o minime, sia nel punto in cui fa salve «le eventuali tariffe massime prefissate in via generale a tutela degli utenti»²⁴.

La Commissione europea si è quindi vista "costretta" ad abbandonare ogni contestazione al riguardo, rinunciando così alla possibilità di sollecitare la Corte di giustizia affinché chiarisse definitivamente se le tariffe minime possano ritenersi un ostacolo non giustificato alla libera circolazione dei servizi e tralasciando altresì la valutazione dell'applicazione delle tariffe all'attività stragiudiziale.

Se la recente pronuncia della Corte sembra quindi mettere la parola fine ad ogni contestazione circa le tariffe forensi, sotto qualunque profilo, questo non corrisponde a realtà nel momento in cui si discute del progetto di riforma della professione di avvocato, progetto che sembra finalmente in dirittura di arrivo. La proposta di legge, approvata dal Senato il 23 novembre 2010²⁵ prevede infatti la reintroduzione delle tariffe professionali minime obbligatorie, tariffe applicabili «in caso di mancata determinazione consensuale del compenso» e che saranno «approvate ogni due anni con decreto del Ministro della giustizia su proposta del CNF, sentiti il Comitato interministeriale per la programmazione economica (CIPE) e il Consiglio di Stato» (art. 12, comma 3)²⁶. Sul punto l'Autorità garante per la concorrenza ed il mercato è intervenuta con una segnalazione²⁷ nella quale ha richiamato la necessità di mantenere in

²⁴ Il «decreto Bersani» ha modificato altresì l'art. 2233, comma 3 del codice civile, prevedendo che gli accordi che determinano i compensi professionali, conclusi da avvocati e da praticanti, non sono validi se non redatti per iscritto. Sull'art. 45 cfr. anche la modifica introdotta (con il richiamo all'art. 2233), di cui alla circolare del CNF n. 22-C, *cit. supra*, nota 7; sul tema si rinvia a B. NASCIBENE, *Il patto di quota lite nel diritto comunitario*, in R. DANOVI (a cura di), *Compenso professionale e patto di quota lite*, Milano, Giuffrè, 2009, p. 29 ss.

²⁵ Disegno di legge S. 601 T.U., poi sfociato nella proposta di legge C. 3900, trasmessa dal Senato il 24 novembre 2010, attualmente all'esame della Commissione II Giustizia.

²⁶ Il comma 5 dello stesso art. 12 prevede che «le tariffe professionali, approvate secondo quanto previsto dal comma 3, devono essere semplici e di facile comprensione per il cliente. Esse devono indicare solo gli onorari minimi e massimi e le spese da rimborsare per l'attività effettivamente svolta. La misura degli onorari e dei rimborsi deve essere articolata in relazione al tipo di prestazione e al valore della pratica». Inoltre, come indicato al comma 6, «gli onorari minimi previsti dagli scaglioni tariffari di riferimento commisurati al valore di ciascuna controversia sono inderogabili e vincolanti indipendentemente dalla natura occasionale o continuativa della prestazione. Se le parti convengono una clausola di contenuto contrario, questa è nulla e sono dovuti gli onorari minimi. A tale norma deve attenersi ogni magistratura giudicante allorché procede alla liquidazione di spese, onorari e competenze».

²⁷ AS 602 del 18 settembre 2009, *Riforma della professione forense*, in *Boll.*, n. 35/2009. L'Autorità garante, con riferimento alle tariffe, afferma che «Secondo i consolidati principi *anti-trust*, le tariffe professionali fisse e minime costituiscono una grave restrizione della concorrenza, in quanto impediscono agli iscritti all'albo di adottare comportamenti economici indipendenti e, quindi, di utilizzare il più importante strumento concorrenziale, ossia il prezzo della prestazione. A protezione del cliente e, in particolar modo, delle persone fisiche e delle piccole imprese, potrebbe

essere i principi contenuti nel decreto Bersani relativamente all'abolizione dei minimi tariffari nonché del divieto di patto di quota lite, oltre a contestare altri profili quali la previsione di riserva di attività per certe ipotesi di consulenza legale.

Si tratta quindi di una palese contro-riforma che ripristinerà la situazione precedente e renderà quindi nuovamente possibile, se non addirittura auspicabile, una valutazione definitiva da parte della Corte di giustizia circa la giustificabilità delle tariffe quali ostacoli alla libera circolazione alla luce delle esigenze di interesse generale.

Elisabetta Bergamini*

trovare giustificazione il mantenimento soltanto delle tariffe massime, con riferimento a prestazioni aventi carattere seriale e di contenuto non particolarmente complesso».

* Ricercatore di Diritto Internazionale / Università degli Studi di Udine.

II. MASSIMARIO ANNOTATO*

GLI EFFETTI DI PROVVEDIMENTI GIUDIZIARI DA ADOTTARE IN MATERIA DI MARCHI NEL TERRITORIO DEGLI STATI MEMBRI COME CONSEGUENZA DI QUELLI ADOTTATI NEL TERRITORIO DEL TRIBUNALE ADITO

Corte di giustizia

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

DHL Express France SAS, già DHL International SA, c. Chronopost SA

Art. 234 CE (ora art. 267 TFUE) - Questione pregiudiziale - Proprietà intellettuale - Marchio comunitario - Regolamento (Ce) n. 40/94 - Art. 98, n. 1 del regolamento - Controversie in materia di contraffazione e di validità dei marchi comunitari - Sanzioni - Divieto di atti di contraffazione pronunciato da un tribunale dei marchi comunitari - Portata territoriale - Effetti nel territorio degli Stati membri diversi da quello di appartenenza del tribunale adito.

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 detto 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

* A cura di *ENRICA ADOBATI*.

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 giudice del rinvio, la Corte di cassazione francese, ha posto alla Corte di giustizia alcune questioni pregiudiziali sull'interpretazione dell'art. 98 del regolamento (Ce) n. 40/94, sul marchio comunitario (in *Guce* n. L 11 del 1994, p. 1, ora abrogato e sostituito dal regolamento (Ce) n. 207/2009 del Consiglio, del 26 febbraio 2009, in *Guce* n. L 78 del 2009, p. 1) concernente il divieto di continuare gli atti di contraffazione o che costituiscono una minaccia di contraffazione di un marchio comunitario, stabilito da un tribunale dei marchi comunitari, nonché le misure dirette ad assicurare l'osservanza di tale divieto. Il rinvio pregiudiziale è scaturito da una controversia che ha visto contrapposti, da un lato, la DHL Express France SAS succeduta alla DHL International SA e, dall'altro lato, la Chronopost SA in merito all'uso dei marchi «WEBSHIPPING» (per servizi di logistica e di trasmissione di informazioni, servizi di gestione di corriere espresso, etc. ...) di cui la Chronopost è titolare, nonché il divieto di tale uso e le misure coercitive disposte insieme a questo divieto.

La Chronopost, dopo avere constatato che la DHL International utilizzava il proprio marchio per designare taluni servizi, citava in giudizio la stessa per contraffazione del marchio comunitario «WEBSHIPPING» dinanzi al Tribunal de Grande Instance di Parigi, il quale condannava la convenuta per contraffazione del marchio francese. La Corte di appello di Parigi, adita in secondo grado dalla DHL, pronunciava un divieto accompagnato da una penalità coercitiva (*astreinte*) in caso di prosecuzione dell'uso dei marchi comunitario e francese. Anche il ricorso in cassazione proposto dalla DHL Express veniva rigettato e la stessa Corte di cassazione decideva di rivolgersi alla Corte di giustizia per chiarire, innanzitutto, se il divieto pronunciato da un tribunale dei marchi comunitari avesse effetto sull'intero territorio dell'Unione europea.

Sulla portata territoriale del divieto di prosecuzione degli atti costituenti contraffazione di un marchio comunitario, la Corte di giustizia ha osservato che l'obiettivo del regolamento n. 40/94 consiste nel creare un regime comunitario uniforme per i marchi che godano di una protezione uniforme e producano i loro effetti in tutto il territorio dell'Unione (cfr. sentenza del 14 dicembre 2006 in causa n. C-316/05, *Nokia*, in *Raccolta*, 2006, I, p. 12083). Affinché tale obiettivo possa concretamente realizzarsi occorre che anche gli effetti delle decisioni sulla validità e sulle contraffazioni dei marchi comunitari si estendano a tutta l'Unione. Ne consegue, pertanto, che il divieto di prosecuzione degli atti costituenti contraffazione o minaccia di contraffazione emesso da un tribunale dei marchi comunitari (come il Tribunal de Grande Instance di Parigi, nel caso si specie) deve estendersi in tutto il territorio dell'Unione. Se così non fosse, il soggetto condannato potrebbe iniziare a sfruttare il segno in questione in uno Stato membro diverso nel quale il divieto non è stato ancora pronunciato. Per contro, non possono formare oggetto del divieto i comportamenti del convenuto che non comportino un pregiudizio per le funzioni del marchio comunitario.

Inoltre, è pacifico che le misure coercitive disposte da un tribunale dei marchi comunitari secondo il diritto nazionale del proprio Stato devono garantire il rispetto del divieto di cui sopra. Nella causa in esame, affinché la misura coercitiva emessa dal Tribunal de Grande Instance di Parigi possa produrre effetti sul territorio di uno Stato membro diverso, occorre che il tribunale di questo Stato (adito al riguardo) esegua la misura siffatta secondo le regole e le modalità previste dalla propria legislazione interna (cfr. sentenza del 13 marzo 2007 in causa n. C-432/05, *Unibet*, in *Raccolta*, 2007, I, p. 2271). E, qualora lo Stato membro in questione non disponga di una misura coercitiva equivalente, dovrà ricorrere alle proprie disposizioni nazionali al fine di poter garantire il rispetto del divieto di prosecuzione degli atti costituenti contraffazione.

LA CORTE DI GIUSTIZIA PRECISA IL LUOGO DI ESECUZIONE DELL'OBLIGAZIONE CONTRATTUALE DEDOTTA IN GIUDIZIO IN PRESENZA DELLA CLAUSOLA «FRANCO NOSTRA SEDE»

Corte di giustizia

Sentenza del 9 giugno 2011 in causa n. C-87/10

Electrosteel Europe SA c. Edil Centro SpA

Art. 234 CE (ora art. 267 TFUE) - Questione pregiudiziale - Competenza giurisdizionale, riconoscimento ed esecuzione delle decisioni in materia civile e commerciale - Regolamento Ce n. 44/2001 - Competenze speciali (materia contrattuale, obbligazioni alimentari, illeciti) - Art. 5, punto 1, lett. b., primo trattino - Giudice del luogo in cui l'obbligazione dedotta in giudizio è stata o deve essere eseguita - Contratto di compravendita di beni - Luogo di consegna dei beni - Contratto contenente la clausola «Re-sa: franco nostra sede» - Individuazione del luogo di consegna.

L'art. 5, punto 1, lett. b., primo trattino, del regolamento Ce del Consiglio del 22 dicembre 2000, n. 44/2001, concernente la competenza giurisdizionale, il riconoscimento e l'esecuzione delle decisioni in materia civile e commerciale, deve essere interpretato nel senso che, in caso di vendita a distanza, il luogo in cui i beni sono stati o avrebbero dovuto essere consegnati in base al contratto deve essere determinato sulla base delle disposizioni di tale contratto¹.

Al fine di verificare se il luogo di consegna sia determinato «in base al contratto», il giudice nazionale adito deve tenere conto di tutti i termini e di tutte le clausole rilevanti di tale contratto che siano idonei a identificare con chiarezza tale luogo, ivi compresi i termini e le clausole generalmente riconosciuti e sanciti dagli usi del commercio internazionale, quali gli Incoterms («International Commercial Terms»), elaborati dalla Camera di commercio internazionale, nella versione pubblicata nel 2000².

*Se non è possibile determinare il luogo di consegna su tale base, senza far riferimento al diritto sostanziale applicabile al contratto, tale luogo è quello della consegna materiale dei beni mediante la quale l'acquirente ha conseguito o avrebbe dovuto conseguire il potere di disporre effettivamente di tali beni alla destinazione finale dell'operazione di vendita*³.

¹⁻³ In questa sentenza la Corte di giustizia interpreta con maggior precisione il regolamento Ce n. 44/2001 (in *Guce* n. L 12 del 2011, p. 1) per individuare il foro competente a dirimere le controversie in Europa in materia di contratti di compravendita di merci (cfr. E. ADOBATI, *Individuazione del foro competente a dirimere le controversie in materia di contratti di compravendita conclusi tra operatori di Stati diversi, alla luce del Regolamento Ce n. 44/2001 e della Convenzione di Lugano nella versione del 30 ottobre 2007, secondo le Sezioni Unite della Corte di cassazione*, in questa *Rivista*, 2011, p. 111). La questione pregiudiziale è stata presentata nell'ambito di una controversia tra un acquirente, la società francese Electrosteel Europe, e un venditore, la società italiana Edil Centro, in merito all'esecuzione di un contratto di compravendita di beni. La Edil Centro, non essendo state le parti in grado di dirimere la vertenza in merito all'esecuzione del contratto, attivava, avanti il giudice italiano, il procedimento monitorio affinché la Electrosteel venisse condannata al pagamento di quanto dovuto.

Nel giudizio di opposizione instauratosi, l'acquirente eccepiva l'incompetenza del giudice italiano. Per contro, la Edil Centro affermava che il contratto, conclusosi in Italia, conteneva la clausola «Resa: franco nostra sede» concernente il luogo di consegna delle merci e che, pertanto, la giurisdizione spettava unicamente ai giudici italiani.

Il Tribunale di Vicenza ha deciso di sospendere il procedimento e di sottoporre alla Corte di giustizia una questione pregiudiziale al fine di chiarire cosa debba intendersi per luogo di consegna delle merci di cui all'art. 5, punto 1, lett. b. ai fini dell'individuazione del giudice competente: il giudice del luogo della destinazione finale delle merci ovvero il giudice del luogo in cui il venditore si libera dell'obbligazione di consegna delle merci.

In *primis*, la Corte di giustizia ha richiamato la sentenza *Car Trim* (sentenza del 25 febbraio 2010 in causa n. C-381/08, in *Raccolta*, 2010, I, p. 1255, annotata in questa *Rivista*, 2010, p. 88) nella quale ha precisato che, in caso di vendita transnazionale, il luogo in cui i beni sono stati o avrebbero dovuto essere consegnati in base al contratto deve essere determinato sulla base delle disposizioni di tale contratto. Qualora il luogo di consegna non fosse di facile determinazione, esso deve essere individuato in quello della consegna materiale dei beni ossia il luogo ove l'acquirente ha conseguito o avrebbe dovuto conseguire il potere di disporre effettivamente dei beni oggetto del contratto.

La Corte di giustizia si è, altresì, domandata come ci si debba comportare in presenza di clausole del contratto che non contengono un'indicazione diretta ed esplicita del luogo di consegna dei beni. A parere della Corte, gli usi consolidati e pubblicati dalle organizzazioni professionali riconosciute sono grandemente seguiti nella prassi dagli operatori economici e svolgono un compito fondamentale nella regolamentazione non statuale del commercio internazionale. Così avviene per gli *Incoterms* elaborati dalla Camera di commercio internazionale.

Ne consegue che, per determinare il luogo di consegna ai sensi dell'art. 5, punto 1, lett. b. primo trattino del regolamento, il giudice nazionale deve prendere in considerazione tutte le clausole contenute nel contratto, ivi comprese quelle relative agli usi del commercio internazionale.

Orbene, nel caso di specie, nel contratto concluso tra le parti era presente la clausola *Incoterms*: «Ex Works» che consente di individuare il luogo di consegna dei beni (oltre a contenere disposizioni relative al trasferimento dei rischi e alla ripartizione dei costi).

È compito, pertanto, del giudice nazionale verificare se la clausola inserita nel contratto tra i due operatori economici corrisponda esattamente all'*Incoterms* «Ex works» e sia tale da identificare con chiarezza il luogo di consegna delle merci, senza il ricorso al diritto sostanziale applicabile al contratto.

LA CORTE DI GIUSTIZIA PRECISA LA NOZIONE DI PUBBLICITÀ CLANDESTINA NELLE TRASMISSIONI TELEVISIVE

Corte di giustizia

Sentenza del 9 giugno 2011 in causa n. C-52/10

Eleftheri tileorasi AE «ALTER CHANNEL», Konstantinos Giannikos c. Ypourgos Typou kai Meson Mazikis Enimerosis, Ethniko Symvoulío Radio-tileorasis

Art. 234 CE (ora art. 267 TFUE) - Questione pregiudiziale - Direttiva n. 89/552/Cee - Direttiva TV senza frontiere - Libera circolazione dei servizi di telediffusione - Art. 1, lett. d. della direttiva - Nozione di «pubblicità clandestina» - Carattere intenzionale della pubblicità se fatta dietro compenso o altro pagamento - Presentazione di un trattamento odontoiatrico estetico nel corso di una trasmissione televisiva - Protezione dell'interesse dei telespettatori.

L'art. 1, lett. d., della direttiva del Consiglio del 3 ottobre 1989, n. 89/552/Cee, relativa al coordinamento di determinate disposizioni legislative, regolamentari e amministrative degli Stati membri concernenti l'esercizio delle attività televisive, come modificata dalla direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio del 30 giugno 1997, n. 97/36/Ce, deve essere interpretato nel senso che l'esistenza di un compenso o di un altro pagamento non costituisce un elemento necessario per poter ritenere provato il carattere intenzionale di una pubblicità clandestina¹.

¹ Il rinvio pregiudiziale proposto dal Consiglio di Stato greco, avente ad oggetto l'interpretazione della direttiva n. 89/552/Cee, la c.d. «direttiva TV senza frontiere (in *Guce* n. L 298 del 1989, p. 23), come modificata dalla direttiva n. 97/367Ce (in *Guce* n. L 21 del 1997, p. 60) è scaturito da una controversia che ha visto contrapposti, da un lato, la società televisiva Eleftheri tileorasi (che possiede e gestisce un canale televisivo denominato ALTER CHANNEL) e il signor Giannikos, in qualità di proprietario della società stessa nonché, dall'altro lato, il Ministro della Stampa e dei mezzi di comunicazione, nonché il Consiglio nazionale per la radiotelevisione, per una decisione presa da quest'ultimo in merito ad alcune sanzioni inflitte alle ricorrenti per la violazione della normativa nazionale sulla pubblicità clandestina.

Si precisa subito che la direttiva n. 89/552/Cee è stata recepita nell'ordinamento greco con un decreto presidenziale del 2000 (n. 10/2000).

Ai sensi della direttiva oggetto di interpretazione, la pubblicità e le televendite clandestine sono vietate (art. 10, n. 1), intendendosi per pubblicità clandestina la presentazione orale o visiva di beni, di servizi, del nome, del marchio o delle attività di un produttore in un programma, qualora la presentazione sia fatta intenzionalmente (per esempio dietro compenso) dall'emittente per puri scopi pubblicitari e possa trarre in inganno il consumatore.

Nel corso dell'anno 2003 sul canale televisivo di proprietà del signor Giannikos venivano mandate in onda tre sequenze dedicate alla presentazione di un trattamento odontoiatrico estetico. Durante tale presentazione venivano indicati i risultati del trattamento, l'efficacia

dello stesso nonché i metodi utilizzati e venivano, altresì, indicati i costi dello stesso.

A parere del Consiglio Nazionale per la radiotelevisione, tale modalità di presentazione costituiva una pubblicità clandestina tale da giustificare l'irrogazione di un'ammenda. Il giudice del rinvio, al quale i ricorrenti si sono rivolti, ha deciso di sospendere il procedimento e di sollevare davanti alla Corte una questione pregiudiziale volta a chiarire se il versamento di un compenso o di un corrispettivo di vario genere costituisca un elemento necessario per ritenere provato il carattere intenzionale di una pubblicità clandestina.

Orbene, è chiaro il significato della direttiva con riferimento alla definizione di pubblicità clandestina: «si considera intenzionale una presentazione quando è fatta in particolare dietro compenso». L'espressione «in particolare» non compare però nella versione greca. Su tale punto, la Corte di giustizia ha precisato che le disposizioni comunitarie devono essere interpretate in modo uniforme e che, in caso di dubbio, l'interpretazione deve avvenire alla luce e secondo i testi redatti nelle altre lingue ufficiali (cfr. sentenza del 19 aprile 2007 in causa n. C-63/06, *Profisa*, in *Raccolta*, 2007, I, p. 3239).

È pacifico che la pubblicità clandestina è vietata e che dalla disposizione di cui all'art. 10, n. 4, della direttiva n. 89/552/Cee si desume che una pubblicità clandestina debba essere fatta intenzionalmente da un'emittente per conseguire scopi pubblicitari.

A parere della Corte, una presentazione pubblicitaria non può essere considerata intenzionale unicamente nell'ipotesi in cui venga effettuata dietro compenso o altro pagamento anche se tale criterio consente di ritenere provato lo scopo pubblicitario della stessa emittente.

Un'interpretazione riduttiva della norma che consideri intenzionale una pubblicità unicamente in presenza di un compenso o comunque di un pagamento finirebbe con il compromettere la protezione dei telespettatori che costituisce l'obiettivo primario che la direttiva TV senza frontiere intende conseguire.

LA CORTE DI GIUSTIZIA INTERPRETA LA DIRETTIVA SULLA VENDITA DEI BENI DI CONSUMO IN RELAZIONE AI DIRITTI CHE IL CONSUMATORE FA VALERE NEI CONFRONTI DEL VENDITORE DI UN BENE NON CONFORME ALL'ACCORDO CONTRATTUALE

Corte di giustizia

Sentenza del 16 giugno 2011 in cause riunite n. C-65/09 e n. C-87/09

Gebr. Weber GmbH (causa n. C-65/09) c. Jürgen Wittmer, e Ingrid Putz (causa n. C-87/09) c. Medianess Electronics GmbH

Art. 234 CE (ora art. 267 TFUE) - Questione pregiudiziale - Garanzia di un livello di protezione minimo uniforme al consumatore - Direttiva n. 1999/44/Ce - Garanzie dei beni di consumo - Art. 3, nn. 2 e 3 - Garanzia legale e garanzia commerciale - Difetto di conformità - Riparazione o sostituzione del bene difettoso - Bene difettoso già installato dal consumatore - Obbligo per il venditore di rimuovere il bene difettoso e di collocare il bene sostitutivo - Sproporzionalità - Effetti - Spese irragionevoli.

L'art. 3, nn. 2 e 3, della direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio del 25 maggio 1999, n. 1999/44/Ce, su taluni aspetti della vendita e delle ga-

ranzie dei beni di consumo, deve essere interpretato nel senso che, quando un bene di consumo non conforme, che prima della comparsa del difetto sia stato installato in buona fede dal consumatore tenendo conto della sua natura e dell'uso previsto, sia reso conforme mediante sostituzione, il venditore è tenuto a procedere egli stesso alla rimozione di tale bene dal luogo in cui è stato installato e ad installarvi il bene sostitutivo, ovvero a sostenere le spese necessarie per tale rimozione e per l'installazione del bene sostitutivo. Tale obbligo del venditore sussiste a prescindere dal fatto che egli fosse tenuto o meno, in base al contratto di vendita, ad installare il bene di consumo inizialmente acquistato¹.

L'art. 3, n. 3, della direttiva n. 1999/44/Ce dev'essere interpretato nel senso che esso osta ad una normativa nazionale che attribuisca al venditore il diritto di rifiutare la sostituzione di un bene non conforme, unico rimedio possibile, in quanto essa gli impone, in ragione dell'obbligo di procedere alla rimozione di tale bene dal luogo in cui è stato installato e di installarvi il bene sostitutivo, costi sproporzionati tenendo conto del valore che il bene avrebbe se fosse conforme e dell'entità del difetto di conformità. Tale disposizione non osta, tuttavia, a che il diritto del consumatore al rimborso delle spese di rimozione del bene difettoso e di installazione del bene sostitutivo sia in tal caso limitato al versamento, da parte del venditore, di un importo proporzionato².

¹⁻² Come è noto, le disposizioni contenute nella direttiva n. 1999/44/Ce sulle garanzie dei beni di consumo (in *Guce* n. L 171 del 1999, p. 12, recepita in Italia con il Codice del consumo, dlgs n. 206/2005) garantiscono un livello di protezione minimo uniforme al consumatore ed assicurano segnatamente la sua protezione in caso di non conformità del bene rispetto al contratto. In caso di difetto di conformità, il consumatore ha diritto al ripristino, senza spese, della conformità del bene mediante riparazione o sostituzione o ad una riduzione adeguata del prezzo o alla risoluzione del contratto. Innanzitutto, il consumatore può chiedere al venditore di riparare il bene o di sostituirlo, senza spese in entrambi i casi, salvo che ciò sia impossibile o sproporzionato.

Il venditore è responsabile quando il difetto di conformità si manifesta entro il termine di due anni dalla consegna del bene.

Tali disposizioni sono state oggetto di interpretazione in due controversie insorte tra la Gebr. Weber GmbH e il signor Wittmer (in causa n. C-65/09) in merito alla consegna di mattonelle non conformi al contratto di vendita, nonché al versamento di un indennizzo, e tra la signora Putz e la Medianess Electronics GmbH (in causa n. C-87/09) in merito al rimborso del prezzo di vendita di una lavastoviglie non conforme al contratto di vendita, dietro la restituzione del bene.

Nella causa n. C-65/09 il signor Wittmer e la Gebr. Weber concludevano un contratto di vendita avente ad oggetto piastrelle lucidate che, dopo essere state messe in posa, presentavano rilevanti ombrature visibili. Il ricorrente presentava un reclamo e instaurava *ante causam* un procedimento probatorio nel quale il perito incaricato concludeva che le ombrature non potevano essere eliminate e che, pertanto, le piastrelle dovevano essere totalmente sostituite.

Nella causa n. C-87/09 la signora Putz acquistava via internet una lavastoviglie della Medianess Electronics e, dopo la corretta installazione, l'apparecchio risultava difettoso, impossibile da riparare. La ricorrente invocava così la garanzia contenuta nella direttiva n. 1999/44/Ce.

I procedimenti, vista la connessione esistente tra gli stessi, sono stati riuniti.

La Corte di giustizia è stata chiamata principalmente a pronunciarsi sull'obbligo per il

venditore, di farsi carico della rimozione del bene non conforme e dell'installazione del bene sostitutivo verificando, in particolare, se il venditore dovesse procedere alla rimozione del bene dal luogo in cui è stato installato e sostenere le spese relative all'installazione del nuovo bene anche se dal contratto di vendita non era previsto alcun obbligo in tal senso in capo al venditore.

Sul punto, la Corte di giustizia ha sottolineato come la gratuità del ripristino della conformità del bene da parte del venditore costituisce un elemento essenziale della tutela che si vuole garantire al consumatore (cfr. sentenza del 17 aprile 2008 in causa n. C-404/06, *Quelle*, in *Raccolta*, 2008, I, p. 2685).

A parere della Corte di giustizia, l'art. 3 della direttiva n. 1999/44/Ce deve essere interpretato nel senso di prevedere un obbligo a carico del venditore di rimuovere il bene non conforme e di installare il bene sostitutivo senza alcun onere aggiuntivo a carico del consumatore. Si tratterebbe, infatti, di costi necessari per rendere i beni conformi al contratto ai sensi dell'art. 3, n. 4, della direttiva. Non solo, ma secondo la Corte di giustizia, il tutto dovrebbe avvenire entro un termine ragionevole e non dovrebbe arrecare ulteriori disagi al consumatore. Infatti, in caso di consegna di un bene non conforme, la non installazione da parte del venditore del nuovo bene, può certamente creare notevoli inconvenienti al consumatore.

La Corte di giustizia ha precisato, altresì, che anche nell'ipotesi in cui la non conformità del bene non sia ascrivibile ad una colpa del venditore, questi deve garantire l'esatta esecuzione del contratto e, anche se il compratore-consumatore ha installato personalmente «in buona fede» il bene difettoso (prima della comparsa del difetto) ciò non fa venir meno la responsabilità del venditore.

Sulla facoltà, per il venditore, di rifiutare di farsi carico di spese sproporzionate per la rimozione del bene difettoso, per l'installazione del bene sostitutivo, la Corte di giustizia ha ritenuto, sulla base del tenore letterale dell'art. 3, n. 3, 2° comma, della direttiva, che il giusto equilibrio degli interessi di entrambe le parti viene raggiunto da un lato, garantendo al consumatore una tutela completa contro un'inesatta esecuzione degli obblighi contrattuali da parte del venditore e, dall'altro lato, considerando i legittimi interessi di natura economica del venditore. In presenza, infatti, di costi sproporzionati da affrontare in caso di sostituzione del bene difettoso, quale unico rimedio possibile, la direttiva può essere interpretata nel senso di limitare il diritto del consumatore al rimborso delle spese di rimozione del bene difettoso e di installazione del bene sostitutivo. L'importo del rimborso deve essere proporzionato all'entità del difetto di conformità e al valore che il bene avrebbe avuto se fosse stato conforme.

LA CORTE DI GIUSTIZIA INTERPRETA LA DIRETTIVA SUL MARCHIO COMUNITARIO E PRECISA CHE IL DIRITTO AL NOME NON VIENE PROTETTO UNICAMENTE COME ATTRIBUTO DELLA PERSONALITÀ MA ANCHE NEI SUOI ASPETTI ECONOMICI

Corte di giustizia

Sentenza del 5 luglio 2011 in causa n. C-263/09 P

Edwin Co. Ltd c. Ufficio per l'armonizzazione nel mercato interno (UAMI)

Art. 56 dello Statuto della Corte di giustizia - Impugnazione per motivi di diritto - Regolamento Ce n. 40/94 - Marchio comunitario - Art. 52, n. 2, lett. a. del regolamento - Marchio comunitario denominativo: «Elio Fio-

rucci» - Conferimento al titolare di un diritto esclusivo - Domanda di nullità del marchio fondata su un diritto al nome (quale attributo della personalità) ai sensi del diritto nazionale - Controllo della Corte di giustizia sull'interpretazione e sull'applicazione del diritto nazionale effettuate dal Tribunale - Potere del Tribunale di riformare la decisione della commissione di ricorso dell'UAMI (Ufficio per l'armonizzazione nel mercato interno) - Limiti - Diritto del titolare di opporsi all'uso del nome come marchio se non ha prestato il proprio consenso alla registrazione.

(...), il tenore letterale e la struttura dell'art. 52, n. 2, del regolamento n. 40/94 non consentono, laddove venga invocato un diritto al nome, di limitare l'applicazione di tale norma alle sole ipotesi in cui la registrazione di un marchio comunitario si trovi in conflitto con un diritto inteso esclusivamente a tutelare il nome in quanto attributo della personalità dell'interessato.

(...) non si può addebitare al Tribunale di essere incorso in un errore di diritto nell'interpretazione dell'art. 52, n. 2, lett. a., del regolamento n. 40/94¹.

L'impugnazione è respinta².

¹⁻² Il diritto al nome riguarda solamente un attributo della personalità o si riferisce anche allo sfruttamento patrimoniale del nome? A questa domanda la Corte di giustizia, nella sentenza sopra massimata, ha fornito la sua risposta interpretando la nozione di diritto al nome di cui al regolamento n. 40/94 sul marchio comunitario (in *Guce* n. L 11 del 1994, p. 1).

La Corte di giustizia si è pronunciata nell'ambito di un giudizio di annullamento della sentenza del Tribunale di primo grado delle Comunità europee del 14 maggio 2009 in causa n. T-165/06, *Fiorucci c. UAMI - Edwin* (Elio Fiorucci) (in *Raccolta*, 2009, II, p. 1375).

Nel 1990 la Fiorucci SpA aveva ceduto tutto il proprio patrimonio creativo, ivi inclusi i marchi contenenti il nome «Fiorucci», alla società giapponese denominata Edwin Co. Ltd.

Nel 1999 la Edwin presentava una domanda all'UAMI (Ufficio per l'armonizzazione nel mercato interno) per la registrazione, come marchio comunitario, anche del nome «Elio Fiorucci» che, come è noto, contraddistingue molti prodotti. Il signor Fiorucci si opponeva senza successo dinanzi all'UAMI e presentava successivamente un ricorso dinanzi al Tribunale di primo grado dell'Unione europea. Il Tribunale di primo grado accoglieva il ricorso affermando che l'UAMI può dichiarare, su istanza dell'interessato, la nullità di un marchio comunitario qualora il suo uso possa essere vietato in forza di un diritto al nome protetto da una normativa nazionale e, inoltre, che la Commissione di ricorso era incorsa in un errore di diritto nell'interpretazione della norma nazionale (art. 8, n. 3, del Codice della proprietà intellettuale) escludendo così la sua applicazione al signor Fiorucci. La Edwin proponeva un'impugnazione dinanzi alla Corte di giustizia. A parere della Edwin, il Tribunale dell'UE avrebbe violato il regolamento comunitario in quanto questo, nel rinviare ad un diritto al nome, avrebbe fatto riferimento unicamente ad un attributo della personalità, mentre il Codice della proprietà intellettuale tutela interessi puramente patrimoniali allo sfruttamento economico di una notorietà acquisita al di fuori dell'ambito commerciale (la notorietà del signor Fiorucci era legata unicamente all'uso commerciale del nome medesimo).

A parere della Corte di giustizia, il tenore letterale e la struttura dell'art. 52, n. 2, del regolamento n. 40/94 non consentono di limitare l'applicazione di tale norma alle sole ipotesi in cui la registrazione di un marchio comunitario si trovi in conflitto con un diritto inteso esclusivamente a tutelare il nome in quanto attributo della personalità dell'interessato, ma tale norma comprenderebbe anche lo sfruttamento patrimoniale del nome. Si precisa, infatti, che ai sensi dell'art. 52, n. 2 del regolamento n. 40/94 la nullità di un marchio può essere dichiarata su domanda dell'interessato che faccia valere un altro diritto anteriore quale il di-

ritto al nome, il diritto all'immagine, il diritto d'autore e il diritto di proprietà intellettuale. Tali diritti mirano a tutelare anche interessi di natura economica e trovano un'adeguata tutela, sia a livello nazionale che a livello comunitario.

Infine, la Corte di giustizia si è pronunciata sull'eventuale violazione, da parte del Tribunale dell'UE, della normativa nazionale applicabile alla controversia. Sul punto, la Corte ha precisato che il Tribunale ha potuto concludere correttamente nel senso che il titolare di un nome notorio ha il diritto di opporsi all'uso di tale nome come marchio qualora egli sostenga di non aver dato il proprio consenso alla registrazione del marchio stesso. Inoltre, a parere della Corte di giustizia, non vi è alcuna ragione per escludere l'applicazione dell'art. 8, n. 3 del Codice della proprietà intellettuale nel caso in cui il nome notorio di una persona sia già stato registrato o utilizzato come marchio. La normativa nazionale infatti fissa, quale unica condizione per la registrazione del marchio, quella del carattere notorio del nome di una persona.

LA CORTE DI GIUSTIZIA VIENE CHIAMATA A PRONUNCIARSI SULLE VIOLAZIONI DEL DIRITTO DEI MARCHI COMMESSE DAGLI UTENTI DEL MERCATO *ONLINE*

Corte di giustizia

Sentenza del 12 luglio 2011 in causa n. C-324/09

L'Oréal SA, Lancôme parfums et beauté & Cie SNC, Laboratoire Garnier & Cie, L'Oréal (UK) Ltd c. eBay International AG e altri

Art. 234 CE (ora art. 267 TFUE) - Questione pregiudiziale - Marchi - Internet - Vendita *online* di prodotti contrassegnati da un marchio destinati, dal titolare, ad essere venduti negli Stati terzi - Mercato dei consumatori - Eliminazione dell'imballaggio dei prodotti - Direttiva n. 89/104/Cee - Regolamento Ce n. 40/94 - Responsabilità del gestore del mercato *online* - Direttiva n. 2000/31/Ce sul commercio elettronico - Procedura monitoria nei confronti del gestore - Direttiva n. 2004/48/Ce sul rispetto dei diritti di proprietà intellettuale.

Allorché prodotti che si trovano in uno Stato terzo – recanti un marchio registrato in uno Stato membro dell'Unione o un marchio comunitario e non commercializzati precedentemente nello Spazio economico europeo o, nel caso di marchio comunitario, non commercializzati precedentemente nell'Unione – sono venduti da un operatore economico, attraverso un mercato online e senza il consenso del titolare di detto marchio, ad un consumatore che si trova nel territorio per il quale il marchio di cui trattasi è stato registrato o sono oggetto di un'offerta in vendita o di pubblicità in un mercato siffatto destinata a consumatori che si trovino nel suddetto territorio, il titolare del marchio può opporsi alla vendita, all'offerta o alla pubblicità summenzionate in forza delle norme di cui all'art. 5 della prima direttiva del Consiglio del 21 dicembre 1988, n. 89/104/Cee, sul ravvicinamento delle legislazioni degli Stati

membri in materia di marchi d'impresa, come modificata dall'Accordo sullo Spazio economico europeo del 12 maggio 1992 o all'art. 9 del regolamento (Ce) del Consiglio del 20 dicembre 1993, n. 40/94, sul marchio comunitario. È compito dei giudici nazionali valutare caso per caso se sussistano elementi pertinenti per concludere che un'offerta in vendita o una pubblicità che compare in un mercato online accessibile in detto territorio sia destinata a consumatori che si trovano in quest'ultimo¹.

La fornitura da parte del titolare di un marchio ai propri distributori autorizzati di articoli recanti tale marchio, destinati alla dimostrazione ai consumatori nei punti vendita autorizzati, nonché di flaconi recanti detto marchio, dai quali possono essere prelevate piccole quantità di prodotto da fornire ai consumatori quali campioni gratuiti, non costituisce, in mancanza di elementi probatori contrari, un'immissione in commercio ai sensi della direttiva n. 89/104 o del regolamento n. 40/94².

L'art. 5 della direttiva n. 89/104/Cee e l'art. 9 del regolamento n. 40/94 devono essere interpretati nel senso che il titolare di un marchio può, in forza del diritto esclusivo conferitogli da quest'ultimo, opporsi alla rivendita di prodotti, quali quelli di cui trattasi nella causa principale, per il fatto che il rivenditore ha eliminato l'imballaggio di tali prodotti, qualora in conseguenza della rimozione di tale imballaggio informazioni essenziali, come quelle relative all'identificazione del produttore o del responsabile dell'immissione in commercio del prodotto cosmetico, risultino mancanti. Nel caso in cui la rimozione dell'imballaggio non abbia condotto a siffatta mancanza di informazioni, il titolare del marchio può nondimeno opporsi a che un profumo o un prodotto cosmetico contrassegnato dal marchio di cui è titolare sia rivenduto privato dell'imballaggio, laddove dimostri che la rimozione dell'imballaggio ha arrecato pregiudizio all'immagine del prodotto in questione e quindi alla reputazione del marchio³.

L'art. 5, n. 1, lett. a., della direttiva n. 89/104/Cee e l'art. 9, n. 1, lett. a., del regolamento n. 40/94 devono essere interpretati nel senso che il titolare di un marchio può vietare al gestore di un mercato online di fare pubblicità – partendo da una parola chiave identica a tale marchio selezionata da tale gestore nell'ambito di un servizio di posizionamento su internet – ai prodotti recanti detto marchio messi in vendita nel suddetto mercato, qualora siffatta pubblicità non consenta, o consenta soltanto difficilmente, all'utente di internet normalmente informato e ragionevolmente attento di sapere se tali prodotti o servizi provengano dal titolare del marchio o da un'impresa economicamente collegata a quest'ultimo oppure, al contrario, da un terzo⁴.

Il gestore di un mercato online non fa «uso», ai sensi dell'art. 5 della direttiva n. 89/104/Cee e dell'art. 9 del regolamento n. 40/94, dei segni identici o simili a marchi che figurano in offerte in vendita che compaiono sul suo sito⁵.

L'art. 14, n. 1, della direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio

dell'8 giugno 2000, n. 2000/31/Ce, relativa a taluni aspetti giuridici dei servizi della società dell'informazione, in particolare il commercio elettronico, nel mercato interno («direttiva sul commercio elettronico»), deve essere interpretato nel senso che esso si applica al gestore di un mercato online qualora non abbia svolto un ruolo attivo che gli permette di avere conoscenza o controllo circa i dati memorizzati.

Detto gestore svolge un ruolo attivo siffatto allorché presta un'assistenza che consiste in particolare nell'ottimizzare la presentazione delle offerte in vendita di cui trattasi o nel promuoverle.

Quando non ha svolto un ruolo attivo nel senso indicato al comma precedente e dunque la sua prestazione di servizio rientra nell'ambito di applicazione dell'art. 14, n. 1, della direttiva n. 2000/31/Ce, il gestore di un mercato online, in una causa che può comportare una condanna al pagamento di un risarcimento dei danni, non può tuttavia avvalersi dell'esonero dalla responsabilità previsto nella suddetta disposizione qualora sia stato al corrente di fatti o circostanze in base ai quali un operatore diligente avrebbe dovuto constatare l'illiceità delle offerte in vendita di cui trattasi e, nell'ipotesi in cui ne sia stato al corrente, non abbia prontamente agito conformemente al n. 1, lett. b., del suddetto art. 14⁶.

L'art. 11, terza frase, della direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio del 29 aprile 2004, n. 2004/48/Ce, sul rispetto dei diritti di proprietà intellettuale, deve essere interpretato nel senso che esso impone agli Stati membri di far sì che gli organi giurisdizionali nazionali competenti in materia di tutela dei diritti di proprietà intellettuale possano ingiungere al gestore di un mercato online di adottare provvedimenti che contribuiscano non solo a far cessare le violazioni di tali diritti ad opera degli utenti di detto mercato, ma anche a prevenire nuove violazioni della stessa natura. Tali ingiunzioni devono essere effettive, proporzionate, dissuasive e non devono creare ostacoli al commercio legittimo⁷.

¹⁻⁷ La controversia principale, dalla quale sono scaturite alcune questioni pregiudiziali sull'interpretazione della direttiva n. 89/104/Cee in materia di marchi d'impresa (in *Guce* n. L 40 del 1989, p. 1), del regolamento n. 40/94 sul marchio comunitario (in *Guce* n. L 11 del 1994, p. 1), della direttiva n. 2000/31/Ce sul commercio elettronico (in *Guce* n. L 178 del 2000, p. 1) e della direttiva n. 2004/48/Ce sul rispetto dei diritti di proprietà intellettuale (in *Guce* n. L 157 del 2004, p. 45) ha visto contrapposti, da un lato L'Oréal SA e le sue controllate e, dall'altra parte, tre filiali di eBay Inc. nonché alcune persone fisiche.

La questione ha riguardato l'offerta di vendita, senza il consenso di L'Oréal, di prodotti della stessa disponibili sul mercato elettronico di eBay determinando così una violazione dei diritti di proprietà intellettuale di cui L'Oréal è titolare.

L'Oréal è titolare, infatti, nel Regno Unito, di diversi marchi relativi a profumi e a prodotti cosmetici in generale ed è dotata di un sistema chiuso di distribuzione, nell'ambito del quale è vietato ai distributori autorizzati di fornire prodotti ad altri distributori.

Come è noto, eBay può essere considerato il più grande sito di commercio elettronico nel mondo. Gestisce, infatti, un mercato *online*, nel quale i soggetti possono presentare i propri prodotti e facilitare la vendita degli stessi attraverso un potente motore di ricerca e un sistema sicuro di pagamenti. Per attirare nuovi clienti verso il proprio sito, eBay ha acquista-

to delle parole chiave così come alcuni marchi molto conosciuti con pagamento di servizi di posizionamento su internet (come Google AdWords). L'uso di una parola chiave selezionata nel motore di ricerca porta in primo piano un annuncio e un collegamento commerciale che porta direttamente al mercato elettronico di eBay.

Nel 2007 L'Oréal lamentava la violazione dei diritti di proprietà intellettuale attraverso i siti europei della eBay e adiva la High Court of Justice per far constatare che la eBay e le persone fisiche convenute si erano rese responsabili delle vendite effettuate da eBay attraverso il sito www.ebay.co.uk di un certo numero di articoli contenenti il marchio figurativo «Amor Amor» e «Lancôme» (con contraffazione di prodotti di marca L'Oréal). Inoltre, L'Oréal lamentava il fatto che allorché un utente inseriva nel motore di ricerca della Google quali termini per la ricerca parole corrispondenti al marchio denominativo nazionale appartenente a L'Oréal, nella rubrica *link* sponsorizzati compariva un annuncio di eBay che rimandava ad effettuare acquisti su www.ebay.co.uk (la maggior parte dei prodotti provenivano da Honk Kong).

La High Court ha ritenuto di sospendere il procedimento e di rivolgere alla Corte di giustizia alcune questioni pregiudiziali per chiarire sostanzialmente se vi siano particolari obblighi in capo ad una società che gestisce un mercato *online* per impedire ai suoi utenti di commettere violazioni dei diritti di proprietà intellettuale.

In primis, la Corte di giustizia ha chiarito che affinché il titolare di un marchio possa vietare l'uso da parte di un terzo di un segno distintivo identico o simile al marchio stesso, occorre che l'uso avvenga nel commercio (cfr. sentenze del 16 novembre 2004 in causa n. C-245/02, *Anheuser-Busch*, in *Raccolta*, 2004, I, p. 10989 e del 18 giugno 2009 in causa n. C-487/07, *L'Oréal e a.*, in *Raccolta*, 2009, I, p. 5185).

La Corte di giustizia, sull'offerta in vendita, attraverso un mercato *online* destinato a consumatori nell'Unione, di prodotti contrassegnati da un marchio destinati, dal titolare di tale marchio, alla vendita in Stati terzi ha precisato che il titolare del marchio, la cui vendita sia stata fatta senza il suo consenso ha il diritto di opporsi alla vendita stessa ai sensi della normativa contenuta nella direttiva n. 89/104/Cee e nel regolamento n. 40/94/Ce. Sull'uso di segni corrispondenti a marchi nelle offerte in vendita che compaiono sul sito del gestore del mercato *online*, la Corte di giustizia ha statuito che l'uso degli stessi avviene ad opera dei clienti venditori del gestore di tale mercato e non ad opera del gestore stesso.

Sulla responsabilità del gestore del mercato *online*, la Corte di giustizia ha precisato che il gestore che abbia svolto un ruolo attivo atto a conferirgli una conoscenza o un controllo dei dati relativi alle offerte di vendite non può avvalersi della deroga in materia di responsabilità di cui all'art. 14 della direttiva n. 2000/31/Ce e che tale valutazione è demandata al giudice nazionale (cfr. sentenze del 23 marzo 2010 in cause riunite da n. C-236/08 a n. C-238/08, *Google France e Google*, in *Raccolta*, 2010, I, p. 2417); un ruolo attivo viene svolto allorché il gestore presti un'assistenza che consiste, in particolare, nell'ottimizzare la presentazione delle offerte in vendita o nel promuoverle.

Qualora, infatti, il prestatore si sia limitato unicamente e semplicemente ad un trattamento puramente tecnico ed automatico dei dati, trova applicazione la normativa relativa all'esonero di responsabilità. Peraltro, è compito del giudice del rinvio verificare se eBay sia stata, riguardo alle offerte di cui si discute e che hanno arrecato pregiudizio a marchi di L'Oréal, al corrente di fatti o di circostanze che hanno reso manifesta l'illegalità dell'attività o dell'informazione.

Sulle ingiunzioni giudiziarie nei confronti del gestore di un mercato *online*, la Corte di giustizia, interpretando l'art. 11 della direttiva n. 2004/48/Ce, ha precisato che tale disposizione deve essere letta alla luce della finalità della direttiva che consiste nel far sì che gli Stati membri assicurino una tutela effettiva della proprietà intellettuale (cfr. sentenza del 29 gennaio 2008 in causa n. C-275/06, *Promusicae*, in *Raccolta*, 2008, I, p. 271e annotata in questa *Rivista*, 2008, p. 499, e, sul principio di effettività, cfr. sentenze del 14 dicembre 1995 in cause riunite n. C-430/93 e n. C-431/93, *van Schijndel e van Veen*, in *Raccolta*, 1995, I, p. 4705; del 7 giugno 2007 in cause riunite da n. C-222/05 a n. C-225/05, *van der Weerd e a.*, in *Raccolta*, 2007, I, p. 4233 e del 6 maggio 2010 in cause riunite n. C-145/08 e n. C-149/08, *Club Hotel Loutraki e a.*, inedita in *Raccolta*, 2010).

Infine, gli organi giurisdizionali nazionali, qualora il gestore non decida di propria iniziativa di porre fine al comportamento controverso, possono ingiungere al prestatore di un

servizio *online* l'adozione di provvedimenti mirati a porre termine alle violazioni perpetrate attraverso tale mercato e le eventuali misure disposte non devono creare ostacoli al commercio legittimo (per esempio, nel caso di specie, non può essere imposto un divieto generale di messa in vendita su eBay di prodotti contrassegnati dal marchio L'Oréal) (cfr., altresì, l'art. 18 della direttiva n. 2000/31/Ce).

LA CORTE DI GIUSTIZIA PRECISA LE MODALITÀ DI UTILIZZO DI UN MARCHIO CONTENENTE L'INDICAZIONE GEOGRAFICA «COGNAC»

Corte di giustizia

Sentenza del 14 luglio 2011 in cause riunite n. C-4/10 e n. C-27/10

Bureau national interprofessionnel du Cognac, con l'intervento di: Gust. Rannin Oy

Art. 234 CE (ora art. 267 TFUE) - Questione pregiudiziale - Regolamento Ce n. 110/2008 - Regole relative alla definizione, alla designazione, alla presentazione, all'etichettatura nonché alla protezione delle indicazioni geografiche delle bevande spiritose - Applicazione nel tempo - Uso di un marchio contenente il termine «Cognac» (quale indicazione geografica) - Situazione capace di ledere l'indicazione geografica - Diniego di registrazione - Dichiarazione di nullità del marchio - Applicabilità diretta del regolamento n. 110/2008- Principio di certezza del diritto - Tutela del legittimo affidamento.

Il regolamento Ce del Parlamento europeo e del Consiglio del 15 gennaio 2008, n. 110, relativo alla definizione, alla designazione, alla presentazione, all'etichettatura e alla protezione delle indicazioni geografiche delle bevande spiritose e che abroga il regolamento Cee n. 1576/89 del Consiglio, è applicabile al giudizio sulla validità della registrazione di un marchio contenente un'indicazione geografica protetta dal regolamento in parola, quando la registrazione è stata effettuata prima dell'entrata in vigore del regolamento medesimo¹.

Gli artt. 23 e 16 del regolamento n. 110/2008 devono essere interpretati nel senso che:

- sul fondamento dell'art. 23, n. 1, di tale regolamento, le competenti autorità nazionali devono respingere o invalidare la registrazione di un marchio contenente un'indicazione geografica protetta, che peraltro non fruisca della deroga temporale prevista al n. 2 del medesimo articolo, qualora l'impiego del suddetto marchio possa determinare una delle situazioni di cui all'art. 16 del medesimo regolamento;

- una situazione come quella contemplata nella seconda questione pregiudiziale, cioè quella della registrazione di un marchio contenente un'indicazione geografica, o un termine corrispondente a quest'ultima e la sua traduzione, per bevande spiritose non conformi ai requisiti relativi a tale indicazione, rientra nelle situazioni di cui all'art. 16, lett. a. e b., del regolamento n. 110/2008, fatta salva l'eventuale applicazione delle altre regole dettate nel medesimo art. 16².

¹⁻² Ancora una volta la Corte di giustizia affronta una questione concernente la tutela delle denominazioni dei prodotti alimentari. Nella sentenza della Corte di giustizia, sopra massimata, è stato affermato che un marchio comprendente un'indicazione geografica non può essere registrato per essere apposto su un prodotto non legittimato ad essere designato con tale indicazione. Il regolamento comunitario n. 110/2008 (in *Guce* n. L 39 del 2008, p. 16) e la direttiva n. 89/104/Cee (in *Guce* n. L 40 del 1989, p. 40) sono stati oggetto di interpretazione nell'ambito di una controversia avviata dal *Bureau national interprofessionnel du Cognac* (di seguito denominato: BNIC, organizzazione francese che riunisce i produttori di cognac) con riferimento alla registrazione in Finlandia da parte dell'ufficio nazionale dei brevetti e della registrazione di due marchi figurativi concernenti bevande spiritose.

Il regolamento n. 110/2008 consente la registrazione delle indicazioni geografiche, identificando le bevande spiritose come originarie del territorio di un Paese, o di una regione o località di tale territorio, quando una determinata qualità, la rinomanza o altre caratteristiche della bevanda spiritosa siano essenzialmente attribuibili alla sua origine geografica (cfr. quattordicesimo considerando e art. 15 del regolamento).

Il regolamento contiene, altresì, una serie di norme relative alla nullità dei marchi, in particolare, quando gli stessi risultano ingannevoli per la natura, qualità o provenienza geografica del prodotto o del servizio.

La controversia all'origine della causa è scaturita dalla registrazione che una società di diritto finlandese ha ottenuto di due marchi figurativi in cui figura l'espressione *Cognac* con la relativa traduzione finlandese. Il BNIC ha proposto opposizione avverso la registrazione, sopra citata. La Corte Suprema amministrativa finlandese ha deciso, così, di sospendere il procedimento e di chiedere alla Corte di giustizia se il regolamento in questione possa trovare applicazione in un giudizio sulla validità della registrazione di un marchio che si basa su un'indicazione geografica protetta dal regolamento e la registrazione sia stata effettuata prima dell'entrata in vigore del regolamento medesimo.

Sul punto, la Corte di giustizia ha precisato che l'art. 23, n. 1, del regolamento n. 110/2008 – ai sensi del quale la registrazione di un marchio che contiene un'indicazione geografica registrata può essere respinta o invalidata qualora si verifichi una delle situazioni contenute nell'art. 16 – è applicabile ai marchi registrati prima della sua entrata in vigore. Tale conclusione, secondo la Corte, è avvalorata da quanto statuito dall'art. 23, n. 2, che autorizza in via eccezionale il proseguimento dell'uso del marchio se quest'ultimo dà luogo ad una delle situazioni previste all'art. 16 del regolamento nonché al presupposto che sia stato registrato o acquisito anteriormente alla data di entrata in vigore della protezione dell'indicazione geografica nel Paese d'origine o precedentemente al 1° gennaio 1996.

Con la seconda questione pregiudiziale, la Corte di giustizia è stata chiamata a chiarire se gli artt. 16 e 23 del regolamento possano impedire la registrazione di un marchio contenente un'indicazione geografica protetta (o un termine generico con la relativa traduzione), per bevande spiritose che non soddisfano le condizioni di impiego dell'indicazione geografica di riferimento.

La Corte di giustizia, in proposito, ha sottolineato come i marchi di cui si discute che utilizzano l'espressione «Cognac» con la traduzione in finlandese non possano fruire della deroga di cui all'art. 23, n. 2, in quanto il termine «Cognac» è protetto fin dall'entrata in vigore del regolamento n. 1576/89 (ora sostituito dal regolamento n. 110/2008).

Relativamente ai presupposti di applicazione dell'art. 16 del regolamento, la Corte di giustizia ha osservato che la protezione conferita da tale disposizione permette l'identifica-

zione delle bevande spiritose come originarie di un territorio determinato. Secondo la Corte, l'impiego di un marchio contenente un'indicazione geografica per bevande spiritose non conformi ai requisiti prescritti per tale indicazione costituisce, di fatto, un impiego commerciale diretto di un'indicazione geografica per prodotti comparabili alla bevanda registrata con tale indicazione.

Infine, e così ha concluso la Corte, nel caso di specie, la registrazione del marchio «Cognac», effettuata nei termini di cui sopra, è tale da ingannare il pubblico ed è, pertanto, vietata e rientra conseguentemente nelle ipotesi contemplate dall'art. 16 del regolamento e le autorità nazionali competenti devono agire per respingere o invalidare la registrazione del marchio in questione.

GIURISPRUDENZA ITALIANA E STRANIERA

BANCHE DATI ED *ANTITRUST*: PIÙ LA BANCA DATI È EFFICIENTE PIÙ È GRANDE IL RISCHIO *ANTITRUST*?

**Consiglio di Stato, sezione VI
Sentenza del 28 settembre-29 dicembre 2010 n. 9565***

Severini, *Presidente* - Giulio Castriota Scanderbeg, *Relatore*

Autorità garante della concorrenza e del mercato c. San Paolo Imi spa; Mediolanum Vita spa; Montepaschi Vita spa; Assicurazioni Internazionali Previdenza spa; Banca Popolare di Verona e Novara s.c. a rl; Iama Consulting srl

L. 10 ottobre 1990 n. 287, art. 2 - Scambio sistematico di informazioni commerciali sensibili - Violazione.

In tema di pratica concordata avente ad oggetto uno scambio di informazioni rilevanti, non si giunge a richiedere che essa abbia prodotto in concreto effetti restrittivi, ma è sufficiente che abbia l'attitudine a produrne. Essa, inoltre, costituisce una fattispecie di illecito a forma libera, nel senso che, ai fini dell'integrazione dell'intesa vietata, non è richiesta una particolare modalità di condotta, dato che la pratica concordata e il sotteso animus concertativo può essere desunta anche dal comportamento omogeneo e convergente tenuto, uti singuli, dagli operatori economici concorrenti.

La pratica concordata avente ad oggetto uno scambio di informazioni rilevanti integra una fattispecie di pericolo, nel senso che, ai fini dell'integrazione della fattispecie vietata, il vulnus al libero gioco della concorrenza può essere di natura soltanto potenziale e non deve necessariamente essersi già consumato.

* In argomento v. *infra*, p. 523 ss., il commento di GIANLUCA BELOTTI e di EUGENIA GAMBARARA.

(L) la pratica concordata (ed il sotteso animus concertativo) può essere desunta anche dal comportamento omogeneo e convergente tenuto, uti singuli, dagli operatori economici concorrenti, il che è accaduto nel caso di specie, in cui più soggetti concorrenti si sono determinati, evidentemente coordinandosi tra loro, ad acquisire ed ad utilizzare ciascuno il medesimo e riservato strumento informatico che, per quel che si dirà, ha carattere essenziale per la circolazione continua tra loro di un flusso di informazioni rilevanti ai fini delle strategie commerciali.

(Omissis) In diritto

È impugnata la sentenza del Tribunale amministrativo regionale per il Lazio n. 6088 del 2005 con la quale sono stati accolti, previa riunione, i ricorsi proposti dalle odierne società appellate avverso il provvedimento dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato (d'ora in avanti, anche AGCM o Autorità) n. 13622 reso in data 30 settembre 2004 all'esito del procedimento istruttorio n. I/575, con il quale l'Autorità predetta ha riscontrato la contrarietà all'art. 2 legge 10 ottobre 1990, n. 287 di una pratica concordata tra le appellate avente ad oggetto uno scambio sistematico di informazioni commerciali sensibili mediante la condivisione del *data base* «Aequos», gestito da una società di consulenza terza (la Iama consulting s.r.l.), cui affluiscono i dati di *input* di natura disaggregata e sensibile comunicati da varie imprese di assicurazione. (Omissis)

Su ricorso delle società destinatarie della anzidetta diffida, il Tribunale amministrativo ha annullato il richiamato provvedimento dell'Autorità sull'assunto della natura pubblica dei dati che le parti si erano impegnate a scambiare per il tramite della predetta società terza Iama consulting e sul consequenziale carattere non sensibile di quei dati; inoltre, ha rilevato la fondatezza della censura concernente la mancata dimostrazione dell'efficacia anticompetitiva della pratica contestata.

Insorge con l'appello in esame l'Autorità garante della concorrenza e del mercato per chiedere, in riforma dell'impugnata sentenza, la reiezione dei ricorsi di primo grado.

Si sono costituite in giudizio le ricorrenti di primo grado per contestare la fondatezza dell'appello e per chiederne la reiezione.

All'udienza del 28 settembre 2010 il ricorso in appello è stato trattenuto per la decisione. (Omissis)

Nel merito l'appello è fondato e merita accoglimento.

Come si è già accennato, la controversia ripropone la nota questione giuridica dei limiti in cui può ritenersi lecita una pratica concordata tra soggetti economici che operano nel medesimo segmento di mercato consistente in uno scambio periodico di informazioni su elementi rilevanti della loro attività; (Omissis).

Secondo la ricostruzione operata da AGCM (Omissis) le società odiernamente imputate (Omissis) hanno predisposto, a mezzo dell'accordo sulla acquisizione del ridetto *data-base*, un meccanismo capace di assicurare loro un circuito informativo costante riguardo i prezzi e le condizioni generali di contratto praticate dalle stesse al pubblico degli acquirenti finali dei loro prodotti assicurativi. Dall'istruttoria dell'Autorità è risultato infatti che detto *data-base* Aequos non ha costituito per le stesse imprese soltanto fonte di informazioni sui dati sensibili relativi alle imprese concorrenti, ma che lo stesso era stato congegnato in modo tale da alimentarsi esso stesso di continuo delle infor-

mazioni immesse dalle stesse imprese (sia pur per il tramite della intermediazione del personale di Iama consulting s.r.l. incaricato di richiedere le informazioni alle imprese). (*Omissis*)

Nell'accogliere i ricorsi delle società destinatarie del provvedimento, il Tribunale amministrativo regionale del Lazio ha ritenuto insussistente la configurabilità di un accordo anticoncorrenziale, e cioè di un accordo suscettibile di essere stigmatizzato alla stregua di pratica concordata vietata ai sensi della richiamata disposizione normativa posta a presidio della libertà di concorrenza.

La valutazione del primo giudice ha preso le mosse dalla preliminare e pacifica considerazione secondo cui il carattere anticoncorrenziale di una pratica di scambio informativo può essere soltanto potenziale, nel senso che non si richiede che questa abbia effettivamente falsato o alterato il gioco della concorrenza, ma solo che abbia le concrete potenzialità di realizzare un tale effetto (rilevando dunque quale illecito in sé, come ritenuto dalla giurisprudenza e dalla dottrina prevalenti). Ciò premesso, tuttavia, il primo giudice ha rilevato che gli elementi conoscitivi contenuti nel *data-base* fornito da Iama consulting s.r.l. ed oggetto di acquisizione da parte delle imprese concorrenti avevano nello specifico natura e consistenza di dati di carattere pubblico e non riservato, di tal che doveva ritenersi carente lo stesso presupposto fattuale per ritenere anticoncorrenziale il meccanismo di scambio informativo posto in essere. Se si tratta di dati pubblici, sarebbe difficile predicarne la natura di dati sensibili, e cioè di dati capaci di incidere sulle scelte strategiche di strategia commerciale degli operatori coinvolti e di influenzare in tal modo il libero gioco della concorrenza. Inoltre, la natura pubblica dei dati immessi esclude che in relazione agli stessi si possa profilare un effetto anticoncorrenziale sul mercato in termini di elisione dei margini di incertezza sul comportamento dei concorrenti, ciò che costituisce presupposto indispensabile per una sana ed effettiva concorrenza tra le imprese.

Ancora, per l'impugnata decisione, mentre in relazione a dati di pubblico dominio non avrebbe senso ipotizzare un accordo finalizzato al loro scambio, essendo gli stessi rinvenibili da chiunque sul mercato senza particolari oneri o costi aggiuntivi ed a prescindere dagli apporti collaborativi degli altri concorrenti, lo scambio informativo può ben profilarsi, senza connotazione illecita, con riguardo ai dati pubblici, e cioè a dati che pur essendo acquisibili sul mercato, necessitano tuttavia di una attività di ricerca, raccolta e sistemazione che non può ritenersi in sé vietata (pena la qualificazione in termini di pratica vietata di ogni fattispecie di scambio di informazioni su simili dati).

Da ultimo la gravata sentenza evidenzia, in via derivata rispetto alla riconosciuta natura pubblica, il carattere non sensibile dei dati scambiati tra le imprese attraverso il *data-base* Aequos e quindi la loro valenza neutra sul piano della tutela della concorrenza, lasciando essi «integra e piena l'incertezza di ciascun operatore sui futuri comportamenti della concorrenza».

La difesa erariale, nell'atto d'appello, ha sottoposto a critica l'*iter* logico deduttivo sui cui poggia la sentenza di primo grado e ne ha confutato gli stessi presupposti di partenza.

Anzitutto, ha in fatto precisato che Aequos è un *data-base* che si alimenta di informazioni fornite dalle stesse imprese acquirenti del servizio e che lo stesso è capace di elaborare una serie di confronti tra i dati immessi nel sistema (attraverso una valutazione comparativa dei prodotti mediante l'assegnazione di un punteggio per caratteristiche omogenee) e soprattutto di risalire in modo costante alle tariffe prati-

cate dalle singole compagnie per ciascun dei tanti prodotti assicurativi (del ramo vita) e previdenziali offerti alla clientela.

Per tal via l'appellante Autorità ha ritenuto superficiale e fuorviante l'assimilazione compiuta nella sentenza di primo grado tra dati pubblici, come tali astrattamente rinvenibili sul mercato a prescindere dall'apporto collaborativo delle singole imprese cui gli stessi specificamente si riferiscono, e dati di dominio pubblico, e cioè di elementi conoscitivi acquisibili senza particolari oneri o sforzi aggiuntivi da parte di ciascun operatore economico, ed ha rimarcato la valenza aggiuntiva dei dati conoscitivi acquisibili attraverso «Aequos», che se pur di natura pubblica, sul piano della loro astratta conoscibilità (in quanto oggetto di specifici obblighi informativi alla clientela) non erano altrimenti acquisibili in proprio dalle imprese, se non a costi maggiori e con minor efficienza sul piano della completezza e della regolarità delle informazioni.

Osserva il Collegio che i rilievi svolti dalla difesa erariale meritano condivisione e comportano l'accoglimento dell'appello.

Anzitutto, è condivisibile in punto di fatto l'affermazione di partenza dell'impugnata sentenza in ordine al carattere meramente potenziale del pregiudizio alla libertà di concorrenza che ricorre nella particolare tipologia, *sub specie* di pratica concordata, di *intesa* di cui qui si discorre. Vale al riguardo considerare che, secondo la giurisprudenza in tema di pratica concordata avente ad oggetto uno scambio di informazioni rilevanti, non si giunge a richiedere ch'essa abbia prodotto in concreto effetti restrittivi, ma è sufficiente che abbia l'attitudine a produrne (Cons. Stato, VI, 23 aprile 2002, n. 2199, in tema di prezzi dei prodotti assicurativi sulla r.c.a., sconti, incassi e costi dei sinistri). Inoltre va soggiunto, ed anche tale elemento è indiscusso e non contestato in giudizio (e viene trattato per mere finalità di chiarezza), che si tratta di fattispecie di illecito a forma libera, nel senso che, ai fini della integrazione della *intesa* vietata, non è richiesta una particolare modalità di condotta, dato che la pratica concordata (ed il sotteso *animus* concertativo) può essere desunta *[rectius: desunta n.d.r.]* anche dal comportamento omogeneo e convergente tenuto, *uti singuli*, dagli operatori economici concorrenti; il che è accaduto nel caso di specie, in cui più soggetti concorrenti si sono determinati, evidentemente coordinandosi tra loro, ad acquisire ed ad utilizzare ciascuno il medesimo e riservato strumento informatico che, per quel che si dirà, ha carattere essenziale per la circolazione continua tra loro di un flusso di informazioni rilevanti ai fini delle strategie commerciali.

Ciò premesso, appare logica, coerente, ragionevole ed al postutto immune dai vizi denunciati dalle ricorrenti di primo grado la determinazione dell'Autorità di diffidare le odierne appellate dal perseguire la contestata pratica concordata, integrante in sé *[rectius: sé n.d.r.]* una vera e propria *intesa* vietata in quanto già di pregiudizio per la concorrenza. Attraverso questa pratica, infatti, le stesse imprese si sono assicurate la fruizione costante (*rectius*, a scansioni temporali predeterminate) di flussi di informazioni riguardanti le tariffe e le condizioni generali dei contratti stipulati dalle imprese concorrenti aderenti all'*intesa*, di cui non pare ragionevole ipotizzare l'irrelevanza ai fini del condizionamento delle rispettive strategie commerciali.

Il coordinamento tra le imprese è anzitutto rinvenibile nell'accordo finalizzato a fornire alla società terza Iama Consulting spa i dati di *input* rilevanti su elementi salienti dei contratti stipulati con la clientela per ciascuna categoria di prodotto. Dall'istruttoria della Autorità è emerso che solo una parte dei dati riversati in Aequos era reperibile sul mercato (cioè, nel linguaggio fatto proprio dalla sentenza qui grava-

ta, era «pubblico»), mentre per altra parte era necessario l'apporto collaborativo dei concorrenti. (*Omissis*) Inoltre, il fatto che sia stata coinvolta una società terza nella fornitura dei dati immessi, attesta che a tale società è stata evidentemente affidata anche un'attività di controllo e monitoraggio sui dati scambiati, ai fini della verifica della loro costante corrispondenza alle condizioni effettivamente praticate sul mercato dai concorrenti. Dal che si desume il non trascurabile valore aggiunto e riservato del servizio fornito da Iama consulting srl, ritraibile da ciascuna impresa interessata dal *data-base*, capace di garantire un pressoché continuo flusso informativo su dati certi, controllati e sicuramente sensibili dei concorrenti (tariffe di polizza e condizioni di contratto) circa la variegata ed eterogenea categoria dei prodotti assicurativi del ramo vita e previdenza. (*Omissis*) A ciò si aggiunga che un tale circuito ristretto di informazioni, capace di realizzare, ma dal lato della sola offerta, una conoscenza piena delle rispettive condizioni contrattuali via via praticate da ciascun operatore, comporta – come rilevato dalla Autorità nel provvedimento impugnato – una pregiudizievole accentuazione della condizione sfavorevole di base dell'asimmetria informativa rispetto alla domanda di tal genere di prodotti. Non è inutile a tal proposito considerare che gli offerenti sono destinatari di obblighi informativi spesso soltanto formali, come tali inidonei ad offrire al consumatore validi e concreti apporti conoscitivi per orientare consapevolmente le proprie scelte, anche in via comparativa, nella vasta gamma dei prodotti del genere commercializzati sul mercato.

A tal proposito non appare condivisibile l'affermazione del carattere "neutro", agli effetti della effettività della concorrenza tra imprese, delle informazioni scambiate, che si legge nella impugnata sentenza. In particolare, il primo giudice ha osservato che «i dati scambiati nella fattispecie (diversamente da quelli oggetto della vicenda r.c.a.), attesa la loro natura, lasciavano integra e piena la incertezza di ciascun operatore sui futuri comportamenti della concorrenza. Essi erano, infatti, neutri sotto tal profilo, non conferendo elementi che potessero rendere meglio prevedibili le future condotte e strategie altrui, ma solo delle indicazioni sulle rispettive posizioni di mercato (ed era l'Autorità gravata dell'onere di fornire la relativa prova contraria)».

Ma l'assunto non convince.

A parte il profilo dell'analogia con il caso già oggetto della decisione di questo Consiglio di Stato, V, 23 aprile 2002, n. 2199 (su cui ci si soffermerà oltre), si è già rilevato che a mezzo dell'acquisizione del *data-base* di Iama consulting s.r.l., le imprese interessate hanno posto in essere un dispositivo capace di garantire loro un flusso costante (e quindi sempre aggiornato) e non anonimo di informazioni sulle tariffe e sulle altre condizioni di contratto praticate dai diversi operatori economici del settore. (*Omissis*) Un tale circuito informativo esclusivo, ritiene la Sezione, già agisce in funzione anticoncorrenziale, perché elimina le incertezze sul comportamento dei concorrenti e perciò disincentiva ogni diversa strategia commerciale dell'impresa singola. (*Omissis*)

Non ha pregio poi l'affermazione che questo meccanismo non darebbe agli operatori indicazioni per orientare la loro condotta futura, essendo riferito alle sole condizioni praticate nel passato (ancorché prossimo).

È evidente a tutti che l'acquisizione costante dei dati sulle condizioni praticate nel recente passato dai concorrenti è la base conoscitiva per un orientamento prezioso circa la condotta commerciale, come per rettificare di volta in volta le condizioni contrattuali praticate ai consumatori, allineandole a quelle altrui (il settore d'altra parte non è connotato da significativa volatilità dei prezzi e delle condizioni contrattuali).

Peraltro è corollario acquisito nella giurisprudenza nazionale che la concentrazione oligopolistica del mercato rilevante non è necessaria per ravvisare il carattere pregiudizievole dello scambio di informazioni tra competitori (Cons. Stato, VI, n. 2199/2002, già ricordata), dato che la concentrazione più o meno accentuata del mercato di riferimento ha una diretta interferenza sul fronte della efficacia anticoncorrenziale dello scambio informativo di dati sensibili. In un mercato oligopolistico, lo scambio di informazioni su dati sensibili tra i pochi offerenti è considerato un illecito in sé, a differenza di ciò che accade in un mercato meno concentrato.

(*Omissis*)

Nemmeno, ad avviso del Collegio, appare condivisibile il rilievo, sollevato dalle società ricorrenti di primo grado e fatto proprio dal primo giudice, secondo cui sarebbe rimasta indimostrata l'efficacia anticompetitiva dell'intesa oggetto della accertata infrazione.

Valgono in contrario le seguenti considerazioni. Anzitutto giova ribadire quanto già osservato, e cioè che il tipo di condotta contestata alle ricorrenti di primo grado integra una fattispecie di pericolo, nel senso che, ai fini della integrazione della fattispecie vietata, il *vulnus* al libero gioco della concorrenza può essere di natura soltanto potenziale e non deve necessariamente essersi già consumato.

(*Omissis*)

Nondimeno, va osservato che in un mercato regolamentato e sottoposto al controllo di un'autorità di vigilanza al fine di garantirne l'effettività della struttura concorrenziale, gli operatori economici, sottoposti a procedimento di infrazione, sono tenuti a dar conto della giustificazione causale dei loro accordi e delle loro pratiche, con riguardo alla non-immeritevolezza degli interessi perseguiti. Ciò che non è avvenuto nel caso di specie dove, come non ha osservato l'Autorità nel provvedimento impugnato, non si comprende (né è stato detto) quale altro obiettivo, se non quello qualificato illecito, le imprese concorrenti intendessero raggiungere con il mezzo della contestata pratica. Appare piuttosto evidente la finalità anticompetitiva e la conseguente ricaduta negativa per la platea dei consumatori di una tale condotta, mercè la già indicata eliminazione dei margini di incertezza, connaturati all'attività concorrenziale d'impresa, sui reciproci livelli tariffari e sulle condizioni di contratto dei principali attori del mercato delle assicurazioni sulla vita (e sui conseguenti loro comportamenti contrattuali).

(*Omissis*)

Da ultimo, il Collegio deve farsi carico, per completezza, di esaminare brevemente le censure non scrutinate nel corso del giudizio di primo grado, in quanto rimaste assorbite nella sentenza gravata e riproposte in questo grado (*Omissis*).

In definitiva, il comportamento delle imprese aderenti allo scambio informativo integra effettivamente una pratica concordata vietata in quanto destinata ad incidere negativamente sul libero gioco della concorrenza, in particolare, sotto il profilo della erosione dei margini di incertezza comportamentale tra i diversi concorrenti.

Per le considerazioni che precedono l'appello dell'Autorità merita di essere accolto. Per conseguenza, in riforma integrale della impugnata sentenza, deve essere respinto il ricorso di primo grado delle odierne appellate.

(*Omissis*)

LA (IL)LICEITÀ DELLO SCAMBIO DI INFORMAZIONI SENSIBILI NEL DIRITTO *ANTITRUST* CON PARTICOLARE RIFERIMENTO ALLO SCAMBIO E ALL'ACQUISTO DI INFORMAZIONI TRAMITE SOCIETÀ TERZE

Sommario: *Introduzione - 1. Market intelligence - 2. Lo scambio di informazioni nella giurisprudenza e nella prassi decisionale comunitaria e nazionale - 3. Focus: il carattere sensibile delle informazioni. Dalla decisione dell'AGCM sul caso Iama alla recente pronuncia del Consiglio di Stato, passando per il TAR - 4. Gli scenari futuri alla luce della giurisprudenza del Consiglio di Stato - 5. La vendita di informazioni da parte di una società che opera con più imprese tra loro concorrenti.*

Introduzione

Molto si è scritto nei manuali e molto si è detto nei tanti seminari di diritto *antitrust* sul tema della (il)liceità dello scambio di informazioni sensibili (qui di seguito anche "scambio di informazioni" *tout court*) tra imprese, affrontando la questione, tuttavia, in modo spesso troppo astratto, ciò che ha impedito di definire con la necessaria chiarezza, semplicità e fruibilità per le imprese situazioni che non sono necessariamente riconducibili ad un unico schema e che comportano valutazioni e conseguenze giuridiche diverse, talvolta opposte.

Per esempio: una prima distinzione, spesso negletta, che sempre dovrebbe invece imporsi in via preliminare è quella tra *i.* lo scambio gratuito e *ii.* quello oneroso, ossia l'acquisto delle medesime informazioni; sono queste fattispecie che meritano considerazioni distinte e possono condurre a conclusioni diverse a seconda dei casi.

In questo secondo caso, che si registra allorché un fornitore compri le informazioni dal rivenditore/distributore oppure allorché le compri da un'agenzia terza di ricerche di mercato e/o raccolta ed elaborazione dati, le imprese che si scambiano le informazioni non sono naturalmente tra loro concorrenti. Il quesito che dobbiamo qui porci consisterà nel sapere se solamente lo scambio/acquisto di informazioni tra imprese concorrenti sia rilevante per il diritto *antitrust* o se, invece, ogni scambio di informazioni che possa pregiudicare la capacità del singolo imprenditore di determinarsi autonoma-

mente sul mercato possa costituire un illecito. Si osserva, a questo proposito, che lo scambio/acquisto di informazioni sensibili di terzi tra imprese non concorrenti ma verticalmente collegate (distributore/fornitore) è certamente rilevante, allorquando si dimostri la soggiacente pratica concertata volta allo scambio delle informazioni. Non lo sarà, generalmente, negli altri casi.

È questo il c.d. *hub and spoke cartel*, in linea di massima sempre illecito. Per illecito *hub and spoke* si intendono i casi in cui il distributore X faccia conoscere al fornitore Y le sue condizioni commerciali, affinché il secondo le trasferisca a Z, concorrente di X. È simile la triangolazione illecita di informazioni in tema di prezzi, allorquando X faccia pressione su Y affinché intervenga su Z perché allinei il suo prezzo su quello di AX che corrisponde spesso al prezzo raccomandato da Y. In entrambi i casi, appare pacifico che si tratta di un illecito *antitrust*, dove tutte le imprese coinvolte saranno passibili di sanzione, a meno che le imprese coinvolte dimostrino l'insussistenza di una soggiacente pratica concertata. Qui, tuttavia, l'onere probatorio incomberà su queste ultime, per dimostrare la loro autonoma condotta.

Resterebbe lecito l'acquisto di informazioni tra imprese, non solo non concorrenti, ma nemmeno ricollegabili tra loro verticalmente (ad esempio: il fornitore che acquista informazioni sensibili sui concorrenti da un'agenzia di ricerca di mercato).

Vi sono diverse tipologie di scambio di informazioni¹: *a.* direttamente tra le parti, *b.* mediante imprese terze, siano esse *b-1.* l'associazione d'impresa; *b-2.* un comune fornitore/distributore; *b-3.* una società terza controllata dalle imprese, oppure ed infine *c.* una società terza autonoma dalle parti e non ad esse riconducibile. Talvolta, nella pratica, sub *b-2.* e, spesso, sub *c.* lo scambio sfocia nell'acquisto unilaterale di informazioni.

In quest'ultimo caso, nel quale, a differenza dello scambio, si esclude un soggiacente accordo tra le imprese concorrenti, per confinarsi ad un comportamento unilaterale o ad un'intesa tra imprese non concorrenti, che fonda la c.d. *market intelligence*, quale deve essere l'atteggiamento dell'impresa? Di totale libertà, oppure di cautela?

La tesi del presente lavoro, qui in estrema sintesi introduttiva, è quella secondo la quale, mentre lo scambio² costituisce sempre un illecito³, solamente l'acquisto di informazioni da parte d'impresa in posizione dominante (> 40%), presso impresa terza o impresa verticalmente collegata, in assenza di

¹ Si tralascia qui lo scambio di informazioni che ha luogo in occasione di un progetto di acquisizione/fusione, che pure merita un'attenta analisi.

² Eccezione fatta per il caso sub *b-2.* quando sia il distributore a far conoscere al fornitore le condizioni di un concorrente, nel tentativo di metterli in concorrenza e spuntare condizioni migliori. Negli altri casi si rientra nel c.d. *hub and spoke cartel*, in linea di massima sempre illecito.

³ A meno che esso non sia strumentale ad altro illecito più grave e, per la quota di mercato aggregata delle imprese interessate, sia coperto dalla esenzione *de minimis*.

cautele⁴, potrà eventualmente prestarsi a criticità *antitrust*, restando lecito in tutti gli altri casi.

Si ripercorreranno qui di seguito ed in via introduttiva i principali orientamenti comunitari e nazionali in tema di (il)liceità dello scambio di informazioni per il diritto *antitrust*⁵, per poi concentrarsi sugli scambi che avvengono attraverso società terze e sull'acquisto di dati, tentando di portare luce alla zona grigia di confine tra liceità e illiceità, tra la cosiddetta *market intelligence*, generalmente sempre lecita, e lo scambio di informazioni sensibili tra concorrenti, normalmente illecito.

È appena il caso di precisare, qui *in limine*, che ogniquale volta la società terza sia riconducibile alle imprese coinvolte nello scambio di informazioni sensibili, essa è equiparabile ad un'associazione d'impresa che scambi informazioni sensibili tra imprese concorrenti, non delineandosi particolari criticità nel concludere per l'illiceità *antitrust* dello scambio di informazioni sensibili tramite la società terza. Lo stesso vale ogniquale volta lo scambio sia orchestrato da od avvenga per mezzo dell'Associazione d'impresa.

Lo stesso vale per i casi in cui le imprese si accordino per far transitare mediante una società terza ed autonoma rispetto a loro le informazioni rilevanti. Tuttavia, *quid* nel caso in cui le imprese non si accordino, essendo già risaputo che la società terza raccoglie per poi rielaborare e rivendere informazioni sensibili dei concorrenti?

Si cercherà di evidenziare le principali caratteristiche e peculiarità, in fatto ed in diritto, dello scambio di informazioni, come elaborate nella prassi decisionale della Commissione europea e nella giurisprudenza europea e nazionale, così come le possibili criticità alla stregua, in particolare, anche di una recente sentenza italiana che, riformando il precedente giudizio del giudice di primo grado, milita in favore di un approccio particolarmente rigoroso in materia, portando ad una più generale riconsiderazione della liceità dello scambio di informazioni per mezzo di società terze (c.d. caso «*Iama Consulting*»⁶). Invero, quest'ultima sentenza ha solamente riportato nell'alveo di una consolidata illiceità comportamenti che potevano sembrare sfuggirvi, a seguito dell'intervento del giudice di *prime cure* che aveva annullato una precedente decisione dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato («Autorità» o «AGCM»).

⁴ Converrebbe che la società terza, autonoma dalle parti, non rielabori mai per rivendere informazioni su base disaggregata, ma proceda per aggregazioni minime di 3/4 *player* almeno.

⁵ Art. 101 TFUE e art. 2 legge n. 287/90, oltre alla normativa secondaria ed interpretativa d'implementazioni di queste due norme.

⁶ Consiglio di Stato, 28 settembre 2010, n. 9565 e AGCM, provv. 30 settembre 2004, n. 13622, *Ras-Generali Iama Consulting*, in *Bollettino*, n. 40/2004.

1. *Market intelligence*

Si è già rilevato che l'attività di *market intelligence* è generalmente sempre lecita, riconoscendo a quest'ultima una valenza pro-competitiva. L'obiettivo primario di un'attività di *market intelligence* è quello di aumentare la conoscenza che un'azienda ha del mercato nel quale opera, dei suoi concorrenti e dei suoi clienti, ciò al fine di fornire prodotti tecnologicamente sempre più avanzati a condizioni economiche sempre più competitive. Essa intende, infatti, promuovere la capacità di comprendere, esaminare e valutare attentamente l'ambiente interno ed esterno relativo a clienti, concorrenti, mercato e industria con la finalità di migliorarne i processi di *decision making*.

Ciò vale ad eccezione delle imprese che godono di una posizione dominante, le quali potrebbero avvalersi di questa attività di *market intelligence* per ostacolare l'accesso al mercato alle imprese concorrenti o per ostacolarne la crescita. Per le imprese dominanti la c.d. *market intelligence* merita, da sempre, particolare attenzione.

In un "ciclo" che caratterizza un'attività aziendale di *marketing intelligence* è importante definire quali informazioni sono richieste da chi poi prenderà le decisioni per consentire agli analisti di collezionare ed aggregare i dati su clienti e concorrenti, dati che possono essere già presenti in azienda o provenire da nuove ricerche. È in questa fase che si svolgono le consuete ricerche di mercato, la valutazione di dati esistenti, la richiesta di informazioni ad altri reparti dell'azienda e saranno le modalità scelte per tali ricerche, quelle per l'elaborazione dei dati raccolti e lo stesso carattere "sensibile" attribuibile a tali dati a connotare l'operato svolto di un carattere di illiceità o meno alla luce delle norme poste a tutela della concorrenza.

Il successivo momento è quello dell'analisi vera e propria delle informazioni raccolte, momento in cui vengono ricercati modelli, ponderate informazioni, interpretata la storia passata allo scopo di costruire ragionevoli congetture sui possibili risultati e soprattutto su dove stiano conducendo le strategie di *marketing* dei concorrenti. Il vero potere della *marketing intelligence* risiede nell'abilità di consolidare informazioni in un'interpretazione esaustiva del mercato e delle sue dinamiche: questo richiede processi di raccolta ben strutturati, solide *partnership* con i fornitori di informazioni e robuste abilità analitiche.

Il tutto può svolgersi anche attraverso l'ausilio di società di consulenza o preposte a tale tipologia di attività che raccolgono dati di mercato di più operatori attivi nello stesso settore, li rielaborano e li "vendono" al mercato generalmente in forma aggregata. La non riconoscibilità della provenienza del dato, ovvero l'impossibilità di imputarlo ad una specifica impresa concorrente, è un connotato imprescindibile al fine di scongiurare il rischio di un illecito scambio di informazioni veicolato da una società terza preposta alla raccolta e alla rielaborazione delle informazioni. Allo stesso modo, il carattere sensibile dei dati è

un fattore di particolare importanza da valutare alla luce anche delle nuove Linee Guida dell'Unione europea circa l'applicabilità dell'art. 101 del TFUE⁷ (di cui si dirà meglio *infra*).

2. Lo scambio di informazioni nella giurisprudenza e nella prassi decisionale comunitaria e nazionale

Nella prassi decisionale lo scambio di informazioni è stato molto raramente sanzionato in quanto tale, bensì è stato spesso inteso come mezzo per facilitare un cartello su prezzi o ripartizione di mercati/clientela, quindi assorbito in questo secondo illecito.

Sul tema, la premessa essenziale è che:

a. non tutte le informazioni che le imprese si scambiano sono sensibili; è evidente che solamente con riferimento a quelle che possono incidere sui comportamenti commerciali delle imprese si pone un problema *antitrust*, giacché lo scambio di informazioni non sensibili, anche tra concorrenti diretti, sarebbe irrilevante⁸. Per questo motivo, ad esempio, lo scambio di informazioni storiche non è mai un illecito. Qui per completezza: sono storiche le informazioni che risalgono almeno all'anno precedente; tuttavia in alcuni casi, in mercati caratterizzati da una straordinaria trasparenza, il limite potrà essere dimezzato, per cui saranno storiche, quindi irrilevanti, le informazioni che risalgono almeno a sei mesi prima. Pertanto, lo *starting point* di qualsiasi analisi in tema di scambio di informazioni consisterà sempre nel determinare quando un'informazione è sensibile per il diritto della concorrenza. Sarà certamente sensibile allorquando essa induce l'impresa a prendere decisioni che altrimenti non avrebbe preso;

b. peraltro, la circolazione di informazioni sensibili tra imprese attive in un determinato settore non costituisce, necessariamente, un illecito anticoncorrenziale. La diffusione e la disponibilità di dati aventi ad oggetto le imprese che operano in un determinato mercato può avere effetti benefici stimolando e incentivando la concorrenza⁹. Le imprese possono, infatti, trarre preziosi

⁷ Comunicazione della Commissione - Linee direttrici sull'applicabilità dell'art. 101 del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea agli accordi di cooperazione orizzontale, in *Gu-Ue* n. C 11 del 14 gennaio 2011, p. 1 ss.

⁸ A titolo esemplificativo: l'impresa A, da poco installatasi in Scandinavia con un nuovo stabilimento, informa l'impresa concorrente B, che pure sta valutando se trasferire la sua azienda negli stessi Paesi, dei costi dell'energia, del personale, delle agevolazioni statali, delle infrastrutture e quant'altro. Appare difficilmente contestabile alle imprese A e B siffatto scambio di informazioni.

⁹ Nelle recenti Linee Guida (*cit. supra*, nota 7) è la stessa Commissione al par. 57 ad evidenziare che lo scambio di informazioni – tenuto fermo il parametro, che si analizzerà più approfonditamente in seguito, su disaggregazione, frequenza e natura dei dati – può portare a incrementi di efficienza attraverso, per esempio, la riduzione delle asimmetrie informative, la riduzione dei costi attraverso la diminuzione delle scorte e un diretto beneficio per i consumatori attraverso la riduzione dei c.d. «costi di ricerca».

suggerimenti per migliorare la propria efficienza economica dalla conoscenza delle attività e dei risultati dei concorrenti.

Tuttavia, tralasciando i casi di circolazione virtuosa di informazioni, com'è spesso il caso per le attività di *benchmarking*¹⁰, vero è che gli scambi di informazioni possono essere utilizzati per porre in essere condotte con effetti negativi sulla concorrenza, quali la fissazione dei prezzi o la ripartizione delle quote di mercato. In quest'ottica, proprio in quanto costituiscono strategie di collusione meno evidenti, tali tipologie di condotte sono generalmente preferite dalle imprese per la loro idoneità ad essere presentate come forme lecite di comunicazione tra operatori. La stessa giurisprudenza della Corte di giustizia ha evidenziato come il concetto di pratica concordata, nel quale rientra spesso lo scambio di informazioni tra concorrenti, implica una forma di coordinamento tra aziende che, senza giungere all'attuazione di un vero e proprio accordo, sostituisce consapevolmente una collaborazione pratica fra le stesse ai rischi propri di una sana concorrenza¹¹.

In questi casi gli scambi di informazioni, in ragione del fatto che hanno natura o effetti restrittivi della concorrenza, sono considerati incompatibili con l'art. 101 TFUE¹² e sempre più pesantemente sanzionati. È ormai pacifico che l'art. 101 TFUE trova applicazione nei casi di scambio di informazioni commerciali sensibili tra concorrenti.

Tuttavia ciò non è sufficiente, essendo necessario che si verifichino alcu-

¹⁰ Il *benchmarking*, fornendo indicazioni su medie e percentuali di un settore, volte a migliorare il rendimento e la *performance* della singola società, per portarla a livello delle migliori, permette di raggiungere efficienze; non deve mai essere inteso, tuttavia, come un modo per scambiarsi informazioni su singole imprese.

¹¹ Si vedano le sentenze della Corte di giustizia del 4 giugno 2009 in causa n. C-8/08, *T-Mobile Netherlands*, in *Raccolta*, 2009, I, p. 4529 ss., punto 26, e del 31 marzo 1993 in cause riunite n. C-89/85, n. C-104/85, n. C-114/85, n. C-116/85, n. C-117/85, da n. C-125 a n. C-129/85, *Ahlström Osakeyhtiö e. a. c. Commissione*, in *Raccolta*, 1993, I, p. 1307 ss., punto 63.

¹² Art. 101 TFUE (ex art. 81 TCE): «1. Sono incompatibili con il mercato interno e vietati tutti gli accordi tra imprese, tutte le decisioni di associazioni di imprese e tutte le pratiche concordate che possano pregiudicare il commercio tra Stati membri e che abbiano per oggetto e per effetto di impedire, restringere o falsare il gioco della concorrenza all'interno del mercato comune ed in particolare quelli consistenti nel: *a.* fissare direttamente o indirettamente i prezzi d'acquisto o di vendita ovvero altre condizioni di transazione; *b.* limitare o controllare la produzione, gli sbocchi, lo sviluppo tecnico o gli investimenti; *c.* ripartire i mercati o le fonti di approvvigionamento; *d.* applicare, nei rapporti commerciali con gli altri contraenti, condizioni dissimili per prestazioni equivalenti, così da determinare per questi ultimi uno svantaggio nella concorrenza; *e.* subordinare la conclusione di contratti all'accettazione da parte degli altri contraenti di prestazioni supplementari, che, per loro natura o secondo gli usi commerciali, non abbiano alcun nesso con l'oggetto dei contratti stessi. 2. Gli accordi o decisioni, vietati in virtù del presente articolo, sono nulli di pieno diritto. 3. Tuttavia, le disposizioni del par. 1 possono essere dichiarate inapplicabili: – a qualsiasi accordo o categoria di accordi fra imprese, – a qualsiasi decisione o categoria di decisioni di associazioni di imprese, e – a qualsiasi pratica concordata o categoria di pratiche concordate, che contribuiscano a migliorare la produzione o la distribuzione dei prodotti o a promuovere il progresso tecnico o economico, pur riservando agli utilizzatori una congrua parte dell'utile che ne deriva, ed evitando di *a.* imporre alle imprese interessate restrizioni che non siano indispensabili per raggiungere tali obiettivi; *b.* dare a tali imprese la possibilità di eliminare la concorrenza per una parte sostanziale dei prodotti di cui trattasi».

ne stringenti condizioni il cui ricorrere va puntualmente verificato caso per caso. In particolare, l'analisi del carattere anticoncorrenziale di uno scambio di informazioni «deve essere effettuata in concreto sulla base del tipo di informazioni scambiate e dei potenziali effetti anticoncorrenziali»¹³.

La trasmissione di informazioni rilevanti per la futura condotta concorrenziale delle singole imprese costituisce una pratica facilitante che favorisce il coordinamento tra società indipendenti qualora «riduca o annulli il grado di incertezza in ordine al funzionamento del mercato di cui trattasi, con conseguente restrizione della concorrenza tra le imprese»¹⁴. Le istituzioni comunitarie hanno individuato due casi nei quali gli scambi di informazioni assumono rilevanza ai fini dell'art. 101 TFUE.

A. In primo luogo, gli scambi di informazioni rilevano in quanto pratiche facilitanti la realizzazione di intese anticoncorrenziali. Più precisamente, in questo caso gli scambi di dati sono strumentali alla realizzazione di un accordo anticoncorrenziale¹⁵. La disponibilità di un ampio novero di informazioni sui dati commerciali sensibili delle imprese, con la conseguente trasparenza artificiale della struttura concorrenziale del mercato, pone le imprese stesse nella condizione di poter coordinare più facilmente la propria condotta a fini collusivi.

B. Tuttavia lo scambio di informazioni può rilevare anche come fattispecie autonoma. Gli scambi di dati sensibili in presenza di determinate condizioni costituiscono direttamente un accordo anticoncorrenziale; la circolazione e la condivisione di determinate informazioni consente infatti alle imprese partecipanti il coordinamento e l'allineamento della politica commerciale, nella forma di un tacito parallelismo, con la conseguente eliminazione di ogni incertezza circa il comportamento dei rivali nel mercato¹⁶.

Uno dei primi casi in cui il Supremo organo di giustizia comunitario ha affrontato le problematiche sottese alla pratica dello scambio di informazioni è stato quello dell'associazione professionale dei costruttori ed importatori di trattori agricoli operanti in Inghilterra. Nella celebre sentenza dei "*Trattori inglesi*"¹⁷, la Corte di giustizia enucleò i criteri di valutazione della fattispecie

¹³ Si veda, *ex multis*, TAR Lazio Roma, sez. I, 25 luglio 2006 n. 6396, *Consorzio per la tutela del formaggio gorgonzola*.

¹⁴ Sentenze della Corte di giustizia del 2 ottobre 2003 in causa n. C-194/99 P, *Thyssen Stahl c. Commissione*, in *Raccolta*, 2003, I, p. 10821 e del Tribunale di primo grado del 27 ottobre 1994 in causa n. T-35/92, *Deere c. Commissione*, in *Raccolta*, 1994, II, p. 957.

¹⁵ Si veda a titolo esemplificativo il caso italiano "*Pezzi di ricambio caldaie a gas*" in cui lo scambio di informazioni è stato considerato strumentale al controllo del rispetto degli accordi collusivi di fissazione dei prezzi e dei loro effetti sul mercato: provv. AGCM del 22 aprile 1999 n. 7115, in *Boll.*, n. 16/1999, p. 5 ss.

¹⁶ Decisione della Commissione del 17 febbraio 1992 n. 92/157/Cee relativa ad un procedimento di applicazione dell'art. 85 del Trattato Cee, *UK Agricultural Tractor Registration Exchange*, in *Guce* n. L 68 del 13 marzo 1992, p. 19.

¹⁷ Sentenza della Corte di giustizia del 28 maggio 1998 in causa n. C-7/95 P, *John Deere Ltd c.*

in esame; criteri che sono poi stati pedissequamente seguiti nelle successive pronunce¹⁸. La Corte statui che: «In un mercato oligopolistico fortemente concentrato, un accordo che preveda un sistema di scambio di informazioni tra le imprese di questo mercato riduce o annulla il grado di incertezza relativo al funzionamento del mercato e può alterare la concorrenza tra gli operatori economici in presenza di determinate caratteristiche delle informazioni scambiate, ovvero se i dati:

i. sono segreti commerciali e consentono alle imprese partecipanti all'accordo di conoscere le vendite effettuate dai loro distributori sia all'esterno sia all'interno dei confini attribuiti, così come quelle delle altre imprese concorrenti e dei loro distributori partecipanti all'accordo;

ii. sono comunicati a scadenza ravvicinata e sistematicamente e,

iii. sono divulgati tra i principali fornitori, unicamente a vantaggio di questi ultimi, ad esclusione degli altri fornitori e dei consumatori».

Riassumendo, la prassi della Commissione europea e la giurisprudenza dei giudici comunitari e nazionali nonché le nuove Linee Guida della Commissione in materia di accordi orizzontali¹⁹ – che ad oggi costituiscono la prima vera "guida" sull'applicazione dell'art. 101 del Trattato allo scambio di informazioni – hanno evidenziato alcuni elementi da prendere in considerazione ai fini della valutazione della compatibilità degli scambi di informazioni con il diritto della concorrenza.

A tal proposito rilevano:

i. *La natura delle informazioni scambiate*. Di primaria importanza è la natura delle informazioni oggetto dello scambio. Secondo il consolidato indirizzo comunitario, lo scambio di dati strategici, ossia i dati che riducono l'incertezza strategica del mercato, quali le informazioni relative alle strategie commerciali delle imprese e quindi prezzi²⁰, volumi di vendita e costi di produzione, può avere effetti negativi sulla concorrenza. Lo scambio di tali dati potrebbe infatti facilitare le imprese partecipanti a coordinare le strategie commerciali adeguandole a quanto hanno appreso grazie alle informazioni condivise. Anche la natura confidenziale delle informazioni scambiate deve essere considerata: se determinate informazioni sono conosciute solamente

Commissione, in *Raccolta*, 1998, II, p. 3111.

¹⁸ Sentenze del 23 novembre 2006 in causa n. C-238/05, *Asnef-Equifax, Servicios de Información sobre Solvencia y Crédito, SL c. Asociación de Usuarios de Servicios Bancarios* (Ausbanc), in *Raccolta*, I, 2006, p. 11125 ss.; del 4 giugno 2009 in causa n. C-8/08, *T-Mobile Netherlands*, cit. *supra*, nota 11.

¹⁹ Linee direttrici sull'applicabilità dell'art. 101 del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea, cit. *supra*, nota 7.

²⁰ Le informazioni strategiche possono essere connesse ai prezzi ovvero far riferimento a prezzi effettivi, sconti, aumenti, riduzioni, abbuoni, ovvero riguardare elenchi di clienti, costi di produzione, quantità, fatturati, vendite, capacità, qualità, progetti di *marketing*, rischi, investimenti, tecnologie e risultati di R&S.

dalle imprese partecipanti allo scambio queste, rispetto alle imprese che non vi hanno partecipato, avranno maggiori incentivi a porre in essere condotte collusive. A livello nazionale il TAR Lazio ha statuito che, sotto il profilo *anti-trust*, il carattere "sensibile" dei dati scambiati è «determinato dall'attitudine dei medesimi a rivelare le future condotte e strategie delle imprese»²¹. Nello stesso caso il Consiglio di Stato ha ulteriormente chiarito che rivestono carattere sensibile i dati inerenti «sia alle informazioni che svelavano alcune componenti ritenute cruciali e in grado di orientare i comportamenti futuri dei concorrenti, come la quantità disponibile di prodotto e la sua provenienza, sia dati altrettanto importanti necessari per monitorare i comportamenti passati e, quindi, l'osservanza alle regole di condotta concordate»; tra questi, «le informative sugli esiti delle gare, sugli erogati ai singoli clienti, sulle relative quote di mercato, sul rispetto delle quote nella fornitura ai clienti condivisi». Peraltro, «la possibilità di acquisire altrove le informazioni scambiate non comporta di per sé la liceità dello scambio», in quanto «la capacità di reperire autonomamente informazioni non priva del carattere di illiceità un sistema organizzato di scambio, tenuto conto che nel primo caso le informazioni avrebbero un carattere tardivo, limitato e privo della periodicità che caratterizza le informazioni fornite dal sistema organizzato». In effetti, sottolinea il Consiglio di Stato, «l'organizzazione di uno scambio di informazioni consente ai partecipanti di venire a conoscenza di tali informazioni in un modo più semplice, rapido e diretto che mediante il mercato, creando per di più un clima di mutua sicurezza relativamente alle future politiche commerciali dei concorrenti, incompatibile con i principi della concorrenza»²².

ii. *La copertura del mercato*. L'effetto restrittivo della concorrenza che si realizza attraverso uno scambio di informazioni strategiche avviene solo se le imprese che lo pongono in essere coprono una parte sufficientemente grande del mercato rilevante. Il parametro di riferimento muterà di caso in caso non potendosi stabilire in via definitiva ed astratta che cosa costituisca una «parte sufficientemente grande del mercato rilevante».

iii. *I dati aggregati*. Effetti lesivi per la concorrenza di un dato mercato rilevante sono generalmente²³ esclusi qualora lo scambio di informazioni abbia ad oggetto i c.d. dati aggregati, ovvero quelli per i quali il riconoscimento

²¹ TAR Lazio Roma, 27 febbraio 2007, n. 1746, *Rifornimenti aeroportuali*.

²² Consiglio di Stato, sez. VI, 20 febbraio 2008, n. 595, *Rifornimenti aeroportuali*.

²³ Non è tuttavia possibile escludere che anche lo scambio di dati aggregati possa agevolare esiti collusivi in mercati con caratteristiche particolari. In particolare, i membri di un oligopolio molto rigido e stabile che si scambiano dati aggregati potrebbero automaticamente supporre, notando un prezzo di mercato inferiore a un certo livello, che qualcuno abbia deviato dalla situazione collusiva, producendo una ritorsione che interessi tutto il mercato. In altri termini, per mantenere stabile la collusione, le imprese non hanno sempre bisogno di sapere quale impresa è responsabile della deviazione; talvolta può essere sufficiente sapere che «qualcuno» si è discostato dalla condotta concordata.

delle informazioni individualizzate a livello della singola impresa è sufficientemente disagiata. Al contrario, lo scambio di dati individualizzati promuove l'intesa sul mercato e le strategie di ritorsione consentono alle imprese che praticano il coordinamento di monitorare coloro che deviano dal comportamento concordato o i nuovi concorrenti.

iv. Aspetti temporali relativi alle informazioni scambiate. Il momento nel quale avviene la circolazione delle informazioni deve essere ugualmente vagliato. Assumono pertanto rilevanza la frequenza con cui l'informazione viene scambiata e il periodo di riferimento dello scambio²⁴. Più recenti sono le informazioni e maggiore è la frequenza con la quale sono scambiate, maggiore sarà anche il rischio di condotte collusive²⁵.

v. Il livello di diffusione delle informazioni scambiate. È stato posto l'accento anche sulla diffusione dei dati tra tutti i concorrenti e a vantaggio anche degli utilizzatori/consumatori²⁶. Nella maggior parte dei casi in cui la Commissione ha punito lo scambio di informazioni, tale scambio era limitato solo a un certo numero di fornitori, in capo ai quali si determinava un vantaggio competitivo nei confronti dei concorrenti e degli acquirenti. In casi di questo genere la Commissione non ha potuto ritenere che lo scambio potesse avere effetti positivi sul mercato, contribuendo alla complessiva trasparenza dello stesso²⁷. Una tale pratica è stata ritenuta dalla Commissione avere un effetto

²⁴ Generalmente lo scambio di dati relativi a strategie commerciali che risalgono ad almeno un anno prima non desta obiezioni, al contrario di quelli su condotte in corso o future.

²⁵ Si vedano a tal proposito le Linee direttrici sugli accordi orizzontali, *cit. supra*, nota 7, par. 90: «Età dei dati - È improbabile che lo scambio di dati storici porti ad un esito collusivo, perché è improbabile che esso sia indicativo del futuro comportamento dei concorrenti o che determini un'intesa sul mercato (La raccolta di dati storici può essere utilizzata anche per trasmettere il contributo di un'associazione di settore ad un riesame di una politica pubblica o all'analisi di tale riesame.). È inoltre improbabile che lo scambio di dati storici possa facilitare il monitoraggio delle deviazioni, poiché tanto più vecchi sono i dati, tanto minore è la loro utilità per un'individuazione tempestiva delle deviazioni e, di conseguenza, per una minaccia credibile di una rapida rappresaglia (Ad esempio, in casi esaminati in passato la Commissione ha considerato lo scambio di dati individuali avvenuto più di un anno prima come storico e privo di effetti restrittivi sulla concorrenza ai sensi dell'art. 101, par. 1, mentre le informazioni risalenti a meno di un anno prima sono state considerate recenti; decisione della Commissione nel caso IV/31.370, *UK Agricultural Tractor Registration Exchange*, punto 50; decisione della Commissione nel caso IV/36.069, *Wirtschaftsvereinigung Stahl* (Guce n. L 1 del 3 gennaio 1998, p. 10, punto 17.). Non esiste una soglia predeterminata, passata la quale i dati diventano storici, cioè abbastanza vecchi da non rappresentare più un rischio in termini di concorrenza. Il fatto che i dati siano effettivamente storici dipende dalle caratteristiche specifiche del mercato rilevante, in particolare dalla frequenza delle rinegoziazioni dei prezzi. I dati possono ad esempio essere considerati storici se risalgono ad un periodo corrispondente varie volte alla durata media dei contratti nell'industria, se tali contratti sono indicativi delle rinegoziazioni dei prezzi (...)). La soglia oltre la quale i dati diventano storici dipende anche dal tipo e dall'aggregazione dei dati, dalla frequenza degli scambi e dalle caratteristiche del mercato rilevante (per esempio, dalla sua stabilità e trasparenza).

²⁶ Sentenza del Tribunale di primo grado del 27 ottobre 1994 in causa n. T-35/92, *Deere c. Commissione*, *cit. supra*, nota 14.

²⁷ Decisione della Commissione delle Comunità europee nel caso *Steel Beams*, in Guce n. L 116 del 6 maggio 1994, p. 1 ss. Il Tribunale di primo grado, nello stesso caso, ha precisato che non può contribuire alla trasparenza del mercato - e ai correlati effetti pro-competitivi - un sistema di scambio di informazioni la cui circolazione è limitata ai produttori parte dell'accordo con esclusio-

di barriera all'entrata nel mercato di nuovi concorrenti, dal momento che solo i partecipanti allo scambio potevano avere accesso ad informazioni dettagliate e accurate sul mercato²⁸.

vi. Il contesto economico di riferimento. È soprattutto la struttura concorrenziale del mercato nel quale le informazioni sono scambiate ad essere di cruciale importanza al fine di accertare se tali condotte costituiscano o meno un illecito concorrenziale²⁹. La distinzione fondamentale è tra un mercato genuinamente concorrenziale e un mercato oligopolistico altamente concentrato. Nella prima situazione la trasparenza, quale conseguenza degli scambi di informazioni, può avere effetti virtuosi e quindi intensificare la concorrenza tra le imprese. Ma nella seconda situazione nella quale il mercato già soffre di una accentuata riduzione della concorrenza, gli scambi di informazioni possono restringere in modo ulteriore la concorrenza tra le imprese. Quindi per riassumere, maggiore è il livello di concentrazione esistente nel mercato, maggiore è il rischio che lo scambio di informazioni debba considerarsi vietato dall'art. 101 TFUE.

vii. Informazioni pubbliche. Generalmente è poco plausibile che gli scambi di informazioni effettivamente pubbliche originino forme di collusione e cooperazione tra aziende. Le informazioni c.d. pubbliche sono dati che sono in genere facilmente accessibili per tutti i concorrenti e i consumatori e ciò in termini di costi di accesso. Perché le informazioni siano effettivamente pubbliche, non dovrebbe essere più costoso ottenerle per i clienti e le imprese che non partecipano al sistema dello scambio di dati rispetto alle imprese che vi partecipano. Detto ciò è intuitivo sostenere che solitamente i concorrenti non scelgono di scambiare dati che possono reperire sul mercato con facilità ed è per tale ragione che gli scambi di informazioni effettivamente pubbliche risultano, nella pratica, poco frequenti, nonché poco utili. Inoltre, anche se i dati scambiati tra concorrenti sono, secondo un'accezione corrente, di «dominio pubblico», non si tratta di dati effettivamente pubblici se i costi necessari per raccogliergli scoraggiano altre imprese ed altri clienti dall'agire in tal senso. La Commissione nelle Linee Guida ha recentemente specificato che la possibilità di raccogliere le informazioni sul mercato, ad esempio ottenendole dai clienti, non comporta necessariamente che tali informazioni siano dati di

ne dei clienti e dei consumatori.

²⁸ Sentenza del Tribunale di primo grado del 27 ottobre 1994 in causa n. T-35/92, *Deere c. Commissione*, cit. *supra*, nota 14.

²⁹ AGCM, RC Auto, provv. n. 8546 del 28 luglio 2000, in *Boll.*, n. 30/2000, con successive vicende giurisdizionali. Quanto al contesto di mercato in cui si realizza lo scambio di informazioni, in questo caso, l'Autorità, pur non avendo riscontrato puntuali e inequivocabili allineamenti dei prezzi praticati dalle imprese di assicurazione ai clienti finali e benché il mercato si caratterizzasse per la presenza di numerose imprese, ha censurato, in via autonoma, lo scambio di informazioni su variabili strategiche quale strumento atto a consentire a dette imprese di coordinare rapidamente i comportamenti da tenere sul mercato. Prima di allora, la rilevanza anticompetitiva degli scambi di informazioni era stata accertata solo nell'ambito di mercati oligopolistici.

mercato facilmente accessibili ai concorrenti. Anche se i dati sono disponibili al pubblico – sotto forma per esempio, di informazioni pubblicate dalle autorità di regolamentazione – l'esistenza di un ulteriore scambio di informazioni da parte dei concorrenti può avere effetti restrittivi sulla concorrenza, se contribuisce ulteriormente a ridurre l'incertezza strategica sul mercato. In questo caso, le informazioni incrementali potrebbero essere determinanti per sbilanciare la situazione del mercato verso un esito collusivo.

Concludendo, in presenza di un sistematico scambio di informazioni tra imprese, in relazione alle quali vi sono ragionevoli indizi di una pratica concordata anticoncorrenziale, vi è una presunzione di illiceità; graverà sulle imprese indagate l'onere probatorio di una diversa spiegazione lecita delle loro condotte³⁰.

È stata inoltre confermata la correttezza dell'approccio inteso a fondare il giudizio di illiceità dello scambio «sulle caratteristiche delle informazioni scambiate e sugli effetti potenzialmente anticoncorrenziali» piuttosto che subordinarlo «ad un determinato grado di concentrazione del mercato»³¹. In particolare, si è statuito che gli scambi di informazioni tra concorrenti si prestano, al ricorrere di determinate condizioni, ad essere censurati come autonoma infrazione, anche in assenza di una più ampia collusione e a prescindere dal grado di concentrazione del mercato interessato, giungendo ad affermare che «il solo fatto di scambiare con concorrenti informazioni basta a manifestare l'esistenza di uno spirito anticoncorrenziale»³². Pertanto, al fine di verificare l'anticompetitività per sé degli scambi di informazioni, occorre considerare il carattere sensibile dei dati scambiati, il loro livello di aggregazione, il loro grado di attualità e la frequenza degli scambi, nell'ottica di verificare l'attitudine di tali dati a svelare la strategia dei concorrenti³³.

La dottrina appare piuttosto critica ed evidenzia come tale evoluzione della prassi nazionale si discosti dall'esperienza comunitaria alla luce della quale l'illiceità in sé dello scambio di informazioni può sussistere soltanto in contesti di mercato oligopolistici e fortemente concentrati. Altri ritengono che tale orientamento dell'Autorità non debba necessariamente essere letto come la scelta di disconoscere la rilevanza della struttura dei mercati ai fini dell'accertamento dell'illiceità dello scambio, quanto piuttosto come espressione della volontà di assimilare, in presenza di tali fattispecie, ai mercati oligopolistici anche quei mercati concorrenziali in cui il grado di competitività risulta

³⁰ Consiglio di Stato, sez. VI, 23 giugno 2006, n. 4017, *Anfima*, nonché TAR Lazio Roma, 27 febbraio 2007, n. 1746, *Rifornimenti aeroportuali*, cit. *supra*, nota 21.

³¹ Consiglio di Stato, sez. VI, 23 aprile 2002, n. 2199, *Rc Auto* ed in ultimo Consiglio di Stato, sez. VI, 29 dicembre 2010, n. 9565/2010.

³² Si veda *supra*, nota 31.

³³ Consiglio di Stato, sez. VI, 23 aprile 2002, n. 2199, *Rc Auto*, e TAR Lazio Roma, sez. I, 8 agosto 2005, n. 6088, *IAMA*.

ridotto in ragione dell'elevato livello di regolamentazione ovvero di altre caratteristiche di tipo economico e giuridico³⁴.

Detto ciò è opportuno sottolineare come le Autorità nazionali e comunitarie preposte alla tutela della concorrenza abbiano sempre rivolto particolare attenzione ai sistemi di scambio delle informazioni tra imprese, attuati anche nell'ambito di associazioni di categoria, sanzionando i comportamenti paralleli adottati dalle imprese grazie allo scambio di informazioni. In quest'ottica, uno scambio di informazioni avente ad oggetto informazioni e dati la cui disponibilità comune permette di prevedere e conoscere la politica commerciale dei concorrenti, eliminando del tutto o anche semplicemente attenuando l'incertezza connaturata all'attività di impresa svolta in un pieno regime concorrenziale, rischia di sollevare importanti criticità sotto il profilo *antitrust*. Secondo una costante giurisprudenza comunitaria infatti le singole imprese devono determinare nella piena indipendenza le condotte che intendono adottare sul mercato così come le condizioni offerte ai potenziali clienti.

3. Focus: il carattere sensibile delle informazioni. Dalla decisione dell'AGCM sul caso *Iama* alla recente pronuncia del Consiglio di Stato, passando per il TAR

Per quanto attiene all'ultimo dei parametri sopra analizzato, ovvero quello relativo al carattere pubblico dei dati scambiati, è interessante ripercorrere la vicenda che ha visto protagonisti AGCM, TAR e Consiglio di Stato nel dibattito che ha caratterizzato il caso *Iama Consulting*³⁵. Partendo dal principio, l'AGCM al termine dell'istruttoria condotta nel 2004 riscontrò l'esistenza, in violazione dell'art. 2, comma 2, della legge n. 287/90, di un'intesa orizzontale, nella forma di una pratica concordata, in capo ad un gruppo di imprese assicurative che avevano acquistato da una società una banca dati avente ad oggetto prodotti assicurativi vita ed un servizio di consulenza concernente prodotti assicurativi vita e previdenza.

L'Autorità decise di avviare un procedimento istruttorio a seguito di due comunicazioni volontarie effettuate da Riunione Adriatica di Sicurtà SpA (RAS) e da Assicurazioni Generali (Generali), Generali Vita SpA (Generali Vita), Alleanza Assicurazioni SpA (Alleanza) e Ina Vita SpA (Ina). L'AGCM focalizzò fin da subito la propria attenzione sulle comunicazioni che avevano ad oggetto l'acquisto di una banca dati, la Aequos, riguardante i prodotti assicurativi vita e previdenziali, forniti dalla società di consulenza Iama Consulting Srl

³⁴ P. MARCHETTI - L. C. UBERTAZZI, *Commentario breve alle leggi su proprietà intellettuale e concorrenza*, Padova, Cedam, 2007, p. 2756.

³⁵ Si veda *supra*, nota 6.

(Iama). Nello specifico, mediante la banca dati, le compagnie di assicurazione venivano a conoscenza di tutte le voci relative alle caratteristiche dei diversi prodotti assicurativi generalmente forniti dalle imprese ai consumatori.

L'Autorità, nel provvedimento finale, evidenziò che le informazioni immesse nel *data base* Aequos, anziché essere reperite dalla società di consulenza direttamente sul mercato, come dichiarato dalle parti, venivano fornite a Iama dalle imprese coinvolte e, una volta rielaborate, venivano messe a disposizione da Iama stessa alle imprese acquirenti.

Secondo l'AGCM la banca dati in questione possedeva un valore aggiunto rispetto alla ricerca diretta dei medesimi dati sul mercato da parte delle singole imprese, era destinata alle sole imprese di assicurazione ed inoltre i consumatori non erano in grado di apprezzare le informazioni contenute nel *data base* al fine di effettuare una debita comparazione tra prodotti assicurativi concorrenti. Sulla base della documentazione acquisita nel corso del procedimento l'AGCM concluse che costituivano una pratica concordata restrittiva della concorrenza i comportamenti posti in essere dalle compagnie di assicurazione indagate diretti a uno scambio sistematico di informazioni commerciali, attuato mediante la condivisione di un *data base*, per il tramite di una società di consulenza terza.

Il suddetto scambio di dati, sotteso al *data base* condiviso, si inseriva in un mercato caratterizzato da ridotti incentivi a competere a causa delle asimmetrie informative che da sempre contraddistinguono il mercato assicurativo e che impediscono ai consumatori di effettuare puntuali confronti concorrenziali tra i diversi prodotti offerti dai singoli operatori. Aequos era stato così ritenuto in grado di accrescere la trasparenza del mercato veicolando la conoscenza delle condizioni di offerta unicamente a vantaggio di quelle imprese assicuratrici che ne beneficiavano.

Ciò nonostante, in ragione della qualità delle informazioni scambiate e, in particolare, del fatto che si trattava di informazioni pubbliche e che lo scambio non era associato a incontri e discussioni tra rappresentanti delle compagnie di assicurazione coinvolte, l'Autorità ritenne la violazione non particolarmente grave e, pur vietando l'intesa, deliberò, con magnanimità, di non comminare alcuna sanzione.

Tuttavia, la decisione fu comunque impugnata; con sentenza n. 6088 del 2005, il TAR Lazio annullò il provvedimento finale dell'Autorità. Il Tribunale attribuì natura pubblica ai dati che le parti si erano impegnate a scambiare facendone discendere il carattere non sensibile degli stessi e quindi la loro valenza neutra sul piano della tutela della concorrenza. Si era, inoltre, assegnato un ruolo preminente alle indagini di mercato che costituiscono fattori di esperienza e conoscenza molto importanti per l'efficienza delle imprese sui mercati tanto nazionali quanto internazionali.

Queste ultime non erano intese come suscettibili di compromettere il gio-

co concorrenziale all'interno di un dato mercato ma rappresentavano validi strumenti competitivi per le imprese, diffusi e utilizzati in svariati settori economici. La sentenza del TAR aveva attribuito all'operato di Iama Consulting un ruolo legittimo rilevando che due sono gli elementi che valgono ad escludere il carattere anticoncorrenziale della pratica accertata dall'Autorità: *i.* il carattere pubblico dei dati materia di scambio e, *ii.* l'inidoneità di tali dati a svelare le strategie dei concorrenti.

In particolare, sotto il primo profilo, le informazioni sui prezzi e sulle condizioni contrattuali contenute in Aequos erano raccolte da fonte resa pubblica dalle compagnie. Per il Tribunale amministrativo quando i dati sono pubblici (benché non anche di «pubblico dominio» e cioè accessibili con rapidità e senza oneri dai consumatori) lo scambio degli stessi non può essere considerato illecito. Peraltro, ciascuna impresa attiva nel settore aveva a disposizione svariate modalità per reperire dati pubblici con tempestività ed ampiezza, come l'utilizzo di un osservatorio (ad esempio il sistema Iama). Si trattava di una scelta di pura razionalità economica che mirava al contenimento dei costi e che non poteva di per sé essere considerata illecita.

In ultimo il TAR non mancò d'evidenziare come i dati scambiati non intaccassero in alcun modo l'incertezza di ciascun operatore sui prossimi comportamenti della concorrenza, in quanto fornivano solo indicazioni sulle rispettive posizioni di mercato delle imprese assicurative. Le considerazioni su esposte condussero il TAR a ritenere che la fattispecie in esame non integrasse un'intesa dall'oggetto lesivo della libertà di concorrenza.

Nondimeno, la vicenda si conclude con un colpo di scena: la sentenza del TAR è stata del tutto disattesa dalla successiva pronuncia del Consiglio di Stato («sentenza»). Nello specifico il Consiglio di Stato, ritornando sulle orme tracciate dell'Autorità, ha ritenuto fuorviante l'assimilazione tra dati pubblici – come tali astrattamente rinvenibili sul mercato a prescindere dall'apporto collaborativo delle singole imprese cui gli stessi specificamente si riferiscono – e i dati di dominio pubblico, e cioè di elementi conoscitivi acquisibili senza particolari oneri o sforzi aggiuntivi da parte di ciascun operatore economico.

Il Consiglio di Stato ha per prima cosa evidenziato l'importanza del valore aggiunto e riservato del servizio fornito da Iama Consulting sottolineando la valenza addizionale dei dati conoscitivi acquisibili attraverso la banca dati Aequos. Quest'ultima, tuttavia, effettuava anche un'attività di controllo e monitoraggio sulle suddette informazioni, che se pur di natura pubblica, sul piano della loro astratta conoscibilità non erano altrimenti acquisibili autonomamente dalle imprese, se non a costi maggiori e con minor efficienza sul piano della completezza e della regolarità delle informazioni.

Pertanto, il dispositivo predisposto dalle imprese assicuratrici garantiva loro un flusso costante e sempre aggiornato, non anonimo, di informazioni sulle tariffe e sulle altre condizioni di contratto praticate dai diversi operatori econo-

mici del settore. Per il Consiglio la pretesa natura pubblica dei dati scambiati (conseguente agli obblighi informativi legali) non era idonea a rendere irrilevante un'intesa che, come lo strumento operativo prescelto dimostra, era volta a scambiare con continuità temporale e con diffusività informazioni sensibili proprio perché direttamente incidenti sulla concorrenza e sulla strategia commerciale di ciascun operatore, per loro natura altrimenti reperibili sul mercato solo con costi aggiuntivi e con maggiori margini di incertezza.

Il Consiglio di Stato ha concluso statuendo che il carattere asseritamente "pubblico" dei dati scambiati con la banca dati Aequos non poteva in alcun modo assurgere a scriminante dell'illiceità della pratica concordata perché quei dati – anche a volerli qualificare "pubblici" in quanto correlati ad un obbligo informativo delle imprese assicuratrici – non erano facilmente rinvenibili sul mercato nelle stesse forme e con le stesse modalità consentite dalla condivisione del *data base* in questione e cioè in modo completo, aggregato, periodico e comparato.

La sentenza lascia aperta la strada a riflessione anche sull'operato di società di consulenza che si occupano di raccogliere e rielaborare le informazioni per poi ritrasmetterle sotto forma di studi, relazioni e analisi di settore agli stessi operatori. Da qui l'esigenza di prefigurare nel paragrafo successivo i possibili scenari che sarà possibile incontrare nei futuri procedimenti dell'Autorità.

4. Gli scenari futuri alla luce della giurisprudenza del Consiglio di Stato

Sebbene non innovativa, la recente sentenza del Consiglio di Stato consiglierà un ritorno verso un approccio più tradizionale e più rigoroso di quello che si stava recentemente delineando in tema di scambio di informazioni. Vi sono molte società (di consulenza o altro) il cui oggetto sociale consiste nel raccogliere dati commercialmente sensibili, elaborarli per poi (ri)venderli a tutti coloro che sono interessati); la sentenza citata, sebbene si trattasse di una società terza che non era autonoma dalle parti, fa sorgere qualche dubbio circa la criticità per il diritto *antitrust* di quest'attività, laddove si raccolgono ed elaborano, per essere rivenduti su base disaggregata, dati sulle politiche e strategie commerciali/imprenditoriali di imprese concorrenti che, altrimenti riservati e non conoscibili, permettono alle imprese di perfezionare e meglio calibrare le loro strategie commerciali.

Vi è ragionevole motivo di reputare che, anche alla stregua della citata recente giurisprudenza, la rivendita alle stesse imprese che li hanno forniti di dati rielaborati, su base disaggregata e su imprese individualizzate sia censurabile e, pertanto, non dovrebbe più essere praticata, se fin qui lo fosse stato, dalle società terze nel prossimo futuro. Più in generale, queste ultime dovran-

no identificare livelli minimi di aggregazione per assicurarsi e assicurare ai loro clienti la necessaria sicurezza giuridica. Per esempio: si potranno fornire all'impresa acquirente dati sensibili sulle imprese concorrenti, in mercati atomizzati, (dove i primi 5 *player* hanno una quota di mercato aggregata < 70%), a condizione che questi siano raggruppati per 3 o più concorrenti, senza che sia possibile risalire all'identificazione degli stessi.

Ciò posto in via di massima cautela, l'acquisto di siffatte informazioni da parte dell'impresa non dominante difficilmente potrà prestarsi a censure in sede di sindacato *antitrust*.

Diverso appare il caso in cui i dati siano stati raccolti dall'impresa terza, per giunta dietro pagamento, presso società diverse da quelle che sono poi interessate dallo scambio: ad esempio, si raccolgono dati presso un distributore per poi rivenderli, rielaborati e disaggregati, ai singoli fornitori che desiderano conoscere in tempo reale le quote di mercato dei concorrenti. Qui appare davvero difficile ipotizzare un illecito *antitrust*, anche in considerazione del fatto che il fornitore – i cui dati sono scambiati (*rectius*: compravenduti) – è totalmente estraneo alla concreta fruizione di tali dati. Qui si dovrebbe teorizzare l'illecito *antitrust* per i partecipanti ad un'intesa, tra loro non concorrenti, che ha per oggetto la cessione di informazioni sensibili, lecitamente ottenute, di un terzo. Sennonché, *de jure condito*, ciò non è prospettabile.

5. La vendita di informazioni da parte di una società che opera con più imprese tra loro concorrenti

Resta poi eventualmente da valutare, per completezza, la liceità della vendita diretta di informazioni da parte di una società che opera con più imprese tra loro concorrenti. Si pensi al supermercato che vende ad un fornitore, dietro compenso, dati sull'andamento di vendita dei fornitori concorrenti di un dato prodotto, presso singoli canali distributivi. Talvolta questi accordi comportano anche un vincolo d'esclusiva a favore di chi compra le informazioni.

Queste informazioni, proprio perché limitate ad una catena distributiva, sono spesso molto ambite dal fornitore in quanto permettono, grazie anche alla registrazione dei prodotti mediante codice a barre alle casse, una fotografia quotidiana dell'andamento delle vendite delle singole imprese; quindi un fornitore può conoscere in tempo reale le quote di mercato sue e quelle dei concorrenti in relazione ad un dato prodotto, in un determinato mercato.

Per quanto affermato *supra*, se lo scambio avviene attraverso una società terza, si è nella c.d. *market intelligence*, non ricadendo nell'illecito *antitrust*. Apparirebbe incoerente, pertanto, argomentare per la loro illiceità per il semplice fatto che qui chi guadagna dalla cessione delle informazioni sia il distributore, anziché le società di raccolta dati (come IRI o Nielsen), fermo restan-

do che i secondi, a differenza dei primi, spesso rielaborano dati.

Tuttavia, nell'assenza di precedenti, si reputa che tali esercizi siano sempre di difficile lettura, meritando grandissima attenzione da parte delle imprese. In linea di massima, parrebbe possibile, per un'impresa dominante, cadere nelle maglie dell'Autorità *antitrust*, essendo palese che, grazie all'acquisto di informazioni sensibili sulle *performance* dei concorrenti più piccoli, il dominante può valutare con attenzione l'andamento del mercato e adottare per tempo le contromisure che gli permetteranno di consolidare la sua posizione o di estromettere il nuovo concorrente entrante. È appena il caso di precisare che in presenza di tali politiche e comportamenti, anche l'acquisto di informazioni potrà facilmente venire contestato al dominante.

Viceversa, per le imprese più piccole, l'acquisto di dati potrebbe, se sindacato, essere inteso nella sua valenza pro-competitiva, come un mezzo per affermarsi sul mercato, contrastando altre imprese che godono di quote di mercato più significative.

Infine, per i distributori, converrebbe vendere siffatte informazioni senza mai legarsi da alcun vincolo d'esclusiva con il fornitore: chi le vuole potrà comprarle dietro corrispettivo.

La materia dello scambio di informazioni è recentemente tornata di grande attualità: c'è da sperare che nuove e più articolate decisioni delle Autorità di concorrenza aiutino le imprese, contribuendo ad assicurare un maggior livello di certezza giuridica.

Gianluca Belotti*

Eugenia Gambarara**

* Socio di Competition e EU Law a Hogan Lovells - Roma.

** Avvocato a Hogan Lovells - Roma.

ATTI DELLE ISTITUZIONI EUROPEE

IL 1° GENNAIO 2012 ENTRERÀ IN VIGORE IL REGOLAMENTO SU COMPOSIZIONE ED ETICHETTATURA DEI PRODOTTI ALIMENTARI PER CELIACI

Regolamento (Ce) n. 41/2009 della Commissione, del 20 gennaio 2009, relativo alla composizione e all'etichettatura dei prodotti alimentari adatti alle persone intolleranti al glutine*

La Commissione delle Comunità europee,
visto il Trattato che istituisce la Comunità europea,
vista la direttiva n. 89/398/Cee del Consiglio, del 3 maggio 1989, relativa al ravvicinamento delle legislazioni degli Stati membri concernenti i prodotti alimentari destinati ad un'alimentazione particolare¹, in particolare l'art. 2, par. 3 e l'art. 4, lett. a.,
considerando quanto segue:

1. La direttiva n. 89/398/Cee riguarda i prodotti alimentari destinati ad un'alimentazione particolare che, per la loro particolare composizione o per il particolare processo di fabbricazione, sono destinati a rispondere alle esigenze nutrizionali particolari di gruppi specifici della popolazione. Le persone affette da celiachia soffrono di intolleranza permanente al glutine e rappresentano dunque uno dei gruppi specifici della popolazione di cui sopra.

2. L'industria alimentare ha elaborato una gamma di prodotti presentati (*recitius*: presentati *n.d.r.*) come «senza glutine» o con termini equivalenti. Le differenze tra le disposizioni nazionali riguardo alle condizioni per l'uso di tali designazioni dei prodotti possono ostacolare la libera circolazione dei prodotti stessi e non garantiscono lo stesso elevato livello di protezione per i consumatori. A fini di chiarezza, e per evitare di confondere i consumatori con diversi tipi di designazioni dei prodotti a livello nazionale, è opportuno disciplinare sul piano comunitario le condizioni per

* *Gu-Ue* n. L 16 del 21 gennaio 2009, p. 3 ss. In argomento v. *infra*, p. 547 ss., la nota di FAUSTO CAPELLI.

¹ *Guce* n. L 186 del 30 giugno 1989, p. 27.

l'utilizzo dei termini relativi all'assenza di glutine.

3. È scientificamente appurato che il frumento (ovvero tutte le specie di *Triticum*, come il frumento duro, la spelta e il kamut), la segale e l'orzo sono cereali contenenti glutine. Il glutine presente in tali cereali può provocare effetti negativi per la salute delle persone intolleranti al glutine che devono quindi evitare ogni contatto con esso.

4. L'estrazione del glutine dai cereali che lo contengono presenta notevoli difficoltà tecniche e vincoli economici e rende difficoltosa la fabbricazione di prodotti alimentari totalmente privi di glutine. Per questo motivo numerosi prodotti alimentari presenti sul mercato e destinati a tale particolare obiettivo nutrizionale possono contenere tracce residue di glutine.

5. La maggior parte, ma non la totalità, delle persone intolleranti al glutine può inserire l'avena nella propria dieta senza effetti negativi per la salute. Si tratta comunque di una questione ancora oggetto di studi e ricerche da parte della comunità scientifica. Uno tra i principali fattori che danno adito a preoccupazione, tuttavia, è l'eventualità che l'avena possa essere contaminata da frumento, segale od orzo durante la raccolta, il trasporto, la conservazione e la lavorazione dei cereali. Pertanto nel quadro dell'etichettatura dei prodotti in questione è opportuno tenere conto del rischio di una contaminazione da glutine nei prodotti contenenti avena.

6. Alcune persone intolleranti al glutine possono tollerare piccole quantità di glutine, che variano, entro certi limiti, da persona a persona. Per consentire a chiunque di reperire sul mercato una varietà di prodotti alimentari adatti alle proprie esigenze e al proprio livello di sensibilità al glutine occorre garantire la disponibilità di prodotti con diversi livelli ridotti di glutine, sempre entro i limiti suddetti. È però fondamentale che i diversi prodotti siano correttamente etichettati per garantirne un corretto utilizzo da parte delle persone intolleranti al glutine, e che gli Stati membri organizzino campagne d'informazione a riguardo.

7. L'etichettatura dei prodotti alimentari destinati ad un'alimentazione particolare, espressamente formulati, elaborati o preparati per soddisfare le esigenze dietetiche delle persone intolleranti al glutine e commercializzati come tali deve recare la menzione «con contenuto di glutine molto basso» o «senza glutine» conformemente alle disposizioni stabilite dal presente regolamento. Tali disposizioni possono essere attuate utilizzando prodotti alimentari espressamente processati per ridurre il tenore di glutine di uno o più ingredienti contenenti glutine e/o prodotti alimentari nei quali gli ingredienti contenenti glutine siano stati sostituiti da altri ingredienti che ne sono naturalmente privi.

8. L'art. 2, par. 3, della direttiva n. 89/398/Cee prevede la possibilità, per i prodotti alimentari di consumo corrente adatti ad un'alimentazione particolare, di menzionare tale proprietà. Di conseguenza occorre autorizzare che un alimento normale, adatto ad essere inserito in una dieta senza glutine in quanto privo di ingredienti derivati da cereali o avena contenenti glutine, possa avere un'etichettatura indicante l'assenza di glutine. La direttiva n. 2000/13/Ce del Parlamento europeo e del Consiglio, del 20 marzo 2000, relativa al ravvicinamento delle legislazioni degli Stati membri concernenti l'etichettatura e la presentazione dei prodotti alimentari, nonché la relativa pubblicità², stabilisce che tali menzioni non devono indurre in errore il consumatore suggeren-

² *Guce* n. L 109 del 6 maggio 2000, p. 29.

do che il prodotto alimentare possiede caratteristiche particolari, quando di fatto tutti i prodotti alimentari analoghi possiedono le stesse caratteristiche.

9. La direttiva n. 2006/141/Ce della Commissione, del 22 dicembre 2006, riguardante gli alimenti per lattanti e gli alimenti di proseguimento e recante abrogazione della direttiva n. 1999/21/Ce³ vieta l'utilizzo di ingredienti contenenti glutine nella fabbricazione di tali prodotti alimentari. Pertanto occorre vietare il ricorso alle menzioni «con contenuto di glutine molto basso» o «senza glutine» nell'etichettatura di tali prodotti, poiché a norma del presente regolamento tale etichettatura va utilizzata per indicare un contenuto di glutine non superiore, rispettivamente a 100 mg/kg e 20 mg/kg.

10. La direttiva n. 2006/125/Ce della Commissione, del 5 dicembre 2006, sugli alimenti a base di cereali e gli altri alimenti destinati ai lattanti e ai bambini⁴, impone di indicare la presenza o l'assenza di glutine qualora il prodotto sia destinato a bambini di età inferiore a sei mesi. L'assenza di glutine in detti prodotti deve essere indicata conformemente alle disposizioni del presente regolamento.

11. La norma del Codex sugli alimenti per diete destinate alle persone intolleranti al glutine è stata adottata nel corso della 31^a sessione della commissione del Codex alimentarius nel luglio 2008⁵, al fine di permettere a tali persone di reperire sul mercato una varietà di prodotti alimentari adatti alle loro esigenze ed al proprio grado di sensibilità al glutine. Ai fini del presente regolamento è opportuno tenere adeguatamente conto di detta norma.

12. Per consentire agli operatori economici di adattare il loro processo di produzione, la data di entrata in vigore del presente regolamento deve tenere conto del periodo di transizione necessario. Tuttavia i prodotti che alla data d'entrata in vigore del presente regolamento sono già conformi alle sue disposizioni possono essere commercializzati nella Comunità a decorrere dalla data d'entrata in vigore del regolamento stesso.

13. Le misure di cui al presente regolamento sono conformi al parere del comitato permanente per la catena alimentare e la salute degli animali,

ha adottato il presente regolamento:

Articolo 1 - Campo d'applicazione

Il presente regolamento è applicabile ai prodotti alimentari esclusi gli alimenti per lattanti e gli alimenti di proseguimento contemplati dalla direttiva n. 2006/141/Ce.

Articolo 2 - Definizioni

Ai fini del presente regolamento si intende per:

a. «prodotti alimentari per persone intolleranti al glutine», gli alimenti destinati a diete particolari specialmente, prodotti, preparati e/o lavorati per soddisfare le esigenze dietetiche specifiche delle persone intolleranti al glutine;

b. «glutine», frazione proteica del frumento, della segale, dell'orzo, dell'avena o

³ Gu-Ue n. L 401 del 30 dicembre 2006, p. 1.

⁴ Gu-Ue n. L 339 del 6 dicembre 2006, p. 16.

⁵ http://www.codexalimentarius.NET/download/standards/291/cxs_118e.pdf.

di varietà incrociate di detti cereali ovvero derivati di tale frazione proteica, nei cui confronti alcune persone risultano intolleranti, non solubile in acqua in soluzione di cloruro di sodio di 0,5 M;**

c. «frumento», tutte le specie di *Triticum*.

Articolo 3 - Composizione ed etichettatura dei prodotti destinati alle persone intolleranti al glutine

1. Il contenuto di glutine dei prodotti alimentari destinati alle persone intolleranti al glutine, consistenti di ingredienti ricavati da frumento, segale, orzo, avena o da loro varietà incrociate, specialmente lavorati per ridurre il contenuto di glutine, o contenenti uno o più di tali ingredienti, non deve superare 100 mg/kg nei prodotti alimentari quali venduti al consumatore finale.

2. L'etichettatura, la pubblicità e la presentazione dei prodotti di cui al par. 1 devono riportare la menzione «con contenuto di glutine molto basso». È ammessa la menzione «senza glutine» se il contenuto di glutine non supera 20 mg/kg nei prodotti alimentari quali venduti al consumatore finale.

3. L'avena contenuta nei prodotti alimentari destinati alle persone intolleranti al glutine deve essere stata specialmente prodotta, preparata e/o lavorata in modo da evitare una contaminazione da parte del frumento, delle segale, dell'orzo o delle loro varietà incrociate; inoltre, il suo contenuto di glutine non deve superare 20 mg/kg.

4. I prodotti alimentari destinati alle persone intolleranti al glutine e consistenti di ingredienti che sostituiscono il frumento, la segale, l'orzo, l'avena o le loro varietà incrociate, o contenenti uno o più di tali ingredienti, non devono avere un contenuto di glutine superiore a 20 mg/kg nei prodotti alimentari come venduti al consumatore finale. L'etichettatura, la presentazione e la pubblicità di detti prodotti deve contenere la menzione «senza glutine».

5. Qualora prodotti alimentari destinati alle persone intolleranti al glutine contengano ingredienti che sostituiscono il frumento, la segale, l'orzo, l'avena o le loro varietà incrociate e ingredienti ricavati dal frumento, dalla segale, dall'orzo, dall'avena o dalle loro varietà incrociate, specificatamente lavorati per ridurre il contenuto di glutine, sono applicabili i par. 1, 2 e 3; non è invece applicabile il par. 4.

6. Le menzioni «con contenuto di glutine molto basso» o «senza glutine» di cui ai par. 2 e 4 devono essere indicate accanto alla denominazione di vendita del prodotto.

Articolo 4 - Composizione ed etichettatura di altri prodotti adatti alle persone intolleranti al glutine

1. Fatto salvo l'art. 2, par. 1, lett. a., punto iii., della direttiva n. 2000/13/Ce, l'etichettatura, la pubblicità e la presentazione dei seguenti prodotti alimentari può contenere la menzione «senza glutine» se il contenuto di glutine non supera 20 mg/kg nei prodotti alimentari come venduti al consumatore finale:

a. prodotti alimentari di consumo corrente;

** La lett. b. dell'art. 2 del Regolamento (Ce) n. 41/2009 è stata così modificata dalla rettifica pubblicata in *Gu-Ue* n. L 171 del 1^o luglio 2009, p. 48 (n.d.r.).

b. prodotti alimentari destinati ad un'alimentazione particolare, specialmente formulati, lavorati o preparati per esigenze dietetiche specifiche diverse da quelle delle persone intolleranti al glutine, che sono però comunque adatti, in virtù della loro composizione, alle esigenze dietetiche particolari delle persone intolleranti al glutine.

2. L'etichettatura, la pubblicità e la presentazione dei prodotti alimentari di cui al par. 1 non devono contenere la menzione «con contenuto di glutine molto basso».

Articolo 5 - Entrata in vigore ed applicazione

Il presente regolamento entra in vigore il ventesimo giorno successivo alla pubblicazione nella *Gazzetta ufficiale dell'Unione europea*.

Esso si applica a decorrere dal 1° gennaio 2012.

I prodotti alimentari che al momento dell'entrata in vigore del presente regolamento sono già conformi alle disposizioni del regolamento stesso possono tuttavia essere commercializzati all'interno della Comunità.

Il presente regolamento è obbligatorio in tutti i suoi elementi e direttamente applicabile in ciascuno degli Stati membri.

(*Omissis*)

GLI ALIMENTI SENZA GLUTINE PER CELIACI: COMPOSIZIONE ED ETICHETTATURA

Con il Regolamento Ce n. 41/2009, sopra riportato, vengono disciplinate, per la prima volta in sede comunitaria¹, la composizione e l'etichettatura dei prodotti adatti alle persone che presentano intolleranza al glutine.

Il Regolamento Ce n. 41/2009² ha come base giuridica la direttiva Cee n. 89/398 (ora divenuta direttiva Ce n. 2009/39³) concernente la disciplina dei prodotti destinati ad una alimentazione particolare.

La disciplina prevista dal Regolamento Ce n. 41/2009 ha sostanzialmente ripreso le indicazioni contenute nel resoconto della 31^a Sessione del *Codex Alimentarius* tenutasi nel 2008⁴.

In estrema sintesi, in base all'art. 3 del Regolamento Ce n. 41/2009, i prodotti considerati adatti per le persone affette da celiachia sono:

a. i prodotti che hanno come ingredienti cereali (o derivati da cereali) dai quali è stato estratto il glutine grazie ad un adeguato processo di lavorazione.

Questi prodotti possono riportare in etichetta la menzione «con contenuto di glutine molto basso» se la qualità di glutine non supera 100 mg/kg e la menzione «senza glutine» se il contenuto di glutine non supera 20 mg/kg;

b. i prodotti costituiti da ingredienti che vengono utilizzati in sostituzione dei cereali (ad esempio: una pasta alimentare che ha come ingrediente farina

¹ In Italia, come è noto, è in vigore la legge n. 123 del 4 luglio 2005 - Norme per la protezione dei soggetti malati di celiachia, in *Guri* n. 156 del 7 luglio 2005. Sul contenuto di glutine negli alimenti, cfr. inoltre la nota prot. 600.12/AG32/2861 del 2 ottobre 2003, dell'Ufficio Alimenti Nutrizione e Sanità Pubblica Veterinaria del Ministero della Salute, che stabilisce in 20 ppm il valore massimo di tolleranza in fase di controllo analitico. Le disposizioni di tale circolare sono tutt'oggi previste nel capitolato delle gare d'appalto per i servizi di ristorazione scolastica dei Comuni. Il dlgs n. 111 del 27 gennaio 1992, e successive modifiche, è la norma di riferimento per la produzione di prodotti alimentari destinati ad una alimentazione particolare, comprendenti anche i prodotti senza glutine. Secondo l'art. 10 di tale decreto legislativo la produzione e il confezionamento di prodotti senza glutine devono essere effettuati in stabilimenti autorizzati dal Ministero della Salute, al quale deve essere notificata, a norma dell'art. 7, l'etichetta del prodotto prima della messa in commercio.

² Sul regolamento (Ce) n. 41/2009, in generale, cfr. S. NEUHOLD - C. PILO, *Prodotti alimentari senza glutine. Nuove etichette per i celiaci*, in *Alimenti&Bevande*, marzo 2009, p. 31 ss.

³ In *Gu-Ue* n. L 124 del 20 maggio 2009, p. 21 ss.

⁴ Per ulteriori approfondimenti relativi agli alimenti senza glutine, cfr. ASSOCIAZIONE ITALIANA CELIACHIA (a cura di), *Le "contaminazioni" nella dieta senza glutine*, con il contributo di numerosi esperti, in <http://www.celiachia.it/dieta/Dieta.aspx?SS=182&M=698>.

di mais o farina di riso).

Questi prodotti possono riportare in etichetta soltanto la menzione «*senza glutine*» se la quantità di glutine non supera 20 mg/kg;

c. i prodotti che hanno come ingredienti sia cereali (o derivati da cereali) dai quali è stato estratto il glutine, sia sostanze utilizzate in sostituzione dei cereali. Questi prodotti possono riportare in etichetta soltanto la menzione «*senza glutine*» se la quantità di glutine non supera 20 mg/kg.

L'art. 4 del Regolamento Ce n. 41/2009 contiene una disposizione innovativa.

Infatti, in base al par. 1, lett. a., di tale art. 4, è possibile utilizzare la menzione «*senza glutine*» anche per presentare un prodotto alimentare di consumo corrente che non contenga una quantità di glutine superiore a 20 mg/kg.

L'art. 4 del Regolamento Ce n. 41/2009 non fornisce alcuna indicazione per quanto riguarda i criteri da seguire per individuare i prodotti alimentari di consumo corrente legittimati a riportare in etichetta la menzione «*senza glutine*»⁵.

In altre parole, il Regolamento Ce n. 41/2009 non introduce alcuna regola specifica per armonizzare in sede comunitaria le disposizioni relative a questo aspetto. Ciò significa che il compito di disciplinare questo aspetto specifico è affidato agli Stati membri.

Ne consegue che possono sorgere problemi e contestazioni quando i prodotti, etichettati secondo le regole vigenti in un altro Paese membro, vengono notificati in Italia allo scopo di ottenere l'iscrizione nell'apposito registro⁶ che consente alle persone affette da celiachia di beneficiare dei noti contributi erogati dal servizio sanitario italiano.

A proposito del sistema di erogazione di tali contributi, è stata accertata una differenza di prezzo anche notevole tra i prodotti, della stessa marca e dello stesso tipo, messi a disposizione, da un lato, in farmacia e, dall'altro lato, nei supermercati.

Occorrerà procedere alle necessarie verifiche per evitare abusi e discriminazioni.

Da ultimo, ricordiamo che il Regolamento Ce n. 41/2009 sarà applicabile dal 1° gennaio 2012, ma che i prodotti conformi alle sue disposizioni possono, fin da ora, recare le menzioni in esso previste.

Fausto Capelli

⁵ L'utilizzo della formula «senza glutine» può determinare contestazioni anche di rilevanza penale. A tale proposito cfr. la sentenza del Tribunale di Mondovì del 19-23 ottobre 2009, con il commento di V. RUBINO, *Presenza accidentale di glutine in prodotto etichettato "gluten free" e profili di rilevanza penale (nota a Tribunale di Mondovì 19.10.2009)*, in *Eurocarni*, fasc. n. 7/2010, e in www.diritto.it.

⁶ Sul sito internet del Ministero della salute, www.salute.gov.it, nella sezione «Alimenti particolari, integratori e novel food», è pubblicato il registro nazionale relativo agli alimenti senza glutine.

DOCUMENTAZIONE

LE ZONE FRANCHE NELL'UNIONE EUROPEA*

Tabella contenente l'elenco delle zone franche esistenti ed operative nell'Unione europea al 6 settembre 2011

MEMBER STATE	FREE ZONE (control type I)	FREE ZONE (control type II)	ADDRESS OF CUSTOMS AUTHORITY (Art. 804 CCIP)
Austria	None	None	
Belgium	None	None	
Bulgaria	Free Zone Bourgas Plc 8000 Bourgas 5, Trapezitsa Street P.O.Box 154		Customs House of Bourgas 8000 Bourgas 1, Kniaz Alexander Batenberg Street Tel: +359 56 876121, +359 56 876122 Fax: +359 56 844188, +359 56 847205 Email: mburgas@unacs.bg
	Free Zone Vidin Plc 3700 Vidin North Industrial Zone		Customs House of Lom 3600 Lom 44, Dunavska Street Tel: +359 971 66800, +359 971 66801 Fax: +359 971 66801 Email: customs.lom@d4200.customs.bg
	Free Zone Dragoman Plc 2210 Dragoman 16,Zahari Stoianov Street		Customs House Stolichna 1202, Sofia 84, Veslets Street Tel: +359 2 9859 4652 Fax: +359 2 931 0697 Email: mo@5999.customs.bg
	Free Zone Plovdiv Plc 4003 Plovdiv 242a, Vasil Levski Street (Karlovsko Shose) P.O.Box 75		Customs House of Plovdiv 4004 Plovdiv 32, Kuklensko Shose Street Tel: +359 32 606231, +359 32 606275 Fax: + 359 32 906240 Email: delovodstvo.plovdiv@d3999.customs.bg
	Free Zone Rousse Plc 7000 Rousse 71, Tutrakan Blvd. P.O.Box 107		Customs House of Rousse 7004 Rousse 117, Lipnik Blvd. Tel: +359 82 816202, +359 82 816203 Fax: +359 82 816262 Email: msa@d4000.customs.bg

* Si riportano i dati essenziali della tabella pubblicata sul sito internet della Direzione generale delle dogane dell'Unione europea e reperibile all'indirizzo http://ec.europa.eu/taxation_customs/resources/documents/customs/procedural_aspects/imports/free_zones/list_freezones.pdf. Tale tabella – aggiornata al 6 settembre 2011 – contiene l'elenco delle zone franche esistenti ed operative nell'Unione europea, notificate dagli Stati membri alla Commissione. In argomento v. *infra*, p. 555 ss., il commento di MAURIZIO D'AMICO.

	Free Zone Svilengrad Plc 6500 Svilengrad 60, Bulgaria Blvd.		Customs House of Svilengrad 6500 Svilengrad Kapitan Petko Voivoda Quarter 4, Asen Iliev Street Tel: +359 379 73000 Tel./Fax: факс +359 379 73030 Email: tmu.msa@d3100.customs.bg
Cyprus		Limassol Free Port Area	Director Department of Customs & Excise Corner M. Karaoli and Gr. Afxentiou 1096 Nicosia Tel: + 35722601713, + 35722601705 Fax: + 35722302031
		Larnaca Free Port Area	Director Department of Customs & Excise Corner M. Karaoli and Gr. Afxentiou 1096 Nicosia Tel: + 35722601713, + 35722601705 Fax: + 35722302031
Czech Republic	Free zone Ostrava akcio- vá společnost, Mošnov 313, 742 51 Mošnov IČ: 136 42 693		Customs office Mošnov, Areál letiště 742 51 Mošnov phone: + 420 556 768 500 podatelna046300@cs.mfcr.cz
	GRADD0, a.s., U Bulhara, 11000 Praha 1 IČ 005 45 937		Customs office Zlín, Zarámí 4463, 762 34 Zlín, phone: +420 577 054 200, podatelna136600@cs.mfcr.cz
	AWT Čechofracht a.s. Opletalova 37/1284 Praha 1, 111 21 IČ: 00001066		Customs office Praha 2, K Hrušovu 293/2, 102 00 Praha 10 phone: +420 281 004 282, podatelna176400@cs.mfcr.cz
	Free zone Pardubice a.s., Pardubice U Panasonicu 375 PSČ 530 06 IČ: 601 12 255		Customs office Pardubice, Palackého 2659, 530 02 phone: +420466 797 303 podatelna066300@cs.mfcr.cz
	Merka Spedition, s. r.o., Vážní 857, 500 03 Hradec Králové IČ: 150 63 828		Customs office Hradec Králové, Vážní 1000, 500 03 Hradec Králové phone: +420 495 540 821 podatelna066100@cs.mfcr.cz
	ESCES spol. s.r.o., Tiskařská 563/6, Praha 10 IČ 480 39 471		Customs office Praha 2, K Hrušovu 293/2, 102 00 Praha 10 phone: +420 281 004 282, podatelna176400@cs.mfcr.cz
	SPEDQUICK s. r.o., Vinohrady, Závišova 2518Praha 4, 140 00, IČ: 005 53 018		Customs office Děčín, Husovo náměstí 111, 40590 Děčín 4 phone: +420 412 709 140 podatelna051200@cs.mfcr.cz
	B.F.C.W. Logistics s.r.o., - Štolcova 799/56 Brno 618 00 IČ.277 23 631		Customs office Brno, Řípská 9, 62705 Brno-Slatina phone: + 420 548139111 posta0162@cs.mfcr.cz
	PST CLC a.s.. Nádražní 969/112, 702 00 Ostrava– Moravská Ostrava IČ : 253 97 249		Customs office Praha D 8, Pražská 180, 250 66 Zdiby Phone : + 420 296335204 podatelna1765@cs.mfcr.cz

		INTER EXPRES servis s.r.o, Lnářská 872, 396 01 Humpolec IČ: 25168126	Customs office Jihlava , Střítež č.p. 5, 588 11 Střítež u Jihlavy phone: + 420 567 215 036, posta2163@cs.mfcr.cz
Denmark	SKAT Copenhagen		Danish Tax and Customs Administration SKAT Copenhagen Customs Authorisation Division Aarhus Lyseng Allé 1 DK-8270 Højbjerg Denmark Phone: +45 72 22 18 18 E-Mail: enhedsbevillingudveksling@skat.dk
Estonia	Muuga Free Zone		Northern Tax and Customs Centre Endla 8 TALLINN 15177 Tel: +372 676 1200 Fax: +372 676 1111 E-mail: pohja@emta.ee
	Sillamäe Free Zone		Eastern Tax and Customs Centre Vestervalli 7 NARVA 20307 Tel: +372 676 3800 Fax: +372 676 3610 E-mail: ida@emta.ee
		Valga Free Zone	Southern Tax and Customs Centre Sõpruse pst 4 TARTU 50050 Tel: +372 6764100 Fax: +372 6764105 E-mail: louna@emta.ee
	Paldiski free zone		Northern Tax and Customs Centre Endla 8 TALLINN 15177 Phone: +372 676 1200 Fax: +372 676 1111 E-mail: pohja@emta.ee
Finland	Hanko Freeport		Eteläinen tullipiiri PL 62 FI-00501 HELSINKI
		Hamina Free Zone	
		Free Zone of Lappeenranta	Lappeenrannan tulli PL 66 FI-53501 LAPPEENRANTA
		Turku Free Zone	Turun tulli PL 386 FI-20101 TURKU
France	Zone franche du Verdon – Port de Bordeaux		Direction interrégionale des douanes de Bordeaux 1 , Quai de la Douane BP 60 F-33024 BORDEAUX Tel: +33-05-57 81 03 60 Fax: +33-05-56 44 82 46
	Zone franche de Guyane		Direction régionale des douanes de Guyane 8, rue Louis Blanc F- 97 305 Cayenne tel : +594-5 94 29 74 74 fax : +594- 5 94 29 74 52
Germany	Freeport of Bremerhaven		Hauptzollamt Bremen Hans-Böckler-Straße 56 D-28217 BREMEN Tel: 0421-38.97.0 Fax: 0421-38.97.116 E-Mail: poststelle@hza.bfinv.de
	Freeport of Cuxhaven		Hauptzollamt Oldenburg Friedrich-Röder-Str. 2 D-26135 OLDENBURG Tel: 0441-2 10 25-0 Fax: 0441-2 10 25 26 E-Mail: poststelle@hzaol.bfinv.de

		Freeport of Deggendorf	Hauptzollamt Landshut Seligenthalerstraße 62 D-84034 LANDSHUT Tel: 0871-806 0 Fax: 0871-806 500 E-Mail: poststelle@hzala.bfinv.de
		Freeport of Duisbourg	Hauptzollamt Duisburg Köhnenstraße 5 - 11 D-47051 DUISBURG Tel: 0203-71 34 0 Fax: 0203-71 34 111 E-Mail: poststelle@hzadu.bfinv.de
	Freeport of Hamburg		Hauptzollamt Hamburg-Hafen Veddeler Damm 11 D-20539 HAMBURG Tel: 040-78085 0 Fax: 040-78085 222 E-Mail: poststelle@hzahh-hafen.bfinv.de
Greece	Free zone of Piraeus		Hellenic Democracy Ministry of Finance GD of customs & excise Division 19th - Section C - Office no: 309 Kifisias 124 Av. Athens - GR - 115 26 E-Mail: d19diadi@otenet.gr Information: Ioannis Polytsakis Tel: 0030 2106987444
	Free zone of Thessaloniki		Hellenic Ministry of Finance GD of customs & excise Division 19th - Section C - Office no: 309 Kifisias 124 Av. Athens - GR - 115 26 E-Mail: d19diadi@otenet.gr
	Free Zone of Heraclion		Hellenic Ministry of Finance GD of customs & excise Division 19th - Section C - Office no: 309 Kifisias 124 Av. Athens - GR - 115 26 E-Mail: d19diadi@otenet.gr
	Free Zone of Platigiali Astakos Etoloakarnanias		Hellenic Ministry of Finance GD of customs & excise Division 19th - Section C - Office no: 309 Kifisias 124 Av. Athens - GR - 115 26 E-Mail: d19diadi@otenet.gr
Hungary	None	None	
Ireland		Ringaskiddy Free Port	Secretary Department of the Marine and Natural Resources, Leeson Lane, DUBLIN 2 IRELAND
		Shannon Free Zone	Secretary, Department of Enterprise, Trade and Employment, Kildare Street, DUBLIN 2 - IRELAND
Italy	Punto franco di Trieste		Direzione Regionale dell'Agenzia delle Dogane per le regioni Friuli Venezia Giulia Largo Panfilì, 1 I-34132 TRIESTE
	Punto franco di Venezia		Direzione Regionale dell'Agenzia delle Dogane per le regione Veneto Via R. Cavalcavia, 16/18 I-30172 VENEZIA Mestre
		Zona franca di Gioia Tauro	Direzione Regionale dell'Agenzia delle Dogane per le regioni Campania e Calabria via A. De Gasperi, 20 - 80133 Napoli
Latvia	Freeport of Riga		State Revenue Service National Customs Board Customs Control Points division of Riga 11.novembra krastmala 17, Riga LV-1841, Latvia
	Liepaja Special Economic Zone		State Revenue Service National Customs Board

	Freeport of Ventspils		Customs Control Points division of Kurzeme Sarkanmuižas dambis 25a, Ventspils LV-3601, Latvia
	Rezekne Special Economic Zone		State Revenue Service National Customs Board Customs Control Points division of Kurzeme Rīgas iela 4/6, Daugavpils, LV-5401, Latvia
Luxembourg	None	None	
Lithuania	Free zone Vinges logistika Verslo street 11, Klaipėda		Klaipėda Territorial Customs Office S. Neries street 4, LT-92228 Klaipėda Phone: (+370 46) 39 01 08 Fax: (+370 46) 39 01 10 e-mail: klaipeda@cust.lt
Malta	Malta Freeport Terminals Ltd Freeport Centre Port of Marsaxlokk Kalafrana BBG 05 MALTA Tel (+356) 21 650200 Fax (+356) 22 251900 http://www.freeport.com.mt/default.asp		Customs Division Free Zones/Transit Section Central Transit Office Custom House Valletta VLT 1920 MALTA Tel: (+356) 21244337 Fax: (+356) 21244463
The Netherlands		Amsterdam Schiphol Airport Administrator: Air Cargo Netherlands Freightwaybuilding, Flamingoweg 13, 1118 EE Schiphol	Douane Kantoor Schiphol Cargo Handelskade 1, 1118 DA Schiphol-Centrum (postal address: P.O.Box 3070, 6401 DN Heerlen) tel: +31 20 685 00 50 fax : +31/20-406 8525
Poland	Wolny Obszar Celny na terenie Portu Lotniczego im. Fryderyka Chopina w Warszawie ul. Żwirki i Wigury 1 PL-00-906 Warszawa		Izba Celna w Warszawie ul. Erazma Ciołka 14A PL-01-443 Warszawa Tel.: +48 22/510 47 00 Fax: +48 22/877 20 97 e-mail: sekretariat@war.mofnet.gov.pl
	Wolny Obszar Celny w Gliwicach ul. Portowa 28 PL-44-100 Gliwice		Izba Celna w Katowicach Plac Grunwaldzki 8-10 PL-40-127 Katowice Tel. : +48 32/358 72 02, 358 72 03 Fax: +48 32/358 72 04, 258 84 86 e-mail dyrektor@kat.mofnet.gov.pl
	Wolny Obszar Celny w Terespolu ul. Wojska Polskiego 47 PL-21-550 Terespol		Izba Celna w Białej Podlaskiej ul. Północna 19 PL-21-500 Biała Podlaska Tel: +48 83/344 98 33, 344 97 11 Fax: +48 83/344 33 97, 344 98 62 e-mail dyrektor@bpd.mofnet.gov.pl
	Wolny Obszar Celny w Szczecinie ul. Bytomska 7 PL-70-603 Szczecin		Izba Celna w Szczecinie ul. Energetyków 55 PL-70-952 Szczecin Tel: +48 91/480 55 00 Fax: +48 91/480 58 01 e-mail dyrektor@szc.mofnet.gov.pl
	Wolny Obszar Celny w Świnoujściu ul. Jana Śniłana 1 PL- 72-602 Świnoujście		

	Wolny Obszar Celný w Gdańsku ul. Zamknięta 18 PL- 80-955 Gdańsk		Izba Celna w Gdyni ul. Północna 9a PL-81-029 Gdynia Tel: +48 58/666 93 93 Fax: +48 58/621 05 54 e-mail: dyrektor@gdy.mofnet.gov.pl
	Wolny Obszar Celný w Mszczonowie w województwie mazowieckim ul. Fabryczna 6/10 PL-96-320 Mszczonów		Izba Celna w Warszawie ul. Erasma Ciołka 14A PL-01-443 Warszawa Tel.: +48 22/510 47 00 Fax: +48 22/877 20 97 e-mail: sekretariat@war.mofnet.gov.pl
Portugal	Zona Franca da Madeira (Canical) 9200-047 Canical		MINISTERIO DAS FINANÇAS E DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA Direcção-Geral das Alfândegas e dos Impostos Especiais sobre o Consumo Rua da Alfândega, 5 – r/c 1149-006 Lisboa – Portugal Tel.: +351 218813890, +351 21 8813897 Fax: +351 21 8813984 E-mail: dsra@dgaiee.min-financas.pt
Romania	Free zone Curtici Arad		CUSTOMS OFFICE CURTICI Str. A.I. Cuza nr. 1, Curtici, jud. Arad, cod 515200 Tel: 0040 257-465636 Fax 0040 257-465636
	Free zone Galati		CUSTOMS OFFICE GALATI Calea Basarabiei, Galați, jud. Galați Tel: 0040 236448837
	Free zone Giurgiu		CUSTOMS OFFICE GIURGIU Str. Portului, nr. 1, Giurgiu, jud. Giurgiu, cod 080013 Tel: 0040 246217194 Fax: 0040 246217194
	Free zone Braila		CUSTOMS OFFICE BRAILA Str. Vadu Ghicetului nr. 6, Brăila, jud. Brăila, cod 810118 Tel: 0040 239611858 Fax: 0040 239611858
	Free zone Sulina		CUSTOMS OFFICE SULINA Str. C. A. Rosetti nr. 1, Sulina, jud. Tulcea, cod 825400 Tel: 0040 240-543209 Fax: 0040 0240-543077
	Free zone Constanta Sud si Basarabi		CUSTOMS OFFICE CONSTANTA SUD Clădirea APMC Mol I S, et. II, Incinta Port Constanta Sud, Loc. Agigea, jud. Constanta cod 907015 Tel: 0040 241-602225 Fax: 0040 241-602552
Slovakia	None	None	
Slovenia	Freeport of Koper		Customs Office of Koper Vojkovo nabrežje 36 6000 Koper tel: +386 5 297 60 00 fax: +386 5 639 51 91
Spain	Zona franca de Barcelona		Departamento de Aduanas e Impuestos Especiales de la Agencia Estatal de Administración Tributaria Avda.Llano Castelano 17 E-28071 MADRID
	Zona franca de Cádiz		
	Zona franca de Vigo		
	Zona franca de Las Palmas de Gran Canaria		
Sweden	None	None	
United Kingdom		Ronaldsway Airport (Ballasala, Isle of Man)	Custom House North Quay - Douglas PO Box 6 Isle of Man IM99 1AG
		Tilbury Free Zone	HM Revenue & Customs Custom House, Tilbury Dock Tilbury, Essex RM18 7EJ

LA DISCIPLINA DELLE ZONE FRANCHE*

PARTE PRIMA: LA NORMATIVA COMUNITARIA

Sommario: *Premessa - 1. Definizione del termine «zona franca»: le diverse accezioni - 2. La disciplina comunitaria delle zone franche e dei depositi franchi. Il Regolamento Cee del Consiglio n. 2913/92 - 3. La nuova disciplina comunitaria delle zone franche: il Regolamento Ce del Parlamento europeo e del Consiglio n. 450/2008.*

Premessa

La destinazione di determinate parti di territorio, ubicate all'interno degli Stati, a svolgere funzioni strategiche nella politica di governo diretta all'incremento degli scambi internazionali e allo sviluppo dell'economia di particolari regioni costituisce una pratica diffusa e ricorrente come risulta storicamente documentato sia presso le civiltà più evolute dell'antichità, sia presso gli Stati moderni.

In particolare la creazione delle c.d. «aree economiche speciali», variamente modulate, ha rappresentato fin dai tempi antichi lo strumento prescelto dai Governi per catalizzare investimenti esteri agendo nel settore delle agevolazioni volte a favorire gli scambi commerciali, mediante la predisposizione, in aree territoriali predelimitate più o meno estese, di varie misure fiscali e doganali vantaggiose per gli insediamenti delle imprese e per lo svolgimento delle loro attività.

Le prime zone franche sono sorte almeno duemila anni fa, nei luoghi nei quali è stato possibile usufruire anzitutto di preesistenti infrastrutture portuali, che hanno consentito la creazione di porti franchi, tenendo presente che i motivi sui quali si fondava la decisione di concedere agevolazioni fiscali e doganali non erano soltanto di natura economica, ma rispondevano a precise scelte strategiche di natura politica¹. In base allo schema all'epoca più diffuso, cia-

* Le opinioni espresse impegnano esclusivamente l'Autore e non l'Ente di appartenenza.

La redazione informa i lettori che la Parte Seconda del presente contributo sarà pubblicata nel n. 4/2011 di questa *Rivista*.

¹ V. T. WILSON - E. GRIFFITHS, *Unleash the North*, IPA Review, August 2010, p. 38, www.ipa.org.au: «(...) the principles of these zones first appeared nearly two millennia ago through

scuno Stato favoriva gli scambi commerciali autorizzando il transito attraverso i propri porti di merci destinate ad ulteriori destinatari, senza sottoporle alla tassazione stabilita per i prodotti destinati al mercato interno: pertanto il principale utilizzo consisteva in quello del deposito o dello stoccaggio di merci prima della loro successiva riesportazione.

Per quanto concerne gli antecedenti storici, viene considerato uno dei primi esempi riconducibili alla tipologia della «zona franca commerciale» che verrà definita, nel successivo par. 1, l'insieme dei privilegi concessi da Alessandro il Grande ai mercanti di Tiro dopo aver stretto d'assedio per mesi la loro città-fortezza².

Parimenti un altro caso di zona franca del medesimo tipo risale al II secolo a.C., allorché i Romani nel 166 a.C. per punire la città di Rodi che non aveva fornito l'aiuto richiesto nella guerra contro Perseo, il successore di Filippo V sul trono di Macedonia³, dichiararono porto franco l'isola greca di Delo che, rapidamente, grazie all'assorbimento del traffico commerciale che precedentemente aveva reso florida Rodi (con pregiudizio del suo successivo sviluppo economico⁴ a causa della drastica diminuzione delle sue entrate derivanti dall'introito dei diritti portuali⁵) divenne, in virtù delle agevolazioni fiscali, uno dei più importanti centri internazionali di stoccaggio dell'intero Mediterraneo.

Ugualmente esistono esempi in epoca medievale, come i porti franchi di Marsiglia, Genova, Venezia, Amburgo, Bergen; invece risale all'epoca moderna l'istituzione dei porti franchi di Gibilterra (1704), Singapore (1819), Odessa (1819-1879), Hong Kong (1848), Amburgo (1888) e Copenhagen (1891).

A partire dal XX secolo la sempre maggiore applicazione di questo istituto in molte parti del mondo⁶, non soltanto limitatamente alle aree strettamente

the development of free ports which were designed to increase trade volumes. The reasons for the creation of free ports were not solely economic. Political priorities to increase a country or empire's strategic position and harm the economic interests of their competitors were often achieved through the development of free ports».

² V. K. F. MIYAGIWA, *A reconsideration of the welfare economics of a free-trade zone*, in *Journ. Internat. Econ.*, November 1986, Volume 21, Issues 3-4, p. 337-350.

³ Cfr. R. HAYWOOD, *Island of Delos, 166 B.C., one of the first known freezones*, in *World Export Process. Zones Associat. Newsl.*, March 2003, <http://wepza.org>: «One of the earliest documented cases of a free zone was in the Island of Delos in the Mediterranean Sea. In order to punish the commercial center of Rhodes for not aiding it in its war with Perseus, successor to the throne of Philip V of Macedonia, the Romans declared the nearby island of Delos a freeport in 166 B.C.».

⁴ V. T. WILSON - E. GRIFFITHS, *Unleash the North*, cit. *supra*, nota 1, p. 38: «The port was used as an economic weapon by the Romans against the nearby competitor port of Rhodes. The competition induced from the retraction of fees levied by the Roman port, encouraged trade to move quickly from Rhodes thereby stifling their economic activity».

⁵ Cfr. R. M. OGILVIE - M. H. CRAWFORD, *Storia Universale - Roma - Dalle Origini all'Età Repubblicana*, Milano (Edizione speciale per il Corriere della Sera pubblicata su licenza della Società editrice il Mulino, Bologna), RCS Quotidiani Spa, 2004, Vol. 4, p. 265.

⁶ Secondo un rapporto pubblicato nel 2008 dall'*International Labour Organization* (ILO), viene stimato che esistono nel mondo circa tremilacinquecento «zone franche industriali d'esportazione», diffuse in centotrenta Paesi, che danno lavoro a circa sessantasei milioni di persone: v. ILO, *Report of the InFocus Initiative on export processing zones (EPZs): Latest trends and policy*

portuali, ma anche a quelle contigue ai principali scali commerciali marittimi, ha prodotto situazioni nelle quali l'incremento occupazionale, lo sviluppo industriale e la realizzazione di un ampio circuito commerciale dei territori immediatamente ad esse adiacenti e di quelli ubicati nel c.d. *retroterra*⁷, hanno consentito di raggiungere risultati economici di grande rilevanza. Da ciò deriva l'importanza assunta da questo istituto presso i Governi, soprattutto occidentali, che ora l'annoverano fra gli strumenti di maggiore efficacia fra quelli deputati a risolvere i problemi di stagnazione economica, commerciale ed occupazionale che affliggono oggi i Paesi industrializzati.

Questo contribuisce a spiegare perché la materia delle zone franche abbia recentemente suscitato un particolare interesse in sede comunitaria, in conseguenza del profondo *revirement* introdotto dal legislatore UE nel settore doganale che è stato da ultimo assoggettato ad una nuova disciplina più *trade-oriented*. A ciò aggiungasi che le ultime adesioni di nuovi Stati membri, già dotati di una quantità apprezzabile di aree speciali, che inevitabilmente incideranno sullo sviluppo commerciale dell'intera area comunitaria, hanno contribuito ad accentuare l'interesse per le zone franche.

In questa prima parte dell'articolo si procederà ad una disamina della disciplina comunitaria applicabile alle zone franche. Nella seconda parte che apparirà nel n. 4/2011 di questa *Rivista*, si analizzerà, alla luce dei riferimenti normativi europei, la situazione italiana, anche con riguardo alle numerose proposte di legge volte ad istituire tali aree in diverse parti del territorio, che recentemente sono state presentate in Parlamento.

1. Definizione del termine «zona franca»: le diverse accezioni

Tradizionalmente con il termine generico di «zone franche» vengono indicati quegli istituti giuridici di diritto doganale che, attraverso una *fictio iuris*, consentono di considerare una porzione di territorio, normalmente compresa nell'ordinamento doganale nazionale, come un'area da esso esclusa ai fini dell'assoggettamento tributario e posta oltre la cinta doganale.

Le finalità per le quali si decide di utilizzare tale finzione giuridica sono diverse, potendo consistere, alternativamente o cumulativamente, nell'incremento del commercio internazionale, nell'abbassamento del tasso di disoccupazione, nell'accelerazione di un programma di sviluppo economico e, per-

developments in EPZs, Committee on Employment and Social Policy, 301st Session, Geneva, March 2008, p. 2.

⁷ In considerazione della rilevata realizzazione di attività nelle aree esterne alle zone franche nei comparti della trasformazione, della produzione, della manipolazione e dell'assemblaggio, si evidenzia la moltiplicazione di effetti positivi nel settore della somministrazione dei beni e dei servizi connessi, a beneficio delle aree adiacenti e complementari.

tanto, in fattispecie non strutturate fra loro in modo simile pur venendo indicate in modo omogeneo.

L'interesse rivolto all'istituzione delle «zone franche», nelle sue diverse modulazioni, è testimoniato, *de facto*, dalla sua proliferazione in tutto il mondo, persino nell'area comunitaria nonostante ad esse possa teoricamente ostarvi la normativa sugli aiuti di Stato.

Anche il perseguimento degli obiettivi di sviluppo economico e commerciale che giustificano la creazione di territori in regime di esenzione fiscale comporta che il Paese che ricorra a tale istituto non debba successivamente rammaricarsene per il conseguente minor gettito fiscale complessivamente prodotto, in quanto, come "contropartita", il superiore vantaggio reale di cui tale Paese beneficia, scaturisce dalle altre maggiori entrate determinate dai nuovi insediamenti produttivi.

L'evoluzione nel tempo dell'istituto originario – che da un ambito concettuale esclusivamente legato alla franchigia doganale si è via via arricchito di ulteriori elementi caratterizzanti, di volta in volta diversamente articolati in relazione alle specifiche finalità eziologicamente fondanti la delimitazione di tali zone speciali – non consente di pervenire ad una definizione giuridicamente omnicomprensiva di tutte le diverse realtà ad esso riconducibili.

D'altronde le varie definizioni di «zona franca» fornite da differenti istituzioni internazionali, non agevolano l'individuazione di un'accezione unitaria: ad esempio, secondo la Convenzione "riveduta" di Kyoto⁸ s'intende «(...) a part of the territory of a Contracting Party where any goods introduced are generally regarded, insofar as import duties and taxes are concerned, as being outside the Customs territory».

Comunque, empiricamente, si distinguono due macrocategorie di zone franche: le zone franche c.d. «classiche» e le zone franche c.d. «d'eccezione» (o «di seconda generazione»).

Per la prima categoria sembra pertinente la seguente definizione: «uno spazio escluso dal territorio doganale d'uno Stato o anche, eccezionalmente, di due Stati contermini, ed ai cui limiti esterni non vengono rimosse le imposte di dogana, cioè i cosiddetti "dazi" d'importazione o di esportazione, al fi-

⁸ V. Convenzione "riveduta" di Kyoto, Allegato Particolare D, Cap. 2, E1/F1, reperibile sul sito internet http://www.wcoomd.org/Kyoto_New/Content/content.html. La Convenzione è ufficialmente intitolata «Convenzione Internazionale per la semplificazione e l'armonizzazione dei regimi doganali (emendata)». Tale Convenzione, che raccomanda l'attivazione, all'interno dei cinquantanove Stati che attualmente vi hanno aderito, di un complesso di principi e di tecniche doganali in essa contenuti, è stata originariamente adottata il 18 maggio 1973 in occasione delle sessioni del Consiglio dell'Organizzazione Mondiale delle Dogane (OMD) svoltesi a Kyoto, in Giappone, ed è entrata in vigore il 25 settembre 1974. Il protocollo di emendamento alla Convenzione del 1973 è stato adottato in occasione delle sessioni del Consiglio dell'OMD del 26 giugno 1999 ed è entrato in vigore nel mese di febbraio 2006.

ne di favorire per lo più il commercio internazionale e talvolta lo sviluppo industriale o agricolo degli spazi stessi e indirettamente di quelli circostanti»⁹.

La principale caratteristica delle zone franche «classiche», riferita alle tipologie più antiche, consiste nell'individuazione di aree nelle quali viene stabilita una serie di agevolazioni a beneficio di merci che una volta introdotte sono esonerate dalla corresponsione dei diritti doganali: tali sono le zone franche «tout court» o *classiche (ZF)*¹⁰ (che, in relazione all'estensione crescente, si distinguono ulteriormente in *depositi franchi (DF)*, *punti franchi (PF)* e/o *zone franche portuali*¹², *porti franchi (FP)*, *città franche*¹⁴); le *zone franche commerciali* o *free trade zones/commercial free zones (FTZ)*¹⁵, le zo-

⁹ Cfr. M. UDINA - G. CONETTI, *Zone Franche*, in *Enciclopedia Giuridica Treccani*, Roma, Treccani, Vol. XXXII, 1998.

¹⁰ In tali fattispecie i benefici di cui possono usufruire le merci depositate entro le loro delimitazioni, generalmente, consistono in: esonero dal versamento dei diritti doganali durante la permanenza delle merci nelle zone; inesistenza di imposizione dei tributi sulla merce che nel frattempo è stata danneggiata, distrutta o ha subito cali tecnici; possibilità di riesportazione delle merci di provenienza estera, senza il previo pagamento di tributi doganali; possibilità di trasferimento delle merci fra le diverse zone franche o all'interno di una zona franca, senza l'esistenza di imposizione tributaria. Cfr. C. BUCCICO, *Il fondamento giuridico delle zone franche urbane e l'equivoco con le zone franche di diritto doganale*, in *Dir. e prat. tribut.*, 2008, fasc. n. 1, p. 112, parte 1.

¹¹ Questa situazione riguarda ad esempio Trieste, per la quale la franchigia doganale si applica ad una sola parte del porto, che viene separata, dal punto di vista doganale, dall'altra parte dove permane il regime ordinario.

¹² La differenza fra porto franco e zona franca portuale attiene esclusivamente all'estensione dell'area sottoposta alla franchigia doganale, ossia se riguardante tutto il porto o una parte dello stesso: in questa seconda ipotesi la «zona franca portuale» è una sorta di sinonimo del «punto franco».

¹³ Generalmente si indica con tale termine la totalità delle installazioni portuali (specchio d'acqua, calate, magazzini, banchine, ecc.), che, fruendo del beneficio della franchigia doganale, rendono per *factio iuris* le merci situate nel loro ambito come fuori dal confine doganale: v. B. MINOLETTI, *Le zone franche nei porti francesi: contributo allo studio dei porti franchi*, Pavia, Premiata Tipografia Successori Fratelli Fusi, 1938. La fonte è citata in nota 4 in C. BUCCICO, *Il fondamento giuridico delle zone franche urbane*, cit. *supra*, nota 10, p. 108, parte 1. Amburgo rappresenta un esempio di zona franca limitata all'area portuale. Una soddisfacente definizione di zone franche relative ad ambiti esclusivamente portuali è «(...) an isolated, enclosed, and policed area, in or adjacent to a port of entry, without resident population, furnished with the necessary facilities for loading and unloading, for supplying fuel and ships' stores, for storing goods and for reshipping them by land and water; an area within which goods may be landed, stored, mixed, blended, repacked, manufactured, and reshipped without payment of duties and without the intervention of customs officials»: v. R. S. THOMAN, *Free Ports and Foreign Trade Zones*, Cambridge, Cornell Maritime Press, 1956, p. 7. Peraltro il medesimo termine, a livello internazionale, viene anche utilizzato secondo un'accezione molto lata e comprende aree molto estese, nelle quali sono situate differenti tipologie di attività, comprese quelle attinenti al settore turistico e di vendita al dettaglio: in tali aree è consentita la presenza di popolazione residente e vengono accordate varie forme di incentivi e di benefici. Alcuni esempi sono la Zona Economica Speciale di Aqaba, in Giordania, e taluni porti franchi in Cina.

¹⁴ Tale è il caso in cui la zona franca corrisponde esclusivamente ad un'area abitativa urbana, anche non includente un porto, e quindi con una popolazione residente posta al di fuori del confine doganale. Esempi di zone franche comprensive di città e di porto sono Hong Kong, Macao, Las Palmas de Gran Canaria, Ceuta e Melilla, Saint Martin e Saint Barthélemy (Antille Francesi).

¹⁵ Si tratta di aree delimitate (generalmente superiori a cinquanta ettari) situate nella maggior parte dei porti di entrata in vari territori del mondo, che godono di franchigie doganali e nelle quali è possibile effettuare operazioni di deposito, di magazzinaggio, ed in cui sono previste agevolazioni per lo svolgimento di operazioni commerciali, di trasbordo e di riesportazione.

ne franche industriali¹⁶/zone franche d'esportazione o *export processing zones* (EPZ)¹⁷, o l'equivalente latino-americano delle *maquiladoras*¹⁸.

¹⁶ Il termine si riferisce a porzioni di territorio statale, dotate di infrastrutture per l'industrializzazione ed in cui sono vigenti determinate legislazioni speciali, che incentivano l'insediamento di attività produttive, anche a capitale straniero, attraverso la concessione di agevolazioni creditizie, fiscali o doganali: pertanto in tali aree è consentito lo svolgimento di attività di trasformazione di prodotti e di materiali per la realizzazione di ulteriori prodotti destinati al successivo trasferimento all'estero, con il conseguente avvio di un circuito di crescita reddituale dei lavoratori addetti, delle infrastrutture e dell'intero comparto industriale della produzione e dell'erogazione di servizi.

¹⁷ In queste aree (in genere di estensione superiore a cento ettari) sono stabiliti speciali incentivi ed agevolazioni, per le attività manifatturiere e per quelle ad esse correlate finalizzate principalmente ai mercati di esportazione. Ad esempio, non si applicano i tributi doganali riguardanti la creazione di valore aggiunto per effetto dei processi di lavorazione eseguiti all'interno della zona; vige altresì l'esonero dal pagamento dei diritti doganali relativi ai prodotti nazionali utilizzati per l'esecuzione delle predette lavorazioni. Inoltre, poiché l'entità del dazio doganale è fissata in base alla classificazione merceologica dei singoli prodotti, gli importatori possono ottenere una modifica della classificazione sottoponendo una determinata merce a processi di lavorazione da cui si ottiene un prodotto diverso, perché ulteriormente trasformato o assemblato con altri prodotti, che successivamente sarà riconducibile ad una differente voce di classificazione merceologica, con conseguente diversa tariffa daziaria: v. C. BUCCICO, *Il fondamento giuridico delle zone franche urbane*, cit. *supra*, nota 10, p. 113-114, parte I. È possibile individuare due modelli di EPZ: secondo la tipologia tradizionale, nell'area speciale sono presenti esclusivamente imprese *export-oriented* autorizzate ad operare in regime di EPZ; invece la forma ibrida presenta un'area riservata alle predette imprese *export-oriented* autorizzate, separata rispetto ad una zona generale, aperta indifferentemente a tutte le imprese. Di seguito vengono fornite differenti definizioni di zone franche industriali di esportazione che sono state elaborate negli anni da importanti organismi internazionali. WEPZA (*World Economic Processing Zone Association*), un'associazione privata *non-profit* fondata nel 1978 dalle Nazioni Unite: «EPZs are all government authorized areas such as free ports, free trade zones, custom free zones, industrial free zones or foreign trade or any other type of zone, as the Council may from time to time decide to include», in WEPZA, *Statutes of the WEPZA*, ID/W.6/266/6, 28th February 1978; Organizzazione delle Nazioni Unite per lo Sviluppo Industriale (UNIDO): «an EPZ is a relatively small, geographically separated area within a country, the purpose of which is to attract export-oriented industries, by offering them especially favorable investment and trade conditions as compared with the remainder of the host country. In particular, the EPZs provide for the importation of goods to be used in the production of exports on a bonded duty free basis», in UNIDO, *Export Processing Zones in Developing Countries*, New York, 1980; Conferenza delle Nazioni Unite sul Commercio e lo Sviluppo (UNCTAD): «EPZs are industrial estates which form enclaves within the national customs territory and are usually situated near an international port and/or airport. The entire production of such zones is normally exported. Imports of raw materials, intermediate products, equipment and machinery required for export production are not subject to customs duty», in UNCTAD, *Export processing free zones in developing countries: Implications for trade and industrialization policies*, New York, United Nations, 1985, p. 10; Organizzazione Internazionale del Lavoro (ILO)/United Nations Centre for Transnational Corporations (UNCTC): «an EPZ could be defined here as a clearly delineated industrial estate which constitutes a free trade enclave in the customs and trade regime of a country, and where foreign manufacturing firms producing mainly for export benefit from a certain number of fiscal and financial incentives», in ILO/UNCTC, *Economic and Social Effects of Multinational Enterprises in Export Processing Zones*, Geneva, Switzerland, 1988, p. 4; Banca Mondiale: «an export processing zone is an industrial estate, usually a fenced-in area of 10 to 300 hectares, that specializes in manufacturing for export. It offers firms free trade conditions and a liberal regulatory environment», in *World Bank, Export Processing Zone*, Policy and Research Series 20, Industry Development Division and Energy Department, and Trade Policy Division Country Economics Department of the World Bank, Washington, D.C., 1992, p. 7.

Sull'argomento v. anche T. KUSAGO - Z. TZANNATOS, *Export Processing Zones: A Review in Need of Update*, in *Social Protection Discussion Paper* No. 9802, Social Protection Group, Human Development Network, The World Bank, Washington, DC, January 1998, p. 32. Per un'approfondita analisi delle EPZ vedere anche D. MADANI, *A Review of the Role and Impact of Export Processing Zones*, Policy Research Working Paper 2238, The World Bank Development Research Group, Washington, DC, November 1999.

L'analisi dei modelli di zone franche esistenti in varie parti del mondo consente di considerare,

In particolare nei porti/punti franchi possono essere introdotte o fatte partire le merci estere rispetto al mercato nazionale, senza la necessità della loro sottoposizione ai controlli doganali e al pagamento di eventuali dazi stabiliti per l'esportazione: in tale ipotesi viene introdotto anche l'istituto del deposito in franchigia doganale per merci di qualsiasi nazionalità, che consente la loro riesportazione o reimportazione definitiva all'interno del territorio nazionale, nel momento di mercato considerato più favorevole o quando, per l'introduzione di una determinata merce, sono venuti meno i vincoli di contingentamento preesistenti, nonché «la loro contrattazione, manipolazione o trasformazione secondo le esigenze contingenti»¹⁹.

È interessante sottolineare che tali agevolazioni, se saggiamente utilizzate, consentono agli operatori di ottenere persino una rimozione dell'imposta: infatti considerato che il momento nel quale opera l'imposizione doganale è costituito dall'importazione definitiva all'interno dei confini doganali di uno Stato membro, coloro che importano determinati prodotti, soggetti a cali naturali e tecnici²⁰, hanno l'opportunità «(...) di evitare l'imposizione sulla parte del bene oggetto del calo introducendo la merce nelle aree franche allo scopo di effettuare un inventario. Allo stesso modo possono evitare la debenza dei tributi doganali depositando le merci risultate danneggiate una volta eseguito l'inventario»²¹.

Inoltre nelle ipotesi in cui i processi di lavorazione della merce nella zona franca sviluppino sfridi, è possibile attenuare l'entità del *debitum* doganale, eliminando «(...) l'imposizione dal materiale di risulta dei semilavorati o finiti successivamente importati (...)»²² all'interno della linea doganale dello Stato membro.

Nella seconda macrocategoria, di più recente teorizzazione, sono incluse le aree nelle quali, oltre alla previsione di altre agevolazioni di natura fiscale

come soglia minima di superficie necessaria per l'ottimale applicazione del predetto regime speciale, un'area di circa cinquanta ettari; il dato occupazionale che empiricamente si ricava dai modelli già esistenti è di centocinquanta addetti per ogni ettaro, con dati variabili da centoquindici addetti per ettaro nelle zone franche statunitensi, fino a trecentocinquanta addetti per ettaro in Messico: v. sul punto il dis. l. C n. 3422 del 26 novembre 2002, reperibile sul sito internet della Camera dei Deputati <http://www.camera.it/141>.

¹⁸ Le prime *maquiladoras*, modellate sugli esempi delle EPZ, sono sorte nel 1965 nella parte settentrionale del Messico, lungo il confine con gli USA, nell'ambito del c.d. *Programa Nacional Fronterizo* o *Maquiladora Program* lanciato dal Governo messicano per ridurre i crescenti problemi di disoccupazione esistenti nelle città frontaliere.

¹⁹ V. N. LUXARDO DE FRANCHI - F. BALDUCCI, *Osservazioni e Proposte sulla Riforma delle dogane, delle sovraimposte di confine e delle imposte di fabbricazione*, CNEL, Assemblea 16 luglio 1985, n. 208/156, p. 862, reperibile sul sito internet [http://www.portalecnel.it/portale/documenti.nsf/0/C12575C30044C0B5C12572FE0043ADD4/\\$FILE/1985-07-P.pdf](http://www.portalecnel.it/portale/documenti.nsf/0/C12575C30044C0B5C12572FE0043ADD4/$FILE/1985-07-P.pdf).

²⁰ V. sul punto dm 13 gennaio 2000, n. 55, in *Guri* n. 61 del 14 marzo 2000, p. 4.

²¹ Cfr. C. BUCCICO, *Il fondamento giuridico delle zone franche urbane*, cit. *supra*, nota 10, p. 113, parte I.

²² *Ibidem*.

(riguardanti ad esempio le imposte dirette e/o i tributi locali), si aggiungono vantaggi finanziari e di tipo amministrativo per le imprese, nonché benefici di carattere socio-economico per i lavoratori che operano al loro interno. In tali ipotesi si riscontra l'applicazione di strategie di politica economica, originate da precisi obiettivi governativi finalizzati a catalizzare le scelte allocative da parte delle imprese e, quindi, l'afflusso di investimenti in aree determinate: vi rientrano le *zone economiche speciali* o *special economic zones (SEZ)*, le *zone di riconversione economica*, le *zone d'impresa* o *enterprise zones*²³.

Merita di essere sottolineato che l'istituto della zona franca doganale non deve essere confuso con quello della Zona Franca Urbana (ZFU), introdotto per la prima volta in Francia con la l. n. 96/987²⁴ che, successivamente, è servita da modello per la creazione in Italia del medesimo istituto nelle regioni del Mezzogiorno ed in altre aree svantaggiate del Paese²⁵, attraverso le dispo-

²³ La funzione principale consiste nel rivitalizzare aree rurali o urbane depresse attraverso la previsione di incentivi fiscali e contributi finanziari. Storicamente tali aree sono state individuate soprattutto in Paesi sviluppati come gli USA (1983), la Francia, la Gran Bretagna (negli anni '80 con il governo Thatcher): recentemente sono stati elaborati modelli simili anche in Sud Africa.

²⁴ La prima generazione di ZFU, introdotta con la l. n. 987 del 14 novembre 1996 (*Loi n°96-987 du 14 novembre 1996 relative à la mise en oeuvre du pacte de relance pour la ville*, in *JORF* n. 266 del 15 novembre 1996 p. 16656), riguardava quarantaquattro aree periferiche, identificate come sub-aree nell'ambito di settecentoquarantaquattro unità territoriali, già definite come zone urbane sensibili e sottoposte a specifici processi di *policy*. In seguito, con la l. n. 710 del 1° agosto 2003 (*Loi n°2003-710 du 1 août 2003 d'orientation et de programmation pour la ville et la rénovation urbaine*, in *JORF* n. 177 del 2 agosto 2003, p. 13281), sono state aggiunte altre quarantuno aree degradate (ZFU di seconda generazione), ed infine, con la l. n. 396 del 31 marzo 2006 (*Loi n°2006-396 du 31 mars 2006 pour l'égalité des chances*, in *JORF* n. 79 del 2 aprile 2006, p. 4950), ne sono state introdotte ulteriori quindici (ZFU di terza generazione). Con tali successivi interventi legislativi sono stati progressivamente modificati le delimitazioni, la validità ed il regime fiscale di alcune delle aree inizialmente ammesse.

²⁵ L'elenco delle ventidue zone franche urbane, che sono state selezionate fra le sessantaquattro proposte (sulla base di *a.* un insieme di indicatori di disagio socioeconomico; *b.* un limite demografico predeterminato, compreso fra settemilacinquecento e trentamila unità, con un rapporto demografico tra gli abitanti delle ZFU e gli abitanti dell'intero comune inferiore al trenta per cento; nonché *c.* un tasso di disoccupazione esistente all'interno dell'area delimitata, che era richiesto di entità superiore all'uno per cento) da un Gruppo tecnico di esperti del Dipartimento Politiche di Sviluppo del Ministero dello Sviluppo economico, ed approvate dal CIPE nella seduta dell'8 maggio 2009 è il seguente: Catania, Gela, Erice in Sicilia; Crotona, Rossano e Lamezia Terme in Calabria; Matera in Basilicata; Taranto, Lecce e Andria in Puglia; Napoli, Torre Annunziata e Mondragone in Campania; Campobasso in Molise; Cagliari, Quartu Sant'Elena e Iglesias in Sardegna; Velletri e Sora nel Lazio; Pescara in Abruzzo; Massa Carrara in Toscana e Ventimiglia in Liguria. Tuttavia la tanto attesa entrata in vigore di tali strumenti legislativi, ritenuti utili soprattutto per il rilancio delle attività delle imprese nel meridione d'Italia, appare indirizzata su un percorso procedurale ancora molto tortuoso, a causa della necessità di attendere la previa emanazione delle disposizioni attuative che non ne fa prevedere, attualmente, una data certa di applicazione effettiva. Altresì potrebbe costituire un ostacolo per una rapida soluzione di tale ritardo, l'emanazione dell'art. 43 del d.l. 31 maggio 2010, n. 78, convertito con modificazioni dalla l. 30 luglio 2010, n. 122 (in *Guri* n. 125 del 31 maggio 2010, *suppl. ord.*), che consente l'istituzione nel Mezzogiorno d'Italia di «zone a burocrazia zero» in aree non soggette a vincolo: questo strumento si distingue da quello delle zone franche urbane sia per le aree individuate destinatarie degli aiuti (che non coincidono), sia per le modalità di erogazione del beneficio (che si sostanzia non più come un'esenzione fiscale ma come un contributo diretto concesso dai sindaci territorialmente competenti), sia per l'ambito soggettivo di applicazione, limitato soltanto alle nuove iniziative produttive avviate dopo il 31 maggio 2010. Per approfondire l'argomento, v. G. L. GALLETTI - A. T. FORMISANO, *Risoluzione della VI e X Commissione (7-00451)*, in Allegato B Seduta n. 407 del 13 dicembre 2010, in

sizioni contenute dapprima nell'art. 1, dal comma 340 al comma 343, della Legge finanziaria 2007 ed in seguito nell'art. 2, commi 561, 562 e 563, della Legge finanziaria 2008²⁶.

Secondo gli intendimenti del modello legislativo francese, lo scopo delle ZFU consiste nella promozione dello sviluppo e della rivitalizzazione di aree infra-comunali (di dimensione minima prestabilita²⁷ e definite «sensibili», perché la vita in questi quartieri si caratterizza per la presenza di situazioni di disagio sociale, economico e occupazionale e con potenzialità di sviluppo inesprese) attraverso la predisposizione di sgravi fiscali per le attività imprenditoriali che in tali zone realizzano nuovi posti di lavoro o si localizzano.

Rispetto alle zone franche doganali, che hanno la finalità di catalizzare gli investimenti esteri creando fiscalità di vantaggio per promuovere lo sviluppo di determinate aree territoriali, le ZFU costituiscono uno strumento utilizzato per contrastare l'esclusione sociale con riferimento soltanto a specifici nuclei urbani²⁸, mediante l'incentivazione della creazione di opportunità di affari per iniziative imprenditoriali di piccola e media dimensione e quindi per favorire la creazione di nuovi posti di lavoro; inoltre gli esoneri di natura fiscale hanno una durata limitata e non possono essere superiori a soglie annue predeterminate²⁹.

ra.it/417?idSeduta=407&resoconto=btind¶m=

²⁶ L. 27 dicembre 2006, n. 269, in *Guri* n. 299 del 27 dicembre 2006, *suppl. ord.*: il finanziamento era assicurato attraverso l'istituzione di un Fondo di cinquanta milioni di euro per ciascuno degli anni 2008 e 2009. L. 24 dicembre 2007, n. 244, in *Guri* n. 300 del 28 dicembre 2007, *suppl. ord.* Per quanto concerne il reperimento delle risorse finanziarie, lo stanziamento previsto dalla Legge finanziaria 2007 è stato inizialmente confermato, ed inoltre sono state definite in modo più analitico le agevolazioni fiscali e previdenziali. Sebbene i benefici previsti, concernenti i nuovi insediamenti produttivi nei comuni rientrati nei parametri per usufruire delle predette zone franche urbane, sarebbero dovuti entrare in vigore a partire dal 1° gennaio 2010, allo stato attuale non è stato ancora emanato il decreto di attuazione da parte del Ministero dell'economia e delle finanze per rendere effettivamente operative tali agevolazioni.

²⁷ Tali aree sono comprese in nuclei urbani degradati, con popolazione compresa fra ottomila e trecento e trentamila abitanti. Fino al 2006 il limite doveva essere superiore a diecimila abitanti.

²⁸ Soltanto una percentuale pari a circa il 2,6 per cento della popolazione (circa un milione e seicentomila abitanti) è potenzialmente beneficiaria di tali agevolazioni. I parametri oggettivi predisposti per l'individuazione delle aree urbane eleggibili sono: il tasso di disoccupazione; la percentuale di persone uscite dal sistema scolastico prima del conseguimento del diploma; il numero di giovani; il potenziale fiscale *pro capite*.

²⁹ Gli sgravi fiscali e sociali sono riservati ad imprese di piccola dimensione già presenti o che si stabiliscono nella zona franca urbana, con un numero di dipendenti non superiori alle cinquanta unità: le imprese devono riservare un terzo delle loro assunzioni o dei loro posti di lavoro agli abitanti delle zone c.d. sensibili. Tali incentivi si inquadrano in un programma di azione realizzato dalla Comunità locale, dai loro *partner* e dallo Stato, nei seguenti comparti: *restyling* urbano; trasporti pubblici; formazione professionale; sviluppo del commercio e dei servizi; arredo urbano e servizi pubblici; aiuto e sostegno per la creazione di nuove imprese. La durata delle esenzioni, con un tasso decrescente trascorsi cinque anni, è compreso fra gli otto anni, riguardanti le imprese aventi più di cinque dipendenti, e i quattordici, per le altre.

2. La disciplina comunitaria delle zone franche e dei depositi franchi. Il Regolamento Cee del Consiglio n. 2913/92

Com'è noto la materia doganale costituisce un settore di competenza esclusiva in ambito comunitario: l'unione doganale³⁰ si configura come uno degli elementi cardine nel percorso che storicamente ha portato alla realizzazione dell'Unione europea, rappresentando la *conditio sine qua non* per l'instaurazione del mercato comune.

Pertanto la sua importanza è tale da aver ricevuto una puntuale regolamentazione anzitutto con le disposizioni presenti nel Trattato istitutivo della Comunità europea del 1957³¹, e poi nelle successive modifiche intervenute con il Trattato di Amsterdam del 1997³²; attualmente, in base alla nuova numerazione introdotta con il Trattato di Lisbona³³ in vigore dal 1° dicembre 2009, la disciplina relativa all'unione doganale è contenuta negli artt. 28 e 30-32 del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea (nuova denominazione del Trattato istitutivo CE).

Un riflesso desumibile dalla rilevanza comunitaria della materia doganale è che l'ufficio doganale di ogni Stato membro, che svolge la sua funzione sui confini comunitari, costituisce altresì un ufficio doganale comunitario in quanto operante in nome e per conto della Comunità, alla quale in via diretta competono direttamente gli introiti riscossi³⁴.

Il primo atto comunitario in cui si è manifestato un concreto interesse sul tema delle zone franche e dei depositi franchi, risale alla fine degli anni '60 del secolo scorso, allorquando, al fine di adempiere all'esigenza di armonizzare i diversi regimi doganali presenti nei territori nazionali degli Stati membri concernenti le zone franche e i depositi franchi, è stata emanata la direttiva n. 69/75/Cee del 4 marzo 1969 «relativa all'armonizzazione delle disposizioni

³⁰ L'Unione Doganale è entrata in vigore il 1° luglio 1968. Sull'argomento, fra i riferimenti dottrinali più recenti, v. G. TESAURO, *Diritto dell'Unione Europea*, Padova, Cedam, VI ed., 2010, p. 403-406: in particolare, in merito al codice doganale comunitario, v., *ivi*, la nota 18 a p. 401.

³¹ Trattato di Roma del 25 marzo 1957. Trattato che istituisce la Comunità Economica Europea, sottoscritto a Roma il 25 marzo 1957, ratificato con l. 14 ottobre 1957, n. 1203, in *Guri Serie Generale* n. 317 del 23 dicembre 1957, *suppl. ord.* Dopo l'emanazione del Trattato di Lisbona la nuova denominazione è la seguente: Trattato 25 marzo 1957. Trattato sul funzionamento dell'Unione Europea, sottoscritto a Roma il 25 marzo 1957, ratificato con l. 14 ottobre 1957, n. 1203, in *Guri Serie Generale* n. 317 del 23 dicembre 1957, *suppl. ord.*

³² Trattato di Amsterdam del 2 ottobre 1997, in *Guce* n. C 340 del 10 novembre 1997, p. 1.

³³ Trattato di Lisbona che modifica il Trattato sull'Unione europea e il Trattato che istituisce la Comunità europea, firmato a Lisbona il 13 dicembre 2007, in *Gu-Ue* n. C 306 del 17 dicembre 2007, p. 1.

³⁴ Cfr. A. CONVERSO, *I tributi di rilevanza comunitaria: dazi, diritti doganali e accise; I.V.A. all'importazione - Corso di formazione e aggiornamento per magistrati tributari e professionisti abilitati al patrocinio davanti al giudice tributario*, Milano, Università degli Studi di Milano, 1 febbraio 2005, p. 4, in <http://users.unimi.it/masterg/magistrati%20tributari/UNIV-MILANO.doc>.

legislative, regolamentari e amministrative riguardanti il regime delle zone franche»³⁵.

In base all'art. 1 la zona franca veniva identificata in quel territorio, «istituito dalle autorità competenti degli Stati membri, (...) al fine di far considerare le merci che si trovano nell'ambito di questi come non trovantisi nel territorio doganale delle Comunità agli effetti dell'applicazione dei dazi doganali, dei prelievi agricoli, delle restrizioni quantitative e di qualsiasi tassa o misura di effetto equivalente».

Il successivo atto comunitario dedicato all'argomento è stato il Regolamento Cee n. 2504/88 del Consiglio del 25 luglio 1988 «relativo alle zone franche e ai depositi franchi»³⁶, emanato allo scopo di «completare e chiarire le norme attualmente in vigore e prevedere un atto direttamente applicabile negli Stati membri, che offra in tal modo una maggiore sicurezza giuridica ai singoli».

Ai sensi dell'art. 1, par. 4, del Regolamento, rispettivamente, venivano definite le zone franche come «parti del territorio doganale della Comunità separate dal resto di detto territorio in cui le merci non comunitarie introdotte sono considerate, per l'applicazione dei dazi all'importazione e delle misure di politica commerciale all'importazione, come merci non situate nel territorio doganale della Comunità, purché non siano immesse in libera pratica o assoggettate ad un altro regime doganale alle condizioni fissate dal presente regolamento», e i depositi franchi come «locali situati nel territorio doganale della Comunità in cui le merci non comunitarie introdotte sono considerate, per l'applicazione dei dazi all'importazione e delle misure di politica commerciale all'importazione, come merci non situate nel territorio doganale della Comunità, purché non siano immesse in libera pratica o assoggettate ad un altro regime doganale alle condizioni fissate dal presente regolamento».

Per entrambe le fattispecie l'elemento principale, riguardante le merci che si trovano all'interno delle loro delimitazioni, consisteva nella *fictio iuris* della non presenza sul territorio doganale comunitario, in funzione dell'applicazione dei dazi all'importazione e delle misure di politica commerciale: queste ultime sono, ad esempio, i prelievi agricoli, le restrizioni quantitative (contingentamenti), la fissazione di un calendario per l'importazione.

Attualmente la normativa vigente riguardante il settore doganale è contenuta in unico *corpus* comprendente anzitutto il Regolamento Cee n. 2913/92 del Consiglio del 12 ottobre 1992, «che istituisce un codice doganale comunitario»³⁷, nonché le sue successive modificazioni ed integrazioni.

³⁵ In *Guce* n. L 58 dell'8 marzo 1969, p. 11. La disciplina concernente la tipologia delle manipolazioni usuali ammesse per le merci poste in zone franche risale alla direttiva n. 71/235/Cee del Consiglio del 21 giugno 1971 «relativa all'armonizzazione delle disposizioni legislative, regolamentari e amministrative riguardanti le manipolazioni usuali che possono essere effettuate nei depositi doganali e nelle zone franche», in *Guce* n. L 143 del 29 giugno 1971, p. 28.

³⁶ In *Guce* n. L 225 del 15 agosto 1988, p. 8.

³⁷ In *Guce* n. L 302 del 19 ottobre 1992, p. 1. Le successive modifiche sono contenute nei se-

Tuttavia, recentemente, sono state introdotte modifiche particolarmente incisive dal Regolamento Ce n. 450/2008 del Parlamento europeo e del Consiglio del 23 aprile 2008 «che istituisce il codice doganale comunitario (Codice doganale aggiornato)»³⁸: tale testo attua una diffusa ed epocale rivisitazione del settore doganale nella sua interezza. Peraltro per l'applicazione concreta di tutte le disposizioni del nuovo Codice, come sarà precisato nel successivo paragrafo, bisogna attendere la data del 24 giugno 2013, termine entro il quale dovranno essere state adottate le disposizioni attuative del nuovo Regolamento ad opera della Commissione europea³⁹: ciò significa che fino alla predetta data resta in vigore il Regolamento n. 2913/92, con le relative integrazioni e modificazioni, in particolare con riferimento all'argomento che viene analizzato in questo articolo.

Pertanto, attualmente, le disposizioni comunitarie vigenti in materia di zone franche e di depositi franchi⁴⁰ sono ancora contenute negli artt. 166-181 del Regolamento n. 2913/92, nonché negli artt. 799-840 del Regolamento Cee n. 2454/93 della Commissione del 2 luglio 1993, «che fissa talune disposizioni d'applicazione del Regolamento (Cee) n. 2913/92 del Consiglio che istituisce il codice doganale comunitario»⁴¹ e successive modificazioni ed integrazioni.

guenti atti: Regolamento Ce n. 955/1999 del Parlamento europeo e del Consiglio del 13 aprile 1999, in *Guce* n. L 119 del 7 maggio 1999, p. 1; Regolamento Ce n. 2700/2000 del Parlamento europeo e del Consiglio del 16 novembre 2000, in *Guce* n. L 311 del 12 dicembre 2000, p. 17; Regolamento Ce n. 648/2005 del Parlamento europeo e del Consiglio del 13 aprile 2005, in *Gu-Ue* n. L 117 del 4 maggio 2005, p. 13; Regolamento Ce n. 1791/2006 del Consiglio del 20 novembre 2006, in *Gu-Ue* n. L 363 del 20 dicembre 2006, p. 1.

³⁸ In *Gu-Ue* n. L 145 del 4 giugno 2008, p. 1.

³⁹ V. Prefazione di J. M. GRAVE, in D. DESIDERIO - M. GIFFONI, *Legislazione doganale comunitaria e nuovo codice doganale*, Torino, Giappichelli, 2009, p. XIV: «Prima del 24 giugno 2013, data ultima fissata dal codice stesso per la sua applicazione, occorrerà infatti definire e configurare tutti i sistemi informatici necessari, sia delle amministrazioni nazionali che degli operatori economici, ai fini di una loro piena interoperabilità a livello comunitario. Sarà ugualmente necessario produrre delle note esplicative e delle linee guida, così da facilitare la comprensione e l'applicazione di alcune delle disposizioni giuridiche introdotte dal nuovo Codice».

⁴⁰ Prima dell'emanazione del codice doganale comunitario la disciplina comunitaria inerente le zone franche e i depositi franchi era contenuta anche nei seguenti atti, attualmente non più in vigore: sesta direttiva n. 77/388/Cee del Consiglio del 17 maggio 1977, in materia di armonizzazione delle legislazioni degli Stati membri relative alle imposte sul fatturato - Sistema comune di imposta sul valore aggiunto: base imponibile uniforme, in *Guce* n. L 145 del 13 giugno 1977, p. 1, abrogata dalla direttiva n. 2006/112/Ce del Consiglio del 28 novembre 2006 relativa al sistema comune di imposta sul valore aggiunto, in *Gu-Ue* n. L 347 dell'11 dicembre 2006, p. 1; Regolamento Cee n. 1999/85 del Consiglio del 16 luglio 1985 relativo al regime di perfezionamento attivo, in *Guce* n. L 188 del 20 luglio 1985, p. 1; Regolamento Cee n. 2503/88 del Consiglio del 25 luglio 1988 relativo ai depositi doganali, in *Guce* n. L 225 del 15 agosto 1988, p. 1; Regolamento Cee n. 2561/90 del Consiglio del 30 luglio 1990 che stabilisce talune disposizioni di applicazione del Regolamento (Cee) n. 2503/88 del Consiglio relativo ai depositi doganali, in *Guce* n. L 246 del 10 settembre 1990, p. 1; Regolamento Cee n. 2562/90 del Consiglio del 30 luglio 1990 che stabilisce talune disposizioni di applicazione del Regolamento (Cee) n. 2504/88 del Consiglio, relativo alle zone franche e ai depositi franchi, in *Guce* n. L 246 del 10 settembre 1990, p. 33.

⁴¹ In *Guce* n. L 253 dell'11 ottobre 1993, p. 1. Per quanto concerne gli atti che hanno apportato successive modifiche ed aggiornamenti, fra quelli più recenti, si ricordano: Regolamento Ce n. 1192/2008 della Commissione del 17 novembre 2008, in *Gu-Ue* n. L 329 del 6 dicembre 2008, p. 1; Regolamento Ce n. 312/2009 della Commissione del 16 aprile 2009, in *Gu-Ue* n. L 98 del 17

Le «zone franche» e i «depositi franchi» consistono, rispettivamente, nelle aree speciali e negli edifici, o nei locali, facenti fisicamente parte del territorio doganale comunitario e nazionale, ma strutturati in forma separata da esso, che sono designati e concessi dalle autorità doganali di ciascuno Stato membro dell'Unione europea, e la cui destinazione è lo stoccaggio di merci comunitarie o extracomunitarie⁴².

La finzione giuridica dell'extraterritorialità doganale opera esclusivamente in relazione agli aspetti doganali degli scambi commerciali internazionali, determinando il venir meno dell'applicabilità di qualsiasi diritto doganale, prescindendo dalla sua funzione, struttura e procedura di imposizione.

In base all'art. 166, par. 1, lett. a. del Regolamento n. 2913/92, le merci extracomunitarie sono considerate, ai fini dell'applicazione dei dazi doganali⁴³ all'importazione, come situate al di fuori del confine doganale comunitario, a condizione che esse non siano immesse in libera pratica, né siano sottoposte ad un regime che origini un *debitum* doganale, né siano utilizzate o consumate all'interno della predetta zona in condizioni diverse da quelle stabilite dalla disciplina doganale.

Pertanto fino al trasferimento della merce dall'area speciale verso un qualsiasi Stato comunitario (compreso quello nel cui territorio è situata la zona franca o il deposito franco), vige l'esonero dal pagamento dei dazi all'importazione, delle tasse e delle misure di politica commerciale⁴⁴: dal momento

aprile 2009, p. 3; Regolamento Ce n. 414/2009 della Commissione del 30 aprile 2009, in *Gu-Ue* n. L 125 del 21 maggio 2009, p. 6; Regolamento Ue n. 169/2010 della Commissione del 1° marzo 2010, in *Gu-Ue* n. L 51 del 2 marzo 2010, p. 2; Regolamento Ue n. 177/2010 della Commissione del 2 marzo 2010, in *Gu-Ue* n. L 52 del 3 marzo 2010, p. 28; Regolamento Ue n. 197/2010 della Commissione del 9 marzo 2010, in *Gu-Ue* n. L 60 del 10 marzo 2010, p. 9; Regolamento Ue n. 430/2010 della Commissione del 20 maggio 2010, in *Gu-Ue* n. L 125 del 21 maggio 2010, p. 10; Regolamento Ue n. 1063/2010 della Commissione del 18 novembre 2010, in *Gu-Ue* n. L 307 del 23 novembre 2010, p. 1.

⁴² In caso di incertezza circa la natura comunitaria o extracomunitaria delle merci posizionate in una zona franca o in un deposito franco, l'interessato può richiederne un'apposita attestazione all'autorità doganale (cfr. art. 170, par. 4, del Regolamento n. 2913/1992) che, ai sensi dell'art. 812, par. 1, del Regolamento n. 2454/1993, redige un «formulario conforme al modello e alle disposizioni figuranti nell'allegato 109».

⁴³ Si tratta dei diritti di confine, ossia di veri e propri tributi doganali, che sono prelevati nel momento in cui avviene l'importazione o l'esportazione delle merci: tuttavia nel secondo caso, generalmente, vige l'esenzione. Come si vedrà nel par. 4 della Parte Seconda di questo contributo che sarà pubblicato nel n. 4/2011 di questa *Rivista*, essi non devono essere confusi con i prelievi nazionali previsti da legge interna, peraltro non aventi qualifica tributaria, che sono giustificati dall'espletamento di determinati servizi e sono definiti, ad esempio per quanto concerne l'Italia, dall'art. 34, comma 1, del dpr n. 43/73 come «diritti doganali» relativi a specifiche operazioni doganali, che hanno l'unica caratteristica di essere riscossi dall'Agenzia delle Dogane, eventualmente anche in modo contestuale al prelievo dei diritti di confine. Tra i servizi, la cui esecuzione origina nel nostro Paese tali pagamenti in qualità di corrispettivo, rientrano il deposito di merci in dogana, le spese di movimentazione, ecc.: cfr. A. CONVERSO, *I tributi di rilevanza comunitaria*, cit. *supra*, nota 34, p. 14 e 31.

⁴⁴ Tali agevolazioni hanno natura sospensiva. Se il trasferimento della merce proveniente da Stati extra UE e depositata nelle zone franche, avviene verso Stati extracomunitari (ossia nell'ipotesi del transito) sorgono agevolazioni di maggiore rilevanza, quali l'esonero da: formalità doganali, pagamento di dazi doganali (mediante il ricorso alla sospensione o al rimborso), paga-

dell'immissione in libera pratica⁴⁵ in un determinato Paese membro, diventa applicabile l'obbligo del pagamento dei dazi⁴⁶, dell'IVA comunitaria per destinazione (se la merce è introdotta per la prima volta in un Paese UE)⁴⁷ e degli altri diritti fino a quel momento sospesi, pur se con l'ulteriore agevolazione del differimento della loro riscossione dopo sei mesi, ad un tasso di interesse annuo ridotto.

Invece per le merci comunitarie depositate nella zona franca o nel deposito franco, il beneficio consiste nella possibilità di fruire delle agevolazioni legate all'esportazione già prima della loro effettiva fuoriuscita dal territorio comunitario. Ciò significa che, sostanzialmente, si verificano gli effetti anticipati legati all'esportazione, che si considera come già avvenuta, in virtù dell'applicazione di tutte le misure che normalmente rilevano in questo settore: tali sono, ad esempio, il prefinanziamento delle restituzioni all'esportazione in materia di politica agricola comune, il rimborso o lo sgravio dei dazi all'importazione⁴⁸.

La normativa comunitaria attribuisce agli Stati membri la facoltà di istituire sul proprio territorio le zone franche e i depositi franchi⁴⁹: dal punto di vista procedurale per le zone franche è sempre necessaria la preliminare emanazione di una legge statale, mentre per i depositi franchi, in Italia, è prevista una sorta di procedimento che inizia con la domanda dell'interessato (persona fisica o giuridica) e che si conclude, se l'esito è positivo, con un'autorizzazione governativa emanata nella forma di un decreto del Presidente della Repubblica⁵⁰.

mento dell'IVA, versamento della cauzione, limitazioni temporali per la riesportazione. Cfr. C. BUCCICO, *Il fondamento giuridico delle zone franche urbane*, cit. *supra*, nota 10, p. 112, parte 1. Fra i diritti che non devono essere riscossi rientrano anche le sovrimposte di confine, incluse in Italia fra i diritti di confine previsti dall'art. 34, comma 2, del dpr n. 43/73. Durante la permanenza nella zona franca, la merce può subire ogni tipo di trasformazione senza vincoli di natura doganale.

⁴⁵ Essa consente la libera circolazione della merce nell'area comunitaria.

⁴⁶ In questa fase, nel territorio italiano, diventa effettivo l'obbligo del pagamento, oltre che dei diritti di confine corrispondenti ai dazi comunitari, anche dei diritti doganali previsti dall'art. 34, comma 1, del dpr n. 43/73.

⁴⁷ Se invece dalla zona franca la merce non viene immessa nel territorio italiano, ma prosegue verso un altro Stato comunitario, allora il pagamento dell'imposta è sospeso e sarà eseguito nello Stato comunitario di definitiva destinazione: v. art. 67 del dpr 26 ottobre 1972, n. 633, e succ. mod. ed integraz., in *Guri* n. 292 dell'11 novembre 1972, *suppl. ord.* Una particolarità meritevole di essere evidenziata consiste nel fatto che, mentre in materia di destinazioni doganali la terminologia utilizzata nel Testo Unico della Legge Doganale del 1973 riguarda *nomina iuris* differenti ma con caratteristiche identiche agli omologhi comunitari, invece in materia di importazioni rilevanti in sede di applicazione dell'imposta sul valore aggiunto, il dpr n. 633/72 contempla, nel precitato art. 67, proprio le definizioni della disciplina doganale comunitaria.

⁴⁸ Art. 166, par. 1, lett. «b»: le merci comunitarie, per le quali una normativa comunitaria specifica lo preveda, beneficino, a motivo del loro collocamento in tale zona franca o in tale deposito franco, di misure connesse, in linea di massima, alla loro esportazione».

⁴⁹ In entrambi i casi la decisione circa la creazione di una zona franca o di un deposito franco si fonda su ragioni di natura economica.

⁵⁰ Per la procedura completa di istituzione dei depositi franchi in Italia e per le corrispondenti fonti normative si rinvia al par. 4 della Parte Seconda di questo contributo che sarà pubblicato nel n. 4/2011 di questa *Rivista*.

Pur essendo la regolamentazione dei depositi franchi essenzialmente simile a quella delle zone franche, le due fattispecie presentano, concretamente, alcuni elementi distintivi che si fondano sul criterio della superficie, essenzialmente fisico, e su quello delle modalità di istituzione. Quanto al primo criterio, le zone franche possono interessare un'area di attività economica relativamente ampia, al contrario dei depositi franchi che sono locali chiusi o recintati, e pertanto strettamente delimitati per loro natura (in quanto consistenti negli immobili).

Con riferimento al secondo criterio, le zone franche si differenziano per il fatto che possono essere istituite dagli Stati membri, attraverso tale speciale destinazione di alcune porzioni del territorio doganale comunitario⁵¹, su iniziativa di qualunque persona⁵² che inoltri la richiesta alle autorità doganali nazionali; queste ultime, successivamente, trasmettono alla Commissione europea⁵³ le informazioni circa la lista delle zone franche europee (in base alla classificazione stabilita secondo il «controllo di tipo I» e «il controllo di tipo II») esistenti nell'area comunitaria e circa l'elenco delle autorità doganali designate, alle quali bisogna presentare la domanda di riconoscimento della contabilità di magazzino⁵⁴.

Comunque, la definizione che si ricava per entrambe le fattispecie, prescinde dall'obbligatoria contiguità delle porzioni di territorio o degli edifici ad aree marittime o portuali, comportando, ad esempio nel caso delle zone franche, la possibilità di comprendere anche aree con popolazione stabilmente residente ed eventualmente insediamenti industriali ed agricoli⁵⁵.

A ben vedere, è marginale il ruolo svolto dalla Commissione europea all'interno della procedura di costituzione della zona franca: tuttavia nelle informazioni riguardanti le caratteristiche dell'*istituenda* area speciale, comunicate ai sensi dell'art. 802 del Regolamento n. 2454/93, esistono gli elementi in base ai quali l'istituzione comunitaria è in grado di effettuare il controllo dell'ottemperanza, da parte degli Stati membri, alle norme stabilite per tale materia nel codice doganale comunitario.

⁵¹ Art. 167, par. 1 e 2, del Regolamento n. 2913/92: «Gli Stati membri possono destinare talune parti del territorio doganale della Comunità a zona franca o autorizzare la creazione di depositi franchi. Gli Stati membri stabiliscono il limite geografico di ciascuna zona. I locali destinati a costituire un deposito franco devono essere approvati dagli Stati membri».

⁵² V. art. 800 del Regolamento n. 2454/93. Ai sensi dell'art. 4, par. 1, del Regolamento n. 2913/92, si intende per persona «(...) una persona fisica; una persona giuridica; un'associazione di persone sprovvista di personalità giuridica ma avente la capacità di agire, laddove sia ammessa dalla normativa vigente».

⁵³ La Commissione europea, a propria volta, pubblica tali informazioni nella *Gazzetta Ufficiale delle Comunità europee* (oggi *Gazzetta Ufficiale dell'Unione europea*).

⁵⁴ Si tratta dell'atto preliminare che deve essere necessariamente inoltrato da chi desidera svolgere attività nella zona franca.

⁵⁵ Cfr. C. BUCCICO, *Il fondamento giuridico delle zone franche urbane*, cit. *supra*, nota 10, p. 108, parte 1.

Inoltre la predetta comunicazione consente alla Commissione europea di verificare la sussistenza anche delle condizioni di compatibilità della zona franca, oggetto della notifica, rispetto alle norme previste nel Trattato per quanto concerne la legittimità degli aiuti di Stato: infatti la previsione di aree nelle quali esistono determinate agevolazioni di carattere fiscale, può favorire alcune imprese o alcune tipologie di produzioni, e, di conseguenza, provocare distorsioni alle regole di concorrenza che, nel caso in cui vengano ad essere interessati gli interscambi commerciali fra gli Stati membri, possono rivelarsi anche di rilevanza tale da incidere negativamente sulle regole del mercato comune⁵⁶.

Pertanto, se è vero che la competenza legislativa nell'istituzione delle zone franche è propria degli Stati membri, tuttavia questi, per non incorrere in eventuali censure da parte della Commissione europea, rese possibili in sede di disamina, da parte di quest'ultima, delle informazioni ricevute ai sensi del precitato art. 802, sono tenuti anzitutto a rispettare le disposizioni stabilite ai sensi sia del codice doganale comunitario in materia di zone franche, sia delle relative disposizioni applicative, ma altresì a non violare le norme comunitarie previste in materia di aiuti di Stato⁵⁷.

Quindi, con riferimento a quest'ultima considerazione, «se una zona franca comporta l'introduzione di agevolazioni fiscali potrebbe rappresentare una misura atta a favorire la ripresa economica di regioni con tenore di vita eccessivamente basso, in ritardo di sviluppo o con forme di sottoccupazione, rientrando così nella categoria degli aiuti di Stato disciplinati dall'art. 87, 3° comma, lett. a. e c. del Trattato richiedendo da parte della commissione europea la verifica delle condizioni di applicabilità»⁵⁸.

Per i depositi franchi è necessaria, come per la costituzione delle zone franche, una preventiva domanda scritta presentata da parte di «qualunque persona» e di una successiva autorizzazione per la sua creazione rilasciata, a livello locale, dall'autorità doganale: tuttavia, in tale ipotesi, la particolarità consiste nel fatto che deve anche essere approvato l'immobile destinato a costituire il deposito franco, anche in considerazione dell'attività che verrà effettuata al suo interno e sempre che la stessa non comporti la violazione della normativa doganale⁵⁹.

Le zone franche sono distinte in due categorie, in relazione alle modalità

⁵⁶ V. C. BUCCICO, *Il fondamento giuridico delle zone franche urbane*, cit. supra, nota 10, p. 115, parte 1.

⁵⁷ In base all'odierna numerazione, tale disciplina consiste negli artt. 107, 108 e 109 TFUE.

⁵⁸ V. C. BUCCICO, *Il fondamento giuridico delle zone franche urbane*, loc. cit., p. 120, parte 1: in particolare, per un'analisi sulla compatibilità fra le zone franche e la disciplina comunitaria relativa agli aiuti di Stato, si veda, *ivi*, il par. 4, p. 114-120.

⁵⁹ Cfr. artt. 800 e 801 del Regolamento n. 2454/93.

di controllo doganale effettuate⁶⁰, che producono anche effetti sulle formalità necessarie per il legittimo posizionamento delle merci all'interno delle stesse.

Nell'ipotesi di zona franca interclusa, o del «tipo di controllo I»⁶¹ (situazione valevole, nei limiti della compatibilità, anche per i depositi franchi), l'area interessata consiste in uno spazio chiuso e ben recintato⁶², rispetto al quale i controlli doganali si sostanziano essenzialmente sulla sorveglianza dei punti di entrata e di uscita, relativi a tale frontiera fisica, nonché del perimetro contiguo alla zona franca, e nella contabilità di magazzino.

Più specificamente, salve le ipotesi indicate negli artt. 168, par. 4⁶³, e 170, par. 2⁶⁴, le formalità riguardanti l'ingresso delle merci sono sostanzialmente assenti, in quanto generalmente tali merci sono legittimamente poste nelle zone franche del primo tipo, per il fatto stesso del loro ingresso fisico in provenienza per via marittima, aerea, o anche (a certe condizioni) stradale da uno Stato terzo⁶⁵, senza la necessità di assolvere ad oneri di presentazione delle merci negli uffici delle autorità doganali o di deposito di dichiarazioni in dogana, o al versamento di cauzioni. Tuttavia una copia del documento di trasporto deve essere sempre tenuta a disposizione dell'ufficio doganale, che all'occorrenza ne faccia richiesta.

Pertanto è opportuno ricordare che nell'ipotesi di introduzione di merci nelle zone franche del primo tipo direttamente dall'esterno, così come nel caso di uscita di merci direttamente verso l'esterno della Comunità, in base al-

⁶⁰ Tale distinzione origina dalle modifiche apportate dal Regolamento n. 2700/2000: le variazioni alla precedente versione del codice doganale comunitario hanno determinato la riformulazione dell'art. 168 e l'introduzione del nuovo art. 168 *bis*, che contiene la novità dell'area franca non interclusa. Quest'ultima previsione consente l'applicazione della disciplina del deposito doganale e dei correlati tipi di controllo ad alcune tipologie di zone franche, come è sottolineato, fra l'altro, anche nel preambolo del citato Regolamento n. 2700/2000.

⁶¹ V. art. 799, par. 1, lett. *a*. del Regolamento n. 2454/93.

⁶² Ai sensi dell'art. 805, par. 1, del Regolamento n. 2454/93, *loc. cit.*, le caratteristiche della recinzione devono essere tali da «(...) facilitare la sorveglianza dell'autorità doganale dall'esterno della zona ed escludere ogni possibilità di uscita irregolare di merci dalla stessa». Parimenti, in base al successivo par. 3, l'area esterna contigua alla recinzione «(...) deve consentire un'adeguata sorveglianza da parte dell'autorità doganale. L'accesso a questa zona è subordinato al consenso di detta autorità».

⁶³ «L'autorità doganale può controllare le merci che entrano in una zona franca o in un deposito franco o che vi vengono depositate o ne escono. Per consentire tale controllo, una copia del documento di trasporto, che deve accompagnare le merci all'entrata e all'uscita, deve essere consegnata all'autorità doganale o tenuta a sua disposizione presso qualsiasi persona all'uopo designata dalla predetta autorità. Quando tale controllo sia richiesto, le merci devono essere messe a disposizione dell'autorità doganale».

⁶⁴ L'obbligo della presentazione delle merci all'autorità doganale ed il rispetto delle formalità doganali vige nel caso di merci: *a.* che sono vincolate ad un regime doganale ed il cui ingresso in una zona franca o in un deposito franco comporti l'appuramento del predetto regime; tuttavia questa presentazione non è necessaria se, nell'ambito del regime doganale considerato, è ammessa una dispensa dall'obbligo di presentare le merci; *b.* che hanno formato oggetto di una decisione di rimborso o di sgravio dei dazi all'importazione che autorizza il collocamento di tali merci in una zona franca o in un deposito franco; *c.* che beneficiano delle misure previste dall'art. 166, lett. *b.*; *d.* che entrano in una zona franca o in un deposito franco direttamente dall'esterno del territorio doganale comunitario.

⁶⁵ V. art. 38, par. 1, lett. *b.* del Regolamento n. 2913/92, *cit. supra*, nota 37.

l'art. 176, par. 2, comma 2⁶⁶, è fatta salva la formalità della presentazione di una dichiarazione sommaria presso gli uffici dell'autorità doganale. Quest'ultima, in ogni caso, può pretendere che le merci soggette ai dazi all'esportazione, o ad altre disposizioni che regolano l'esportazione, vengano segnalate al servizio delle dogane.

Invece nel caso di zona franca del «tipo di controllo II»⁶⁷, prevista dall'art. 168 *bis*, la cui designazione è facoltativa da parte delle autorità doganali, l'area interessata consiste in uno spazio delimitato ma non recintato, senza limiti e punti di entrata e di uscita sorvegliati dalle autorità doganali, rispetto al quale i controlli sono effettuati conformemente alle modalità indicate nella disciplina sul regime del deposito doganale⁶⁸, e pertanto comportano l'espletamento di formalità procedurali più stringenti. Infatti sono necessarie una preventiva presentazione della merce agli uffici doganali, mediante il deposito di una dichiarazione sommaria e di una dichiarazione successiva in dogana (poiché, a differenza di quanto avviene nell'ipotesi del «controllo di tipo I», l'ingresso fisico di per sé non è sufficiente⁶⁹), e la contabilità di magazzino⁷⁰.

All'interno della zona franca o del deposito franco, dopo la preventiva notifica all'autorità doganale⁷¹, è autorizzato lo svolgimento, generalmente, di qualsiasi attività di natura industriale o commerciale, nonché la prestazione di servizi: le predette attività si identificano specificamente nelle operazioni di magazzino, lavorazione, trasformazione, vendita o acquisto di merci in una zona franca o in un deposito franco, effettuate da «operatori»⁷² che abbiano presenta-

⁶⁶ «Per le merci introdotte in una zona franca direttamente dall'esterno del territorio doganale della Comunità o provenienti da una zona franca per uscire direttamente dal territorio doganale della Comunità, è presentata una dichiarazione sommaria conformemente agli artt. 36 *bis*, 36 *ter* e 36 *quater* o 182 *bis*, 182 *ter*, 182 *quater* e 182 *quinqüies*, a seconda del caso».

⁶⁷ Il numero delle zone franche comunitarie di questo tipo è minore rispetto a quelle ordinarie. Attualmente quelle incluse nella lista comunicata dalle autorità doganali degli Stati membri alla Commissione europea, ai sensi dell'art. 802, comma 1, lett. *a*. del Regolamento n. 2454/93 sono le seguenti: *Limassol Free Port Area*, *Larnaca Free Port Area*, (Cipro); *INTER EXPRES servis s.r.o.*, *Humpolec* (Rep. Ceca); *Valga Free Zone* (Estonia), *Hamina Free Zone*, *Free Zone of Lappeenranta*, *Turku Free Zone* (Finlandia); *Freeport of Deggendorf*, *Freeport of Duisbourg* (Germania); *Ringaskiddy Free Port*, *Shannon Free Zone* (Irlanda); *Zona Franca di Gioia Tauro* (Italia); *Amsterdam Schiphol Airport* (Paesi Bassi); *Ronaldsway Airport* (Ballasala, Isle of Man), *Tilbury Free Zone* (Gran Bretagna).

⁶⁸ V. art. 799, par. 1, lett. *b*. del Regolamento n. 2454/93, *cit. supra*, nota 41.

⁶⁹ Ai sensi dell'art. 48 del Regolamento n. 2913/92, generalmente le merci extracomunitarie che vengono presentate in dogana devono ricevere una destinazione doganale fra quelle ammesse per le medesime.

⁷⁰ L'art. 168 *bis*, par. 1, comma 2, del Regolamento n. 2913/92, *loc. cit.*, recita «Gli artt. 170, 176 e 180 non si applicano alle zone franche così designate». Il requisito del riconoscimento della contabilità di magazzino per questa categoria di zone franche in base all'art. 803, par. 1, del Regolamento n. 2454/93 è riconducibile alle disposizioni stabilite nel codice doganale comunitario per i depositi doganali, ossia: «(...) dall'articolo 105, nel caso di una zona franca sottoposta a modalità di controllo di tipo II».

⁷¹ V. art. 172, par. 1, del Regolamento n. 2913/92, *loc. ult. cit.*

⁷² V. art. 799, par. 1, lett. *c*. del Regolamento n. 2454/93, *loc. cit.* I soggetti interessati all'esecuzione di operazioni di magazzino, lavorazione, trasformazione, vendita o acquisto di

to per iscritto la domanda di riconoscimento della contabilità di magazzino.

Quest'ultimo documento consente alle stesse autorità di identificare le merci e di controllarne in qualsiasi momento i movimenti.

A tale riguardo nella domanda gli operatori devono indicare, oltre all'elenco delle attività che intendono svolgere, anche: *a.* una descrizione dettagliata della contabilità di magazzino tenuta o da tenere; *b.* la natura e la posizione doganale delle merci cui si riferiscono le attività; *c.* se necessario, il regime doganale in relazione al quale esse sono eseguite; *d.* ogni altra informazione che consenta all'autorità doganale di verificare la corretta applicazione della normativa⁷³.

Tuttavia bisogna sottolineare che le autorità doganali possono rinunciare a richiedere le predette informazioni, a condizione che non si verifichi pregiudizio per la sorveglianza o il controllo delle zone franche o dei depositi franchi.

La contabilità di magazzino non è dovuta quando le informazioni si riferiscono a merci oggetto di un semplice trasbordo effettuato all'interno della zona: peraltro anche in tal caso è necessario poter essere in grado di produrre i documenti inerenti la predetta operazione su richiesta delle autorità doganali⁷⁴.

La generale libertà di svolgimento di attività nelle zone franche subisce restrizioni di natura oggettiva e soggettiva: nella prima ipotesi possono essere disposti divieti o limitazioni in relazione a determinate qualità di merci ogget-

merci in una zona franca o in un deposito franco sono definiti «operatori», e tale qualifica riguarda indifferentemente la persona fisica o la persona giuridica, stante il generico riferimento «chiunque» adottato nel predetto articolo.

⁷³ V. artt. 803 e 804 del Regolamento n. 2454/93, *cit. supra*, nota 41. Pertanto nella suddetta contabilità, oltre a dover essere annotate le indicazioni necessarie per l'individuazione fisica delle merci (ad esempio il numero, i colli, i marchi), bisogna registrare anche tutti gli altri elementi identificativi, come ad esempio i riferimenti al documento di trasporto utilizzato al momento dell'entrata e dell'uscita delle merci, nonché le altre indicazioni elencate nel successivo art. 806. In particolare devono figurare: *a.* le indicazioni relative ai marchi, ai numeri, al numero e alla natura dei colli, alla quantità e alla designazione delle merci, secondo la loro denominazione commerciale usuale, nonché, se del caso, i marchi d'identificazione del contenitore; *b.* le indicazioni necessarie a seguire le merci in qualsiasi momento, in particolare il luogo in cui si trovano, la destinazione doganale alla quale sono state assegnate dopo l'immagazzinamento nella zona franca o nel deposito franco o la loro reintroduzione in un'altra parte del territorio doganale della Comunità; *c.* il riferimento al documento di trasporto utilizzato all'entrata e all'uscita delle merci; *d.* il riferimento alla posizione doganale e, all'occorrenza, al certificato attestante tale posizione di cui all'art. 812; *e.* le indicazioni relative alle manipolazioni usuali; *f.* a seconda dei casi, una delle indicazioni di cui agli artt. 549, 550 o 583; *g.* le indicazioni relative alle merci che, in caso di immissione in libera pratica o di ammissione temporanea, non sarebbero soggette all'applicazione di dazi all'importazione o a misure di politica commerciale, e la cui utilizzazione o destinazione debba essere controllata; *h.* ogni indicazione supplementare eventualmente richiesta ai fini della compilazione di una dichiarazione sommaria di uscita, come da allegato 30 *bis*, se richiesta ai sensi dell'art. 182 *quater* del codice». Anche nell'ipotesi di zona franca del «tipo di controllo II» deve essere assolta la formalità della contabilità di magazzino, tuttavia in tal caso le informazioni richieste ai sensi dell'art. 105 del codice doganale comunitario (v. art. 803, par. 1, del Regolamento n. 2454/93) sono più dettagliate, in considerazione del fatto che questa differente modalità di controllo si basa principalmente proprio sul sistema della contabilità: conseguentemente quest'ultima deve contenere anche, ad esempio, l'indicazione delle dichiarazioni in dogana e le informazioni riguardanti la rimozione temporanea.

⁷⁴ Cfr. art. 176, par. 2, 1° periodo, del Regolamento n. 2913/92, *cit. supra*, nota 37.

to di tali attività, o per ragioni legate alla sorveglianza doganale⁷⁵; nella seconda ipotesi i divieti si indirizzano verso gli operatori che non offrono adeguate garanzie circa l'adempimento delle disposizioni contenute nel codice doganale⁷⁶.

La permanenza delle merci in tali aree speciali può essere disposta a tempo illimitato, salvo alcune eccezioni: infatti nel caso di assoggettamento al perfezionamento attivo, è necessario rispettare il termine stabilito dall'autorità doganale (decorrente dal giorno in cui inizia il vincolo derivante dal predetto regime) entro cui deve essere effettuata l'esportazione, la riesportazione o la collocazione dei prodotti compensatori in un diverso regime doganale.

Un'altra eccezione riguarda la sottoposizione al regime di ammissione temporanea che, salvo termini minori stabiliti dall'autorità doganale, è di ventiquattro mesi; parimenti determinate limitazioni temporali possono riguardare alcune merci comunitarie contemplate dalla politica agricola comune⁷⁷.

Più analiticamente, le agevolazioni di cui possono beneficiare le merci extracomunitarie durante la loro permanenza nelle zone franche e nei depositi franchi (oltre ai casi di loro abbandono o distruzione, esenti anch'essi da dazi) sono le seguenti: *a.* alle condizioni stabilite dal regime considerato e dalla normativa comunitaria, la possibilità di immissione in libera pratica⁷⁸, ossia la situazione che conferisce la qualifica doganale comunitaria alla merce originariamente extracomunitaria e che determina, conseguentemente, l'applicazione dei dazi all'importazione e delle misure di politica commerciale, nonché l'adempimento delle altre formalità previste per l'importazione⁷⁹; *b.* la sottoposizione, senza la formalità dell'autorizzazione, alle usuali manipolazioni necessarie per la salvaguardia della conservazione delle merci, per il miglioramento della loro presentazione o della loro qualità commerciale, o per avviarle alla distribuzione o alla vendita⁸⁰; *c.* il vincolo al regime di perfe-

⁷⁵ In ogni caso non è mai consentito l'ingresso di merci proibite nel territorio comunitario o nazionale; invece le merci pericolose o altre categorie di merci, che necessitano di particolari installazioni, possono essere collocate, su ordine delle autorità doganali, in locali strutturalmente adeguati alla loro ricezione.

⁷⁶ V. art. 172, par. 2 e 3, del Regolamento n. 2913/92, *cit. supra*, nota 37.

⁷⁷ *Ivi*, art. 171, par. 2.

⁷⁸ Una volta assolto il pagamento dei dazi comunitari, si dovranno adempiere anche ai versamenti dell'IVA e delle accise nel momento dell'immissione in consumo della merce. Sebbene le due destinazioni, di immissione in libera pratica e di immissione in consumo, siano generalmente indicate congiuntamente in una stessa dichiarazione da parte dell'avente diritto, in realtà sono due operazioni distinte, in quanto la seconda si sostanzia nell'operazione con cui le merci, dopo essere state sottoposte ai prelievi tributari interni dello Stato membro in cui si verifica la loro introduzione, acquisiscono la qualità di essere liberamente disponibili da parte dell'importatore che, quindi, può dar luogo finalmente alla loro commercializzazione sul mercato. Inoltre mentre con la prima operazione si fa riferimento alla normativa doganale comunitaria, invece con la seconda rileva la disciplina fiscale vigente, nel momento dell'immissione in consumo, nello Stato membro interessato.

⁷⁹ V. artt. 79-83 del Regolamento n. 2913/92, *loc. cit.*

⁸⁰ *Ivi*, art. 109, par. 1.

zionamento attivo⁸¹, secondo i due profili del sistema della sospensione e del sistema del rimborso⁸², alle condizioni stabilite da tale regime; *d.* l'assoggettamento al regime di trasformazione sotto il controllo doganale, che consente l'impiego di merci extracomunitarie nel territorio dell'Unione europea in operazioni che ne modificano la specie o lo stato, senza che si attivi l'imposizione dei dazi all'importazione e delle restrizioni determinate dalle misure di politica commerciale, e, successivamente, l'immissione in libera pratica previa la corresponsione dei dazi all'importazione dei prodotti così trasformati⁸³; *e.* la sottoposizione al regime dell'ammissione temporanea, che consente l'utilizzo nel territorio doganale comunitario (con il totale o il parziale esonero dal pagamento dei dazi all'importazione e con l'inapplicabilità delle misure restrittive di politica commerciale) delle merci destinate alla riesportazione, senza essere state sog-

⁸¹ V. artt. 114 ss. del Regolamento n. 2913/92, *cit. supra*, nota 37. Il perfezionamento attivo è un regime doganale economico, che rappresenta uno strumento di incentivazione all'esercizio delle attività industriali di esportazione comunitarie e che consente l'importazione, senza l'assoggettamento a dazi doganali o a prelievi agricoli, né a misure di politica commerciale, di merci destinate al perfezionamento in territorio comunitario e successivamente da riesportare oltre i confini comunitari sotto forma di prodotti compensatori. In particolare, la finalità principale è quella «di permettere alle imprese comunitarie di offrire i loro prodotti e i loro servizi sui mercati esteri a prezzi competitivi e di contribuire a migliorare l'occupazione della manodopera comunitaria»: v. sentenza della Corte di giustizia del 20 aprile 1983 in causa n. 49/82, *Commissione Cee c. Regno dei Paesi Bassi*, in *Raccolta*, 1983, p. 1202. Tale regime produce effetti positivi in particolare per le seguenti categorie di merci: prodotti dell'industria molitoria, cereali, olii, grassi animali e vegetali (come ad esempio l'olio di oliva), tabacco, pelli, esplosivi, macchinari, veicoli aerei e spaziali, navi e barche, armi e munizioni. Il termine «perfezionamento» si riferisce al fatto che, una volta importata, la merce non comunitaria allo stato grezzo deve essere lavorata, ossia «perfezionata», in uno Stato comunitario: in questa ipotesi si ha il perfezionamento attivo; diversamente se questa lavorazione avviene in uno Stato non comunitario si ha il perfezionamento passivo. Si considerano operazioni di perfezionamento: il processo di lavorazione delle merci, inclusa l'attività di montaggio, di assemblaggio e di adattamento ad altre tipologie di merci; l'attività di trasformazione delle merci; la ripartizione delle merci, compreso il loro riattamento e la loro messa a punto.

⁸² Pur non essendo più previsto il «sistema della sospensione» nel Regolamento n. 450/2008 (v., *infra*, par. 3), peraltro è opportuno indicarne gli elementi distintivi. I due differenti profili dipendono dall'eventualità che il perfezionamento si concluda, alternativamente, con la presentazione di un conto di appuramento o di una domanda di rimborso. Nel primo caso, applicabile indistintamente ad ogni tipologia di merce, per la realizzazione di operazioni di perfezionamento si permette la lavorazione sul territorio doganale comunitario di merci extracomunitarie, che dovranno essere riesportate fuori dal confine doganale nella forma di prodotti compensatori (ossia di prodotti derivanti da operazioni di perfezionamento), senza l'imposizione di dazi e di IVA all'importazione, di eventuali accise o di misure restrittive di politica commerciale. L'obbligo di tali assolvimenti rimane sospeso finché i prodotti compensatori non subiscono una nuova destinazione che li fa uscire dall'ambito applicativo del regime di perfezionamento attivo, attraverso la presentazione del conto di appuramento che prelude alle seguenti diverse opzioni di destinazione: la riesportazione; gli ulteriori regimi sospensivi in attesa della riesportazione come il deposito doganale, la zona franca, l'ammissione temporanea o un nuovo perfezionamento; o infine l'immissione in libera pratica. Il sistema della domanda di rimborso non può essere applicato a merci sottoposte a restrizioni quantitative, a contingentamenti tariffari, a restituzioni all'esportazione o a prelievi agricoli; invece, se applicabile, esso consente l'impiego di merci immesse in libera pratica in una o più operazioni di perfezionamento, con il beneficio del rimborso o dello sgravio dei dazi all'importazione (corrisposti al momento dell'immissione in libera pratica), nel caso di successiva riesportazione sotto forma di prodotti compensatori o di vincolo per una successiva riesportazione (ossia i regimi di deposito doganale, di zona franca o di deposito franco, di ammissione temporanea, o di nuovo perfezionamento attivo): cfr. art. 128, par. 1, del Regolamento n. 2913/92, *loc. cit.*

⁸³ *Ivi*, art. 130.

gette ad alcuna modificazione, salvo il loro deprezzamento normale derivante dall'utilizzo che ne è stato fatto⁸⁴; *f.* l'inapplicabilità dell'obbligo di presentazione della notifica in dogana prevista nell'art. 182, par. 3, nell'ipotesi di riesportazione di merce non scaricata o che sia oggetto di trasbordo.

In merito all'argomento *de quo*, la disamina del contenuto del Regolamento n. 2913/92 si completa con due ultime precisazioni.

In materia di perfezionamento attivo, è opportuno ricordare che l'art. 173, par. 1, lett. *c.*⁸⁵ prevede disposizioni particolari riservate al vecchio porto franco di Amburgo, alle zone franche delle isole Canarie, delle Azzorre, di Madera e dei dipartimenti d'oltremare. Infine, per quanto concerne il consumo di merci extracomunitarie e comunitarie all'interno delle zone franche o dei depositi franchi, si applica l'art. 175: il consumo di merci soggette ai dazi all'importazione, in violazione delle corrispondenti norme comunitarie, comporta l'insorgenza dell'obbligazione doganale all'importazione ai sensi del successivo art. 205⁸⁶.

3. La nuova disciplina comunitaria delle zone franche: il Regolamento Ce del Parlamento europeo e del Consiglio n. 450/2008

La necessità di rivisitare ed aggiornare il testo del Regolamento del 1992, sia per eliminare qualche lacuna interpretativa, sia per adeguarlo ai riflessi prodotti dalla nuova versione della Convenzione "riveduta" di Kyoto⁸⁷ (consi-

⁸⁴ V. art. 137 del Regolamento n. 450/2008, *cit. supra*, nota 38.

⁸⁵ «Tuttavia, le operazioni di perfezionamento effettuate nel territorio del vecchio porto franco di Amburgo, nelle zone franche delle isole Canarie, delle Azzorre, di Madera e dei dipartimenti d'oltremare non sono soggette alle condizioni economiche. Ciò nonostante, per quanto riguarda il vecchio porto franco di Amburgo, se in un determinato settore economico, le condizioni di concorrenza risultano pregiudicate nella Comunità per effetto di tale deroga, il Consiglio, deliberando a maggioranza qualificata su proposta della Commissione, decide di applicare condizioni economiche all'attività economica corrispondente esercitata nel territorio del vecchio porto franco di Amburgo».

⁸⁶ «1. L'obbligazione doganale all'importazione sorge in seguito: – al consumo o all'utilizzazione, in zona franca o in deposito franco, in condizioni diverse da quelle previste dalla normativa in vigore, di una merce soggetta a dazi all'importazione. In caso di scomparsa di merci e nel caso in cui tale scomparsa non possa essere giustificata in modo soddisfacente presso l'autorità doganale, questa può considerare che le merci sono state consumate o utilizzate nella zona franca o nel deposito franco. 2. L'obbligazione sorge nel momento in cui la merce è consumata o utilizzata per la prima volta in condizioni diverse da quelle previste dalla normativa in vigore. 3. Il debitore è la persona che ha consumato o utilizzato la merce nonché le persone che hanno partecipato a questo consumo o a questa utilizzazione sapendo o dovendo ragionevolmente sapere che tale consumo o tale utilizzazione avveniva in condizioni diverse da quelle previste dalla normativa in vigore. Quando, in caso di scomparsa di merci, l'autorità doganale ritiene che queste siano state consumate o utilizzate nella zona franca o nel deposito franco e che non sia possibile applicare il comma precedente, la persona tenuta all'adempimento dell'obbligazione doganale è l'ultima persona che, a conoscenza dell'autorità, è stata in possesso delle merci».

⁸⁷ La Comunità europea ha aderito al protocollo di emendamento della «Convenzione internazionale per la semplificazione e l'armonizzazione dei regimi doganali (Convenzione di Kyoto)» con decisione n. 2003/231/Ce del Consiglio del 17 marzo 2003, in *Gu-Ue* n. L 86 del 3 aprile 2003, p. 21, che successivamente è stata modificata dalla decisione n. 2004/485/Ce del 26 aprile 2004, in *Gu-Ue* n. L

stenti nell'attivazione della regola delle procedure elettroniche semplificate⁸⁸ e della riserva delle procedure cartacee soltanto per ipotesi eccezionali e pre-determinate, in vista della realizzazione di una dimensione doganale c.d. *paperless*), ha comportato la stesura del nuovo testo del Codice Doganale Comunitario, contenuto nel Regolamento n. 450/2008 del 23 aprile 2008⁸⁹.

L'ammodernamento delle norme del precedente Codice, soprattutto in chiave *electronic oriented*⁹⁰, si è reso necessario principalmente per promuovere la competitività dell'industria europea e per realizzare condizioni uniformi di concorrenza per gli operatori economici, attraverso la semplificazione e la riduzione delle procedure doganali. Pertanto il nuovo Regolamento risulta improntato ad un'impostazione più "snella", già verificabile *ictu oculi* partendo dalla sua struttura, che si compone di centottantotto articoli anziché, come avveniva nel testo del 1992, di duecentocinquantaquattro.

La decorrenza dell'applicazione non è uniforme per tutto il nuovo testo, bensì è disposta per scaglioni di articoli, come specificato nell'art. 188.

Infatti mentre nel par. 1, per alcune disposizioni tassativamente indicate (utilizzando un criterio, per così dire, "a data fissa"), si prescrive una validità anticipata e diretta dal 24 giugno 2008, nel par. 2, invece, per quanto concerne i residui articoli non inclusi nel predetto elenco (ricorrendo ad un criterio che in tal caso può qualificarsi "a data mobile"), si dispone una validità differita e indiretta, dipendente dall'emanazione da parte della Commissione europea delle disposizioni di applicazione del nuovo Codice, la cui entrata in vigore è stabilito che debba avvenire, comunque, non prima del 24 giugno 2009.

Tuttavia, come già ricordato precedentemente, al comma 2 del medesimo paragrafo è specificato che per gli articoli non immediatamente vigenti alla data del 24 giugno 2008, nonostante l'entrata in vigore delle disposizioni attuative del nuovo Codice doganale, la loro applicazione dovrà concretamente avvenire al più tardi entro il 24 giugno 2013⁹¹: a tale riguardo sembra auspicabile che prima di questa data vengano emanate nuove disposizioni applicative, riunite in unico testo regolamentare organico e ben strutturato, come è

162 del 30 aprile 2004, p. 113. La Comunità europea aveva già aderito al precedente testo della Convenzione con decisione 3 giugno 1977, n. 415, in *Guce* n. L 166 del 4 luglio 1977, p. 1.

⁸⁸ Con la Convenzione "riveduta" di Kyoto è stata introdotta la procedura di presentazione, registrazione e controllo della dichiarazione negli uffici della dogana, precedentemente all'arrivo delle merci, nonché, conseguentemente, la separazione del luogo dove viene presentata la dichiarazione rispetto al luogo in cui le merci sono fisicamente localizzate.

⁸⁹ V., *supra*, nota 38.

⁹⁰ Il Regolamento n. 2913/92 non prevedeva l'obbligo per gli Stati membri, benché di propria iniziativa qualcuno di questi lo avesse comunque attivato, di adottare sistemi e procedure per lo sdoganamento informatizzato né altri strumenti di natura telematica.

⁹¹ V. art. 188, par. 2, comma 2, del Regolamento n. 450/2008: «Nonostante l'entrata in vigore delle disposizioni di applicazione, le disposizioni del presente Regolamento di cui al presente paragrafo si applicano al più tardi il 24 giugno 2013». La tecnica dello scaglionamento dell'entrata in vigore degli articoli del codice non è nuova, essendo già stata utilizzata nel precedente Regolamento n. 2913/92, con le disposizioni contenute nell'art. 253.

avvenuto nel caso del Regolamento n. 2454/93.

Infine, un'ipotesi particolare è quella prevista dal par. 3 dell'art. 188 che, limitatamente all'applicazione dell'art. 30, par. 1, fissa la decorrenza a partire dal 1° gennaio 2011⁹².

In generale il nuovo Regolamento ha provveduto ad adeguare le procedure doganali alle esigenze proprie del commercio legale internazionale e delle attività di contrasto alle frodi, creando un ambiente operativo del tutto innovativo per il settore.

Infatti quest'ultimo diventa anzitutto oggetto di una rivoluzione concettuale con riferimento all'autorità doganale che, da mero garante in via esclusiva per la giusta applicazione della disciplina doganale⁹³, assume il nuovo ruolo di responsabile «primaria della supervisione degli scambi internazionali della Comunità», a garanzia della lealtà e della libertà degli scambi commerciali⁹⁴ prima ancora che con riferimento ai suoi compiti operativi.

Pertanto l'intero assetto regolamentare risulta improntato alla semplificazione burocratica, alla rapidità e all'uniformità, attraverso l'introduzione, mediante l'informatizzazione delle procedure, del principio dello sdoganamento centralizzato⁹⁵: in tal senso il sistema procedurale telematico configura uno scenario sinteticamente definibile come *e-customs*, cui ha dato impulso anche l'implementazione di progetti concreti introdotti attraverso il Programma «Dogana 2013»⁹⁶.

Tra le novità previste, al fine di rendere le necessarie attività di controllo

⁹² La norma riguarda gli oneri incombenti sulle autorità doganali per l'esecuzione dei controlli e delle altre attività richieste dalla normativa doganale, entro gli orari di ufficio e al di fuori di essi.

⁹³ V. P. BERTOLASO - A. PASUT, *Normativa doganale, zone franche e di libero scambio: strategie UE e opportunità d'investimento per le imprese*, in *il fisco*, n. 19/2010, fascicolo n. 1, p. 2948.

⁹⁴ V. art. 2, par. 1, del Regolamento n. 450/2008: «Le autorità doganali hanno la responsabilità primaria della supervisione degli scambi commerciali della Comunità in modo da contribuire al commercio leale e libero, all'attuazione degli aspetti esterni del mercato interno, della politica commerciale comune e delle altre politiche comunitarie comuni riguardanti il commercio e alla sicurezza dell'intera catena logistica».

⁹⁵ Gli elementi che maggiormente caratterizzano l'istituto sono: la facoltà di utilizzo delle dichiarazioni semplificate; la proroga della data di presentazione delle dichiarazioni complete e delle relative necessarie documentazioni; le dichiarazioni periodiche e la dilazione di pagamento delle relative tariffe.

⁹⁶ Il Programma è stato istituito con la decisione n. 624/2007/Ce del 4 luglio 2007, in *Gu-UE* n. L 154 del 14 giugno 2007, p. 25: le azioni suscettibili di contributo finanziario comunitario riguardano in particolare il settore dei sistemi di comunicazione e di scambio di informazioni, nonché seminari di approfondimento, *benchmarking*, gruppi di progetto, visite di lavoro, attività di formazione ed azioni di monitoraggio. Gli obiettivi principali consistono nel: favorire la realizzazione di una dogana informatizzata paneuropea; contribuire all'attuazione del codice doganale modernizzato; favorire l'interazione fra le differenti amministrazioni doganali degli Stati membri; rafforzare la cooperazione doganale internazionale fra le amministrazioni doganali dell'Unione europea e le autorità doganali dei Paesi terzi nell'ambito del settore della sicurezza della catena di approvvigionamento; normalizzare e semplificare i sistemi e i controlli delle autorità doganali, allo scopo di diminuire il carico amministrativo e i costi sostenuti dagli operatori economici per rendere conformi le loro attività alle prescrizioni doganali. Il Programma, la cui durata corrisponde al periodo di bilancio 2007-2013, ha una dotazione prevista a carico del bilancio comunitario di quasi trecentoventinove milioni di euro.

il più possibile compatibili con l'esigenza del risparmio di lungaggini burocratiche (che è ugualmente fondamentale per assicurare la celerità degli scambi commerciali), rientra anche l'istituzione dello Sportello Unico⁹⁷ contemplato nell'art. 26 che, sulle merci presentate alla frontiera, permette il compimento di tutti i controlli diversi da quelli doganali da parte di autorità non doganali «ogniquale volta sia possibile, contemporaneamente e nello stesso luogo in cui si effettuano i controlli doganali».

Per quanto attiene specificamente alla materia delle zone franche, il generale obiettivo della semplificazione ha prodotto i suoi effetti anche in relazione alla nuova regolamentazione dei regimi speciali: infatti l'intervento del legislatore comunitario si è indirizzato anche nel porre ordine alla previgente, complessa ed articolata disciplina riguardante le destinazioni doganali e i regimi doganali.

Nel testo del 1992 i due istituti non venivano esplicitamente definiti, preferendosi adottare il criterio della presentazione di un'elencazione contenente le fattispecie ad essi riconducibili, nell'art. 4, numero 15⁹⁸ e numero 16⁹⁹: tuttavia, dal novero delle fattispecie elencate, soltanto per la destinazione doganale era possibile ricavare la sua definizione sostanzialmente consistente, dal punto di vista concettuale, nell'utilizzo o nel trattamento che riguarda le merci extracomunitarie dal momento della loro introduzione nel territorio doganale comunitario, dopo la preventiva autorizzazione dell'autorità doganale¹⁰⁰. Diversamente poteva dirsi per l'altro istituto, per il quale venivano effettuate anche ulteriori distinzioni al suo interno fra la categoria dei regimi doganali sospensivi ed i regimi doganali economici¹⁰¹.

⁹⁷ Nel mese di febbraio 2011 è stato presentato dall'Agenzia delle Dogane lo Sportello Unico Doganale, previsto dall'art. 1 del dpcm n. 242 del 4 novembre 2010, in *Guri* n. 10 del 14 gennaio 2011, p. 2, ed istituito in base all'art. 4, comma 57, della l. 24 dicembre 2003, n. 350, in *Guri* n. 299 del 27 dicembre 2003, *suppl. ord.* Tale strumento, la cui attivazione sarebbe dovuta avvenire entro il 27 luglio 2011, dovrà comunque essere completato entro il mese di luglio 2014, dando in tal modo la possibilità a tutte le diverse amministrazioni coinvolte nelle procedure di sdoganamento di interagire fra di loro e con l'utenza esclusivamente per via telematica: esso costituisce un valido contributo per la risoluzione di criticità burocratiche ostative allo sviluppo efficiente dei traffici e delle operazioni della logistica.

⁹⁸ V. art. 4 del Regolamento n. 2913/92, *cit. supra*, nota 37: « (...) 15. destinazione doganale di una merce: *a.* il vincolo della merce ad un regime doganale; *b.* la sua introduzione in zona franca o in deposito franco; *c.* la sua riesportazione fuori del territorio doganale della Comunità; *d.* la sua distruzione; *e.* il suo abbandono all'Erario».

⁹⁹ *Ivi*, art. 4: « (...) 16. regime doganale: *a.* l'immissione in libera pratica; *b.* il transito; *c.* il deposito doganale; *d.* il perfezionamento attivo; *e.* la trasformazione sotto controllo doganale; *f.* l'ammissione temporanea; *g.* il perfezionamento passivo; *h.* l'esportazione».

¹⁰⁰ V. sul punto A. AMOROSO, *Regimi doganali e regimi speciali nel nuovo codice doganale comunitario*, in *il fisco*, n. 38/2009, fascicolo n. 1, p. 6280.

¹⁰¹ V. art. 84, par. 1, del Regolamento n. 2913/92: «Ai fini degli artt. da 85 a 90: *a.* quando viene utilizzata la formulazione «regime sospensivo» si intende che essa si applica, nel caso di merci non comunitarie, ai seguenti regimi: - transito esterno, - deposito doganale, - perfezionamento attivo nella forma del sistema della sospensione, - trasformazione sotto controllo doganale, e - ammissione temporanea; *b.* quando è utilizzata la formulazione «regime doganale economico» si intende che essa si applica ai seguenti regimi: - il deposito doganale, - il perfezionamento attivo, -

Quindi nella precedente disciplina comunitaria la complessa strutturazione delle due categorie di istituti, oltre a creare dal punto di vista operativo problemi di natura interpretativa per definire esattamente a quale delle diverse tipologie di fattispecie ricondurre le varie situazioni concretamente prospettate dall'utenza, altresì non fugava i dubbi circa la corretta classificazione giuridica operata per le zone franche e i depositi franchi che, appunto destando numerose perplessità, erano stati qualificati come destinazioni doganali.

Inoltre gli intenti dell'innovazione e della semplificazione, ispiratori del Regolamento del 2008, hanno determinato da un lato la volontà di disciplinare esclusivamente i regimi doganali (peraltro superando la distinzione fra «economici» e «sospensivi») ed i regimi speciali¹⁰², tralasciando invece le destinazioni doganali, e dall'altro la nuova collocazione giuridica delle zone franche all'interno della categoria dei regimi doganali, ed esattamente in una delle tre ipotesi¹⁰³ di trattamento doganale alle quali possono essere vincolate le merci (ossia fra i regimi speciali), ottemperando al *considerando* n. 32¹⁰⁴.

Peraltro sebbene il predetto rinnovamento si ponga nell'ottica di offrire all'operatore economico una migliore intelligibilità per la scelta del regime più appropriato, per la gestione delle merci oggetto di una determinata operazione commerciale e, quindi, per evitare errori e contribuire alla riduzione del numero di recuperi e di rimborsi *a posteriori*¹⁰⁵, tuttavia è anche vero che l'impostazione procedurale orientata verso una generale semplificazione non può porsi in contrasto con l'altra insopprimibile esigenza della sicurezza, introdotta con il Regolamento n. 648/2005¹⁰⁶, che ha determinato conseguentemente la necessità di riqualificare giuridicamente l'operazione di collocazione

la trasformazione sotto controllo doganale, - l'ammissione temporanea, e - il perfezionamento passivo».

¹⁰² Nella categoria sono comprese le seguenti fattispecie: *a.* transito (transito esterno ed interno, e transito comunitario); *b.* deposito (custodia temporanea, deposito doganale, zone franche); *c.* uso particolare (ammissione temporanea e uso finale); *d.* perfezionamento (perfezionamento attivo, ma senza la previsione del sistema della sospensione, ed il perfezionamento passivo). La complessiva rivisitazione che ha caratterizzato la categoria dei regimi speciali si è manifestata predisponendo, con riferimento all'obbligazione doganale, nuovi criteri per l'accertamento, ed altresì concretizzando l'esigenza di semplificazione e di celerità amministrativo-procedurale anche attraverso l'abolizione del perfezionamento attivo strutturato sia con il sistema del rimborso, sia con il sistema della sospensione, in quanto quest'ultimo è confluito nella fusione della trasformazione sotto controllo doganale con il perfezionamento attivo: v. il *considerando* n. 33 del Regolamento n. 450/2008.

¹⁰³ In base all'art. 4, par. 1, punto 12, del Regolamento n. 450/2008, gli altri due casi sono l'immissione in libera pratica e l'esportazione. Le zone franche, nell'ambito dei regimi speciali, sono contemplate esattamente nella Sezione 4, Capo 3 del Titolo VII.

¹⁰⁴ «In considerazione delle misure necessarie per una maggiore sicurezza introdotte nel codice a norma del Regolamento (Ce) n. 648/2005 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 13 aprile 2005, che modifica il Regolamento (Cee) n. 2913/92 del Consiglio che istituisce il codice doganale comunitario, la collocazione delle merci nelle zone franche dovrebbe diventare un regime doganale e le merci dovrebbero essere soggette a controlli doganali all'entrata e relativamente alle scritture».

¹⁰⁵ V. il *considerando* n. 30 del Regolamento n. 450/2008, *cit. supra*, nota 38.

¹⁰⁶ V., *supra*, nota 37.

delle merci nelle zone franche.

In merito a quest'ultimo obiettivo, il legislatore comunitario si è attivato: *a.* statuendo l'assoggettamento obbligatorio¹⁰⁷ delle merci all'interno delle zone franche (dal momento della loro introduzione e per l'intera durata della permanenza¹⁰⁸) ai controlli doganali all'entrata, all'uscita e sul perimetro, nonché relativamente alle scritture; *b.* prevedendo, come unica ipotesi di zone franche, esclusivamente la forma «interclusa» ed eliminando la distinzione rispetto ai depositi franchi, con questi ultimi che, almeno per quanto concerne il nuovo assetto doganale comunitario, perdono la loro individualità giuridica.

Per quanto concerne la prima implicazione, come già avveniva nel precedente Codice, diversamente rimane di natura facoltativa il controllo doganale attuabile sulle persone, le merci ed i mezzi di trasporto in entrata o in uscita dalla zona franca¹⁰⁹.

Tuttavia, a tale ultimo riguardo, appare evidente come l'intenzione espressamente manifestata dal legislatore comunitario nel precitato *considerando* n. 32, basato sull'obbligatorietà del controllo doganale delle merci «(...) all'entrata e relativamente alle scritture», abbia ricevuto una sua precisa estrinsecazione con la tecnica della contemplazione normativa "in negativo", riscontrabile nel nuovo art. 155: infatti ciò si riscontra nella persistenza della facoltatività dell'espletamento di tale controllo sulle merci "soltanto" in entrata o in uscita dalla zona franca, ma non anche sulle merci che vi sono «depositate»¹¹⁰ come invece stabiliva l'art. 168, par. 4, del Regolamento n. 2913/92¹¹¹.

Invece in merito al venir meno dell'ipotesi di zona franca non interclusa di cui all'art. 168 *bis* del codice del 1992 (sottoposta ai controlli «di tipo II»)¹¹², ai

¹⁰⁷ Ciò come diretta conseguenza della qualifica di regime doganale attribuita alla zona franca. Diversamente, l'art. 168, par. 4, del Regolamento n. 2913/92, *cit. supra*, nota 37, contemplava la facoltà dell'espletamento di questo controllo; v. *supra*, nota 63.

¹⁰⁸ È importante evidenziare che l'esenzione dalla sottoposizione alla vigilanza doganale concessa alle merci non comunitarie dal momento della loro introduzione nelle zone franche, disposta ai sensi dell'art. 37, par. 2, del Regolamento del 1992, non è stata riproposta nel Regolamento n. 450/2008, in base alla nuova previsione dell'art. 91: cfr., a tale riguardo, A. AMOROSO, *Regimi doganali e regimi speciali*, *cit. supra*, nota 100, p. 6291.

¹⁰⁹ V. art. 155, par. 3, del Regolamento n. 450/2008: «Le persone, le merci e i mezzi di trasporto che entrano in una zona franca o ne escono possono essere sottoposti a controlli doganali».

¹¹⁰ Per le quali, quindi, nel silenzio della nuova previsione vale il principio dell'obbligatorietà per tutto il periodo di giacenza.

¹¹¹ V., *supra*, nota 107.

¹¹² La conseguenza è che l'unica zona franca «non interclusa» finora creata in Italia, sia altresì l'ultima a poter ricevere tale definizione giuridica: questo è appunto il caso dell'area portuale di Gioia Tauro, istituita dall'Agenzia delle Dogane l'1 agosto 2003. In un comunicato stampa dell'Agenzia delle Dogane del 7 agosto 2003 (prot. n. 2730) si afferma che viene individuata «una porzione di superficie, ubicata nel sedime dell'area portuale del porto di Gioia Tauro, in cui la locale Autorità Portuale potrà introdurre in sospensione dei diritti gravanti: – Merce destinata allo stoccaggio – per essere avviata tal quale o all'esportazione verso Paesi Terzi in esenzione da diritti doganali ovvero per essere immessa in consumo nel territorio comunitario con pagamento dei diritti doganali (afferenti alla UE) e della fiscalità interna propria dello Stato membro di effettiva immissione in consumo; – Merce destinata al perfezionamento (da ripresentare sotto forma di prodotti

sensi dell'art. 155 (definibile una sorta di norma in bianco) è ora prevista, su iniziativa di ogni singolo Stato membro che adotterà di volta in volta una propria legislazione, la possibilità della destinazione di determinate parti del territorio doganale comunitario esclusivamente a «zone franche intercluse».

La disciplina concernente la realizzazione di attività imprenditoriali nella zona franca (vale a dire industriali, commerciali o di servizi¹¹³), così come la previsione dei divieti oggettivi e soggettivi, è rimasta pressoché inalterata essendo ancora subordinata al rilascio di preventive autorizzazioni da parte dell'autorità doganale: ovviamente tale assenso anticipato è necessario già nella fase prodromica riguardante gli eventuali investimenti di natura imprenditoriale, come, ad esempio, la costruzione di qualsiasi immobile nella zona franca.

Rispetto alle disposizioni dell'art. 170 del Regolamento n. 2913/92, sono sostanzialmente immutate le ipotesi di applicazione delle formalità burocratiche riguardanti la presentazione delle merci in dogana, relative ai casi tassativamente predeterminati nel nuovo art. 157, par. 1¹¹⁴, salva la novità dell'obbligatorietà di tale incombenza anche qualora sia prevista da una normativa diversa da quella doganale: in tutti gli altri casi questa formalità non è dovuta.

Al di fuori dei casi stabiliti nell'art. 158¹¹⁵, concernente le merci comunitarie, la fase in cui si perfeziona il vincolo relativo al regime di zona franca avviene nel momento dell'introduzione delle merci nella predetta area in franchigia (salvo che al momento del loro ingresso non risultino già vincolate ad un altro regime doganale), oppure nel momento in cui si conclude una procedura di transito (salvo che le merci non vengano immediatamente vincolate ad un regime doganale successivo).

Invece se si tratta di merci non comunitarie, non sono considerate vincolate al regime di zona franca quando durante la loro permanenza in tale zona

compensatori) ovvero ad altro regime doganale. La merce consumata all'interno della "zona franca aperta" sarà assoggettata al pagamento dei diritti doganali. Per ogni introduzione è richiesta la presentazione di una dichiarazione di vincolo al regime doganale prescelto. Il controllo doganale avverrà in maniera semplificata con ricorso al cosiddetto sistema della contabilità-materie, proprio del regime del deposito doganale.

¹¹³ Tra le attività che è consentito svolgere, a condizioni agevolate, vi sono in particolare quelle relative alla trasformazione delle merci che transitano lungo le rotte internazionali, in quanto possono essere vincolate ad altri regimi doganali che permettono tali usi.

¹¹⁴ Le ipotesi previste sono le seguenti: l'introduzione delle merci direttamente dall'esterno del territorio doganale comunitario; il vincolo delle merci ad un determinato regime doganale la cui conclusione o il cui appuramento avviene quando le stesse sono vincolate al regime di zona franca; il vincolo delle merci al regime di zona franca con la finalità di beneficiare di una decisione di rimborso o di sgravio dei dazi all'importazione; ed infine quando tale formalità è stabilita da una normativa diversa da quella doganale.

¹¹⁵ La predetta eccezione riguarda le merci comunitarie, per le quali non si producono gli effetti del vincolo di cui all'art. 157 nel momento in cui vengono introdotte, immagazzinate, spostate, utilizzate, trasformate o consumate in una zona franca. Tuttavia in seguito ad una precisa istanza presentata da parte di chi vi abbia interesse, è previsto che le autorità doganali certifichino la qualifica di merci comunitarie per le merci: *a.* comunitarie, che vengono introdotte in una zona franca; *b.* comunitarie che hanno subito operazioni di perfezionamento all'interno di una zona franca; *c.* immesse in libera pratica all'interno di una zona franca.

possono essere oggetto di immissione in libera pratica, di vincolo al regime di perfezionamento attivo, di ammissione temporanea o di uso finale, nel rispetto delle condizioni previste per tali regimi¹¹⁶.

Comunque è consentito l'utilizzo e/o il consumo delle merci, nell'ipotesi in cui l'immissione in libera pratica o l'ammissione temporanea non determinerebbe per esse l'applicazione dei dazi all'importazione, o a misure stabilite dalle politiche agricole o commerciali comuni: l'eccezione a tali previsioni è rappresentata dall'applicazione delle norme previste in materia di consegna o di deposito di approvvigionamenti, e nei limiti in cui lo consenta il regime considerato.

L'uso o il consumo di tali merci non deve essere anticipato dalla presentazione in dogana di una dichiarazione quando si tratta del regime di immissione in libera pratica o di ammissione temporanea, ad eccezione dell'ipotesi in cui per tali merci sia stabilita l'esistenza di un contingentamento o di un massimale tariffario.

Se non ostano le normative di settori differenti da quello doganale, le merci che sono localizzate in una zona franca possono essere oggetto di esportazione o di riesportazione dal territorio doganale comunitario, oppure possono essere introdotte in un'altra parte del predetto territorio: in quest'ultima ipotesi si applica, *mutatis mutandis*, la disciplina contenuta negli artt. da 91 a 98.

La fuoriuscita di merci dalla zona franca e la susseguente introduzione in un'altra parte del territorio doganale comunitario, o il successivo vincolo ad un determinato regime doganale, comporta che queste siano considerate come merci extracomunitarie, salvo che non sussista l'attestazione rilasciata dall'autorità doganale ai sensi dell'art. 158, par. 2, o un altro documento rilevante stabilito dalla normativa doganale comunitaria¹¹⁷.

Maurizio D'Amico**

*(Continua: la PARTE SECONDA dell'articolo
sarà pubblicata sul n. 4/2011 di questa Rivista)*

¹¹⁶ V. art. 159, par. 1, del Regolamento n. 450/2008.

¹¹⁷ Tale *fiction iuris* non si applica e, quindi, permane la qualifica di merci comunitarie, laddove si versi nel campo di applicazione dei dazi all'esportazione e delle licenze di esportazione, o delle misure di controllo delle esportazioni previste dalle politiche commerciali o agricole comuni, salvo che in tali ipotesi non sia statuito che sono prive della posizione doganale di merci comunitarie.

** Avvocato specializzato in diritto comunitario. "Quadro B" presso l'Autorità Portuale di Civitavecchia/Fiumicino/Gaeta - Porti di Roma e del Lazio.

COMUNICAZIONI E NOTE INFORMATIVE

PROGETTO "*BIG SOCIETY*": UNA GRANDE OPPORTUNITÀ PER LA SOCIETÀ CIVILE*

Il Convegno di oggi vuole essere soprattutto un contributo al dibattito che è in corso sulla crisi economica e sociale del mondo intero, dell'Occidente in particolare, dell'Europa e dell'Italia. Siamo di fronte ad una grande trasformazione dell'economia mondiale, una trasformazione la cui portata è imprevedibile. Gli eventi che stanno drammaticamente colpendo anche il Nord Africa, imprevisi fino a qualche mese fa, ne sono la testimonianza.

Il mondo sta cambiando con una velocità e un'accelerazione impreviste. La crisi dell'America è stata testimoniata di recente da un articolo molto chiaro, con il quale si è dimostrato con nitidezza qual è il *deficit* americano e il rapporto debito/PIL, qual è la situazione delle esportazioni, il declino tecnologico, la sua in qualche modo soggiacenza, per quanto riguarda il debito pubblico, alla volontà della Cina che lo possiede quasi integralmente e che continua ad esportare in quel Paese grazie ad una posizione di privilegio rappresentata dalla sua moneta debole. Abbiamo la crescita ormai tumultuosa dei Paesi del Bric (Cina, India, Russia, Brasile), grazie alla circostanza che in quelle aree il costo del lavoro è compressissimo, e i diritti umani, in qualche circostanza, non sono neanche rispettati.

L'Italia soffre perché in questi anni, è amaro dirlo, non si sono affrontati i

* Relazione presentata al Convegno sul tema «Progetto Big Society: una grande opportunità per la società civile», promosso dal Ceida, dalla Rivista giuridica *Notarilia* e dalla *Fondazione Roma*, tenutosi a Roma in data 24 febbraio 2011. Tale relazione viene commentata da *FAUSTO CAPELLI*, *infra*, p. 593 ss.

problemi che questo Paese ha ormai da venti anni. Noi siamo l'anello ancora non debole, nell'immaginario collettivo, rispetto alla Grecia, rispetto alla Spagna, rispetto al Portogallo, ma non siamo lontani da questi problemi perché da venti anni nel nostro Paese non si elaborano politiche strutturali. Non abbiamo una politica industriale, non abbiamo una politica agricola, una politica della ricerca, una politica della finanza, non abbiamo, soprattutto, una politica della cultura. È un Paese ripiegato su se stesso, che non affronta i problemi e che drammaticamente perpetua questo stato di cose ormai da 14-15 anni, senza affrontare in modo sistematico i temi di fondo veramente importanti.

Le uscite iscritte al bilancio sono pari quasi al 40% del prodotto nazionale lordo e di queste più del 30% sono rappresentate dagli stipendi e dalle pensioni e circa il 35% dagli interessi sul debito. E soltanto una minima parte, il 10%, è destinata a spese per investimenti.

In questa sala ci sono imprenditori, industriali, uomini della finanza, che sanno benissimo che un'azienda con questi problemi è un'azienda fallita.

E addolora dire che questo Paese resiste soltanto per due motivi: il risparmio dei privati e la concezione centrale della famiglia, i due mondi che sono rimasti, in un certo senso, immuni dalle interferenze della politica. Sono le aree ancora riservate alla capacità di decidere dell'individuo che, in qualche modo, fronteggia così una crisi di sistema. Dico "ancora" perché ho sentito dei begli ingegni di destra e di sinistra parlare di patrimoniali, per trasferire il debito pubblico a danno del patrimonio dei privati. È qualcosa sul quale non vorrei spendere parole.

Siamo impegnati da qualche anno con i problemi della giustizia, con dei sogni di cambiamenti costituzionali, si parla soltanto di riforme costituzionali e non si affrontano i problemi della quotidianità.

Ma di fronte a questa situazione vedo una speranza. Mi riferisco a quella che io chiamo da più di dieci anni il "*Terzo Pilastro*" e che il *premier Cameron* chiama "*Big Society*", riprendendo alcuni concetti che ha espresso per primo, intorno al 1600, *Johannes Althusius*, un filosofo tedesco. Diversi secoli fa, egli si fece promotore, nel suo celebre trattato *Politica Digesta*, oltre che delle dottrine della sovranità popolare e della resistenza anti-tirannica, anche della peculiare visione di una comunità alimentata dalla partecipazione fondata sulla mutua obbligazione tra popolo e governanti. Ecco, questo "*Terzo Pilastro*" da me ipotizzato, in cui io credo, è il variegato mondo del Terzo Settore, oggi rappresentato dalle associazioni, dalle Fondazioni, dalle Ong, dalle cooperative sociali che molto spesso sono le protagoniste ignote di questo Paese e della sua grande capacità di tenuta, e che costituiscono il *privato sociale* nella sua multiforme attività. Un mondo che sta crescendo e che diventa il decisivo collante della società civile, in grado di tenere in piedi questo Paese, come ho ricordato in apertura. Queste cose ho cominciato a scriverle nel 2000, undici anni fa, con una serie di interventi che hanno caratterizzato il mio opera-

re e che si sono concretamente realizzati all'interno di questa Fondazione della quale ho avuto la fortuna e il privilegio di essere il Presidente. *"Il terzo pilastro: il non profit motore del nuovo welfare"* è la *summa* di questo pensiero. La formula di cui parla *Cameron* è la forma pratica, concreta, la possibilità che si può veramente fare. *Cameron* lo ha dimostrato, lo sta dimostrando.

Lord Nat Wei che è il suo braccio destro, preposto all'attuazione concreta di questo progetto, sta dimostrando che questo si può fare. Egli dice che bisogna dare spazio alle comunità locali, alle associazioni, alle fondazioni, ai movimenti di varia natura, alla filantropia per incoraggiare le risposte innovative ai bisogni. Egli dice che la responsabilizzazione è la strada. Si tratta di un grande cambiamento culturale, un progetto radicalmente riformista in cui le persone nella loro vita di tutti i giorni, nelle loro case, nei quartieri, nei posti di lavoro cessano di rivolgersi ai funzionari, alle autorità locali, ai governi centrali per trovare la risposta ai problemi che incontrano e sono in grado di aiutare loro stessi e le loro comunità. Questo dice *Cameron*. Questa è la verità di ciò che deve essere fatto anche e soprattutto nel nostro Paese.

"Big Society" vuol dire comunità capaci di costruire nuovi edifici scolastici, vuol dire servizi capaci di formare al lavoro, vuol dire fondazioni che aiutano i criminali a riabilitarsi.

Cameron sottolinea come per anni è esistito un assunto in base al quale il cuore dell'azione governativa, e cioè la sua gestione, dipendesse dal centro. Ma nell'ultimo decennio molti dei problemi sociali più pressanti sono peggiorati in Inghilterra e non migliorati. Si è avuto l'effetto di indebolire la responsabilità, l'innovazione locale e l'attivismo dei cittadini, e molti lavoratori del settore pubblico, un tempo motivati, si sono trasformati in soggetti disillusi e stanchi nelle mani del governo. Questo sistema ha trasformato vivaci comunità in tetri ed inespressivi cloni da una parte e dall'altra. Questo è quello che dice *Cameron*, questo è quello che vediamo noi nel nostro Paese, quello che vediamo nella nostra città, quello di cui ci accorgiamo quotidianamente nel nostro operare.

Il dibattito è stato molto intenso in Inghilterra e tuttora ferve, sebbene a mio modo di vedere, anche il New Labour in qualche modo aveva un'idea simile, che non è stata concretamente attuata. Da quell'idea abbiamo preso lo spunto per organizzare un riuscito convegno il 25 novembre 2010, al quale hanno partecipato *Bill Emmot*, *Luca Cordero di Montezemolo*, *Francesco Rutelli*, e *Giuseppe Cornetto Bourlot* – che ringrazio anche per la sua presenza di oggi – *Giuseppe De Rita*, *Michel Maffesoli* e *Mauro Magatti*.

La rete delle imprese sociali sta portando le organizzazioni ad occupare spazi economici nuovi ed anche trascurati dall'intervento pubblico. È questo che dice *Cameron*, e questo è quello che vuole che si realizzi.

A mia volta vorrei dire che noi, forse, dobbiamo a *Cameron* il riconoscimento del coraggio di aver tradotto in concreto ciò che da anni, da secoli, noi coltiviamo all'interno della nostra società. Ho avuto modo di ricordare, in altra

circostanza, che la "*Big Society*" è nata in Italia, e non qualche anno fa, ma già nel basso Medioevo, quando le istituzioni ecclesiastiche, le corporazioni di arti e mestieri, le confraternite, le Misericordie, operavano insieme per assistere i bisognosi, per erogare credito, per curare i malati, per realizzare le opere d'arte che sono poi diventate patrimonio dell'umanità. Le cattedrali non le hanno costruite i marziani, ma questa gente cui faccio riferimento. Dopo *Rosmini*, fu *Sturzo* ad insistere sulla centralità della società civile e delle autonomie locali.

Ma il tema non può essere confinato a questa sola matrice culturale, come dimostra il lavoro brillantissimo del politico americano *Robert Putnam*, che addita le regioni del Centro-nord come il modello di cultura civica diffusa. Da qualunque lato la si prenda, un punto appare chiaro: la vicenda italiana, la capacità della società civile di giocare un ruolo significativo, si attiva a livello locale e i suoi soggetti sono – come ho detto – le famiglie, che sono il più grande ammortizzatore sociale di fatto, le associazioni da sempre dedicate alla socialità e, più che mai, le fondazioni come la nostra, che ha abbandonato il desiderio di occuparsi di banche, di avere le mani sulle banche, ma al contrario se ne è liberata in tempo non sospetto nel 2003, raggiungendo un grande risultato economico.

Cameron ha individuato tre elementi costitutivi del programma della "*Big Society*" per cambiare il modo di governare:

- *Primo*: l'azione sociale.

Il governo non può restare neutrale, deve promuovere e sostenere una nuova cultura del volontariato, della filantropia e dell'azione sociale.

- *Secondo*: la riforma dell'amministrazione.

Liberarsi da una burocrazia centralizzata che spreca soldi, e sostituirla riconoscendo maggiore libertà ai professionisti; aprire il servizio pubblico ai nuovi operatori come fondazioni, aziende private, imprese sociali in grado di offrire più innovazione, diversità e responsabilità nei confronti delle domande pubbliche; rendere disponibili i dati gestiti dall'amministrazione per controllare poi i risultati delle scelte politiche.

- *Terzo*: maggiori poteri alle comunità locali.

Nuovi poteri per le comunità locali perché possano gestire parchi, librerie, uffici postali, musei, nonché sovrintendere al controllo del quartiere e creare *club* giovanili e quant'altro.

Questa è la ricetta di Cameron che noi tentiamo di realizzare nel nostro Paese e non ci si riesce.

Questo è quello che noi vorremmo fare. Lo vuol fare Cameron, lo sta facendo. L'Italia potrebbe farlo autorevolmente, forse, non dico meglio, ma potrebbe farlo.

In questa prospettiva di decentramento, il governo inglese ha già individuato le aree in cui avviare la sperimentazione: devoluzione fiscale, politica della strada, sviluppo dei servizi del trasporto locale, introduzione di un servi-

zio nazionale del cittadino, creazione di cooperative, mutualità, *charities*, creazione di una *big bank* con fondi provenienti da conti correnti dormienti almeno da 15 anni.

Questo, gentile *Lord*, è l'unica cosa che non dovremmo fare, perché non abbiamo bisogno di mettere le mani nei conti dormienti di nessuno e non abbiamo bisogno di prendere i soldi da nessuno: né dallo Stato, altrimenti sarebbe una contraddizione, né dal privato che dorme, perché i soldi noi li abbiamo, e siamo in grado fecondamente di realizzare i migliori investimenti e dare le risposte in tempo reale a queste nostre esigenze.

Questo consentirà alle comunità locali di gestire i trasporti pubblici, di fare la raccolta dei rifiuti, di conservare i parchi, di avere accesso alla banda larga, di prendere in carico i beni del vicinato come pure gestire un *pub*, e coordinare la pianificazione *open source*, la produzione dell'energia elettrica, occuparsi, in un certo senso, del cambiamento della società.

Non è un sogno quello di Cameron. Cameron ha capito veramente che il mondo è cambiato. Ha capito che lo Stato non è più in grado di dare queste risposte anche se il *welfare* è stato istituito per questo. Il *welfare* è stato inventato, e lo ricordo, in Inghilterra da un liberale, *Lord Beveridge*, non da un socialista come qualcuno erroneamente crede.

Fu *Lord Beveridge* che inventò il motto «*dalla culla alla bara*», un grande progetto di intervento nel sociale. Bene, quell'epoca oggi può perpetuarsi con l'azione di *Lord Cameron*.

Nel nostro Paese abbiamo un *deficit* del 130% tra il Prodotto Interno Lordo e il debito che abbiamo all'esterno, nazionale ed internazionale. Questa è la situazione. Non si possono dare risposte alle crescenti domande da parte della società che si evolve, le cui tematiche sociali ed assistenziali si sono ampliate in maniera esponenziale, supportate molto spesso da diritti costituzionali inalienabili. Di fronte a tutto questo lo Stato non è in grado di dare risposte; in questa situazione quello che dice Cameron si può realizzare nel nostro Paese.

Sono convinto che questa formula può funzionare in Italia e, anche se ci sono state critiche da parte di alcuni esponenti politici a questa spogliazione dei loro ruoli, credo che la strada virtuosa sia questa.

Nel nostro Paese la classe politica ha sempre avversato questo mondo, a partire dal Risorgimento dove prevalse un liberismo di tipo statalista con la *legge Crispi* del 1890, durante il periodo del Fascismo portatore di una concezione di uno Stato centralista e, infine, anche nel periodo dell'Italia repubblicana e democratica.

Non abbiamo mai avuto questa osmosi, questa chiamata a partecipare alla società civile. È accaduto una volta sola, nel 1983, con la nascita del *club Politeia*, un mondo che faceva capo alla Fondazione Rosselli, cioè a quel mondo che in qualche modo così si esprimeva: «*ci siamo anche noi. Vogliamo dare una mano, non abbiamo bisogno di posti, non abbiamo bisogno di seggi, non*

vogliamo alcuna contropartita di questo genere, vogliamo dare anche la nostra mano, vogliamo far sentire la nostra voce».

Credo che in Italia questa formula debba essere riproposta per dare origine a quella che io chiamo la *welfare community*: un passo veramente importante per cambiare la faccia di questo Paese.

Ritengo che qualcosa si stia muovendo e che qualcosa sia stata fatta seppur timidamente.

L'art. 118 della Costituzione, che è stato modificato, con la nuova formulazione, dice: «*Stato, regioni, città metropolitane, province e comuni favoriscono l'autonoma iniziativa dei cittadini, singoli o associati, per lo svolgimento di attività di interesse generale, sulla base del principio di sussidiarietà*».

Questa innovazione ha rovesciato la concezione precedente, in cui lo Stato faceva tutto e il cittadino era lì soltanto a guardare che gli accadimenti si realizzassero. Ora, a mio modo di vedere, bisogna fare un piccolo passo avanti: bisogna rendere questo precetto obbligatorio perché questa norma, così come formulata, consente che il comune, la provincia e la regione, quando noi interveniamo realmente e proficuamente nel mondo della solidarietà e della società, possano non solo non ringraziarci per quello che facciamo ma anche ostacolarci. Ed è veramente paradossale constatare che il tentativo di dare una mano venga sistematicamente scoraggiato, ostacolato, avversato.

In Italia non vi è, come ipotizza Cameron nel Regno Unito, una società politica che oggi sia favorevole perché questo accada (pur tenendo conto della dialettica che ovviamente si forma tra i due maggiori partiti nel Regno Unito).

In Italia vi è invece ostracismo da parte di entrambe le forze del Parlamento alla partecipazione attiva della società civile. E questo è inaccettabile, soprattutto perché è un portato della norma costituzionale sopra riportata.

Io credo che l'obiettivo debba essere realizzato con piccoli correttivi, in modo da consentire che il progetto nazionale, oggi così autorevolmente rappresentato in Gran Bretagna, possa diventare realtà anche da noi.

Bisogna ampliare il portato dell'art. 118, bisogna riformare il libro Primo, titolo II del Codice civile sulle associazioni e sulle fondazioni, che ancora sono considerate una realtà completamente astratta.

C'è bisogno di una capacità soprattutto culturale, di accettare che il privato sociale è un *partner* e non un avversario.

Bisogna che la politica entri in questa concezione e si convinca che nessuno di noi ha in mente di sostituirla, ma di sostenerla, non di scalzarla ma di aiutarla, facendola diventare più realisticamente vicina ai problemi della gente.

Bisogna, come ho spesso detto, che la politica faccia un passo indietro e permetta alla società civile di fare due passi avanti, là dove oggi non le si consente neanche di vivere.

E mi avvio alla conclusione.

La *Fondazione Roma* è la testimonianza di quello che ho esposto. Noi interveniamo ogni giorno nel tessuto connettivo della realtà economica del no-

stro territorio. Interveniamo in maniera concreta, realistica, senza enfasi, senza pubblicità, con grande attenzione al particolare, con grande attenzione ai problemi della gente.

Interveniamo avendo creato il primo *hospice* per i malati terminali del centro-Sud. Da Firenze a Palermo vi è un solo *hospice*, il nostro, dove ricoveriamo i malati che hanno una prognosi di tre mesi di vita, gratuitamente, senza differenze di colore della pelle, di razza, di religione, di credo politico, gratuitamente. Interveniamo a sostegno dei malati di Alzheimer, dei malati di SLA che sono i giovani che muoiono improvvisamente nel loro corpo e si vedono paralizzati da un giorno all'altro, essendo forse i più sportivi, i più attivi, perché questa sconcertante e micidiale malattia colpisce soprattutto i giovani che hanno una tradizione sportiva.

Interveniamo a favore degli ospedali, abbiamo creato una comunità terapeutica, *La Casa*, in nome del defunto nostro grande amico *Don Mario Picchi*, che praticamente ospita quei poveri che nella notte vagano alla ricerca di un giaciglio, di un luogo dove ricoverarsi, nonché i malati, afflitti da patologie che a volte il servizio sanitario non ritiene tali.

Abbiamo avviato un grande progetto, e ringrazio ancora una volta i membri del Comitato Scientifico che coadiuvano brillantemente in questa iniziativa assolutamente meritoria nel campo delle grandi patologie (come per il diabete mellito): l'attenzione è rivolta alla terapia cellulare rigenerativa, di *drug design*. Abbiamo creato un progetto per le cellule staminali, un centro nel campo delle malattie degli occhi per due patologie sconosciute, o quanto meno, difficilmente curabili: la macula senile che colpisce in tarda età ed il glaucoma.

Abbiamo realizzato obiettivi concreti a testimonianza del fatto che le cose di cui parla Cameron può farle la società civile.

Abbiamo creato cattedre universitarie significative in campi di altissima specializzazione. Abbiamo creato un'orchestra che è il vanto del nostro Paese, perché ha suonato in tutti i posti del mondo trasformando giovani, che avrebbero finito per essere dei violinisti o dei mandolinisti nei ristoranti, in maestri concertisti e direttori di orchestra. Abbiamo un progetto che si chiama *Résonnance* per suonare gratuitamente nelle carceri, negli ospedali, nei luoghi di degrado. Abbiamo istituito la Fondazione Roma-Terzo Settore, lo Sportello della Solidarietà, con cui diamo risposte costanti alla gente che ha bisogno immediato, compresa, a volte, l'esigenza della sopravvivenza. E infine, il grande progetto del Mediterraneo: noi siamo diventati il presidio di aree che sono tradizionalmente abbandonate da sempre dalla finanza, e viste soprattutto come luoghi di raccolta del risparmio ma non del loro impiego. Abbiamo aperto un dialogo con il mondo che vi è di fronte a noi, il mondo di coloro i quali vivono oggi una grande tragedia: parlo degli abitanti della Libia, del Marocco, dell'Egitto e dei Paesi rivieraschi.

Questo fa la Fondazione Roma, quindi si può fare.

L'Inghilterra ancora una volta ha dimostrato la sua capacità di sviluppare

le idee che nel corso dei secoli ha lanciato.

Prima qualcuno ha ricordato *Adam Smith*, io ho parlato di *Lord Beveridge*, ma potremmo ritornare indietro a *Cromwell*, o alle grandi rivoluzioni con cui l'Inghilterra ha determinato il cambiamento del sistema dell'Europa facendola diventare democratica, perché da lì si comincia, quindi ben prima della Rivoluzione francese; in quel Paese c'è una grande capacità progettuale che oggi trova testimonianza nell'impegno di Cameron.

Lord Nat Wei, io credo fortemente che quella sia la strada.

Voi la chiamate "*Big Society*", noi la chiamiamo "*Terzo Pilastro*"; sarò orgoglioso di essere il vostro rappresentante della "*Big Society*" in Italia perché quella è la strada per cambiare il Paese, per il grande salto culturale che potrebbe fare dell'Italia un grande Paese occidentale.

Ne abbiamo bisogno perché, dopo decine di anni di atarassia creativa, di insensibilità ai problemi delle persone, in un momento drammatico in cui la gente sta riprendendo la voglia di partecipare in maniera, a volte, drammatica, è opportuno che questa Società cambi nel più breve tempo possibile per una vita migliore, nostra e di quelli che verranno dopo di noi. Grazie infinite.

Emmanuele Francesco Maria Emanuele**

** Presidente della Fondazione Roma; Professore di Politica economica e Scienza delle finanze / Università europea di Roma; avvocato del Foro di Roma.

**VALUTAZIONI CRITICHE E RIFLESSIONI PROPOSITIVE
SULLA RELAZIONE DEL PROF. E. F. M. EMANUELE
DEDICATA AL PROGETTO "BIG SOCIETY" (O "TERZO
PILASTRO")**

Sommario: **I.** Osservazioni preliminari - **A.** Il Partenariato Pubblico Privato - **B.** Il progetto "Big Society" (o "Terzo Pilastro") - **II.** Le situazioni di crisi nelle democrazie occidentali - **A.** La situazione di crisi negli Stati Uniti d'America - **a.** Le origini della crisi - **b.** La situazione attuale - **c.** Possibilità di ricorso al progetto "Big Society" - **B.** La situazione di crisi nei Paesi del Nord Africa - **C.** La situazione di crisi in Europa e, in particolare, in Gran Bretagna - **D.** La situazione di crisi in Italia - **a.** Premesse - **b.** Gli elementi costitutivi sui quali si fonda il progetto "Big Society" - **i.** La riforma della Pubblica Amministrazione - **ii.** Aumento dei poteri delle Comunità locali - **iii.** Presentazione di proposte e di progetti nei settori: sociale, sanitario, ambientale, culturale etc. - **III.** Valutazioni finali e conclusive.

I. Osservazioni preliminari

La *Relazione* del Prof. Emanuele, sopra riportata, era destinata ad essere pubblicata sul n. 4/2011 della nostra *Rivista*, in programma per l'inizio del prossimo anno, ma gli avvenimenti che si sono finora succeduti nel corso del 2011 in Italia, in Gran Bretagna, in Europa e nel mondo intero, ne hanno reso opportuna la pubblicazione sul n. 3/2011, ora in distribuzione.

Nella parte iniziale della sua *Relazione*, il Prof. Emanuele (di seguito: *l'Autore*), accenna rapidamente ad alcuni di tali avvenimenti, le cui cause risalgono ad un passato recente ed anche ad uno meno recente.

Riferendosi agli Stati Uniti d'America, *l'Autore* evidenzia la preoccupazione per la crisi che ha colpito questo Paese, sotto il profilo economico-finanziario, anche per le rilevanti conseguenze politiche che il mondo occidentale paventa, data l'enorme esposizione debitoria della prima potenza dell'Occidente nei confronti della Repubblica popolare cinese.

Ugualmente preoccupato è l'accenno, contenuto nella relazione, alla situazione politico-economica e sociale dell'Europa e, in particolare, dell'Italia che non riesce a destarsi da un permanente immobilismo.

L'Autore accenna anche alla «*crescita tumultuosa*» dei Paesi del Gruppo BRIC (Brasile, India, Russia e Cina) al quale si è appena aggiunto il Sudafrica, ricordando che in tali Paesi «*il costo del lavoro è compressissimo e i diritti umani, in qualche circostanza, non sono nemmeno rispettati*».

Nella relazione si fa riferimento, infine, alla drammatica esplosione dei sommovimenti verificatisi nei Paesi del Nord Africa e del Medio Oriente e alla loro imprevedibilità.

Dopo aver rapidamente accennato alle situazioni di crisi appena ricordate, l'Autore, riferendosi, in particolare, alla situazione italiana, ritiene che alla crisi sia possibile portare rimedio sviluppando in modo adeguato un "Progetto" che il Primo Ministro britannico David Cameron ha chiamato "Big Society", e che lo stesso Autore aveva battezzato, in un'opera apparsa già agli inizi degli anni 2000, "Terzo Pilastro"¹.

Il contenuto e gli obiettivi del progetto "Big Society" (o "Terzo Pilastro") sono chiaramente esposti, in modo sintetico, nella relazione sopra riportata.

In sostanza, il "Progetto" consiste nell'individuare, mediante appositi strumenti, particolari formule di coinvolgimento della società civile nella realizzazione di opere, nello svolgimento di attività e nell'erogazione di servizi a favore della generalità dei cittadini, in settori nei quali le strutture pubbliche sono assenti oppure si dimostrano carenti o inadeguate.

Nella parte finale della relazione l'Autore, fornendo la prova di saper efficacemente abbinare la pratica alla teoria, descrive le straordinarie prestazioni, soprattutto in campo sociale, che le strutture sostenute e finanziate dalla Fondazione Roma, di cui lo stesso Autore è Presidente, sono in grado di effettuare a favore della popolazione che vive nelle aree geografiche di Roma e provincia, legittimate a riceverle.

A. IL PARTENARIATO PUBBLICO PRIVATO

A ben riflettere, se si intende consentire alla società civile (Associazioni, Fondazioni, ONG, Cooperative sociali, Enti di volontariato, etc.) di operare in sinergia con le strutture pubbliche, gestendo però le attività con la necessaria autonomia, ovviando così alle inefficienze, alle carenze e ai ritardi imputabili alla Pubblica amministrazione, significa che si vuole individuare un modo di far gestire dai privati determinate attività, di carattere pubblico, nell'interesse della generalità dei cittadini, e, quindi, in buona sostanza, un modo nuovo di fare politica economica.

Dal punto di vista tecnico-giuridico, questa forma di cooperazione può essere vista come la riproduzione, su scala diversa, della formula del *Partenariato Pubblico Privato* (PPP), elaborata dalla Commissione europea in un suo

¹ E. F. M. EMANUELE, *Il terzo pilastro. Il non profit motore del nuovo welfare*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 2008. Sul significato dell'espressione "Terzo Pilastro", v. *infra*, nota 56.

Libro Verde del 2004².

Dopo la pubblicazione del predetto *Libro Verde*, la Commissione europea ha pubblicato diverse *Comunicazioni*³ che hanno consentito di meglio individuare gli scopi e le funzioni del *Partenariato Pubblico Privato* (PPP).

Gli elementi caratterizzanti delle attività di Partenariato Pubblico Privato, ad avviso della Commissione europea, sono:

- a. una cooperazione, protratta nel tempo, tra l'Amministrazione pubblica e il soggetto privato,
- b. l'origine del finanziamento che dovrebbe pervenire prevalentemente dal soggetto privato,
- c. una ripartizione adeguata delle responsabilità e dei rischi tra l'Amministrazione pubblica e il soggetto privato.

Sempre ad avviso della Commissione europea, la formula del Partenariato Pubblico Privato, dovrebbe rendere possibile nuove sinergie che consentano all'Amministrazione pubblica di svolgere le funzioni dell'organizzatore-controllore e, al soggetto privato, di svolgere quelle del realizzatore-esecutore.

Ovviamente, la formula appena descritta trova la sua più estesa applicazione nel settore del "*project financing*"⁴, vale a dire nei casi in cui l'imprenditore privato ottiene dall'Amministrazione pubblica l'autorizzazione ad investire denaro per realizzare un'opera pubblica (ad esempio: un'autostrada) e a recuperare le somme investite grazie alla remunerazione proveniente dai contributi pagati dagli utenti di tale opera pubblica (ad esempio: dagli automobilisti che usano l'autostrada e pagano il relativo pedaggio).

In tal caso, come si vede, l'opera realizzata da un imprenditore privato può essere utilizzata da tutti (vantaggio pubblico) senza che l'Amministrazione pubblica ne abbia sostenuto i costi, limitandosi essa a svolgere il ruolo del controllore con il diritto di acquisire la proprietà dell'opera dopo il decorso di un determinato periodo di tempo.

Queste forme di Partenariato possono comprendere anche attività rientranti in settori che presentano caratteri di estrema delicatezza e pericolosità.

Pensiamo, ad esempio, alla possibilità di affidare ad enti privati, come può avvenire negli Stati Uniti d'America, l'incarico di costruire le carceri di una città, con l'annesso obbligo di gestirle (vigilanza sui detenuti, loro mante-

² Cfr. il Doc. Com(2004)327 def. del 30 aprile 2004 - Libro verde relativo ai partenariati pubblico-privati ed al diritto comunitario degli appalti pubblici e delle concessioni.

³ Doc. Com(2005)569 def. del 15 novembre 2005 - Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle regioni sui partenariati pubblico-privati e sul diritto comunitario in materia di appalti pubblici e concessioni; Doc. Com(2009)615 def. del 19 novembre 2009 - Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle regioni - Mobilitare gli investimenti pubblici e privati per la ripresa e i cambiamenti strutturali a lungo termine: sviluppare i partenariati pubblico-privato.

⁴ Cfr. G. F. CARTEI - M. RICCHI (a cura di), *Finanza di Progetto - Temi e Prospettive*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2010.

nimento etc.).

Come si vede, sotto il profilo tecnico-giuridico, la cooperazione fra strutture pubbliche ed enti privati può agevolare lo svolgimento di attività nei più diversi settori ed essere realizzata secondo le modalità più diverse. Tutto dipende, in effetti, dalla possibilità di finanziare l'opera o l'iniziativa e dalla remuneratività che l'operazione è complessivamente in grado di garantire.

B. IL PROGETTO "*BIG SOCIETY*" (O "*TERZO PILASTRO*")

Nel caso del progetto "*Big Society*" (o "*Terzo Pilastro*"), la cooperazione tra strutture pubbliche ed enti privati dovrebbe invece svolgersi in ambiti ben determinati e circoscritti, ma essere estesa all'intero territorio di uno Stato, perché ha lo scopo di coinvolgere la società civile nel suo complesso, incidendo tanto sul modo di far politica quanto sul modo di pensare e di vivere degli stessi cittadini, come più avanti si cercherà di chiarire.

Se questo è l'obiettivo di fondo che ci si propone di raggiungere, vale la pena esaminare più da vicino l'impatto che esso potrà esercitare, una volta realizzato, sul modo di far politica. Sarà quindi utile studiare preliminarmente quale impatto potrà svolgere all'interno dei Paesi democratici e, in particolare, all'interno del sistema italiano, la possibilità concessa ai privati di esercitare attività di carattere pubblico nell'interesse della generalità dei cittadini.

Riprendendo, quindi, gli accenni, contenuti nella *Relazione*, alle situazioni di crisi in precedenza ricordate, il nostro proposito è quello di valutare il grado e l'intensità di tale impatto all'interno delle democrazie occidentali, dedicando particolare attenzione alla situazione italiana.

Escluderemo, quindi, dalla nostra indagine, la valutazione delle situazioni riguardanti i Paesi del *Gruppo Bric*, sopra menzionato.

Tali Paesi, sotto i profili economico, sociale e politico, sono caratterizzati da particolarità così complesse, che difficilmente si riesce a valutare in modo compiuto e sulla cui evoluzione non è agevole ipotizzare, oggi, previsioni sicure.

II. Le situazioni di crisi nelle democrazie occidentali

Seguendo l'ordine ripreso nella *Relazione* del Prof. Emanuele cominciamo con l'esame della situazione di crisi riguardante gli Stati Uniti d'America.

A. LA SITUAZIONE DI CRISI NEGLI STATI UNITI D'AMERICA

Se sono corrette le valutazioni effettuate da un Direttore dell'OCSE, recentemente pubblicate⁵, la situazione di crisi nella quale gli Stati Uniti attual-

⁵ Cfr. G. SACCO, *Fenomenologia della crisi globale. Come è nata, cosa comporta*, in *Bulletin européen*, luglio-agosto 2011, p. 5 ss. nonché ID., *La crisi in America*, in *Europa e i possibili scenari*

mente si trovano è molto più grave di quella fino ad ora resa nota.

a. *Le origini della crisi*

Secondo tali valutazioni la crisi americana ha avuto inizio a partire dagli anni Novanta del secolo scorso, quando la Repubblica popolare cinese, allora guidata da *Deng Xiaoping*, ha aperto le porte agli investimenti stranieri.

Le società manifatturiere americane (automobilistiche, in primo luogo) hanno quindi potuto effettuare rapidi calcoli di confronto fra i costi da sostenere in America e in Cina per produrre gli stessi prodotti.

Un operaio americano veniva remunerato a quel tempo, negli Stati Uniti, sulla base di una tariffa che prevedeva un compenso di 25-30 dollari all'ora.

L'operaio cinese, che svolgeva le stesse mansioni in una fabbrica ubicata in Cina, percepiva 80 dollari, ma non all'ora, non al giorno, neanche alla settimana, bensì al mese⁶!

Come conseguenza vi fu una graduale, all'inizio, e poi sempre più rapida delocalizzazione dell'industria manifatturiera americana in Cina attraverso la costituzione, da parte di società madri americane, di società figlie nella Repubblica popolare cinese con la partecipazione di capitali cinesi.

Gli americani si sono quindi abituati ad acquistare prodotti americani fatti in Cina, a basso prezzo, spesso beneficiando, per di più, dell'alta quotazione delle azioni delle società manifatturiere americane (società madri) che avevano delocalizzato i loro impianti in Cina dove avevano costituito le predette società figlie. Le società madri, grazie ai bassi costi di produzione, potevano infatti realizzare enormi profitti nelle vendite in America dei prodotti fabbricati in Cina.

A loro volta i cinesi, grazie alle esportazioni in America di prodotti fabbricati in Cina, hanno accumulato un'enorme quantità di dollari che hanno investito nei titoli del Tesoro americano. Hanno quindi incominciato a sostenere il dollaro finanziando il debito pubblico americano.

Con il passare del tempo, i cinesi, rendendosi conto dei pericoli conseguenti ad una svalutazione del dollaro (e a una diminuzione delle rendite dei titoli di debito pubblico americano) hanno cercato di acquisire aziende americane in America e, da ultimo, si sono anche orientati nell'acquisto di immobili sul territorio americano.

futuri - Fenomenologia della crisi globale. Come è nata, cosa comporta (II), in *Bulletin européen*, settembre 2011, p. 9 ss. Cfr. anche D. MOYO, *La follia dell'Occidente*, Milano, Rizzoli, 2011, p. 83 ss.

⁶ Per quanto riguarda l'attuale livello delle retribuzioni in Cina, in un articolo apparso su "*The New York Times*" il 4 luglio 2011, D. Barboza, descrivendo le vicende relative alla realizzazione di un ponte in ferro da collocare nella baia di *San Francisco*, che gli americani avevano affidato ad una società cinese perché lo costruisse in Cina e lo mettesse in opera a San Francisco, risparmiando circa 400 milioni di dollari, riferisce il colloquio avuto con un operaio specializzato della fabbrica cinese incarica di eseguire i lavori per la costruzione del ponte. Ebbene, questo operaio cinese di 55 anni, uno dei 3000 dipendenti che la fabbrica aveva coinvolto nei predetti lavori, alloggiava in un dormitorio vicino alla fabbrica dove cominciava a lavorare alle 7 del mattino fino alle 11 di sera, spesso per 7 giorni alla settimana, per una paga di 12 (dodici) dollari al giorno.

È noto, infatti, che, di questi tempi, diverse agenzie cinesi stanno visitando sistematicamente il territorio degli Stati Uniti alla ricerca di immobili da acquistare, utilizzando i dollari e i titoli americani che posseggono in grande quantità.

b. La situazione attuale

La crisi americana, appena descritta, è stata ulteriormente aggravata dagli sconvolgimenti finanziari che, come è noto, a partire dal 2008 hanno colpito prima gli Stati Uniti d'America e, in seguito, il mondo intero.

Nel frattempo, i dipendenti delle imprese manifatturiere americane, già notevolmente ridotti di numero a causa delle operazioni di delocalizzazione, si sono spostati dal settore manifatturiero al settore dei servizi e in quelli a tale settore connessi, i soli in grado di offrire nuovi posti di lavoro.

Per tali nuovi posti di lavoro la remunerazione è risultata però di molto diminuita. Mentre, infatti, agli inizi degli anni Novanta del secolo scorso la remunerazione oraria dell'operaio manifatturiero ammontava, come abbiamo visto, a 25-30 dollari all'ora, gli addetti alle varie attività dei settori che ancora assumono ricevono ora soltanto 7-8 dollari all'ora.

All'abbassamento delle remunerazioni deve aggiungersi il deterioramento delle quotazioni in Borsa dei titoli (azioni, obbligazioni, titoli di Stato) che hanno ulteriormente falciato il reddito dei cittadini⁷.

Sono quindi enormemente aumentati i debiti privati delle famiglie che si sommano al debito pubblico americano, il quale è già, oggi, pari al 100% del PIL degli Stati Uniti (anche se, per qualche ricercatore, la percentuale effettiva è di molto superiore).

Sommando, quindi, il debito pubblico al debito privato delle famiglie, il debito complessivo americano, secondo il Direttore dell'OCSE che ha effettuato le valutazioni⁸, raggiunge attualmente una percentuale gigantesca, pari al 350% del PIL degli Stati Uniti!

Ad aumentare la gravità della situazione, con un'ulteriore limitazione del tenore di vita dei cittadini americani, ha da ultimo contribuito il brutale ridimensionamento delle pensioni erogate a favore dei lavoratori che hanno lasciato il lavoro.

Come è noto, a differenza di quanto avviene, ad esempio, in Italia dove il sistema previdenziale è gestito da istituti pubblici (INPS, INPDAP, etc.), ne-

⁷ Occorre anche tener conto di un'altra difficoltà che sta creando problemi alle famiglie americane e allo stesso sistema finanziario. In America sono molto diffusi e consistenti i "prestiti d'onore" che vengono concessi agli studenti perché possano pagarsi gli studi. Nel passato questi prestiti venivano regolarmente rimborsati dagli studenti non appena essi entravano nel mondo del lavoro ed erano in grado di ricevere i primi salari. La situazione di crisi attuale, che non offre possibilità di lavoro, ha messo tutti in grave difficoltà. Si parla, infatti, di oltre 1000 miliardi di dollari concessi in "prestiti d'onore" che non sono stati rimborsati. Le particolarità relative a questa preoccupante situazione sono riferite da M. Gaggi, in un articolo del 21 ottobre 2011 apparso sul *Corriere della Sera*.

⁸ Cfr. le considerazioni di G. SACCO riprese in *Fenomenologia della crisi globale*, cit. *supra*, nota 5.

gli Stati Uniti d'America le pensioni sono erogate da Fondi Pensione privati, i quali investono i contributi ricevuti dai lavoratori in titoli quotati sui mercati finanziari (azioni, obbligazioni, titoli di debito pubblico, etc.).

È evidente, pertanto, che se gli investimenti effettuati in Borsa, dai fondi pensione, non sono più remunerativi a causa del crollo delle quotazioni dei titoli, come negli ultimi tempi si è verificato, il livello delle pensioni è destinato a diminuire, con grave danno dei pensionati.

c. *Possibilità di ricorso al progetto "Big Society"*

In una situazione economico-finanziaria così deteriorata, che non potrà migliorare in modo adeguato e soddisfacente senza un vero cambiamento di mentalità, contrariamente a quanto si sforzano di far credere gli economisti, potrebbe esservi spazio per far ricorso al progetto *"Big Society"*.

Ciò potrà avvenire con maggior frequenza e con maggior intensità in campo sociale e, soprattutto, nel settore sanitario, dopo il recente blocco ai programmati interventi pubblici in tale settore che il governo americano ha dovuto, da ultimo, accettare a causa della scarsità dei fondi disponibili in conseguenza della crisi finanziaria.

Il ricorso al progetto *"Big Society"*, potrebbe essere quindi considerato un ritorno alle origini, atteso che fu proprio la pratica del coinvolgimento della società civile, nell'esercizio di attività di carattere pubblico, che ha consentito agli Stati Uniti d'America di diventare la prima moderna democrazia del mondo intero.

È stato *Alexis de Tocqueville*, nel suo capolavoro *La Democrazia in America*, a rilevare lo straordinario impatto esercitato da tale coinvolgimento sullo sviluppo della democrazia americana, come lo stesso *Prof. Emanuele* ha ricordato nel suo libro *"Il terzo pilastro"*, sopra citato⁹.

In tale libro, infatti, viene riportata la seguente frase di *Tocqueville*, ripresa da *La Democrazia in America*, che potrebbe essere considerata il fondamento del progetto *"Big Society"*, inteso nel senso sopra ricordato: «*nulla vi è che la volontà umana non possa raggiungere con l'azione libera del potere collettivo dei cittadini*»¹⁰.

B. LA SITUAZIONE DI CRISI NEI PAESI DEL NORD AFRICA

La ragione per la quale intendiamo dedicare alcune considerazioni alla situazione di crisi che ha recentemente interessato i Paesi del Nord Africa, ai quali pure viene fatto cenno nella *Relazione* del *Prof. Emanuele*, qui commentata, è presto detta.

⁹ *Cit. supra*, nota 1, p. 410.

¹⁰ Cfr. A. DE TOCQUEVILLE (a cura di G. CANDELORO), *La Democrazia in America*, Libro II, capitolo IV, Milano, Rizzoli, 1999, p. 201.

È noto che in alcuni di tali Paesi e, in particolare, in Egitto, la pratica dell'assistenza alla popolazione civile tramite l'erogazione dei servizi più diversi da parte di strutture non pubbliche, è molto diffusa ed anche molto efficace. La ragione sta nel fatto che i servizi pubblici erogati dalle Amministrazioni pubbliche di tali Paesi sono o inesistenti o notevolmente carenti.

In generale, tale assistenza viene prestata da gruppi organizzati appartenenti alla "*Fratellanza musulmana*"¹¹ che, con lo svolgimento della propria attività, diffondono anche il loro credo.

Insieme all'erogazione dei servizi a favore della popolazione viene quindi anche curata la propagazione della fede islamica secondo i precetti impartiti dall'organizzazione.

La diffusione della fede islamica ha avuto, ovviamente, implicazioni di carattere politico, dato che la *Fratellanza musulmana*, soprattutto in Egitto, costituisce, da tempo, la forza politica meglio organizzata che si è finora opposta ai regimi susseguiti a partire dalla caduta della monarchia nel 1963 (come hanno dimostrato le vicende politiche egiziane dopo l'avvento al potere di *Nasser* e, successivamente, di *Sadat* e di *Mubarak*).

Tale particolare stato di cose e le conseguenti difficoltà perdureranno, con ogni probabilità, anche dopo le nuove elezioni politiche che sono state programmate per il prossimo anno. Le predette difficoltà nascono soprattutto dalla particolare impostazione propria di tali organizzazioni confessionali che non ammettono la separazione tra politica e religione¹².

Orbene, prestare assistenza alla società civile per promuovere la diffusione del proprio credo e perseguire finalità di ordine politico, non è l'obiettivo che deve essere perseguito con il progetto "*Big Society*".

L'obiettivo perseguito dal progetto "*Big Society*" deve essere soltanto quello di rendere possibile la realizzazione di risultati validi e proficui per i cittadini nei settori nei quali la relativa azione viene promossa: sia che si tratti del settore sociale, sia che si tratti del settore sanitario, di quello culturale oppure di quello ambientale.

Non occorre perseguire secondi fini, bastando la realizzazione di obiettivi economicamente, socialmente o culturalmente utili ed importanti per la generalità dei cittadini¹³.

¹¹ Come è noto, la "*Fratellanza musulmana*" è un movimento politico-religioso fondato da Hasan al-Bannā nel 1928. Persegue come obiettivo il ritorno al Corano secondo i principi del modernismo islamico. Dal punto di vista politico teorizza lo stato islamico, considerando l'Islam come un sistema totalizzante senza distinzione tra sfera religiosa e sfera civile.

¹² Cfr. F. CAPELLI, *Confessioni religiose ed integrazione europea tra pluralismo e multiculturalismo*, in questa Rivista, 2005, p. 179 ss.

¹³ Questo deve ovviamente valere anche nei Paesi occidentali. Di conseguenza un progetto "*Big Society*" realizzato, ad esempio, in un Paese europeo, per la tutela di beni culturali o ambientali potrà certo prevedere il coinvolgimento anche delle Chiese che in tale Paese sono legittimate a professare il loro credo, ma l'obiettivo perseguito dal Progetto dovrà essere unicamente la tutela dei beni predetti, nell'interesse ed a favore della generalità dei cittadini ivi comprese le Chiese interessate.

Per consentire, pertanto, uno sviluppo adeguato del progetto "*Big Society*" nei Paesi islamici, volto a conseguire le vere finalità del progetto medesimo, occorrerà attendere che si formi un ceto medio consistente, autonomo ed indipendente in tali Paesi. Prospettiva indubbiamente non facile a realizzarsi.

C. LA SITUAZIONE DI CRISI IN EUROPA E, IN PARTICOLARE, IN GRAN BRETAGNA

Nella *Relazione*, quando si accenna alla situazione di crisi dei Paesi membri dell'Unione europea, alcuni di essi vengono accomunati in un apprezzamento poco lusinghiero.

Occorre riconoscere che i Paesi dell'Unione europea, come tutti gli altri del mondo occidentale, sono stati colpiti duramente dalla recente crisi finanziaria che si è estesa all'economia reale e stanno cercando di uscirne con grande difficoltà, avvalendosi dei mezzi più diversi.

Anche il ricorso al progetto "*Big Society*" può costituire un mezzo valido, come viene ricordato nella *Relazione*.

A tale Progetto intende far ricorso, in particolare, la Gran Bretagna il cui primo Ministro *Cameron* ne è proprio l'ideatore, come è stato brevemente illustrato nella *Relazione* sopra riportata.

Dato il recente avvio del progetto "*Big Society*" nel Regno Unito, non è certo possibile, al momento, esprimere apprezzamenti e valutazioni che possano offrire garanzie di qualche ragionevole certezza.

Ma i tumultuosi avvenimenti verificatisi agli inizi del mese di Agosto 2011, in città come Londra, Liverpool e Manchester, dovrebbero suggerire qualche riflessione sul modo di condurre a buon fine progetti di "*Big Society*".

Come si è appreso dai rapporti ufficiali delle Autorità britanniche e dai resoconti dei dibattimenti che si sono tenuti nei numerosi procedimenti giudiziari avviati nei confronti dei responsabili dei disordini, delle distruzioni e dei saccheggi verificatisi nelle predette città, all'origine delle sommosse non vi erano motivi politici od economici ragionevolmente giustificati¹⁴, ma banali istinti di rivolta e di ribellione contro l'ordine costituito.

Poiché la ribellione contro l'ordine costituito può aumentare di molto la propria intensità specie se alimentata dal disagio e dal risentimento e poiché fenomeni del genere possono verificarsi in tutti i Paesi dell'Unione europea, appare indispensabile, nell'attuare il progetto "*Big Society*", tener conto di

¹⁴ Per la verità, dal punto di vista economico-finanziario, secondo il premio Nobel *Paul Krugman*, la situazione del Regno Unito è anch'essa sicuramente a rischio. Sommando infatti il debito pubblico al debito privato, nel Regno Unito si arriva ad una percentuale pari al 500% del PIL, superiore addirittura alla citata percentuale degli Stati Uniti d'America (350%). Ciononostante la sterlina inglese gode ancora della Tripla A nelle valutazioni di *rating*. Si vede proprio che i Santi in paradiso parlano solo inglese.

questi fattori cercando di incidere sulle cause che stanno all'origine del disagio e delle frustrazioni¹⁵.

D. LA SITUAZIONE DI CRISI IN ITALIA

a. *Premesse*

Veniamo, ora, alla situazione italiana, alla quale l'Autore dedica particolare attenzione nella sua *Relazione* esprimendo un giudizio di fondo decisamente negativo.

Il giudizio negativo è palesemente formulato prendendo, come parametro di riferimento, gli elementi costitutivi sui quali si fonda il progetto di *Cameron* sulla "*Big Society*".

b. *Gli elementi costitutivi sui quali si fonda il progetto "Big Society"*

In estrema sintesi, gli elementi costitutivi sui quali si fonda il progetto "*Big Society*" presentato da *Cameron*, ai quali occorre far riferimento anche per valutare la situazione italiana sono, come chiarito nella *Relazione*: (a) l'azione sociale, (b) la riforma della Pubblica Amministrazione, (c) un notevole aumento dei poteri alle Comunità locali.

A nostro avviso, per ragioni espositive, converrebbe modificare l'ordine degli elementi appena indicati, partendo dalla riforma della Pubblica Amministrazione, trattando in seguito l'aumento dei poteri delle Comunità locali e studiando, infine, un nuovo indirizzo per l'azione sociale e amministrativa.

i. *La riforma della Pubblica Amministrazione*

Chi è tenuto a frequentare con regolarità, per ragioni di lavoro, gli uffici ministeriali nonché quelli regionali e degli enti locali, non ha difficoltà a rendersi conto del basso livello professionale (pur tenendo conto delle lodevoli eccezioni) della nostra Pubblica Amministrazione, che non le permette di contribuire al progresso del Paese, determinando, al contrario, in un mondo competitivo come quello in cui viviamo, un rallentamento del suo sviluppo.

Ciò si verifica in particolare laddove la burocrazia risulta asservita al potere dei partiti, indotti a perseguire interessi di parte piuttosto che gli interessi della generalità dei cittadini¹⁶.

¹⁵ Sul punto, v. *infra*, nota 30.

¹⁶ Il basso livello professionale dei nostri burocrati è dovuto principalmente ai cattivi meccanismi impiegati nelle procedure avviate per la loro selezione e alla carenza di strutture efficienti che ne curino la formazione. Sempre tenendo conto delle lodevoli eccezioni, i burocrati in Italia non sono educati ad agire e a comportarsi come "*civil servant*", quali funzionari al servizio dei cittadini. In generale prevale il disinteresse per i cittadini e, in molti casi, questo disinteresse si trasforma in un'arrogante pretesa di comando che, ai livelli più elevati della carriera, può diventare, come ricorda Tacito nelle sue *Historiae* (Libro V, 9), accennando al comportamento dei burocrati romani in-

Il dilagare della corruzione che vede coinvolti, come protagonisti, sia uomini di partito sia burocrati operanti ai più diversi livelli (comunale, provinciale, regionale e ministeriale), è la prova certa che la Pubblica Amministrazione non funziona.

Più precisamente, ciò costituisce la prova che la Pubblica Amministrazione non solo non è in grado di svolgere la sua funzione istituzionale a sostegno dello sviluppo del Paese, ma neppure riesce a contrastare, in modo adeguato, il degrado causato dalle indebite o, peggio, illecite incursioni, nel settore pubblico, degli uomini di partito.

Fornire suggerimenti per riformare la Pubblica Amministrazione, volendo contribuire a cambiarne la struttura per renderla più efficiente ed efficace, non è certo possibile in questa sede e neppure costituisce l'obiettivo di queste considerazioni.

A tale proposito, sarebbe forse possibile, in questa sede, fornire le indicazioni per consentire lo svolgimento di opportuni e specifici controlli all'interno della Pubblica Amministrazione, come abbiamo avuto modo di precisare in un convegno dedicato alla lotta contro la corruzione, i cui atti saranno raccolti in un volume dal titolo: «*Una battaglia di civiltà: combattere la corruzione e prevenire lo sperpero del pubblico denaro*»¹⁷.

Ma se non possiamo fornire, in questa sede, suggerimenti adeguati per rendere possibile una riforma della Pubblica Amministrazione nel senso ampio sopra indicato, possiamo però fornire alcuni suggerimenti in grado di rendere possibile la realizzazione di iniziative specifiche nell'ambito di un progetto "*Big Society*".

Un obiettivo siffatto potrebbe essere realizzato ponendo la Pubblica Amministrazione in condizione di limitare i propri poteri (amministrativi e di intervento) laddove venga avviata una procedura che preveda un progetto "*Big Society*" in un settore specifico e con finalità ben definite.

Si potrebbe, ad esempio, ipotizzare una procedura analoga a quella prevista dall'art. 27 del Trattato sull'Unione europea (TUE) relativo alla cooperazione rafforzata, che viene avviata quando soltanto alcuni Stati membri intendono intraprendere una nuova azione alla quale essi riconoscono importanza, senza che, in tale azione, debbano essere coinvolti tutti gli Stati membri¹⁸.

caricati di esercitare il potere in Giudea, un vero e proprio arbitrio, in quanto essi «*esercitavano poteri regali con animo di servi*».

¹⁷ Il volume è attualmente in corso di stampa per i tipi della Casa Editrice Editoriale Scientifica di Napoli. Il Convegno, i cui atti sono raccolti nel citato volume, si è svolto a Roma il 29 novembre 2010 ed è stato organizzato dalla Commissione europea, dalla Corte dei conti e dalla (nostra, n.d.r.) Rivista *Diritto comunitario e degli scambi internazionali*.

¹⁸ Sulla cooperazione rafforzata v. A. TIZZANO, *Cooperazione rafforzata e flessibilità*, in *Il diritto dell'Unione Europea*, 2001, p. 460 ss.; L. S. ROSSI, *Cooperazione rafforzata e Trattato di Nizza: quali geometrie per l'Europa allargata?*, in *Il diritto dell'Unione Europea*, 2001, p. 791 ss.

Nel nostro caso, pertanto, quando determinati soggetti ritengono di poter avviare una procedura che preveda la realizzazione di un progetto "*Big Society*", in uno specifico settore (sociale, ambientale, culturale, etc.) in tal caso la Pubblica Amministrazione dovrebbe consentire l'espletamento della relativa procedura offrendo la sua collaborazione per l'elaborazione e la realizzazione del progetto, fornendo altresì i suoi suggerimenti e il suo sostegno per le questioni che la riguardano esercitando anche i necessari controlli per agevolare il buon esito dell'iniziativa.

L'introduzione di una modifica del genere dovrebbe poter essere ammessa sulla base del nuovo art. 118 della Costituzione, che il *Prof. Emanuele* ha opportunamente richiamato nella sua *Relazione*¹⁹.

Il nuovo art. 118, ultimo comma, della Costituzione, riconosce in effetti, esplicitamente, che «*Stato, Regioni, Città metropolitane, Province e Comuni favoriscono l'autonoma iniziativa dei cittadini, singoli e associati, per lo svolgimento di attività di interesse generale, sulla base del principio di sussidiarietà*».

L'ultimo comma dell'art. 118 della Costituzione è però rimasto, finora, lettera morta.

Si tratterebbe, quindi, come viene giustamente auspicato nella *Relazione*, di renderlo applicabile nelle forme sopra segnalate, allo scopo di consentire il raggiungimento degli obiettivi di seguito indicati.

ii. Aumento dei poteri delle Comunità locali

Come abbiamo segnalato, il secondo elemento, sul quale si fonda il progetto "*Big Society*", consiste nell'aumento dei poteri amministrativi e di intervento delle Comunità locali.

L'aumento dei poteri delle Comunità locali dovrebbe comportare, in concreto, l'aumento dei poteri della società civile allorquando essa intenda mettere in atto un progetto "*Big Society*".

A questo punto è bene parlar chiaro. La reazione ai recenti scontri e conflitti tra le opposte fazioni partitiche sui provvedimenti da adottare per consentire all'Italia di uscire dall'attuale stato di crisi, ha reso evidente tanto la profonda sfiducia che l'opinione pubblica italiana (non coinvolta nelle fazioni partitiche) riserva alla classe politica, quanto la disistima verso coloro che attraverso le strutture pubbliche (politiche e burocratiche) esercitano ogni forma di potere.

In Italia, la mancanza di fiducia nelle strutture pubbliche e in chi le rappresenta è generale. All'ammirato stupore per l'intraprendenza, la genialità, la capacità degli italiani che lavorano seriamente, producono e si affermano sui mercati del mondo intero, si contrappone il desolato sgomento per una classe politica così mediocre e lontana dagli interessi dei cittadini, per una burocrazia così scadente, inefficiente e invasiva (pur con le eccezioni menzionate),

¹⁹ Cfr. E. F. M. EMANUELE, *Il terzo pilastro*, cit. *supra*, nota 1, p. 475.

per una gestione così dissennata delle risorse pubbliche e per un uso così scriteriato e spesso illecito del pubblico denaro²⁰.

È difficile quindi pensare di realizzare programmi di successo in settori che interessano la generalità dei cittadini, come quello dell'aiuto alle persone bisognose, della tutela dell'ambiente o della protezione dei beni culturali, facendo unicamente affidamento sulle strutture pubbliche (o sui partiti politici).

Nelle strutture pubbliche (o nei partiti politici) possono mancare le competenze, o possono mancare le disponibilità finanziarie, oppure, anche nel caso in cui sussistano competenze e disponibilità finanziarie, può mancare semplicemente l'interesse ad avviare un determinato progetto.

Ebbene, nella società civile, l'interesse è proprio l'elemento che non fa difetto, perché le associazioni, le fondazioni e i gruppi che la compongono hanno, di regola, come missione, il conseguimento di obiettivi precisi e, quindi, un interesse specifico a realizzarli²¹.

iii. Presentazione di proposte e di progetti nei settori: sociale, sanitario, ambientale, culturale etc.

Le predette Associazioni perseguono, in generale, gli obiettivi più diversi, partendo da quelli necessari per far fronte alle esigenze più pressanti, come l'assistenza alle persone bisognose e indigenti, ricordata dall'*Autore* nella sua *Relazione*, che ha permesso di supplire alle vistose carenze del sistema pubblico, a quelli relativi all'erogazione di prestazioni nel settore sanitario, come pure nei settori dell'educazione e dell'istruzione a favore dei cittadini meno abbienti.

Accanto a queste forme di intervento che, quando perseguono obiettivi validi e mirati, portano sollievo a chi non potrebbe altrimenti beneficiare di adeguata assistenza, come indicano gli encomiabili interventi di carattere sociale e sanitario elencati nella *Relazione*, sussistono, ovviamente, anche molte altre forme di intervento in settori che toccano gli interessi della generalità dei cittadini.

Pensiamo, in particolare, ai già ricordati settori della tutela dei beni culturali e della protezione dell'ambiente.

Anche in questi settori sono attive associazioni ed organizzazioni che hanno dimostrato efficienza in passato e continuano, attualmente, a dar prova

²⁰ Cfr. A. QUADRIO CURZIO, *Noi, l'economia e l'Europa*, Bologna, Il Mulino, 1996, *passim*; S. ROSSI, *La politica economica italiana 1968-1998*, Bari, Laterza, 1998, *passim*, nonché F. CAPELLI, *L'euro nell'ordinamento dell'Unione europea*, Napoli, Editoriale Scientifica, 1999, p. 57 ss.

²¹ In generale, tra un partito politico e un'associazione non-profit vi è una differenza fondamentale. Il partito politico è formato da persone che hanno un loro interesse da difendere ed individuano, come obiettivo del partito, la difesa del loro interesse. L'associazione non-profit, invece, è formata da persone che hanno un obiettivo da raggiungere e considerano tutelato il loro interesse quando l'obiettivo viene raggiunto. Il partito, quindi, adegua l'obiettivo all'interesse dei membri che lo compongono. L'associazione non-profit, invece, adegua l'interesse dei suoi membri all'obiettivo da realizzare.

di capacità, intelligenza e lungimiranza²².

Orbene, in tutti questi settori è possibile liberare energie approfittando dell'interesse che tante persone dimostrano nel realizzare iniziative utili. Si pensi, ad esempio, alla manutenzione di un'opera d'arte di grande notorietà minacciata dal degrado sia per scarsità di fondi, sia per mancanza di progetti adeguati di restauro. Se le Associazioni fossero in grado di organizzarsi liberamente sulla base di regole giuridiche certe, potrebbero sicuramente trovare "sponsor" disposti a finanziare le opere di restauro in cambio di una giusta e meritata pubblicità. Il caso del restauro del *Colosseo* a Roma, da parte di una nota impresa, dovrebbe quindi essere la regola e non una straordinaria eccezione. Si tratta, però, di un'eccezione, perché vi è molta diffidenza a tenere rapporti e a stipulare accordi con la Pubblica Amministrazione e nessun imprenditore, salvo casi eccezionali, come quello appena citato, intende seguire lunghe e dispendiose procedure per portare a compimento un'iniziativa non rientrante tra le attività specifiche della propria impresa.

L'importante è quindi trovare le formule per una collaborazione sinergica che permetta di rendere possibile la realizzazione di progetti di sicura utilità nei settori sopra indicati e in altri settori dove possano essere tutelati giusti e meritevoli interessi.

È evidente che, di norma, occorrerà all'inizio un progetto che possa creare un impatto utile in uno dei settori sopra indicati, in grado di produrre conseguenze benefiche.

Ma è anche evidente che alla base deve esistere una struttura affidabile in grado di coalizzare e di far lavorare insieme i diversi soggetti interessati alla realizzazione del progetto: esperti, rappresentanti di Associazioni, di enti del volontariato e di fondazioni nonché imprenditori, etc.

Una struttura siffatta deve poter operare in modo permanente secondo uno statuto adeguato. Si potrebbe, ad esempio, pensare di istituire, all'interno di ogni regione, una *Onlus* per ogni settore di interesse, aperta alla partecipazione delle organizzazioni interessate, nonché delle fondazioni bancarie come pure degli imprenditori ugualmente interessati alle problematiche da risolvere.

Una *Onlus* costituita nel modo sopra indicato, non avendo alcun scopo di lucro, diventa automaticamente un *partner* affidabile anche per le strutture

²² Nel settore della tutela dei beni culturali possiamo citare il *FAI - Fondo Ambiente Italiano*, il cui obiettivo è tutelare e valorizzare il patrimonio artistico e naturale italiano, educare e sensibilizzare la collettività, vigilare e intervenire sul territorio, nonché il *Touring Club Italiano*, una associazione autonoma che opera socialmente e culturalmente, anche grazie a Soci e volontari, per il bene del Paese, ed è impegnata per una concezione del turismo inteso come incontro, viaggio consapevole e rispettoso, rivolto alla relazione con la realtà e la comunità locale visitata. Nel settore della tutela dell'ambiente possiamo ricordare il *WWF-Italia*, la cui missione è costruire un mondo in cui l'uomo possa vivere in armonia con la natura, nonché *Italia Nostra*, associazione per la salvaguardia e la conservazione dell'ambiente e del territorio in Italia.

pubbliche (centrali, regionali, provinciali e comunali) coinvolte nelle iniziative che interessano.

Una *Onlus* siffatta, che si occupasse, ad esempio, della protezione dei beni culturali, potrebbe avere come capofila proprio un'associazione rappresentativa di tale settore, come il FAI sopra citato (nota 21). Analogamente potrebbe avvenire per il settore della tutela ambientale, che potrebbe avere come capofila il WWF-Italia, più sopra ugualmente citato (*ibidem*).

In effetti per quanto riguarda la protezione dei beni culturali ed ambientali, in molti casi i relativi problemi non trovano una soluzione appropriata perché manca la volontà "politica" di risolverli e, in molti altri casi, perché mancano le risorse o perché non sono state individuate le soluzioni corrette.

Sorvolando sui casi non risolti per mancanza di volontà politica, per l'obiettivo difficoltà di supplire, con le iniziative dei cittadini, la volontà politica che manca, è possibile immaginare di poter giungere a risultati positivi con gli strumenti appena ricordati.

Qualora, infatti, occorresse individuare una soluzione tecnica appropriata per risolvere un determinato problema che interessa i beni culturali oppure quelli ambientali, la società civile, tramite la *Onlus* territorialmente competente, potrebbe avviare le iniziative necessarie coinvolgendo sia gli enti privati, sia le strutture pubbliche.

Analogo risultato potrebbe essere ottenuto se si trattasse di realizzare, nel settore sociale, asili o strutture di assistenza per l'infanzia, oppure case di cura per persone bisognose o disabili, vale a dire opere alle quali persone generose e illuminate sarebbero interessate a legare la propria immagine anche perché apprezzate dall'opinione pubblica.

Appare chiaro che, come già ricordato, dovrà essere costituita una *Onlus* per ogni settore di interesse e per ogni Regione, con le necessarie ramificazioni locali sul territorio, allo scopo di consentire alla struttura di acquisire un'adeguata specializzazione nel settore nel quale dovrà svolgere la propria attività, con riferimento al territorio di sua competenza (anche coordinando le varie associazioni che operano nello stesso settore).

Ogni *Onlus* dovrà essere costituita, come già ricordato, dalle Associazioni private più rappresentative operanti nel settore che interessa e di essa potranno far parte esperti dello stesso settore, studiosi che ne conoscono le relative problematiche nonché imprenditori interessati.

Ad ogni *Onlus* potrebbe partecipare anche un rappresentante delle Istituzioni pubbliche, ma soltanto in veste di osservatore, dato che, in ogni caso, le pubbliche Istituzioni dovranno necessariamente essere coinvolte al momento della presentazione dei progetti e nelle fasi della loro esecuzione.

La *Onlus* dovrà quindi garantire sia la serietà e il valore dei progetti iniziali da sottoporre a verifica, sia la validità del progetto prescelto per il quale dovrà essere richiesta la sponsorizzazione, sia, infine, l'assistenza permanente degli enti privati e delle strutture pubbliche nella realizzazione del progetto.

Le *Onlus* dovranno funzionare secondo criteri snelli e non burocratici e non dovranno, nel modo più assoluto, essere destinatarie di fondi o disponibilità finanziarie che possano avere attinenza con i progetti da realizzare e ciò allo scopo di evitare qualsiasi forma di conflitto di interessi.

I fondi e i finanziamenti dovranno invece rimanere nella disponibilità degli "sponsor" che li erogheranno direttamente ai soggetti incaricati di realizzare i progetti.

Se le *Onlus* sapranno affermarsi come enti efficienti, ciascuna nel proprio settore di attività, dando la prova di voler veramente tutelare gli interessi della generalità dei cittadini mediante progetti seri, validi e in grado di produrre effetti benefici e verificabili, esse potranno trovare nell'opinione pubblica una buona accoglienza in grado di garantirne un proficuo sviluppo.

Ciò potrà avvenire grazie non solo ai finanziamenti degli "sponsor" che possono essere interessati ad ottenere un buon ritorno di immagine per la propria impresa, ma anche grazie a donazioni e a lasciti di persone che vorrebbero realizzare opere benefiche ma che, da un lato, non dispongono delle conoscenze e degli strumenti per realizzarle e, dall'altro lato, non hanno fiducia nelle strutture pubbliche che, per legge, dovrebbero essere necessariamente coinvolte nelle iniziative.

Allo stesso modo potrebbero reagire le strutture finanziarie, come le fondazioni, che hanno per missione l'erogazione di fondi per opere benefiche, nel caso in cui individuassero, tra i progetti delle *Onlus*, quello meritevole di essere sostenuto e finanziato.

Parlando di progetti da realizzare, ad esempio, all'interno di una città, è evidente che quelli destinati a suscitare l'interesse della generalità dei cittadini sono numerosissimi.

Oltre a quelli sopra menzionati da realizzare nei settori sanitario, sociale, ambientale e culturale, possiamo far riferimento anche a progetti utili per risolvere i normali problemi che le Amministrazioni pubbliche devono quotidianamente affrontare, ma che non riescono a risolvere, come quelli delle strade dissestate, della difettosa distribuzione dell'acqua potabile, del carente servizio del sistema fognario e del controllo dei corsi d'acqua che provocano allagamenti o del servizio lacunoso della raccolta rifiuti etc.²³.

Occorre sottolineare che se le attività in precedenza indicate che possono essere svolte all'interno delle città e dei centri abitati dovessero essere estese all'intero territorio nazionale, sarebbero anche in grado di produrre sicuri vantaggi dal punto di vista economico e occupazionale.

Un valido impulso alla realizzazione delle iniziative e delle attività in precedenza menzionate potrebbe essere impresso da professionisti, manager,

²³ Ma è anche possibile pensare ad altri progetti, come la costituzione di società civili di investimento immobiliare, finanziate con fondi pubblici e privati, suggerite da D. Moyo, in *Holding Housing's Head Above Water*, in «Barron's», 27 novembre 2010, consultabile online sul sito internet <http://online.barrons.com/article/SB50001424052970203676504575618580846900178.html>.

imprenditori e dirigenti di enti pubblici e privati che abbiano terminato la loro vita attiva e si trovino a riposo o in pensione.

Molti di essi sarebbero felici di poter rendersi utili alla collettività, mettendo a disposizione delle *Onlus*, sopra indicate, le loro conoscenze e la loro professionalità.

In effetti, molte persone anziane che si trovano in buona salute e sono mentalmente aperte non avrebbero difficoltà a condividere le convinzioni di *Robert Butler*, già Presidente dell'*International Longevity Center*, le cui teorie sono state giustamente sposate da *Marco Vitale* che ne ha tracciato un ammirato profilo nel suo libro *Longevity*²⁴.

A p. 287 del suo libro *Longevity* M. Vitale riporta un brano dell'ultima opera di Robert Butler, *The Longevity Revolution - The benefit and the challenges of living a long life*²⁵.

Questo brano, al quale è stato dato come titolo *Longevity produttiva*, contenente una convinzione fondamentale di *R. Butler*, che tutte le persone anziane, attive, in buona salute e mentalmente aperte dovrebbero condividere, così recita: «È mai possibile che una persona passi almeno il 25% della sua vita adulta in pensione, che cioè passi in pensione la metà del tempo impiegato nell'attività lavorativa? Può la società sopportare ciò? È questa una cosa buona, per gli uomini e per le donne? Possono essi sopportarlo? A cosa serve salute, longevità, qualità della vita per una persona che resta inoperosa? Ma è proprio vero che i milioni di prossimi pensionati del baby boom non avranno niente da fare se non incassare la pensione e farsi assistere dal servizio sanitario?».

Crediamo proprio che il brano sopra riportato non abbia bisogno di alcun commento²⁶.

Questo modo di operare perseguirebbe anche l'obiettivo di aiutare gli amministratori dei Comuni, delle Province e delle Regioni a migliorare la gestione della cosa pubblica ed avrebbe il vantaggio di educare i cittadini a riflettere sui problemi delle loro città²⁷.

²⁴ Cfr. M. VITALE, *Longevity*, Bologna, Edizioni Studio Domenicano, 2011, p. 270 ss.

²⁵ Ed. PublicAffairs, 2008.

²⁶ A tale proposito occorre segnalare che anche l'Unione europea si è occupata di questo problema adottando la decisione n. 940/2011/UE del 14 settembre 2011, in *Gu-UE* n. L 246 del 23 settembre 2011, p. 5 ss., concernente l'Anno europeo dell'invecchiamento attivo e della solidarietà tra le generazioni. L'obiettivo della decisione è «agevolare la creazione di una cultura dell'invecchiamento attivo in Europa, basata su una società per tutte le età», incoraggiando, tra l'altro, la creazione di migliori opportunità affinché sia incentivato «il volontariato e la partecipazione attiva alla vita familiare e sociale».

²⁷ Potendo anche attingere professionalità con il sostegno di associazioni come l'*Agenzia per il Terzo settore*, presieduta dal Prof. Stefano Zamagni, autore di numerose pubblicazioni, tra le quali *L'economia del bene comune*, Roma, Città Nuova, 2007; *Economia Civile*, (co-autore L. BRUNI), Bologna, Il Mulino, 2004, *Il non profit italiano al bivio*, Milano, Egea, 2002; *Economia, democrazia, istituzioni in una società in trasformazione*, Bologna, Il Mulino, 1997. Si potrebbe far ricorso anche ad altre organizzazioni come la *Fondazione Sodalitas* che recluta manager in pensione da

Soprattutto avrebbe il vantaggio di far capire agli uni e agli altri che gli investimenti pubblici devono essere fatti bene per essere produttivi di benefici concreti per i cittadini e non soltanto servire a lustrare il nome e l'immagine delle Città, delle Province e delle Regioni, nonché delle autorità che le rappresentano. E questo soprattutto vale quando si utilizzano fondi stanziati per realizzare eventi e nuove infrastrutture.

A questo proposito i Proff. *Roberto Perotti* e *Marco Ponti* hanno scritto un ottimo articolo apparso su *Il Sole-24 Ore* del giorno 11 ottobre 2011, nel quale si precisa:

«Eventi e infrastrutture inutili distolgono risorse finanziarie, politiche ed umane dal lavoro molto più oscuro ma molto più importante dell'ordinaria amministrazione. Con una minima frazione del costo dell'Expo, che da anni monopolizza il dibattito e l'attenzione dei milanesi e causa lotte senza fine per accaparrarsi le poltrone giuste, si potrebbe fare molto di più per migliorare la vita dei cittadini: dal tenere le strade pulite a riempirne le buche, dal mettere a posto le scuole a ripulire i navigli, dal pulire i graffiti sui muri a migliorare i servizi sociali».

In tale articolo si legge anche che:

«Si dice spesso che eventi e infrastrutture non devono essere valutati solo per i loro "aridi" costi e benefici monetari, ma anche per il loro valore simbolico, per la loro capacità di aggregare le forze di una città o di un paese e di dare il primo slancio per un rinnovamento totale. Noi crediamo che sia esattamente l'opposto».

Gli autori dell'articolo spiegano subito le ragioni del loro dissenso, rispetto alla tesi appena riferita, prendendo in considerazione proprio le vicende dell'Expo e ricordando che:

«L'Expo illustra perfettamente questo meccanismo. Anni dopo che si è deciso di partecipare alla gara, non si sa ancora se farne un'occasione per rendere più o meno verde la città, per rilanciare la moda o l'agricoltura, per fare degli orti botanici o dei centri congressi, per non parlare delle varie proposte di musei, uno più improbabile dell'altro (mentre in quelli che già ci sono piove dentro)».

È da ritenere che se venissero seguite le indicazioni sopra riferite relative ai progetti di *Big Society*, si comincerebbe a riparare i musei dove «piove dentro»,

impiegare come consulenti per migliorare l'efficienza delle organizzazioni non profit. Esistono infine grandi aziende che mettono a disposizione i loro manager per iniziative di aiuto sociale. In quest'ultimo caso si tratta di manager in pensione o di dirigenti che sono distaccati presso le organizzazioni non profit – retribuiti direttamente dalle case madri – per realizzare progetti specifici.

cercando di migliorarli e di valorizzarli, prima di spendere soldi per costruirne altri destinati, con ogni probabilità, ad essere ugualmente mal gestiti²⁸.

A questo punto, senza volerci ulteriormente dilungare, il messaggio è chiaro: occorre un cambiamento di mentalità e questo cambiamento difficilmente può venire dalla classe politica e dalla pubblica amministrazione che attualmente gestiscono il nostro Paese, senza che intervenga un forte impulso da parte della società civile²⁹.

III. Valutazioni finali e conclusive

In base alle considerazioni in precedenza svolte si può concludere che il progetto "*Big Society*", (o "*Terzo Pilastro*"), costituendo un modo nuovo per far politica mediante il coinvolgimento della società civile, potrebbe diventare anche uno strumento per rilanciare l'economia e l'occupazione³⁰.

Da quanto si può desumere dalle dichiarazioni ripetutamente rilasciate dai vari Capi di Stato o di governo, non solo dei Paesi dell'Unione europea e degli altri Paesi del mondo occidentale, ma anche dei Paesi del terzo mondo, non sussiste chiarezza di vedute su come affrontare la crisi che ha ultimamente colpito il mondo intero.

Come diceva *Jean Monnet*, nei momenti di crisi generale, quando non si sa come affrontare i problemi e soprattutto come risolverli, il rimedio più utile ed efficace è avere un'idea che deve essere semplice quanto basta per essere compresa e convincente³¹.

²⁸ A questo proposito appare opportuno segnalare un rapporto curato dal Centro ASK Bocconi e dall'Ufficio Studi di Intesa San Paolo, presentato il 18 ottobre 2011 al Convegno organizzato a Roma «Beni culturali, identità e crescita», che mette ben in evidenza i problemi riguardanti il patrimonio architettonico e archeologico italiano. In tale Convegno è stata anche presentata una proposta per valorizzare e rendere remunerativi per lo Stato i beni culturali italiani, che varrebbe la pena studiare con attenzione, come consiglia *Il Sole 24Ore* in un articolo a firma di *Isabella Bufacchi*, apparso il 19 ottobre 2011 sullo stesso giornale.

²⁹ In ogni caso, a chi è ancora convinto che per ottenere il gradimento dei cittadini occorrono grandi eventi, realizzazioni spettacolari, opere faraoniche e manifestazioni stupefacenti, basterebbe ricordare lo stupendo aforisma di F. R. de CHATEAUBRIAND, tratto dal suo capolavoro, *Memorie d'oltretomba*, che è in grado di mettere in crisi anche la teoria economica sul valore e sul prezzo dei beni: «*La vera felicità costa poco, se costa molto non è di buona qualità*». Perché i bisogni e i valori fondamentali hanno limiti, mentre la sfera dell'inutile non ha confini.

³⁰ Potrebbe anche determinare effetti benefici sui giovani dal punto di vista psicologico. Il disagio giovanile, molto diffuso tra i giovani d'oggi, convinti di trovarsi ai margini della società, li induce a tenere posizioni in permanente contrapposizione con la società medesima. Ciò determina, negli stessi giovani, la perdita di interesse per ogni iniziativa, uno stato di permanente risentimento e di continua frustrazione, nonché il venir meno di ogni ideale. Il loro coinvolgimento in iniziative come quelle descritte nel testo, potrebbe risvegliare in loro l'interesse a realizzare obiettivi che considerano validi e il desiderio di rendersi utili alla società, rinunciando così a sprecare il proprio tempo rimanendo inoperosi.

³¹ Cfr. J. MONNET, *Mémoires*, Ed. Fayard, Paris, 1976, *passim*.

Oggigiorno ci troviamo di fronte ad una crisi globale di tipo nuovo che mette a confronto, tenendole separate, economie che hanno ancora possibilità di crescita come quelle della Cina e dell'India ed altre, come quelle dei Paesi di gran parte del mondo occidentale, che trovano difficoltà ad uscire da forme di stagnazione simili a quelle riscontrate in Giappone.

Forse è giunto il momento di pensare a forme nuove nei rapporti fra Stato e cittadini, verificando anche la funzionalità dei meccanismi che hanno finora regolato le democrazie delle moderne società occidentali³².

Occorrerà probabilmente trovare una diversa tecnica di approccio ai problemi che i meccanismi di gestione delle moderne democrazie hanno finora impedito di utilizzare.

Occorrerà soprattutto abbandonare l'idea che i cittadini debbano essere addestrati ad attendere l'iniziativa pubblica, mentre invece dovrebbero essere educati ad affrontare direttamente i problemi con le proprie capacità e di propria iniziativa.

Forse si dovrebbe cercare di applicare a livello locale, entro determinati limiti, le forme di cooperazione sperimentate, a livello statale, in seno alle Comunità europee e all'Unione europea³³.

Ciò che è stato realizzato per mettere fine ai conflitti tra Paesi in perpetuo conflitto fra loro (Francia e Germania) e per sviluppare le loro economie, così da conseguire un grado di benessere, esteso all'intera Europa, in precedenza mai raggiunto, è stato il metodo di cooperazione fondato sul "*dissenso ragionevole*" che è stato utilizzato per far funzionare il sistema istituzionale europeo³⁴.

Questo sistema, basato sulla cooperazione fra soggetti portatori di interessi diversi, che ha dato buona prova nei rapporti fra gli Stati membri dell'Unione europea³⁵ e, per certi versi, all'interno della Confederazione elvetica,

³² Può sembrare utopistico e, sotto certi profili, anche lo sarà, ma, come diceva *Ennio Flaiano*, «Il progresso non è che la realizzazione delle utopie: le assurdità di ieri, sono le verità di oggi e saranno le banalità di domani». Forse si dovrebbe avere il coraggio di inventare e proporre soluzioni nuove anche se per gli altri rimangono utopie. L'utopia è dei folli (in senso *erasmiano*) che vedono quello che tutti vedono e arrivano a capire quello che gli altri non capiscono. Per loro vale l'affascinante esortazione di W. Goethe, secondo cui «C'è una verità elementare, la cui ignoranza uccide innumerevoli idee e splendidi piani: nel momento in cui uno si impegna a fondo, anche la provvidenza si muove. Infinite cose accadono per aiutarlo, cose che altrimenti non sarebbero mai avvenute (...) L'audacia ha in sé genio, potere e magia. Incomincia adesso». All'esortazione di Goethe si potrebbe aggiungere quella di Guglielmo il Taciturno, impressionante per il suo rigore: «Non occorre sperare per intraprendere e non occorre vincere per perseverare». Scavando più in profondità si può, in effetti, intuire che i problemi che assillano oggi le società del mondo occidentale, le più colpite dall'attuale crisi globale, richiedono forse soluzioni più filosofiche che economiche. Alla base di tali problemi, c'è probabilmente una forma di disagio esistenziale che dal singolo individuo si sta estendendo alla società come tale. Ed è difficile pensare che a problemi del genere sia possibile porre rimedio aumentando il PIL di qualche punto in percentuale.

³³ Sul sistema istituzionale dell'Unione europea v. F. CAPELLI, *Il sistema istituzionale dell'Unione europea come fondamento di una nuova forma di democrazia*, in questa Rivista, 2004, p. 221 ss.

³⁴ Secondo l'opinione di J. RAWLS (*Liberalismo politico*, Torino, Edizioni di Comunità, 1999), il dissenso ragionevole è uno strumento per «trovare un punto di equilibrio fra considerazioni contrastanti».

³⁵ Cfr. F. CAPELLI, *Il sistema istituzionale dell'Unione europea*, cit. *supra*, nota 30.

non può però trovare applicazione all'interno dei singoli Stati, per la necessità di rispettare il tradizionale gioco democratico che deve consentire il funzionamento delle moderne democrazie.

La collaborazione, sulla quale il sistema si fonda, potrebbe invece svilupparsi a livello delle Comunità locali, attraverso l'avvio di progetti di *"Big Society"* (o di *"Terzo Pilastro"*).

Sarebbe, in sostanza, un'applicazione, a livello locale, del sistema seguito dalla Confederazione svizzera per affrontare e risolvere i propri problemi interni, non solo a livello locale, ma anche in sede nazionale³⁶.

Luigi Einaudi, nella sua celebre opera *Lezioni di politica sociale*, che tutti dovrebbero leggere per capire come devono essere affrontati i problemi socio-politico-economici di uno Stato, ha inserito, al termine del libro, un ultimo, breve capitolo dedicato alla Svizzera.

Ebbene, questo capitoletto, che contiene l'apprezzamento più grande che un economista abbia riservato al modo di gestire, in concreto, un sistema politico, rappresenta, in sostanza, un elogio per un grande progetto *"Big Society"*, realizzato in Svizzera, riguardante, tanto le Comunità locali, quanto le strutture a livello centrale della Confederazione.

È un elogio alla saggezza e, soprattutto, alla capacità di un popolo di saper anteporre l'interesse della generalità dei cittadini a quello dei singoli gruppi, che è la caratteristica del sistema istituzionale svizzero.

Dice Luigi Einaudi, parlando della Svizzera del 1944: «È un paese dove non esistono i ricchissimi e dove il numero dei grandi ricchi va rapidamente diminuendo; dove le fortune non tendono ad uguagliarsi, ma il distacco fra i redditi minimi ed i massimi va scemando, dove la confederazione ed i cantoni acquistano sempre nuovi compiti sociali ed economici, dopo lunghe defatiganti discussioni le quali si concludono in assensi quasi unanimi; dove comuni, cantoni e confederazione sono gelosi tutori della proprie autonomie e non soffrono invadenze altrui; dove le varie nazionalità convivono concordi in una emulazione feconda, dove i partiti più diversi coesistono non solo nei parlamenti ma nei governi; e nei consigli di stato dei cantoni e nel consiglio federale collaborano conservatori e radicali, liberali e socialisti, protestanti e cattolici, in modo siffatto che la deliberazione del collegio diventa la volontà dei singoli i quali, all'atto di entrare nel collegio, hanno rinunciato ad essere il portavoce della propria parte»³⁷.

Una conferma della validità delle conseguenze determinate dal modo di fare politica sopra descritto da Luigi Einaudi, viene fornita, in un passo letterariamente bellissimo, da un altro grande economista, il tedesco Wilhelm Röpke³⁸, il quale, descrivendo un villaggio del bernese svizzero, dove era stato

³⁶ Cfr. B. ACKERMAN, *La nuova separazione dei poteri*, Roma, Carocci, 2003, p. 54.

³⁷ L. EINAUDI, *Lezioni di politica sociale*, Torino, Giulio Einaudi editore, 2002.

³⁸ Wilhelm Röpke è autore di opere molto importanti. Ricordiamo, in primo luogo, la trilogia:

esule durante la guerra, così si esprime: «*Il villaggio è situato nel Bernese e ospita, coi suoi tre mila abitanti, accanto alle fattorie di contadini, le seguenti piccole industrie e professioni: una fabbrica di macchine nascosta in mezzo al villaggio con cento operai, la quale gode larga fama come produttrice di speciali macchine agricole, una tessitura di lino e un candeggio, una moderna stamperia di libri, una birreria, una fabbrica di sedie, un frantoio di sidro, una zincatura, una fabbrica di filati di lino, un caseificio, un mulino, una fabbrica di mobili, una ditta per l'esportazione del formaggio, depositi di legname e segherie, una fabbrica di surrogato di caffè, una fucina di attrezzi, fioricultori, muratori, una corderia e una lunga serie di artigiani evidentemente prosperi (falegnami, spazzacamini, bottai, cestai, sellai, pittori e ingessatori, lattonieri, parrucchieri, elettricisti, sarti, calzolari, conciatetti, fornai, macellai, pentolai, orologiai e giardinieri). Il livello culturale del paesetto è dato da una libreria notevole e arredata con una certa pretesa di buon gusto, da un negozio di strumenti musicali e da una scuola secondaria. Se aggiungo che tutto luccica per pulizia e senso della bellezza, che la gente abita tutta in case invidiabili, che ogni orto è coltivato con amore e competenza, che le cose vecchie sono ben conservate e tutto il paese, coronato da un antico castello, sorge in mezzo al più ameno paesaggio, avrò descritto una convivenza umana che non si potrebbe immaginare più deliziosa. È il nostro ideale tradotto in una ben concreta realtà*»³⁹.

Wilhelm Röpke, che, tra l'altro, è stato collega e amico di Luigi Einaudi al quale ha dedicato pagine commoventi nel ricordarne la figura e il profilo morale nell'articolo scritto dopo la sua morte⁴⁰, era uno degli autorevoli membri della *Scuola di Friburgo* propugnatrice dell'economia sociale di mercato⁴¹.

Röpke è stato anche il maestro di Ludwig Ehrhard, il Ministro del Governo di Adenauer che ha salvato l'economia della Germania dal tracollo dopo la seconda guerra mondiale⁴².

Civitas humana, La crisi sociale del nostro tempo e L'ordine internazionale.

³⁹ Questo brano è ripreso dal libro "Civitas humana" ed è contenuto nel capitolo intitolato «*Forme vecchie e nuove dell'economia e della società*», ripubblicato nel volume dal titolo "Democrazia ed economia" a cura di L. ORNAGHI e A. QUADRIO CURZIO, Bologna, Il Mulino, 2004, p. 87 s. La descrizione del villaggio svizzero, riportata nel testo, ci induce a riflettere anche sul profondo impatto esercitato sull'uomo dall'ambiente fisico che lo circonda e nel quale esso vive. È un impatto che lo condiziona psicologicamente, determinandone le reazioni verso gli altri. Chi vive in luoghi brutti e degradati assume, anche inconsciamente, atteggiamenti ostili che ostacolano o, in ogni caso, non agevolano i rapporti umani e sociali. In modo analogo si vive nelle città senz'anima o «*senza più cuore*» come le definisce lo studioso di storia dell'architettura Joseph Rykwert, autore di libri di successo, come *L'idea di città* (Milano, Adelphi, 2002), e *La casa di Adamo in Paradiso* (Milano, Adelphi, 2005). In un'intervista pubblicata su *La Repubblica* del 27 ottobre 2011, Rykwert afferma che «*La città non è mai solo un luogo fisico. È soprattutto una forma simbolica che rispecchia la visione del mondo dei suoi abitanti. Era vero per le città antiche, è vero per le metropoli moderne. La differenza è che quelle contemporanee sono ormai l'immagine spaziale della speculazione immobiliare: la finanza tradotta in edilizia*».

⁴⁰ Si può leggerne il testo nel volume, cit. supra, nota 39, p. 179 ss.

⁴¹ La *Scuola di Friburgo* è stata fondata da Walter Eucken, che ha pure fondato la rivista *Ordo*, alla quale collaboravano eminenti studiosi (giuristi, economisti, sociologi) tra cui W. Röpke.

⁴² Cfr. L. ERHARD, *Benessere per tutti*, Milano, Garzanti, 1957.

Röpke ha quindi avuto la soddisfazione di vedere applicati in concreto, in materia economica, i principi della *Scuola di Friburgo*, che hanno reso possibile il miracolo economico tedesco degli anni Cinquanta del secolo scorso.

Ma Röpke non ha soltanto avuto la soddisfazione di veder confermata, nella pratica, la validità delle sue teorie scientifiche, con riferimento al periodo postbellico. Egli ha potuto constatare, con sommo piacere, come le sue teorie sull'economia sociale di mercato siano state accolte e seguite non solamente da tutti i partiti politici tedeschi, tanto dai cristiano-sociali quanto dai liberali e dai socialdemocratici, indipendentemente dalla loro presenza nel governo o all'opposizione, ma anche come tali teorie siano penetrate nella mentalità dell'intero popolo tedesco e, in particolare, nella mentalità dei suoi imprenditori nonché in quella degli stessi lavoratori e dei loro sindacati.

Questo spiega il potente, progressivo e ininterrotto sviluppo dell'economia tedesca nonché i successi che la Germania ha globalmente saputo cogliere, nel corso degli anni, in tutti i settori. Si tratta di successi notevoli che le hanno consentito di divenire il Paese membro più importante, più influente e più rispettato delle Comunità europee, prima, ed ora dell'Unione europea.

Il ruolo svolto dalla Germania all'interno delle Comunità europee e dell'Unione europea è stato di tale rilevanza da condizionare la stessa formulazione dei Trattati europei in occasione di ogni loro revisione e modifica.

Per quanto riguarda il Trattato sull'Unione europea, nella versione ora vigente dopo l'entrata in vigore del Trattato di Lisbona (1° dicembre 2009), il suo art. 3, par. 3, primo comma, ha addirittura recepito i principi dell'economia sociale di mercato sostenuta da Röpke e dalla *Scuola di Friburgo* che in precedenza abbiamo ricordato⁴³.

Recita infatti l'art. 3, par. 3, primo comma, dell'attuale Trattato sull'Unione europea: *«L'Unione instaura un mercato interno. Si adopera per lo sviluppo sostenibile dell'Europa, basato su una crescita economica equilibrata e sulla stabilità dei prezzi, su un'economia sociale di mercato fortemente competitiva, che mira alla piena occupazione e al progresso sociale, e su un ele-*

⁴³ Ma l'influenza tedesca è stata tale da far accogliere nel Trattato sul funzionamento dell'Unione europea (TFUE) altri importanti principi da tempo seguiti in Germania. Tali principi si ricavano dall'art. 120 del TFUE che così stabilisce: *«Gli Stati membri e l'Unione europea agiscono nel rispetto dei principi di un'economia di mercato aperta e in libera concorrenza, favorendo un'efficace allocazione delle risorse, conformemente ai principi di cui all'art. 119»*. Tra i principi dell'art. 119 (TFUE) si possono citare quelli del par. 3, secondo cui: *«Queste azioni degli Stati membri e dell'Unione implicano il rispetto dei seguenti principi: prezzi stabili, finanze pubbliche e condizioni monetarie sane nonché bilancia dei pagamenti sostenibile»*. Orbene, le disposizioni contenute nei Trattati europei sono equiparabili a quelle contenute nella nostra Costituzione e ad esse deve essere fatto riferimento per stabilire la legittimità tanto delle leggi nazionali degli Stati membri, quanto delle norme adottate dalla stessa Unione europea. Il Trattato sul funzionamento dell'Unione europea è, quindi, sostanzialmente equiparabile a una *"Costituzione economica"* applicabile a tutti gli Stati membri, compresa l'Italia. Ciò considerato, si può anche sostenere l'inutilità di modificare l'art. 41 della nostra Costituzione, come da più parti richiesto, perché le norme del Trattato sopra riportate sono più che sufficienti per indirizzare in modo corretto l'attività del nostro Governo in materia economica.

vato livello di tutela e di miglioramento della qualità dell'ambiente. Essa promuove il progresso scientifico e tecnologico».

Senza difficoltà possiamo riconoscere che il testo, appena riportato, racchiude in sé tutti i principi socio-politico-economici ai quali si è ispirata la filosofia politica ed economica di *Wilhelm Röpke*; contiene, in fondo, la stessa filosofia alla quale si sono spontaneamente ed istintivamente ispirati i 3000 abitanti del villaggio bernese così ben descritto dallo stesso Röpke nel brano che abbiamo in precedenza riprodotto.

Si tratta, ripetiamo, della filosofia politica della Scuola di Friburgo che Wilhelm Röpke ha sintetizzato in modo splendido nel suo capolavoro *Civitas humana*⁴⁴.

Vale la pena riportare, qui di seguito, alcuni passi di tale capolavoro, ripresi dal capitolo «*Forme vecchie e nuove dell'economia e della società: capitalismo, collettivismo, umanesimo economico*»⁴⁵.

Si tratta delle riflessioni più profonde di questo grande economista ed umanista, studioso dei problemi sociali e politici, nelle quali si fondono, in modo mirabile, le sue convinzioni scientifiche ed umane.

Sono riflessioni scritte nel 1944, un anno nel quale l'Europa ha vissuto esperienze tremende, per cui ben si prestano ad essere lette oggi, in questi tempi di crisi, anche se, ovviamente, le crisi attuali non sono certo paragonabili a quelle degli ultimi anni della seconda guerra mondiale.

Si tratta di riflessioni che dovrebbero essere lette anche da molti degli economisti che imperversano sui giornali offrendo le proprie soluzioni alle crisi che stanno mettendo a dura prova le economie di numerosi Paesi nel mondo interno.

Riporteremo, quindi, in prosieguo, alcuni brani dell'opera di W. Röpke sopra ricordata, completandoli, all'occorrenza, con qualche breve nota di commento.

Il brano iniziale⁴⁶, contenente le prime critiche che l'Autore in seguito svilupperà, è così redatto: «*L'errore fondamentale del vecchio pensiero liberale "capitalistico" è stato precisamente quello di considerare l'economia di mercato come un processo chiuso in sé, che si svolgesse automaticamente. Non si era notato che l'economia di mercato rappresenta soltanto un breve settore della vita sociale, incorniciato e contenuto in un campo più largo, un campo esterno nel quale gli uomini non sono concorrenti, produttori, affaristi, consumatori, membri di corporazioni, azionisti, risparmiatori e investitori, ma semplicemente uomini che non vivono di solo pane, membri di famiglia, vicini di casa, membri di comunità religiose, compagni di lavoro, cittadini del loro*

⁴⁴ Cfr. *supra*, nota 39.

⁴⁵ Questo capitolo è riprodotto nel libro «*Democrazia ed economia*, cit. *supra*, nota 39.

⁴⁶ Come precisato nel testo, il brano iniziale e quelli che seguono sono tratti dal capitolo «*Forme vecchie e nuove dell'economia e della società*» contenuto nel libro «*Civitas humana*» e sono tutti riportati nel volume «*Democrazia ed economia*», loc. cit.

comune e creature di carne e ossa con pensieri eternamente umani e col senso della giustizia, dell'onore, dell'abnegazione, dell'istinto sociale, della pace, dell'onestà nell'esecuzione del lavoro, della bellezza e della tranquillità nella natura. L'economia di mercato è soltanto un dato ordinamento indispensabile, come si è visto, entro un ambito ristretto, nel quale deve trovare il suo posto puro e non falsata. Abbandonata a se stessa, diventa pericolosa, anzi insostenibile, perché ridurrebbe gli uomini a un'esistenza non naturale che tosto o tardi essi scrollerebbero di dosso insieme con l'economia di mercato diventata odiosa. Questa, dunque, ha bisogno di una solida cornice che per brevità chiameremo la cornice antropologico-sociologica. Se questa si spezza, anche l'economia di mercato diventa impossibile. Con altre parole: l'economia di mercato non è tutto»⁴⁷.

Dopo le critiche iniziali, W. Röpke così continua⁴⁸: *«Il principio individuale nel nocciolo dell'economia di mercato deve essere controbilanciato, entro la cornice, dal principio sociale umanitario, se vogliamo che entrambi sussistano nella nostra società moderna e se nello stesso tempo vogliamo vincere i pericoli mortali della riduzione a massa e proletariato. (Omissis) Dobbiamo smetterla finalmente di fare i tentativi di afferrare i gravi problemi dell'economia di mercato mescolando nocciolo e cornice nello stesso tegame. Dobbiamo imparare finalmente a scindere nettamente le diverse sfere con le loro così varie strutture e condizioni. Soltanto allora si potrà salvare una cosa e l'altra. (Omissis) ricorderemo ancora le citate parole di Benjamin Constant variandole per l'economia di mercato: "Le marché en dehors de sa sphère ne doit avoir aucun pouvoir; dan sa sphère, il ne saurait en avoir trop"»⁴⁹.*

Nel brano seguente⁵⁰, l'Autore fornisce la spiegazione delle sue critiche e gli elementi utili per la soluzione del problema: *«un regime economico libero, fondato essenzialmente sul mercato, sulla concorrenza, sull'iniziativa privata, sulla libera formazione dei prezzi e sulla libera scelta dei consumi, è a lungo andare impossibile in una società di masse, collettivizzata, proletarizzata, senza radici, ridotta a una vita senza soddisfazione e senza sostegno. Questa libera economia di mercato può paragonarsi, dal punto di vista sociologico-vitale-morale, ad uno spazio vuoto al quale occorrono tanto più solidi sostegni marginali, e fu precisamente il corrompersi di questi sostegni che nel passato mandò in rovina l'economia liberale con tutto il sistema della società liberale. Per il programma di guarigione, se ne deve trarre la conclusione che il ristabilimento dell'economia di mercato e quindi l'allontanamento del pericolo collettivista sono possibili soltanto se si provvede contemporaneamente a redimere le masse e il proletariato, a favorire contadini e artigiani e a decentrare, se insomma si*

⁴⁷ Il brano è ripreso dal libro cit. *supra*, nota 39.

⁴⁸ *Ivi*.

⁴⁹ *Ivi*.

⁵⁰ *Ivi*.

fa una politica sociale volta a rinsaldare maggiormente la cornice antropologico-sociologica. (Omissis) una società interamente razionalizzata e organizzata non è a lungo andare sostenibile; essa finisce nel collettivismo o nell'anarchia o probabilmente in qualche cosa che è l'una cosa e l'altra. L'economia di mercato è quel regime economico col quale sta in piedi o crolla tutto il nostro sistema sociale e culturale; anche l'odierna situazione semicollectivista di molti paesi è, come abbiamo visto, a lungo andare insostenibile. Queste cose bisogna capirle e poi bisogna agire in conformità. L'economia di mercato però è sostenibile soltanto con una corrispondente politica sociale»⁵¹.

La conclusione da trarre è, quindi, che bisogna realizzare un'economia sociale di mercato. Ora, dalle considerazioni svolte da Röpke, sopra riportate, possiamo trarre tre insegnamenti.

Il primo insegnamento è che il vero economista non deve essere soltanto un esperto di economia, ma deve possedere conoscenze molto più ampie che gli consentano di comprendere, approfondendoli, i più diversi aspetti dei problemi che interessano le scienze umane: in particolare i problemi sociali e quelli politici nonché quelli filosofici e sociologici. I grandi economisti, a partire da *Adam Smith*, erano tutti profondi conoscitori e studiosi delle scienze umane⁵².

A questo proposito (e a questo punto) potremmo offrire un appoggio a *Wilhelm Röpke* riportando una frase di un altro grande economista, pure lui profondo studioso delle scienze umane, *F. A. von Hayek*, il quale, nel suo *The Dilemma of Specialization*⁵³ si è così espresso: «L'economista che si limita a far l'economista non solo rischia di diventare fastidioso, ma può costituire un vero e proprio pericolo». Dopo le recenti crisi finanziarie, possiamo dire che di economisti, nel senso di esperti nelle sole materie economiche, che hanno fatto correre seri rischi alle economie dei Paesi occidentali, se ne sono sentiti diversi⁵⁴.

Il secondo insegnamento è correlato al primo. All'economista che è solo esperto di economia manca una visione d'insieme dei problemi: egli vede l'albero ma non l'intera foresta che gli sta intorno. Non possono quindi bastare i suoi consigli su come salvare l'albero, se anche non si conosce come la foresta reagisce e si comporta.

In questo concetto è racchiuso il principio dell'economia sociale di mercato della *Scuola di Friburgo* sul quale Röpke ha sviluppato le considerazioni

⁵¹ Queste riflessioni di *Röpke* richiamano ora alla mente le condizioni che lo sviluppo economico in Cina sta imponendo alla società cinese. Il colloquio, di cui più sopra si è riferito il contenuto alla nota 6, fa comprendere di quali condizioni si tratti. Le gravi disparità che il tumultuoso sviluppo economico sta creando, all'interno della società cinese, fanno subito pensare alle parole di *Röpke* sopra riportate. C'è solo da temere che tali parole si trasformino in profezia in tempi brevi.

⁵² Lo stesso si può dire di altri eminenti studiosi dell'economia, come, ad esempio, *John Stuart Mill*, *Francesco Ferrara*, *Walter Eucken*, *Friedrich von Hayek*, *Ludwig von Mises*, *Vilfredo Pareto*.

⁵³ In *Studies in Philosophy, Politics, and Economics*, Chicago, University of Chicago Press, 1967, p. 123.

⁵⁴ Cfr. M. VITALE, *Passaggio al futuro (Oltre la crisi attraverso la crisi)*, Milano, Egea, 2010, p. 22-55.

sopra ricordate. È il principio che, come abbiamo pure ricordato, ha consentito di salvare la Germania dal tracollo economico, trasformandola da un Paese interamente distrutto dalla guerra, in un Paese che gestisce oggi, in modo efficace ed efficiente, il più ordinato, il più solido e, forse, il più potente sistema economico del mondo.

È il principio che ha insegnato ai tedeschi l'importanza del dialogo e della collaborazione tra le parti sociali, avendo di mira la tutela dell'interesse comune. È soprattutto il principio che ha insegnato ai tedeschi il valore del risparmio e della sobrietà, sconfiggendo lo sviluppo economico propugnato dagli economisti che sono solo economisti, fondato sull'esaltazione dei debiti e delle cose superflue.

Dall'economia sociale di mercato i politici ricavano anche l'abitudine alla moderazione nel modo di esprimersi: e questo si nota subito quando si mette a confronto il vaniloquio dei nostri politici e l'arida concretezza dei politici tedeschi. La stessa impressione si ricava quando si confrontano i progetti generalmente fantasiosi propagandati in Italia con le scelte oculate e concrete normalmente effettuate in Germania.

Il terzo ed ultimo insegnamento è quello che, ai nostri fini, maggiormente interessa, perché è l'insegnamento che ci consente di pervenire alla conclusione più ragionevole, a coronamento del presente commento sulla relazione del *Prof. Emanuele*.

Se si rileggono, infatti, con calma e in modo accurato, le riflessioni di W. Röpke, sopra riportate, si scopre che il sistema economico ideale, auspicato dall'Autore, è quello che pone l'uomo, le sue libertà, i suoi diritti e i suoi doveri al centro dell'attenzione.

Solo attraverso il corretto esercizio delle sue libertà, dei suoi diritti e dei suoi doveri, l'uomo arriva a cooperare con gli altri uomini contribuendo a creare le condizioni per realizzare un'economia sociale di mercato.

Orbene, se vi è un modo per contribuire a creare le condizioni favorevoli allo sviluppo di un'economia sociale di mercato, questo è senz'altro rappresentato dalla particolare forma di collaborazione che si rinviene nei progetti di "*Big Society*" (o "*Terzo Pilastro*") in precedenza descritti.

Infatti, nel caso in cui tali progetti dovessero incontrare il favore dei cittadini e trovare un'applicazione estesa all'intero territorio nazionale, la loro realizzazione potrebbe anche determinare utili conseguenze economiche di indubbia rilevanza⁵⁵.

Si tratterebbe di conseguenze economiche nel senso più stretto del termine, che si aggiungerebbero, in ogni caso, ai benefici di interesse più diretto per la generalità dei cittadini, consistenti nell'aiuto alle persone bisognose,

⁵⁵ Senza contare che un'applicazione estesa all'intero Paese delle attività in precedenza descritte, consentirebbe alla società civile di contribuire anche a presidiare il territorio, creando barriere contro le infiltrazioni mafiose e contro la criminalità organizzata.

nella tutela dei beni culturali, nella tutela dell'ambiente e nelle altre attività che abbiamo sopra ricordato.

In conclusione, le considerazioni in precedenza svolte dovrebbero condurre a ritenere non solo auspicabili ma anche praticabili in Italia i progetti di "*Big Society*" o "*Terzo Pilastro*"⁵⁶ che sono stati menzionati nella relazione del Prof. Emanuele, sopra riportata, e discussi nel presente commento⁵⁷.

Fausto Capelli

⁵⁶ Al lettore che ha avuto la pazienza di seguire il nostro ragionamento fino alla fine, sarà diventato più chiaro il concetto di "*Terzo Pilastro*" più volte ricorrente nel testo. A questo punto, per chiarire in modo definitivo tale concetto, conviene riportare la parte finale della "Prefazione" al volume del Prof. Emanuele (*Il terzo pilastro. Il non profit motore del nuovo welfare*) ripetutamente citato nel testo. Secondo il Prof. Emanuele, realizzare il Terzo Pilastro: «significa abbandonare la concezione di uno stato sociale diffuso, che, finora, è spesso degenerato in assistenzialismo e farsi carico della tutela del bisogno in modo selettivo ed efficace, favorendo parallelamente tutte quelle spinte individuali verso il modello dell'associazionismo finalizzato a realizzare la sussidiarietà dal basso, vera rivoluzionaria realtà di questi anni, quello che definisco il "terzo pilastro" che sostiene la società dopo lo Stato ed il mercato. Tutto ciò proprio nel momento in cui, per effetto della globalizzazione, la consapevolezza delle potenzialità del mercato gli restituisce sempre di più il connotato di protagonista sulla strada del progresso del genere umano».

⁵⁷ Ciò che potrebbe contribuire a rendere più attiva anche la borghesia italiana che, secondo G. DE RITA (*L'eclissi della borghesia*, Roma-Bari, Laterza, 2011) si sarebbe "eclissata".

RECENSIONI

Ugo Villani, *Valori comuni e rilevanza delle identità nazionali e locali nel processo di integrazione europea*, Lezioni magistrali (Collana diretta da Francesco De Sanctis e Franco Fichera), Università degli Studi Suor Orsola Benincasa - Facoltà di Giurisprudenza, Napoli, Editoriale Scientifica, 2011, pp. 128, Euro 10,00

Il saggio di Ugo Villani *Valori comuni e rilevanza delle identità nazionali e locali nel processo di integrazione europea* sviluppa, in una prospettiva europeistica, il tema della VI edizione del ciclo di Lectiones magistrales organizzate, nell'anno accademico 2009-2010, dalla Facoltà di Giurisprudenza dell'Università degli Studi Suor Orsola Benincasa con il sostegno dell'Associazione Amici di Suor Orsola per la promozione degli Studi giuridici.

Il prezioso lavoro – che si inserisce in una linea di continuità e sviluppo della riflessione giuridica svolta dall'A. in vari lavori precedenti – declina il tema generale delle Lezioni magistrali dedicate a «Il diritto tra universalismo e particolarismo» intorno ad un binomio: i valori comuni degli Stati membri dell'Unione europea e le identità nazionali e locali. Perimetro ed ambito definitorio dell'analisi risulta un ambiente o spazio giuridico – quale quello europeo – in cui la costruzione del *novum ius commune* appare quale prodotto della continua intersecazione tra ordinamenti giuridici a base territoriale ma anche fra tradizioni costituzionali differenziate e plurime fonti del diritto.

Nella prima parte (par. 1-8) l'indagine ricostruisce il quadro normativo-giurisprudenziale relativo ai valori comuni degli Stati dell'Unione europea, contrassegnati ormai da valenza fondativa della stessa organizzazione internazionale: valori che connotano la dimensione ultra-mercantile del processo di integrazione che rilevano sia all'interno dell'Unione europea come condizione di ammissione e di conservazione dello *status* di membro, sia all'ester-

no della stessa nelle relazioni con il resto del mondo e in materia di politica estera e di sicurezza comune. In questa parte del saggio viene affrontato, tra l'altro, il problema definitorio degli stessi nonché le conseguenze della loro eventuale violazione mentre la precisazione dei contenuti del principio democratico è operata attraverso una disamina del ruolo del Parlamento europeo e dei Parlamenti nazionali. Non manca un paragrafo (il n. 7) appositamente dedicato al rispetto dei diritti umani fondamentali ed alla valenza giuridica della Carta di Nizza-Strasburgo.

Che l'individuazione di un nucleo di valori comuni fondanti il processo di integrazione europea non significhi disconoscimento delle specificità che integrano l'identità «insita nella struttura fondamentale, politica e costituzionale» dei singoli Stati membri è accuratamente argomentato nella seconda parte (par. 9-13) del saggio ove non manca un approfondimento della necessità di valorizzazione delle peculiarità degli enti regionali e locali. Se l'avvenuto riconoscimento, nella prassi e nel diritto dell'Unione, di forme di integrazione flessibile connota un'organizzazione a più velocità (par. 8) la disamina dell'insieme dei principi che presiedono alla ripartizione delle competenze tra l'organizzazione e gli Stati che ne sono parte completa il quadro di riferimento del lavoro.

Le Conclusioni conducono ad una definizione di identità ampia che – come sottolinea l'Autore – «va oltre i profili della sovranità e della Costituzione dello Stato»: un'identità rispettosa delle «diversità» laddove la compiuta valorizzazione del principio di prossimità sembra atta ad assicurare un giusto equilibrio tra le perduranti identità nazionali e un'identità comune europea sempre *in fieri*. In esse il Villani perviene a soluzioni persuasive e pienamente condivisibili intorno ad un oggetto complesso mentre l'indagine sui valori, di per sé contrassegnati dal carattere dell'assolutezza, non può non intersecarsi con il pluralismo e la segmentazione degli stessi, vieppiù presenti in un ordinamento multi e sovra-statuale quale l'Unione europea costituisce.

In un saggio che, sebbene denso di contenuti, risulta scritto con la scioltezza e la rigerosità ricostruttiva della *lectio*, il lettore trova, dunque, convincenti risposte rispetto al permanente iato tra tendenze assolutistiche di taglio universalistico (sia pure a dimensione regionale) e tendenze particolaristiche di differenziazione mentre l'apparente inconciliabilità tra processi di «omogeneizzazione valoriale» e salvaguardia delle specificità nazional-locali rinviene plurimi elementi di (ri)composizione.

Angela Di Stasi*

* Ordinario di Diritto dell'Unione europea / Università degli Studi di Salerno.

Anna Lisa Verdecchia, *Lo Stato partner-cosmopolitico. Origine e regimi normativi di partnership e Human Rights*, Salerno, Bruno libri editore, 2011, – Università degli Studi di Salerno, Dipartimento di Diritto Pubblico Generale e Teoria delle Istituzioni - Sezione di Diritto Internazionale Comunitario e Comparato - Quaderno n. 5, pp. XII-364

Questo interessante volume si inserisce in un filone di opere di attualità dedicate al fenomeno della globalizzazione o mondializzazione dello Stato contemporaneo, sotto una duplice angolazione di rapporti di partenariato e di protezione dei diritti umani intesi come funzioni condivise della Comunità internazionale. Il volume, articolato in due parti e cinque capitoli, è corredato da un'appendice di testi normativi (pp.250-319), nonché di una ricca bibliografia generale (pp. 319-349), concludendosi con un altrettanto nutrito indice analitico (pp. 349-364). Nell'ottica del diritto interno italiano il predetto indice normativo contiene il testo selezionato della legge 23 agosto 1988 n. 400 sull'attività internazionale ed europea del Governo e del Presidente del Consiglio, come pure del decreto legge 29 dicembre 2010 concernente la disciplina degli interventi di cooperazione allo sviluppo e sostegno ai processi di pace e di stabilizzazione nonché l'attività delle forze armate e di polizia su territorio di Stati stranieri (a complemento compare la sentenza della Corte costituzionale (n. 23 del 14 gennaio 2011) sull'impedimento del Presidente del Consiglio per attività di governo interna ed internazionale. Obiettivo principale del volume è una possibile combinazione tra la visione classica dello Stato nazionale e quella contemporanea rispetto a quella dello Stato nazionale cosmopolitico, in virtù della proiezione della sua identità e delle funzioni dei suoi organi in un mondo di relazioni globalizzate. La forma di Stato esaminata costituisce, secondo l'A., una variante delle forme di Stato nazionale, ricompresa tra *partnership* e cosmopolitismo. Ciò significa escludere un'egemonia individuale di un singolo Stato o collettiva da parte di un gruppo di Stati autoproclamati gestori delle funzioni internazionali, essendo ogni Stato *partner* eguale di funzioni proprie di "democrazia cosmopolitica". Invero l'espressione partenariato nata e sviluppatasi nel cuore stesso delle società democratiche, come modello di relazioni economiche sindacali ed industriali, si è rapidamente estesa al linguaggio e prassi diplomatica come aspirazione alla *par condicio* non solo negli accordi ma anche in tutte le relazioni inter-statali di reciproca interazione ed interdipendenza.

Le possibili combinazioni di tale partenariato con le forme classiche del cosmopolitismo sono studiate nel volume in due parti dedicate al regime giuridico internazionale generale della Comunità mondiale degli Stati, nonché ai rapporti partenariali dell'Unione europea e dei suoi Stati membri. I cinque capitoli sono rispettivamente dedicati alle teorie monistiche-universalistiche della Scuola viennese della prima metà del XX secolo, mediante un utile *excursus* della sto-

ria del diritto internazionale a partire dai modelli di governo imperiale del medioevo fino alle successive fasi di espansione della società europea ed extraeuropea organizzata e non. Essi proseguono con l'analisi dell'evoluzione dello Stato nazionale cosmopolitico della seconda metà del secolo scorso, a partire dalle presupposte funzioni centralizzate di pace e giustizia internazionale in capo alle Nazioni unite. Un interessante terzo capitolo risulta dedicato ai raggruppamenti internazionali di Stati come terreno privilegiato per sperimentare nel proprio ambito rapporti di *equal partnership*, come, ad esempio, nei vari format organizzativi del c.d. G8, nato come struttura elitaria progressivamente allargata a cerchi maggiori e dilatati, non lontani dall'epicentro del sistema (c.d. G8 *plus*). Il capitolo quarto inquadra l'esperienza attuale dell'Unione europea nei pregressi modelli partenariali dal partenariato atlantico ed euro-africano fino alle forme attuali divenute ordinarie o normali per la disciplina delle relazioni esterne dell'euro-sistema. Nell'ultimo capitolo le funzioni internazionali di pace e di giustizia dell'Unione europea sono studiate in un contesto molto ampio nell'ottica prevalente dell'ordinamento sia europeo che italiano, occupandosi delle c.d. «strategie di uscita» dai conflitti interni ed internazionali, concernenti rapporti democratici ovvero il futuro della democrazia con particolare riguardo alla regione euro-mediterranea (c.d. demo-conflitti).

Il volume qui recensito merita di essere segnalato all'attenzione dei lettori di una rivista, come questa, attenta alle tematiche comunitarie ed internazionali. L'opera si pone nel contesto di una dottrina dello Stato nella forma del c.d. Stato oltre lo Stato, dove tutti i settori disciplinari dell'ordinamento ambiscono ad una visione ultra-nazionale ed ultra-territoriale. Sulla base di tali premesse l'utile selezione di alcuni settori ritenuti emblematici o esponenziali, fornisce un taglio di particolare utilità anche per gli operatori pratici interessati sia ai rapporti economico-sociali sia a quelli politico-diplomatici, rifuggendo da ogni soluzione non strettamente rispettosa della indipendenza ed eguaglianza di ciascun operatore pubblico o privato.

Francesco Buonomenna**

** Ricercatore di Diritto Internazionale / Università degli Studi di Salerno.

Hanno collaborato a questo numero:

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

GIANLUCA BELOTTI, *Socio di Competition e EU Law a Hogan Lovells - Roma*

ELISABETTA BERGAMINI, *Ricercatore di Diritto Internazionale / Università degli Studi di Udine*

FRANCESCO BUONOMENNA, *Ricercatore di Diritto Internazionale / Università degli Studi di Salerno*

FAUSTO CAPELLI, *Direttore della Rivista*

MAURIZIO D'AMICO, *Avvocato specializzato in diritto comunitario. "Quadro B" presso l'Autorità Portuale di Civitavecchia/Fiumicino/Gaeta - Porti di Roma e del Lazio*

ANGELA DI STASI, *Ordinario di Diritto dell'Unione europea / Università degli Studi di Salerno*

EMMANUELE FRANCESCO MARIA EMANUELE, *Presidente della Fondazione Roma; Professore di Politica economica e Scienza delle finanze / Università europea di Roma; avvocato del Foro di Roma*

FEDERICO FORNI, *Dottore di ricerca in Diritto dell'Unione europea / Università degli Studi di Bologna*

EUGENIA GAMBARARA, *Avvocato a Hogan Lovells - Roma*

MIRIAM IMMEDIATO, *Professore a contratto del corso integrativo su «Diritto Internazionale, Diritti Fondamentali e Human-Rights Approach» / Università degli Studi di Salerno*

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.*