

DIRITTO COMUNITARIO E DEGLI SCAMBI INTERNAZIONALI

Anno LI – n. 3 – Luglio - Settembre 2012

Nuova serie de “Il diritto negli scambi internazionali”

Indice – Sommario

ARTICOLI

Fausto Capelli - Governo dei tecnici e sistema costituzionale in Europa e in Italia (*Parte Prima*)
(*Technocratic Government and Constitutional Order in Europe and Italy - First Part*) Pag. 409

Valentina Petralia - Tariffa di igiene ambientale: qualificazione giuridica alla luce della disciplina italiana ed europea » 429
(*Environmental Health Tariff: Legal Qualification in the Italian and European Legal Framework*)

COMMENTI

Emmanuel Pagano - Ricongiungimento familiare, cittadinanza e residenza: dal caso *Zambrano* al caso *Dereci* » 467
(*From Zambrano Case to Dereci Case: Right to Family Reunion, Citizenship and Residence*)

Paolo Stazi - La sentenza *Brüstle* e la brevettabilità di invenzioni implicanti l'utilizzo di cellule staminali embrionali umane » 485
(*The Brüstle Case and the Patentability of Inventions Employing Human Embryo Stem Cells*)

Marco Inglese - L'Italia non disciplina il gioco d'azzardo responsabilmente: commento al caso *Costa e Cifone* » 503
(*Italy does not Play Fairly: Comment on the Costa e Cifone Case*)

<i>Giuseppe Bertoli - Logo delle denominazioni d'origine protette e tutela del consumatore: un abbaglio cromatico</i> (<i>The Logo of Protected Denominations of Origin (and the Consumers' Protection) - a Chromatic Blaze</i>)	Pag. 545
<i>Daniela Marrani - Nanofoods e novel foods nella legislazione alimentare dell'Unione europea</i> (<i>Nanofoods and Novel Foods in the EU Legislation</i>)	» 557
<i>Silvia Marino - L'evoluzione del processo di armonizzazione in materia di diritti dei consumatori nell'Unione europea alla luce delle recenti direttive e proposte dell'UE</i> (<i>The Evolution of Harmonisation Process in the Field of EU Consumer Law regarding new EU Directives and Proposals</i>)	» 583
<i>Giuseppe Licastro - L'evoluzione del "controllo di frontiera": i «valichi di frontiera condivisi» nel contesto dell'allargamento dell'Unione europea</i> (<i>The Evolution of "Border Control": "Joint Border Crossing Points" in the Context of EU Enlargement</i>)	» 613

COMUNICAZIONI E NOTE INFORMATIVE

<i>Luigi Giampaolino - Introduzione del Presidente della Corte dei conti in occasione del 150° anniversario dell'istituzione della Corte dei conti</i> (<i>Statement of the President of the Italian Court of Auditors on the Occasion of the 150th Anniversary of the Italian Court of Auditors</i>)	» 617
--	-------

GIURISPRUDENZA COMUNITARIA

I. SENTENZE E COMMENTI

La Corte di giustizia dichiara incompatibili con il diritto dell'Unione i provvedimenti nazionali che privano i cittadini europei del godimento reale dei diritti discendenti da tale <i>status</i> Sentenza della Corte di giustizia dell'8 marzo 2011 in causa n. C-34/09	
<i>Gerardo Ruiz Zambrano c. Office national de l'emploi (ONEm)</i> Sentenza della Corte di giustizia del 5 maggio 2011 in causa n. C-434/09	» 459
<i>Shirley McCarthy c. Secretary of State for the Home Department</i>	» 460

Sentenza della Corte di giustizia del 15 novembre 2011 in causa n. C-256/11
Murat Dereci, Vishaka Heiml, Alban Kokollari, Izunna Emmanuel Maduiké, Dragica Stevic c. Bundesministerium für Inneres (con commento di *Emmanuel Pagano*) Pag. 460

La Corte di giustizia si pronuncia sulla centralità della tutela dell'embrione umano ed esclude la brevettabilità di invenzioni che ne determinano la distruzione

Sentenza della Corte di giustizia del 18 ottobre 2011 in causa n. C-34/10
Oliver Brüstle c. Greenpeace eV » 477
 (con commento di *Paolo Stazi*)

Giochi d'azzardo: illegittime le sanzioni penali irrogate ai titolari di centri trasmissione dati (CTD) privi di concessione o autorizzazione di polizia collegati ad un bookmaker estero escluso discriminatoriamente dal bando di gara

Sentenza della Corte di giustizia del 16 febbraio 2012 in cause riunite n. C-72/10 e n. C-77/10
 Procedimenti penali a carico di *Marcello Costa* e *Ugo Cifone* » 495
 (con commento di *Marco Inglese*)

II. MASSIMARIO ANNOTATO
 (a cura di *Enrica Adobati*)

La Corte di giustizia si pronuncia ancora sulla tutela dei consumatori nell'ambito dei contratti di credito di cui alla direttiva n. 2008/48/Ce

Sentenza della Corte di giustizia del 12 luglio 2012 in causa n. C-602/10
SC Volksbank România SA c. Autoritatea Națională pentru Protecția Consumatorilor – Comisariatul Județean pentru Protecția Consumatorilor Călărași (CJPC) » 525

Alle attività di normalizzazione e di certificazione poste in essere da un ente di diritto privato si applica la normativa comunitaria sulla libera circolazione delle merci

Sentenza della Corte di giustizia del 12 luglio 2012 in causa n. C-171/11
Fra.bo SpA c. Deutsche Vereinigung des Gas- und Wasserfaches eV (DVGW) – Technisch-Wissenschaftlicher Verein » 528

La Corte di giustizia si pronuncia precisando le modalità per vietare la pubblicità delle case da gioco straniere all'interno di uno Stato membro

Sentenza della Corte di giustizia del 12 luglio 2012 in causa n. C-176/11

HIT hoteli, (...), HIT LARIX, (...) c. Bundesminister für Finanzen

Pag. 529

La Corte di giustizia interviene sulle regole che devono essere seguite nella commercializzazione di viaggi aerei tramite internet

Sentenza della Corte di giustizia del 19 luglio 2012 in causa n. C-112/11

ebookers.com Deutschland GmbH c. Bundesverband der Verbraucherzentralen und Verbraucherverbände – Verbraucherzentrale Bundesverband eV

» 531

La Corte di giustizia precisa l'espressione «licenziatario di diritti preesistenti» nell'ambito di una procedura di registrazione di un nome di dominio.eu

Sentenza della Corte di giustizia del 19 luglio 2012 in causa n. C-376/11

Pie Optiek SPRL c. Bureau Gevers SA, European Registry for Internet Domains ASBL

» 533

Se la violazione della libertà di culto è grave scatta il diritto d'asilo

Sentenza della Corte di giustizia del 5 settembre 2012 in cause riunite n. C-71/11 e n. C-99/11

Bundesrepublik Deutschland c. Y (C-71/11), Z (C-99/11), con l'intervento di: Vertreter des Bundesinteresses beim Bundesverwaltungsgericht, Bundesbeauftragter für Asylangelegenheiten beim Bundesamt für Migration und Flüchtlinge

» 535

La messa in coltura di OGM non può essere assoggettata ad una procedura nazionale di autorizzazione, quando il loro impiego e la loro commercializzazione sono autorizzati dal Regolamento (Ce) n. 1829/2003

Sentenza della Corte di giustizia del 6 settembre 2012 in causa n. C-36/11

Pioneer Hi Bred Italia Srl c. Ministero delle Politiche agricole alimentari e forestali

» 537

La Corte di giustizia interpreta il Regolamento n. 44/2001 nell'ambito di una controversia tra consumatori

Sentenza della Corte di giustizia del 6 settembre 2012 in causa
n. C-190/11
Daniela Mühlleitner c. Ahmad Yusufi, Wadat Yusufi

Pag. 539

GIURISPRUDENZA ITALIANA E STRANIERA

L'errore nei colori del logo DOP non integra il reato di contraffazione

Sentenza del Tribunale di Savona, sezione penale, del 3-17
maggio 2012 n. 283

Procedimento penale a carico di *Marasch Daniel*
(con commento di *Giuseppe Bertoli*)

» 541

ATTI DELLE ISTITUZIONI EUROPEE

Proposta di modifica del Regolamento sui *novel foods*: tutela della salute dei consumatori europei e nuovi processi produttivi che utilizzano le nanotecnologie e le nanoscienze

Proposta di Regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio
relativo ai nuovi prodotti alimentari e recante modifica del Regolamento (Ce) n. XXX/XXXX [procedura uniforme] del 14
gennaio 2008, Com(2007) 872 definitivo

» 553

Posizione del Parlamento europeo definita in seconda lettura il 7
luglio 2010 in vista dell'adozione del Regolamento (Ue) n.
.../2010 del Parlamento europeo e del Consiglio relativo ai
nuovi alimenti, che modifica il Regolamento (Ce) n. 1331/2008
e che abroga il Regolamento (Ce) n. 258/97 ed il Regolamento
(Ce) n. 1852/2001 della Commissione (P7_TC2-COD (2008)
0002)

» 554

(con commento di *Daniela Marrani*)

Armonizzazione delle discipline nazionali per una maggior tutela dei diritti dei consumatori nei contratti a distanza e nei contratti negoziati fuori dei locali commerciali

Direttiva n. 2011/83/Ue del Parlamento europeo e del Consiglio
del 25 ottobre 2011 sui diritti dei consumatori, recante modifica della direttiva n. 93/13/Cee del Consiglio e della direttiva n. 1999/44/Ce del Parlamento europeo e del Consiglio e che abroga la direttiva n. 85/577/Cee del Consiglio e la direttiva n. 97/7/Ce del Parlamento europeo e del Consiglio

» 573

(con il contributo di *Silvia Marino*)

Consiglio europeo

Conclusioni della Presidenza del Consiglio europeo, 28-29 giugno 2012

Pag. 603

Dichiarazione del vertice della zona euro del 29 giugno 2012

» 606

DOCUMENTAZIONE

La Croazia nel 2013 diventa membro dell'Unione europea: gestione delle nuove frontiere esterne e controllo di frontiera sui valichi comuni

Trattato tra il Regno del Belgio, la Repubblica di Bulgaria, la Repubblica ceca, il Regno di Danimarca, la Repubblica federale di Germania, la Repubblica di Estonia, l'Irlanda, la Repubblica ellenica, il Regno di Spagna, la Repubblica francese, la Repubblica italiana, la Repubblica di Cipro, la Repubblica di Lettonia, la Repubblica di Lituania, il Granducato di Lussemburgo, la Repubblica di Ungheria, la Repubblica di Malta, il Regno dei Paesi Bassi, la Repubblica d'Austria, la Repubblica di Polonia, la Repubblica portoghese, la Romania, la Repubblica di Slovenia, la Repubblica Slovacca, la Repubblica di Finlandia, il Regno di Svezia, il Regno Unito di Gran Bretagna e Irlanda del Nord (Stati membri dell'Unione europea) e la Repubblica di Croazia relativo all'adesione della Repubblica di Croazia all'Unione europea

» 607

Atto relativo alle condizioni di adesione della Repubblica di Croazia e agli adattamenti del Trattato sull'Unione europea, del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea e del Trattato che istituisce la Comunità europea dell'energia atomica
(con nota di *Giuseppe Licastro*)

» 609

RECENSIONI

Armin von Bogdandy, I principi fondamentali dell'Unione Europea - Un contributo allo sviluppo del costituzionalismo europeo (*Carlo Amirante*)

» 623

AA. VV. (a cura di Marilisa D'Amico e Barbara Randazzo), Alle frontiere del diritto costituzionale. Scritti in onore di Valerio Onida (*Massimo Panebianco*)

» 630

Hanno collaborato a questo numero

» 633

ARTICOLI

GOVERNO DEI TECNICI E SISTEMA COSTITUZIONALE IN EUROPA E IN ITALIA

Riflessioni su un libro di Armin von Bogdandy dedicato all'ordinamento costituzionale dell'Unione europea e considerazioni successive ad un incontro-dibattito svoltosi in occasione della sua presentazione.*

PARTE PRIMA**

PRINCIPI, DIRITTI E NORME DI RILEVANZA COSTITUZIONALE NELL'ORDINAMENTO GIURIDICO DELL'UNIONE EUROPEA. REGOLE DI FUNZIONAMENTO E RISULTATI CONSEGUITI

Sommario: Osservazioni preliminari - **I.** Presa di posizione sulla prima tesi esposta nel libro di A. von Bogdandy - **1.** Premesse - **2.** Ulteriori argomenti a sostegno della tesi di A. von Bogdandy - **a.** Argomenti ricavabili dall'ordinamento giuridico europeo - **b.** Argomenti ricavabili dall'ordinamento giuridico degli Stati Uniti d'America - **II.** Presa di posizione sulla seconda tesi svolta nel libro di A. von Bogdandy - **1.** Premesse - **2.** Ulteriori argomenti a favore della tesi sostenuta da A. von Bogdandy - **a.** Argomenti ricavabili dalla struttura giuridica del Trattato sull'Unione europea e da quella del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea - **b.** Argomenti ricavabili dall'adesione dell'Unione europea alla Convenzione dei diritti dell'uomo (CEDU) e dall'equiparazione ai Trattati europei della Carta dei diritti fondamentali.

Osservazioni preliminari

Il dibattito tenutosi in occasione della presentazione del libro del Prof. *Armin von Bogdandy*, sui *principi fondamentali dell'Unione europea*¹, ha an-

* Il dibattito tra *Sabino Cassese*, *Giacinto della Cananea*, *Armin von Bogdandy* e *Fausto Capelli* in occasione della presentazione del libro di *A. von Bogdandy*, «*I principi fondamentali dell'Unione europea - Un contributo allo sviluppo del costituzionalismo europeo*», si è tenuto a Roma il 12 ottobre 2011 presso la sede della Commissione europea, Rappresentanza per l'Italia, con l'intervento del Direttore *Lucio Battistotti*.

** La seconda parte dell'articolo apparirà sul n. 4/2012 della *Rivista*.

¹ Il libro citato alla nota (*) di *Armin von Bogdandy*, professore di diritto pubblico e diritto internazionale all'Università di Heidelberg e direttore del Max Planck Institute di Heidelberg per il

che offerto lo spunto per svolgere alcune considerazioni di carattere giuridico-politico su un tema divenuto di indubbia attualità, riguardante la "*legittimità democratica*" di un ordinamento costituzionale che consenta all'organo di governo di esercitare il potere esecutivo senza essere espressione di una maggioranza precostituita dei membri del Parlamento, vale a dire dell'organo che istituzionalmente detiene il potere legislativo.

Prima di svolgere tali considerazioni, ritengo però necessario sintetizzare l'opinione espressa, in occasione del predetto dibattito, sulla correttezza delle due tesi più rilevanti contenute nel libro di *Armin von Bogdandy*² concernenti, la prima, l'esistenza di principi costituzionali nei Trattati europei e, la seconda, il riconoscimento del carattere democratico dell'Unione europea.

La necessità di dimostrare la correttezza di queste tesi che, a prima vista, sembrerebbero fondate su ragioni prevalentemente accademiche, appare giustificata da argomenti giuridico-politici sicuramente validi ed importanti.

Sono note infatti le critiche che, da sempre, diversi giuristi, politologi e sociologi hanno rivolto, prima, all'impianto istituzionale delle Comunità europee ed ora a quello dell'Unione europea, con l'intento di dimostrare che il "*deficit*" democratico, da cui esso risulta affetto, rischia di indebolire la solidità democratica dell'intera struttura europea.

Come sappiamo, il *deficit* democratico consisterebbe soprattutto nella mancata attribuzione, in sede europea, del potere legislativo al Parlamento europeo che, in quanto rappresentante dei cittadini europei, dovrebbe essere l'organo elettivo più importante legittimato ad adottare i provvedimenti normativi, eventualmente affiancato da un altro organo, pure elettivo, in rappresentanza degli Stati aderenti all'Unione europea³.

È già stato sostenuto⁴ che se in passato era senz'altro giustificato propendere per l'esistenza di un *deficit* democratico nel sistema europeo a causa del-

diritto pubblico comparato e il diritto internazionale, è pubblicato dalla casa editrice Editoriale Scientifica, Napoli, 2011.

² In questo numero della *Rivista* nella rubrica *Recensioni* è pubblicata una valutazione critica del Prof. Carlo Amirante sul libro di A. von Bogdandy.

³ Potrebbe trattarsi di un organo analogo al Senato degli Stati Uniti d'America, che rappresenta gli Stati federati, i cui membri vengono eletti dai cittadini dei rispettivi Stati.

⁴ Sul problema del *deficit* democratico cfr.: N. LEVRAT, *L'initiative citoyenne européenne: une réponse au déficit démocratique?*, in *Cah. dr. eur.*, 2011, p. 53 ss.; T. RUSSO, *Deficit e anti-deficit democratico nell'ordinamento dell'Unione europea*, Salerno, Bruno Libri, 2011; G. MAJONE, *Transaction-cost efficiency and the democratic deficit*, in *Journal of European Public Policy*, 2010, n. 2, March, p. 150 ss.; J.-L. QUERMONNE, *Le déficit démocratique*, in *Commentaire*, n. 126, été 2009, p. 301 ss.; G. RAVASI, *L'Europe est notre avenir commun: citoyenneté européenne, déficit de communication et déficit de démocratie en Europe*, in *Bulletin européen*, 2009, n. 706, mars, p. 1 ss.; C. PINELLI, *Il deficit democratico europeo e le risposte del Trattato di Lisbona*, in *Rassegna parlamentare*, 2008, fasc. n. 4, p. 925 ss.; J. STEFFEK - C. KISSLING - P. NANZ (edited by), *Civil society participation in European and global governance: a cure for the democratic deficit?*, Basingstoke, Palgrave Macmillan, 2008; M. FRAGOLA, *Deficit democratico e procedura di revisione dei trattati nel processo di integrazione europea*, in questa *Rivista*, 2007, p. 629 ss.; T. RUSSO, *Le norme "anti-deficit" democratico nell'Unione europea*, in *Studi integr. eur.*, 2007, p. 599 ss.; R. BELLAMY, *Still in Deficit: Rights, Regulation and Democracy in the EU*, in *European*

l'attribuzione esclusiva del potere legislativo ad un organo non elettivo (Consiglio dei Ministri) che rappresentava i Governi degli Stati membri, a seguito dell'evoluzione subita dal sistema costituzionale europeo nel corso degli anni, tale *deficit* democratico, nel senso sopra indicato, deve intendersi oggi superato.

Attualmente, come è noto, circa il 90% dei provvedimenti normativi, in sede europea, vengono adottati congiuntamente da due organi: dal Parlamento europeo in rappresentanza dei cittadini europei e dal Consiglio dell'Unione europea, in rappresentanza dei singoli Stati membri. Entrambi gli organi dispongono, sostanzialmente, di poteri legislativi che si equivalgono.

Il fatto che i singoli membri del Consiglio dell'Unione europea, quali ministri competenti per materia dei rispettivi Stati membri che essi rappresentano, non siano eletti direttamente dai cittadini dei rispettivi Stati, ma solo designati dai propri Governi in funzione della loro carica, non fa ovviamente venir meno il carattere democratico della loro designazione. Si tratta, infatti, di membri di Governi operanti in rappresentanza di Stati democratici dai quali sono stati direttamente nominati.

Questi argomenti, che mirano a confutare le critiche mosse all'esistenza di un *deficit* democratico nell'impianto istituzionale dell'Unione europea, possono pertanto essere opportunamente invocati per sostenere le tesi svolte da A. von Bogdandy nel suo libro.

Ai predetti argomenti è possibile aggiungere, a sostegno di tali tesi, anche quelli in prosieguo svolti, soprattutto con riferimento alla tesi sul carattere democratico dell'intera costruzione europea.

I. Presa di posizione sulla prima tesi esposta nel libro di A. von Bogdandy

1. PREMESSE

La prima tesi sostenuta da A. von Bogdandy, come si deduce da una lettura attenta del suo libro, è quella di dimostrare che nei Trattati sull'Unione europea⁵, nella versione attualmente vigente dopo l'entrata in vigore del Trattato

Law Journal, 2006, p. 725 ss.; G. BIANCO, *Noterelle in tema di Commissione europea e deficit democratico*, in *Riv. it. dir. pubbl. comun.*, 2005, p. 1149 ss.; G. BONGIOVANNI, *Costituzione europea e deficit democratico: un problema aperto*, in A. ZANOBETTI PAGNETTI (a cura di), *La Costituzione europea - Una riflessione interdisciplinare*, Torino, Giappichelli, 2005, p. 41 ss.; G. MAJONE, *Dilemmas of European Integration*, Oxford, Oxford University Press, 2005; V. CONSTANTINESCO, *La Constitution de l'Union européenne, remède au déficit démocratique?*, in *Les conférences du cinquantenaire de l'IHEE*, Université Robert Schuman, Institut des hautes études européennes de Strasbourg, 2003, p. 51 ss.; G. COGLIANDRO, *Deficit democratico e riforma istituzionale nell'Unione europea*, in *La Comunità internazionale*, 1994, p. 313 ss.; U. VILLANI, *Il "deficit democratico" nella formazione delle norme comunitarie*, in questa *Rivista*, 1992, p. 599 ss. Cfr. pure F. CAPELLI, *Il sistema istituzionale dell'Unione europea come fondamento di una nuova forma di democrazia*, in questa *Rivista*, 2004, p. 221 ss.

⁵ Trattato sull'Unione europea (TUE) e Trattato sul Funzionamento dell'Unione europea (TFUE).

di Lisbona (1° dicembre 2009), esistono principi fondamentali che devono essere considerati veri e propri principi costituzionali, analoghi a quelli presenti nelle Costituzioni dei vari Stati membri, indipendentemente dalla mancata ratifica (e dalla conseguente mancata entrata in vigore) del Trattato sulla Costituzione europea firmato a Roma il 29 ottobre 2004⁶.

A mio avviso, la tesi di *A. von Bogdandy* è sostanzialmente corretta e può essere senz'altro condivisa.

Tale tesi può essere sostenuta anche con ulteriori argomenti che cercherò in prosieguo brevemente di riassumere.

2. ULTERIORI ARGOMENTI A SOSTEGNO DELLA TESI DI *A. VON BOGDANDY*

a. Argomenti ricavabili dall'ordinamento giuridico europeo

A. von Bogdandy cita ripetutamente, nel suo libro, l'art. 6 del Trattato Ue, nella versione adottata con il *Trattato di Amsterdam* (divenuto ora art. 2 del vigente Trattato Ue, che presenta una formulazione in parte diversa).

L'art. 6 del Trattato Ue, nella versione di *Amsterdam*, entrato in vigore nel 1999, ha introdotto nell'ordinamento europeo per la prima volta (*ricordiamolo!* quarant'anni dopo l'entrata in vigore del primo Trattato di Roma: 1958) «*principi fondamentali scritti*» che fanno riferimento ai diritti fondamentali dei cittadini: diritti di libertà, diritti di uguaglianza e diritti umani.

Il citato art. 6 del Trattato Ue, nella versione di *Amsterdam*, stabiliva infatti che «*L'Unione europea si fonda sui principi di libertà, democrazia, rispetto dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali e dello stato di diritto, principi che sono comuni agli Stati membri*».

A sua volta, il testo vigente dell'art. 2 del Trattato Ue, che, come già ricordato, ha preso il posto del precedente art. 6 appena esaminato, si presenta con una formulazione diversa: «*L'Unione europea si fonda sui valori del rispetto della dignità umana, della democrazia, dell'uguaglianza, dello stato di diritto e del rispetto dei diritti umani, compresi i diritti delle persone appartenenti a minoranze. Questi valori sono comuni agli Stati membri in una società caratterizzata dal pluralismo, dalla non discriminazione, dalla tolleranza, dalla giustizia, dalla solidarietà e dalla parità tra uomini e donne*».

Probabilmente l'*incipit* del vigente art. 2 del Trattato Ue avrebbe potuto essere formulato in modo diverso⁷ e forse migliore, ad esempio: «*L'Unione*

⁶ Il testo del «Trattato sulla Costituzione europea» è pubblicato in *Gu-Ue* n. C 310 del 16 dicembre 2004.

⁷ Il riferimento ai *valori*, invece che ai *principi*, contenuto nel vigente art. 2 del Trattato Ue, sopra riportato, potrebbe lasciare infatti troppo spazio ad interpretazioni ancorate a posizioni contingenti. All'art. 2 del Trattato Ue si fa riferimento per sostenere una proposta interessante che è stata sviluppata in un recente articolo dal titolo *Reverse Solange - Protecting the essence of funda-*

europa si fonda sui principi che tutelano la libertà, l'uguaglianza, i diritti umani, etc.» perché i principi riguardano gli Stati, ma i diritti, nascenti da tali principi, che gli Stati devono tutelare, appartengono ai cittadini e se non esiste un diretto collegamento tra i principi che gli Stati devono osservare ed applicare e i diritti dei cittadini, che da tali principi devono essere tutelati, i principi rischiano di rimanere lettera morta⁸.

Nell'ordinamento europeo si è in effetti verificato che diversi principi fondamentali hanno trovato applicazione e concretamente prodotto effetti favorevoli ai cittadini, ancor prima di trovare una loro formulazione scritta nei Trattati europei, grazie a due principi *non scritti*⁹ affermati dalla giurisprudenza della Corte di giustizia: il principio della *diretta efficacia* del diritto comunitario¹⁰ e quello della sua *prevalenza* sul diritto interno degli Stati membri¹¹.

Con riferimento al principio della prevalenza del diritto comunitario sul diritto interno degli Stati membri, che nel Trattato sulla Costituzione europea firmato a Roma il 29 ottobre 2004 e mai ratificato, aveva trovato la sua consacrazione nell'art. I-6 così formulato: «*La Costituzione e il diritto adottato dalle istituzioni dell'Unione nell'esercizio delle competenze a questa attribuite pre-*

mental rights against EU Member States, a firma di A. VON BOGDANDY - M. KOTTMANN - C. ANTPOHLER - J. DICKSCHEN - S. HENTREI - M. SMRKOLJ, *CMLR*, 2012, p. 489 ss.

⁸ In una sua fulminante battuta, Leo Longanesi ha ricordato che: «Può essere pericoloso appoggiarsi unicamente sui principi, perché si piegano». Thomas Paine, nel suo libro *I diritti dell'uomo*, (Cfr. C. HITCHENS, *Thomas Paine. I diritti dell'uomo*, Roma, Newton Compton, 2007), in polemica con E. Burke che aveva criticato pesantemente la Rivoluzione francese, ha sostenuto che la dichiarazione dei diritti dell'uomo, approvata dopo la Rivoluzione francese, difende la sovranità dei cittadini, a differenza della posizione inglese che difende unicamente la sovranità del Parlamento.

⁹ Sui principi non scritti cfr. P. MENGOZZI, *La tutela davanti ai giudici nazionali dei diritti riconosciuti ai singoli ed i principi generali del diritto dell'Unione*, Quaderni della Rivista *Il Diritto dell'Unione europea*, Milano, Giuffrè, 2011; C. MARINELLI, *I principi generali del diritto comunitario*, in *Riv. it. dir. pubbl. comun.*, 1994, p. 957 ss.; F. TORELLO, *I principi generali del diritto comunitario*, in *La nuova giurisprudenza civile commentata*, 1993, n. 1, parte II, p. 1 ss.; F. A. SCHOCKWEILER, *I principi generali del diritto nel diritto comunitario - Les principes généraux du droit en droit communautaire*, in *Rivista Europaea*, 1991, n. 1, p. 1 ss.; A. TRABUCCHI, *Regole di diritto e principi generali del diritto nell'ordinamento comunitario*, in *Riv. dir. civ.*, 1991, n. 5, parte I, p. 511 ss.; M. VACCA, *L'integrazione dell'ordinamento comunitario con il diritto degli Stati membri e con i principi generali di diritto*, in *Riv. dir. eur.*, 1991, p. 339 ss.; F. CAPELLI, *I principi generali come fonte di diritto*, in questa *Rivista*, 1986, p. 541; F. CAPOTORTI, *Il diritto comunitario non scritto*, in questa *Rivista*, 1983, p. 409.

¹⁰ Cfr. sentenza della Corte di giustizia del 5 febbraio 1963 in causa n. 26/62, *Van Gend en Loos*, in *Raccolta*, 1963, p. 3; v. i commenti di N. RONZITTI, *L'art. 12 del Trattato istitutivo della CEE ed i rapporti tra ordinamento comunitario ed ordinamento degli Stati membri*, in *Foro it.*, 1964, IV, c. 98 ss.; F. DURANTE, *Giudizio pregiudiziale, rapporti tra ordinamenti e principio di effettività nella recente giurisprudenza della Corte di giustizia delle Comunità europee*, in *Riv. dir. int.*, 1963, p. 415 ss.; P. GORI, *Una pietra miliare nell'affermazione del diritto europeo*, in *Giur. it.*, 1963, IV, c. 49 ss.; A. MIGLIAZZA, *Ordinamento comunitario e ordinamenti nazionali*, in *Riv. dir. proc.*, 1963, p. 651 ss.; I. TELCHINI, *L'interpretazione di norme comunitarie e le giurisdizioni nazionali*, in *Diritto internazionale*, 1963, I, p. 247 ss.

¹¹ Cfr. sentenza della Corte di giustizia del 15 luglio 1964 in causa n. 6/64, *Costa c. Enel*, in *Raccolta*, 1964, p. 1141 e in questa *Rivista*, 1964, p. 165 ss. V. il commento di B. DE WITTE, *Retour à "Costa". La primauté du droit communautaire à la lumière du droit international*, in *Rev. trim. dr. eur.*, 1984, p. 425 ss.

valgono sul diritto degli Stati membri», occorre ricordare che tale principio è stato successivamente riconosciuto, anche se in modo indiretto, da tutti gli Stati membri che nel dicembre 2007 hanno firmato il *Trattato di Lisbona*.

Infatti, nella *Dichiarazione* n. 17 allegata al Trattato di Lisbona, è stato fatto riferimento ad un parere del Servizio giuridico del Consiglio dell'Unione europea, nel quale si afferma: «Dalla giurisprudenza della Corte di giustizia, si evince che la prevalenza del diritto comunitario è un principio fondamentale del diritto comunitario stesso».

Di conseguenza, è proprio grazie ai principi dell'efficacia diretta e della prevalenza del diritto comunitario che tutti i *principi scritti* ed anche *non scritti* hanno potuto trovare applicazione nell'ordinamento giuridico europeo, diventando principi di carattere costituzionale.

A ben vedere, questa evoluzione, all'interno dell'ordinamento europeo, è stata il frutto di un'azione sinergica tra i principi della diretta efficacia e della prevalenza del diritto comunitario, riconosciuti dalla Corte di giustizia e i principi fondamentali, contenuti nelle Costituzioni degli Stati membri, che sono stati affermati da alcune Corti costituzionali degli Stati membri medesimi.

Occorre infatti ricordare che la Corte costituzionale italiana, nella sentenza *Frontini* del 1973¹², si era riservata il potere di sindacare la conformità della normativa comunitaria ai principi fondamentali riconosciuti dalla Costituzione italiana¹³.

Occorre altresì ricordare che la Corte costituzionale tedesca, sulla stessa linea della Corte costituzionale italiana, ha emesso nel 1974 la sentenza *Solange I*¹⁴ in base alla quale si era riservata il potere di controllare la conformità della normativa comunitaria ai principi fondamentali contenuti nella Costituzione tedesca, dato che nei Trattati europei non esisteva un catalogo di principi fondamentali posti a tutela dei diritti dei cittadini europei, così come avveniva nell'ordinamento giuridico tedesco.

Come è noto, la Corte costituzionale tedesca ha rinunciato ad esercitare tale potere di controllo soltanto nel 1986, con la sentenza *Solange II*¹⁵, nella

¹² Sentenza della Corte costituzionale n. 183 del 27 dicembre 1973, *Frontini c. Amministrazione delle finanze*, in questa *Rivista*, 1973, p. 421 ss. e in *Foro it.*, 1974, I, c. 314 ss.

¹³ Cfr. i commenti di R. MONACO, *La costituzionalità dei regolamenti comunitari*, in *Foro it.*, 1974, I, c. 315 ss.; F. CAPELLI, *L'affermazione del diritto comunitario*, in *Foro Pad.*, 1974, IV, p. 51 ss.; S. NERI, *Rapports entre le droit communautaire et le droit interne*, in *Rev. trim. dr. eur.*, 1974, p. 154 ss.; P. DE CATERINI, *La Cour Constitutionnelle italienne et le droit communautaire*, in *Cah. dr. eur.*, 1975, p. 122 ss.; J.-V. LOUIS, *L'ordre juridique communautaire et la Cour Constitutionnelle italienne*, in *Journal des Tribunaux*, 1974, n. 4875, p. 412 ss.

¹⁴ Cfr. Corte costituzionale federale tedesca (BVG) 29 maggio 1974 (*Solange I*), in questa *Rivista*, 1974, p. 277 ss.

¹⁵ Sentenza della Corte costituzionale tedesca del 22 ottobre 1986 (*Solange II*), in questa *Rivista*, 1987, p. 459 ss. con commento di N. LORENZ, *Una sentenza decisiva della Corte costituzionale tedesca. Un passo avanti nell'integrazione europea?*, p. 475 ss. Cfr. pure P. MENGGOZZI, *La tutela dei diritti dell'uomo e il rapporto di coordinamento-integrazione funzionale tra ordinamento comunitario e ordinamenti degli Stati membri nei recenti sviluppi della giurisprudenza costituzionale italiana e tedesca*, in questa *Rivista*, 1987, p. 479 ss.

quale aveva riconosciuto che, grazie all'evoluzione della giurisprudenza della Corte di giustizia¹⁶, era possibile ritenere che anche nell'ordinamento giuridico europeo i principi fondamentali trovavano effettiva applicazione e che i diritti dei cittadini potevano dunque ritenersi in tale ordinamento pienamente salvaguardati.

b. Argomenti ricavabili dall'ordinamento giuridico degli Stati Uniti d'America

Pur tenendo conto delle incontestabili differenze, è possibile registrare un'analogia evolutiva istituzionale nell'America del Nord, nel decennio tra il 1778 e il 1787, vale a dire nel periodo che va dagli "Articoli di Confederazione" del 1778, approvati allo scopo di organizzare istituzionalmente la difesa dei tredici Stati americani nella guerra di indipendenza contro l'Inghilterra, fino alla *Costituzione federale* del 1787, che ha reso possibile la creazione degli Stati Uniti d'America.

Orbene, proprio per convincere gli americani che gli *Articoli di Confederazione* del 1778 dovevano essere cambiati, *Alexander Hamilton*, uno dei tre celebri autori del «*Federalist*»¹⁷ ha scritto nel 1787 il Saggio n. 15, nel quale ha sostenuto che senza il riconoscimento dell'efficacia diretta delle norme federali nei confronti dei cittadini (e non solo nei confronti degli Stati federati), la Federazione degli Stati Uniti d'America non avrebbe avuto alcun futuro¹⁸, anche perché negli *Articoli di Confederazione* del 1778 non era prevista l'istituzione di una Corte suprema.

Grazie pertanto all'inserimento, nella *Costituzione federale* del 1787, dell'Art. III, è stato possibile istituire una Corte suprema¹⁹ e grazie all'inse-

¹⁶ In particolare la Corte di giustizia, con la sentenza del 14 maggio 1974 in causa n. 4/73, *Nold* in *Raccolta*, 1974, p. 491 ss. emessa nel 1974 in concomitanza con la pronuncia della citata sentenza *Solange I*, da parte della Corte costituzionale tedesca, ha dichiarato di riconoscere come principi fondamentali dell'ordinamento giuridico europeo i principi comunemente riconosciuti come tali dalle Costituzioni degli Stati membri.

¹⁷ «*The Federalist*», come è noto, è la celebre raccolta di articoli pubblicati da *Alexander Hamilton*, *John Jay* e *James Madison*, con lo pseudonimo "Publius", su tre quotidiani di New York negli anni 1787-1788 per convincere gli americani a sostenere la tesi favorevole alla Costituzione federale. *The Federalist* è pubblicato in italiano da *Il Mulino*, Bologna, 1997.

¹⁸ Più precisamente, nel citato Saggio n. 15, Hamilton si è così espresso: «*Il difetto grande e sostanziale dell'attuale struttura confederativa è rappresentato dal principio di un potere legislativo da esercitarsi nei confronti di Stati e Governi in quanto tali, e non riferendosi agli individui che li compongono. Per quanto questo principio non si riferisca a tutti i poteri deferiti all'Unione, pure esso pervade e determina tutti quei poteri da cui dipende l'efficacia dei rimanenti. A parte i criteri della divisione in quote, gli Stati Uniti hanno poteri illimitati per quanto riguarda le requisizioni di uomini e di denaro, ma essi non possono esigere né gli uni né l'altro in base a norme che si applichino direttamente ai singoli cittadini americani. Risultato di questo è che, sebbene le loro deliberazioni in materia costituiscano, in teoria, delle leggi che impegnano costituzionalmente tutti i membri dell'Unione, in pratica esse si risolvono in pure e semplici raccomandazioni, che i singoli Stati osservano, o meno, a loro piacimento.*».

¹⁹ Cfr. art. III Sezione n. 1: «*Il potere giudiziario degli Stati Uniti sarà affidato ad una Corte Suprema e a quelle Corti minori che il congresso potrà, di tempo in tempo, creare e costituire.*».

rimento nella stessa Costituzione dell'art. VI²⁰ è stato possibile riconoscere la diretta efficacia del diritto della Federazione nei confronti dei cittadini e non soltanto nei confronti degli Stati federati.

Per quanto riguarda invece il principio della prevalenza della normativa della *Federazione* su quella degli Stati federati, il suo riconoscimento, pur in presenza dell'art. VI sopra citato, è stato reso possibile essenzialmente grazie alla giurisprudenza della Corte suprema degli Stati Uniti.

A tale proposito occorre ricordare le due sentenze fondamentali che hanno definitivamente sancito il principio della prevalenza della normativa della federazione su quella degli Stati federati: *a.* la sentenza del 1803 *Marbury v. Madison* e *b.* la sentenza del 1819 *McCulloch v. Maryland*²¹.

Pertanto, come si può comprendere, la Federazione degli Stati Uniti d'America per poter consentire la tutela dei diritti fondamentali sulla base di principi costituzionalmente protetti, ha prima avuto necessità di dotarsi dei principi dell'efficacia della normativa federale e della sua prevalenza rendendoli effettivamente applicabili, analogamente, come abbiamo sopra visto, a quanto è avvenuto all'interno dell'ordinamento europeo.

Questo processo è stato ancor più necessario nell'ordinamento americano, perché al momento della sua approvazione, l'inserimento dei principi fondamentali, come ora li intendiamo, nella Costituzione federale del 1787, era stato espressamente escluso²².

Per quanto riguarda l'ordinamento europeo, peraltro, la tutela dei principi fondamentali, come sappiamo, era (ed è) in ogni caso riconosciuta nelle Costituzioni di tutti gli Stati membri che avevano aderito prima alle Comunità europee e poi all'Unione europea.

In America, curiosamente, la scelta di non inserire la tutela dei diritti fondamentali dei cittadini nella Costituzione federale del 1787, era stata sostenuta proprio da *Alexander Hamilton*²³.

²⁰ Cfr. art. VI: «*La presente Costituzione e le leggi degli Stati Uniti che verranno emanate in conseguenza di essa e tutti i trattati conclusi, o che si concluderanno, sotto l'autorità degli Stati Uniti, costituiranno la legge suprema del Paese; e i giudici di ogni Stato saranno tenuti a conformarsi quali che possono essere le disposizioni in contrario nella Costituzione o nella legislazione di qualsiasi singolo Stato.*».

²¹ Cfr. S. NINATTI, *Catalogo dei diritti e centralizzazione delle competenze nelle esperienze federali: uno sguardo oltreoceano*, in U. DE SIERVO (a cura di), *La difficile Costituzione europea*, Bologna, Il Mulino, 2001, p. 145 ss.

²² Per quanto tali principi fossero già presenti nelle «*Carte dei diritti*» di alcuni Stati che avrebbero in seguito aderito alla Federazione, come la *Virginia*, cfr. G. SARTORI, *Ingegneria costituzionale comparata*, Il Mulino, Bologna, III ed., 1998, p. 211.

²³ *Alexander Hamilton* è stato il principale fautore della scelta federale. L'"accoppiata" *Alexander Hamilton/George Washington* ha realizzato, per così dire, per gli Stati Uniti d'America, risultati prodigiosi analoghi a quelli prodotti per l'Unione europea, quasi due secoli dopo, dall'accoppiata *Jean Monnet/Robert Schuman* (con possibilità di estendere l'analogia ad altre storiche accoppiate: *Konrad Adenauer/Ludwig Erhard* per la Germania e *Alcide De Gasperi/Luigi Einaudi* per l'Italia, senza dimenticare, con riferimento all'Italia, la presenza costante e appassionata di un suggeritore di eccezione: *Altiero Spinelli*).

A. Hamilton, nel Saggio n. 84 di *Federalist*, aveva infatti concluso, senza mezzi termini, che una «*Dichiarazione sui diritti*», a suo parere «*andrebbe collocata assai meglio in un Trattato di morale, che non in una Costituzione*».

Questa tesi prevalse e, come sappiamo, la celebre «*Dichiarazione dei diritti*» nota come «*Bill of Rights*» e costituita dai primi dieci Emendamenti è stata inserita nella Costituzione federale americana soltanto nel 1791, su iniziativa di *James Madison*²⁴, divenuto in seguito il quarto Presidente degli Stati Uniti.

Di quanto fosse affrettata l'opinione sostenuta da *Hamilton* gli americani si sono resi conto soltanto in epoca successiva.

Poiché tra i principi fondamentali ripresi nel «*Bill of Rights*» del 1791, non era stato incluso quello che vietava la schiavitù, gli Stati Uniti d'America, nel 1861, e, quindi, settant'anni dopo l'approvazione della Costituzione federale, si trovarono lacerati, come sappiamo, da una devastante guerra civile («*guerra di secessione*») scoppiata tra gli undici Stati del Sud, che ancora praticavano la schiavitù, e gli Stati del Nord che l'avevano abolita²⁵.

Settant'anni dopo l'entrata in vigore della più celebre Costituzione federale che la storia ricordi, si è dunque verificato proprio l'evento che la stessa Federazione avrebbe dovuto evitare: il conflitto cruento (con quasi un milione di morti) tra Stati che si erano liberamente federati per affrontare e risolvere insieme i problemi politici, economici, giuridici e sociali che li avevano spinti a federarsi²⁶.

La mancanza di una norma precisa nella Costituzione (cfr. art. IV, Sez. 2. della Costituzione federale) che si riferisse alla schiavitù, ne aveva implicitamente fatto ammettere la legittimità²⁷.

²⁴ Probabilmente perché persuaso dagli argomenti di Thomas Jefferson che diventerà il terzo Presidente degli Stati Uniti d'America, cfr. le lettere scritte da Thomas Jefferson a James Madison il 20 dicembre 1787 e il 15 marzo 1789 riprese in «*Thomas Jefferson*», *Federalismo e democrazia*, Roma, Biblioteca di Libero, 2005, pp. 87-95. Questa era la tesi contraria all'inserimento dei principi fondamentali nella Costituzione: proprio perché (come segnalato *supra* in nota 22), alcuni Stati aderenti alla Federazione riconoscevano, nelle loro Costituzioni, i diritti fondamentali, si poteva sostenere che, a tale riguardo, i cittadini risultavano comunque tutelati.

²⁵ Per la verità, alcuni autori sostengono la tesi secondo cui le cause della guerra di secessione sono state diverse, tanto di carattere politico, quanto di carattere economico, cfr. C. MALANDRINO, *Federalismo. Storia, idee, modelli*, Roma, Carrocci, 1998, p. 39; M. A. JONES, *Storia degli Stati Uniti*, Milano, Bompiani, 1997, p. 194. In effetti, tale tesi viene confortata anche dalle opinioni di un importante uomo politico della prima metà dell'800, JOHN C. CALHOUN, espresse in alcuni suoi scritti molto noti, cfr. *Disquisizione sul governo*, Macerata, Liberilibri, 2011 (nel volumetto il testo è preceduto da una bella e interessante introduzione di L. M. BASSANI).

²⁶ È come se oggi gli Stati membri dell'Unione europea, appartenenti ai Paesi del Nord Europa, facessero guerra ai Paesi del Sud per risolvere i problemi creati dall'attuale crisi finanziaria, invece di ricorrere agli strumenti costituzionali previsti dai Trattati europei. Il Premio Nobel per la Pace, conferito per l'anno 2012 all'Unione europea, deve pertanto essere considerato come il riconoscimento per il più importante risultato da essa conseguito in questi ultimi sessant'anni, vale a dire il mantenimento della pace, all'interno del continente europeo, fra Stati nazionali che per secoli si sono scontrati fra loro in guerre sanguinose e devastanti.

²⁷ L'art. IV, Sez. 2, della Costituzione dice infatti: «*Nessuna persona sottoposta a prestazioni di servizio o di lavoro di uno degli Stati, secondo le leggi ivi vigenti, e che si sia rifugiata in un altro Stato, potrà, in virtù di qualsiasi legge o regolamento quivi in vigore, essere esentata da tali*

Da qui, l'impossibilità di risolvere il conflitto tra Stati favorevoli e Stati contrari alla schiavitù mediante il ricorso a strumenti giuridici²⁸.

Come è noto, l'abolizione della schiavitù è stata disposta soltanto dopo la fine della guerra di secessione mediante il XIII Emendamento approvato nel 1865²⁹.

L'esperienza americana dimostra, quindi, che al di là dell'esistenza di una Costituzione giuridicamente ben strutturata, sono i valori condivisi e il perseguimento di interessi comuni che portano gli Stati a cooperare pacificamente e proficuamente fra loro. Tra questi valori condivisi rientra, in primo luogo, il rispetto dei diritti umani che trovano il loro fondamento nei principi fondamentali comuni ai Paesi civili delle democrazie occidentali.

Per questo occorre che nelle Costituzioni degli Stati siano recepiti i principi fondamentali che esprimono valori condivisi, in grado di consentire un'efficace tutela dei diritti umani nell'interesse di tutti i cittadini.

Lo stesso vale, quindi, per un'Entità che presenta numerose e complesse peculiarità come l'Unione europea, specialmente così come appare strutturata oggi giorno dopo l'entrata in vigore del Trattato di Lisbona.

Pur trascurando, a questo punto, la «*Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*», sulla quale più avanti ci soffermeremo, che è equiparabile agli altri due trattati come efficacia, diverse norme del Trattato sull'Unione europea (TUE) ed anche alcune norme del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea (TFUE) evocano esplicitamente principi fondamentali che possono senz'altro essere assimilati ai principi costituzionali nel senso chiarito nel libro del Prof. von Bogdandy «*I principi fondamentali dell'Unione europea - Un contributo allo sviluppo del costituzionalismo europeo*» come agli inizi è stato precisato.

Le considerazioni sopra svolte consentono, quindi, di concludere nel senso di ritenere senz'altro corretta la tesi di A. von Bogdandy relativa alla presenza, nei Trattati europei, di veri e propri principi costituzionali analoghi a quelli esistenti nelle Costituzioni dei vari Stati membri.

prestazioni di servizio o di lavoro; ma su richiesta dell'interessato, verrà consegnata alla parte cui tali prestazioni sono dovute».

²⁸ Infatti, in base al testo dell'art. IV, Sez. 2, della Costituzione, sopra riportato in nota 27, gli schiavi che fuggivano dagli Stati del Sud per rifugiarsi negli Stati del Nord, dove la schiavitù non era praticata, dovevano essere riconsegnati ai loro proprietari, creando rilevanti problemi giuridici (e di coscienza).

²⁹ Il testo del XIII Emendamento è il seguente: «*Né schiavitù, né servitù involontaria potranno sussistere negli Stati Uniti, o in luogo alcuno soggetto alla loro giurisdizione, se non per punizione di un crimine per il quale l'imputato sia stato debitamente condannato*».

II. Presa di posizione sulla seconda tesi svolta nel libro di *A. von Bogdandy*

1. PREMESSE

Nel suo libro, *A. von Bogdandy* sottopone ad esame anche il principio fondamentale di democrazia, che corrisponde al diritto dei cittadini di essere democraticamente governati e, quindi, al diritto del cittadino di non essere governato in modo autoritario o, peggio, arbitrario.

Con riferimento al sistema istituzionale dell'Unione europea, *A. von Bogdandy* ne riconosce l'essenza e la natura democratiche, senza trascurare di mettere in evidenza, nella parte finale del libro, le perplessità e le critiche sollevate da diversi autori a tale riguardo.

Anche sotto questo profilo la tesi di *A. von Bogdandy* va senz'altro condivisa. Agli argomenti sviluppati nel libro si possono aggiungere quelli in prosieguo svolti.

2. ULTERIORI ARGOMENTI A FAVORE DELLA TESI SOSTENUTA DA *A. VON BOGDANDY*

a. Argomenti ricavabili dalla struttura giuridica del Trattato sull'Unione europea e da quella del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea

Come è stato più sopra accennato nella parte introduttiva, le perplessità sulla natura democratica dell'Unione europea trovano, essenzialmente, il loro fondamento sulla constatazione che i provvedimenti aventi carattere normativo, da essa adottati, non risultano formalmente approvati dai soli rappresentanti eletti dal popolo europeo.

Tali atti normativi, come già ricordato, vengono approvati da due organi diversi che detengono ed esercitano congiuntamente il potere legislativo. Si tratta del Parlamento europeo e del Consiglio (dei Ministri) dell'Unione europea, dei quali soltanto il primo è eletto direttamente dal popolo europeo, mentre il secondo rappresenta i governi degli Stati membri che compongono l'Unione.

Orbene, poiché i governi dei Paesi che compongono l'Unione europea necessariamente devono rappresentare Stati democratici, diversamente essi non potrebbero farne parte (cfr. art. 49 primo comma del Trattato Ue), non appare difficile risolvere il problema del riconoscimento della natura democratica del sistema costituzionale dell'Unione europea.

Ma un sistema costituzionale dovrebbe essere ritenuto democratico non solo se rispetta formalmente i noti canoni elaborati dalla scienza politica per essere considerato tale (cfr. artt. 9 e 10 del Trattato UE), ma anche se permette di proporre ed adottare norme vincolanti sulla base di meccanismi che

coinvolgono, in modo aperto e trasparente, il maggior numero possibile di soggetti interessati, così da consentire l'adozione di norme che, ad una ragionevole valutazione e ad un'attenta verifica, possono considerarsi più favorevoli all'interesse della generalità dei cittadini³⁰.

Tutti sappiamo che in un sistema costituzionale fondato sui principi democratici classici generalmente accolti nei sistemi degli Stati di democrazia occidentale, le leggi sono approvate dalla maggioranza dei membri del Parlamento eletti dal popolo.

Ma, come ha ben chiarito il filosofo americano *John Rawls*³¹, la legge approvata dalla maggioranza in Parlamento può essere una legge non giusta che non è in grado di tutelare l'interesse della generalità dei cittadini³².

Più frequentemente la legge approvata dalla maggioranza è una legge che riflette l'opinione della maggioranza che sostiene il governo e che tutela, quindi, gli interessi della maggioranza degli elettori del partito (o della coalizione dei partiti) che ha vinto le elezioni³³.

La legge approvata dalla maggioranza non è, pertanto, che il risultato derivante dal normale e legittimo gioco democratico: il gruppo, che dispone della maggioranza parlamentare, detiene il potere politico e lo esercita nel proprio interesse cercando generalmente anche di tutelare gli interessi degli elettori che tale maggioranza gli hanno accordato attraverso il voto³⁴.

³⁰ L'attuale Trattato sull'Unione europea, all'art. 11, stabilisce, ad esempio, nei primi tre paragrafi che: «1. Le istituzioni danno ai cittadini e alle associazioni rappresentative, attraverso gli opportuni canali, la possibilità di far conoscere e di scambiare pubblicamente le loro opinioni in tutti i settori di azione dell'Unione. 2. Le istituzioni mantengono un dialogo aperto, trasparente e regolare con le associazioni rappresentative e la società civile. 3. Al fine di assicurare la coerenza e la trasparenza delle azioni dell'Unione, la Commissione europea procede ad ampie consultazioni delle parti interessate».

³¹ Cfr. J. RAWLS, *Una teoria della giustizia*, Milano, Feltrinelli, 1999, p. 297, secondo cui: «Non c'è quindi nulla di vero nell'idea che la volontà della maggioranza sia giusta. In effetti, nessuna delle concezioni tradizionali della giustizia ha sostenuto questa dottrina, e si è sempre affermato che il risultato delle votazioni è soggetto a principi politici. Anche se, in date circostanze, è giustificato il fatto che la maggioranza (opportunamente definita e circoscritta) abbia il diritto costituzionale di legiferare, ciò non implica che le leggi promulgate siano giuste». Sul punto cfr. anche G. SARTORI, *Democrazia, cosa è*, Milano, Rizzoli, 2007, pp. 96-100.

³² Non è certo semplice individuare l'interesse della generalità dei cittadini, anche perché è già difficile individuare quello della maggioranza dei cittadini medesimi, come ben chiarisce V. PARETO nella sua opera *Trattato di Sociologia generale*, vol. II, Milano, Ed. di Comunità, 1964, pp. 91-92. Cfr. anche, sul punto, J. A. SCHUMPETER, *Capitalismo, socialismo e democrazia*, Milano, Etas Libri, 2001, pp. 262-266. A ben vedere, però, la seguente massima di W. LIPPMANN può aiutare a risolvere il problema: «Si può presumere che l'interesse della generalità dei cittadini sia quello che gli stessi cittadini sceglierebbero se vedessero chiaramente, pensassero ragionevolmente e agissero disinteressatamente».

³³ Come è noto, uno dei primi ad esprimere tali convincimenti è stato proprio *James Madison*, il più autorevole, intellettualmente parlando, dei "Padri fondatori" degli Stati Uniti d'America e suo secondo Presidente, che, come già ricordato, ha contribuito in modo determinante alla redazione della Costituzione federale del 1787 (Cfr. Saggio n. 10 di *Federalist*).

³⁴ Cfr. J. A. SCHUMPETER, *Capitalismo, socialismo e democrazia*, loc. cit., p. 242: «il metodo democratico è lo strumento istituzionale per giungere a decisioni politiche, in base al quale singoli individui ottengono il potere di decidere attraverso una competizione che ha per oggetto il voto popolare».

Al contrario, il gruppo che si trova in minoranza e sta all'opposizione, contrasta in tutti i modi l'azione della maggioranza e tenta di arrivare alla conquista del potere cercando, a sua volta, di divenire maggioranza³⁵.

Da qui i continui scontri tra maggioranza ed opposizione che rendono generalmente impossibile ad entrambe di trovare un terreno di intesa per raggiungere un accordo sull'adozione di una legge destinata a tutelare, in luogo dei prevalenti interessi della maggioranza o dell'opposizione, quelli della generalità dei cittadini³⁶.

Questo scenario generalmente si riscontra, come in precedenza ricordato, all'interno di tutti i Paesi che adottano i meccanismi tradizionali delle democrazie parlamentari occidentali sopra menzionati.

Al contrario, come in altra sede si è già avuto modo di precisare, il sistema costituzionale europeo è regolato da meccanismi che funzionano in modo del tutto diverso rispetto a quelli tradizionali operanti nei Paesi di democrazia occidentali³⁷.

Nel sistema costituzionale europeo, segnatamente dopo l'entrata in vigore del Trattato di Lisbona (1° dicembre 2009), il potere esecutivo essenzialmente esercitato dalla Commissione europea e il potere legislativo, congiuntamente detenuto ed esercitato, come sopra ricordato, dal Parlamento europeo e dal Consiglio (dei Ministri) dell'Unione, sono regolati in modo tale da non consentire i condizionamenti politici tradizionalmente presenti nelle democrazie parlamentari occidentali³⁸.

³⁵ Cfr. MAX WEBER, *La politica come professione*, Roma, Armando, 1997, p. 33: «Chi fa politica aspira al potere: potere come mezzo al servizio di altri obiettivi, ideali o egoistici, o potere "in senso stretto", cioè per godere del senso di prestigio che esso conferisce».

³⁶ Riferendosi ad un celebre passo tratto da *Il principe*, di N. MACHIAVELLI (capitolo XVIII), S. PETRUCCIANI, *Modelli di filosofia politica*, Torino, Einaudi, 2003, p. 21, così si esprime: «Se chi fa politica è un attore in lotta con altri per il potere, allora costui deve aspettarsi che i suoi competitori usino, contro di lui, tutti i mezzi che consentono loro di combattere vittoriosamente la lotta per il potere».

³⁷ Cfr. F. CAPELLI, *Il sistema istituzionale dell'Unione europea come fondamento di una nuova democrazia*, in questa *Rivista*, 2004, p. 221 ss. Per quanto riguarda i meccanismi istituzionali applicati per l'adozione degli atti normativi in sede europea, dopo Lisbona, si rinvia ai qualificati testi e manuali che trattano questi aspetti e, in particolare, ai seguenti: G. TESAURO, *Diritto comunitario*, VII ed., Padova, Cedam, 2012; R. ADAM - A. TIZZANO, *Lineamenti di diritto dell'Unione europea*, Torino, Giappichelli, 2010; T. BALLARINO, *Diritto dell'Unione europea*, IX ed., Padova, Cedam, 2010; B. NASCIBENE, *Unione europea - Trattati, Raccolta di testi e documenti. Le modifiche introdotte dal Trattato di Lisbona. Testi a fronte*, Torino, Giappichelli, 2010; F. POCAR, *Diritto dell'Unione europea*, XI ed., Milano, Giuffrè, 2010; C. ZANGHI, *Istituzioni di diritto dell'Unione europea*, Torino, Giappichelli, 2010; U. DRAETTA, *Elementi di diritto dell'Unione Europea. Parte istituzionale. Ordinamento e struttura dell'Unione Europea*, V ed. interamente riscritta ed esclusivamente basata sul Trattato di Lisbona, Milano, Giuffrè, 2009; P. PONZANO, *Le traité de Lisbonne: l'Europe sort de sa crise institutionnelle*, in *Revue du droit de l'Union européenne*, 2007, p. 569 ss. Tra i commentari cfr. C. CURTI GIALDINO (a cura di), *Codice dell'Unione europea operativo - TUE e TFUE commentati articolo per articolo con la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, Napoli, Edizioni Giuridiche Simone, 2012.

³⁸ La necessità di trovare soluzioni adeguate per evitare gli inconvenienti che solitamente si verificano nei rapporti tra Governo e Parlamento, è stata sostenuta da G. SARTORI, *Elementi di teoria politica*, Bologna, Il Mulino, 1987, p. 236-240.

Nel sistema costituzionale europeo, invero, non c'è un governo da far cadere e non c'è una maggioranza da sconfiggere, perché manca una maggioranza precostituita, legittimata a formare e a sostenere il governo dell'Unione.

Mancando una maggioranza precostituita, schierata a sostegno di un governo, viene anche a mancare un'opposizione impegnata a contestarlo, con l'obiettivo di farlo cadere³⁹.

Viene quindi meno la ragione più importante che alimenta gli scontri di natura politica tanto frequenti nelle nostre democrazie: vale a dire la spinta, l'impulso e l'interesse a conquistare il potere. Di contro viene accentuato l'interesse per il lavoro al quale un Parlamento dovrebbe con accuratezza pienamente dedicarsi: vale a dire l'elaborazione e l'adozione delle leggi. Infatti, nel sistema europeo, come è noto, le proposte di atti normativi, presentate dalla Commissione (potere esecutivo), al vaglio del potere legislativo per l'approvazione, sono il frutto di indagini approfondite generalmente svolte nei c.d. *Libri Verdi*⁴⁰ successivamente trasformati nei *Libri Bianchi*⁴¹, che diventano la base delle proposte normative sulle quali il potere legislativo (Parlamento europeo e Consiglio dell'Unione) dovrà pronunciarsi.

Il metodo di adozione degli atti normativi in sede europea basato sui *Libri Verdi* e sui *Libri Bianchi* è, a mio avviso, valido ed efficace e, sotto un certo profilo, più "democratico" del metodo in uso in alcuni Paesi occidentali (tra cui l'Italia), perché consente, oltre che agli organi consultivi ufficiali (*Comitato economico e sociale* e *Comitato delle Regioni*), anche ad enti ed ad organismi della società civile molto qualificati (Centri ed Istituti di ricerca, enti professionali, organismi tecnici, associazioni di tutela degli interessi diffusi,

³⁹ Come è noto, la maggioranza in seno al Parlamento europeo arriva a formarsi in base ai criteri più diversi con riferimento ad ogni singolo provvedimento da adottare. A volte la maggioranza si forma in modo diverso addirittura con riferimento ai singoli articoli dello stesso provvedimento che deve essere adottato. I socialisti e i liberali possono, ad esempio, fare maggioranza insieme su un articolo e poi farsi opposizione su un altro articolo dello stesso provvedimento. La ragione è dovuta al fatto che molti fattori, oltre a quelli di politica economica, possono incidere sulle decisioni dei parlamentari europei: fattori legati alla nazionalità, alla lingua, alla religione, alla cultura, alla tradizione etc.

⁴⁰ I *Libri Verdi*, pubblicati dalla Commissione, sono documenti con i quali si vuole stimolare la riflessione e lanciare specifiche consultazioni a livello europeo su temi particolari. Le consultazioni effettuate attraverso i *Libri Verdi* conducono in seguito alla pubblicazione di *Libri Bianchi* che consentono di tradurre i risultati della riflessione iniziale in concrete misure d'azione.

⁴¹ I *Libri Bianchi* pubblicati dalla Commissione, sono documenti che contengono proposte per azioni comunitarie in campi specifici. A titolo di esempio ricordiamo il celebre «*Libro Bianco sulla sicurezza alimentare*», (Com(1999)719 def. del 12 gennaio 2000). Quando un *Libro Bianco* è accolto favorevolmente dalle Istituzioni europee, ed in particolare dal Consiglio, esso può tradursi in un programma d'azione a livello europeo nel settore di cui trattasi e costituire la base delle relative proposte normative. Esattamente così è successo nel settore alimentare, nel quale, in base alle misure indicate nel «*Libro Bianco sulla sicurezza alimentare*», sono state presentate le relative proposte, trasformate in seguito nei numerosi provvedimenti che alla fine sono stati adottati, tra cui anche il Regolamento (Ce) n. 178/2002 che rappresenta, come è noto, il regolamento di base del settore alimentare per tutti i Paesi membri dell'Unione europea. Tanto i *Libri Verdi*, quanto i *Libri Bianchi*, sono messi a disposizione del pubblico su testi cartacei e per via elettronica con richiesta di presentare osservazioni nonché di fornire consigli, critiche e controproposte.

etc.) di fornire liberamente e in modo trasparente alla Commissione europea contributi utili alla soluzione di problemi di interesse generale o specifico⁴².

Questa tecnica legislativa, garantendo oltretutto una maggiore trasparenza, consente al Parlamento europeo di difendersi molto più efficacemente dalle interferenze di gruppi di pressione interessati. È vero che anche nel sistema europeo si potranno avere interventi sui soggetti partecipanti al processo deliberativo, da parte di gruppi di pressione interessati, con l'intento di condizionarli, ma tali interventi finiscono frequentemente per perdere efficacia in considerazione delle peculiarità del sistema decisionale europeo sopra descritto, che appare strettamente dipendente da maggioranze non precostituite e continuamente mutevoli⁴³.

Grazie, quindi, alla regolare osservanza dei meccanismi decisionali sopra visti, i rappresentanti del Parlamento europeo e del Consiglio dell'Unione che, come legislatori, devono esprimere il proprio voto su una determinata proposta normativa, presentata dalla Commissione europea, non essendo condizionati da motivi strettamente politici, come quello di far cadere il governo o quello di sconfiggere la maggioranza che lo sostiene, finiscono generalmente per raggiungere compromessi utili per trovare soluzioni ragionevoli⁴⁴.

In altre parole, impiegando tali meccanismi, vengono adottati e trovano applicazione, in sede europea, anche grazie al coinvolgimento della società civile⁴⁵, provvedimenti tecnicamente, socialmente, economicamente e giuridicamente ragionevoli, in grado di tutelare nel modo più efficace l'interesse della generalità dei cittadini⁴⁶.

In effetti, se consideriamo la normativa applicata all'interno dei Paesi membri dell'Unione europea, soprattutto negli ultimi venti anni, ci rendiamo conto che essa, per quanto riguarda gli aspetti economici, è di origine comunitaria in una percentuale che forse supera l'80%.

L'abolizione delle dogane, l'abbattimento degli ostacoli al commercio intra ed extra-comunitario, la regolamentazione del sistema bancario e di quello assicurativo, la trasparenza negli appalti pubblici, la disciplina della concorrenza, la soppressione dei monopoli, il controllo degli aiuti di Stato, la libera-

⁴² Sulle varie forme di coinvolgimento dei cittadini e sul problema della partecipazione della società civile, nel sistema europeo, si veda l'accurato e interessante studio di D. FERRI, *Dal libro bianco sulla governance al nuovo Registro per la trasparenza: l'UE tra participatory engineering e democrazia partecipativa*, in *Riv. it. dir. pubbl. comun.*, 2012, p. 481 ss.

⁴³ Cfr. *supra*, nota 39.

⁴⁴ Ciò costituisce il risultato dell'applicazione del particolare meccanismo logico-razionale che J. Rawls (*Liberalismo politico*, Torino, Ed. di Comunità, 1999, p. 62) ha chiamato «*Dissenso ragionevole*».

⁴⁵ Cfr. F. CAPELLI, *La partecipazione della società civile alla costruzione dell'unione politica dell'Europa*, in questa *Rivista*, 2001, p. 651 ss. Cfr. anche E. F. M. EMANUELE, *Progetto "Big Society": una grande opportunità per la società civile*, in questa *Rivista*, 2011, p. 585 ss. nonché F. CAPELLI, *Valutazioni critiche e riflessioni propositive sulla relazione del Prof. E. F. M. Emanuele dedicata al progetto "Big Society" (o "Terzo Pilastro")*, in questa *Rivista*, 2011, p. 593 ss.

⁴⁶ V. *supra*, nota 32.

lizzazione dei trasporti e delle telecomunicazioni, l'armonizzazione fiscale e societaria, una regolamentazione integrale del settore alimentare, un'ampia normativa per la tutela dei consumatori, una incisiva disciplina in materia di sicurezza sul lavoro, un'avanzatissima disciplina in materia di protezione dell'ambiente: tutto ciò è la conseguenza dell'applicazione di una serie impressionante di disposizioni comunitarie che, lentamente e silenziosamente, nell'arco di qualche decennio, hanno trasformato il contesto giuridico ed economico dei Paesi membri e, in particolare, del nostro Paese.

Ma non soltanto la disciplina applicabile nei più rilevanti settori di interesse economico è di origine euro-comunitaria, ma le stesse regole fondamentali di base che governano l'economia ha tale origine.

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 accolto, su richiesta della Germania, i principi dell'economia sociale di mercato, a suo tempo concepita, come è noto, dalla *Scuola di Friburgo* e propugnata soprattutto nelle opere di *Wilhelm Röpke*⁴⁷.

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 elevato livello di tutela e di miglioramento della qualità dell'ambiente. Essa promuove il progresso scientifico e tecnologico*».

Oltre che di queste disposizioni fondamentali contenute nel Trattato sull'Unione europea bisogna tener conto anche di specifiche norme presenti nel Trattato sul funzionamento dell'Unione europea⁴⁸. A tali norme bisogna ora

⁴⁷ Sul tema, con specifico riferimento alla *Scuola di Friburgo*, cfr. L. BONINI, *Economia sociale di mercato*, Bologna, Edizioni ESD (Edizioni Studio Domenicano), 2012, con prefazione di *Dario Velo* e Postfazione di *Marco Vitale*. Come è noto, tra le opere dei celebri esponenti della *Scuola di Friburgo*: *Walter Eucken*, *Alexander Rüstow*, *Franz Böhm*, *Hans Grossman-Dörth* e *Alfred Müller-Armack*, quelle che hanno maggiormente influenzato l'azione degli uomini politici tedeschi, dopo il secondo conflitto mondiale, sono state scritte da *Wilhelm Röpke*. Ricordiamo, in particolare, *Civitas humana. I problemi fondamentali di una riforma sociale ed economica*, Milano-Roma, Rizzoli, 1947; *La crisi sociale del nostro tempo*, Torino, Einaudi, 1946; *L'ordine internazionale*, Milano-Roma, Rizzoli, 1946; *Al di là dell'offerta e della domanda, Verso un'economia umana*, Varese, Edizioni di «Vita Aperta», 1965. L'influenza del pensiero di *W. Röpke* sui governanti tedeschi è stata riconosciuta da *L. Erhard*, il ministro dell'economia del governo di *K. Adenauer* che ha salvato la Germania dal tracollo dopo la seconda guerra mondiale (cfr. L. ERHARD, *Benessere per tutti*, Milano, Garzanti, 1957). Per quanto riguarda l'Italia, *Luigi Einaudi*, in seguito divenuto collega ed amico di *W. Röpke*, nel suo capolavoro scritto nel 1944, *Lezioni di politica sociale*, Torino, Einaudi, 2002, ha dimostrato di seguire, in modo autonomo, un indirizzo analogo (cfr. M. VITALE, *Postfazione* al libro di L. BONINI, *Economia sociale di mercato*, loc. cit., p. 253 ss.).

⁴⁸ Si tratta in particolare dell'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*».

aggiungere altre disposizioni ultimamente introdotte con appositi Accordi intergovernativi per garantire la stabilità dei bilanci degli Stati membri⁴⁹.

b. Argomenti ricavabili dall'adesione dell'Unione europea alla Convenzione dei diritti dell'uomo (CEDU) e dall'equiparazione ai Trattati europei della Carta dei diritti fondamentali

Come è noto, a seguito dell'entrata in vigore del Trattato di Lisbona (1° dicembre 2009), da un lato l'Unione europea aderisce alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo (CEDU) e, dall'altro lato, la Carta dei diritti fondamentali, a suo tempo proclamata in occasione della firma del Trattato di Nizza (2001), è ora entrata a far parte, a pieno titolo, dell'ordinamento giuridico europeo⁵⁰.

Valutiamo ora brevemente le conseguenze delle due importanti innovazioni.

Con riferimento alla prima, il paragrafo secondo dell'art. 6 del Trattato sull'Unione europea, nella versione attualmente in vigore, stabilisce che «*L'Unione aderisce alla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*».

Anche se, come viene subito dopo precisato nella stessa disposizione «*tale adesione non modifica le competenze dell'Unione definite dai Trattati*», è evidente che l'adesione alla Convenzione predetta è destinata ad avere un impatto sensibile sul ruolo svolto dalle istituzioni europee ed in particolare su quello svolto dalla Corte di giustizia dell'Unione.

Mentre, infatti, per oltre cinquant'anni, la Corte di giustizia ha avuto modo di svolgere la funzione di unico giudice supremo nell'interpretazione del diritto europeo, con l'adesione dell'Unione alla CEDU, il ruolo fondamentale di supremo interprete in materia di diritti e libertà fondamentali, all'interno

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. Con riferimento al Trattato sul funzionamento dell'Unione europea esso è, quindi, sostanzialmente equiparabile a una "Costituzione economica" applicabile a tutti gli Stati membri, compresa l'Italia.

⁴⁹ Come è noto, a seguito della grave crisi finanziaria che stiamo vivendo, la Germania ha preteso che fossero inserite nelle legislazioni degli Stati membri precise disposizioni in grado di garantire la stabilità dei bilanci, sulla base di una modifica integrativa dell'art. 136 TFUE (cfr. decisione del Consiglio europeo del 25 marzo 2011 n. 2011/199/UE, in *Gu-Ue* n. L 91 del 6 aprile 2011, p. 1 s.). Sul tema in esame cfr. L. S. ROSSI, «*Fiscal Compact*» e *Trattato sul meccanismo di stabilità: assetti istituzionali e conseguenze dell'integrazione differenziata nell'UE*, in *Dir. Un. Eur.*, 2012, p. 293 nonché G. DELLA CANANEA, *L'ordinamento giuridico dell'Unione europea dopo i nuovi accordi intergovernativi*, in *La Comunità internazionale*, 2012, p. 3 ss. Per quanto riguarda l'Italia, è stata adottata la legge costituzionale n. 1/2012 relativa all'«Introduzione del principio del pareggio di bilancio nella Carta costituzionale», in *Guri* n. 95 del 23 aprile 2012.

⁵⁰ Sulla Carta dei diritti fondamentali, v. l'Introduzione di M. PANEbianco, in ID. (sotto la direzione di), *Repertorio della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, Milano, Giuffrè, 2001.

dell'ordinamento giuridico europeo, viene ora attribuito alla Corte europea dei diritti dell'uomo di Strasburgo⁵¹.

Orbene, poiché la Corte europea dei diritti dell'uomo di Strasburgo svolge, tra l'altro, la funzione di giudice garante dei principi di democrazia, verificando attraverso le sue sentenze, a partire dagli anni Cinquanta, il grado di rispetto di tali principi da parte degli Stati aderenti alla CEDU⁵², ne consegue che l'adesione dell'Unione europea alla CEDU e l'assoggettamento degli atti dell'Unione, sotto il profilo dei diritti umani e delle libertà fondamentali, al controllo della Corte europea di Strasburgo, comporta un ampliamento delle garanzie di rispetto dei principi di democrazia per quanto riguarda gli atti delle Istituzioni dell'Unione medesima.

Con riferimento, infine, all'adozione della Carta dei diritti fondamentali e alla sua equiparazione, a pieno titolo, per quanto riguarda il suo valore giuridico⁵³, agli altri Trattati europei, è da ritenere che tale innovazione rappresenti un ulteriore rafforzamento delle strutture democratiche dell'Unione e dei principi sui quali essa si fonda.

La Carta dei diritti fondamentali, infatti, non è che una versione, per certi versi ridotta, e, per altri versi, ampliata, della Convenzione europea dei diritti dell'uomo.

È vero che essa contiene principi e norme la cui interpretazione ed applicazione vengono affidate, in primo luogo, alla Corte di giustizia dell'Unione, ma sussistendo anche l'ulteriore controllo della Corte europea dei diritti dell'uomo di Strasburgo, si può concludere che il controllo sull'applicazione corretta dei principi contenuti nella Carta dei diritti fondamentali risulterà potenziato e maggiormente garantito.

Anche le considerazioni da ultimo svolte consentono, pertanto, di ritenere del tutto corretta la seconda tesi di *A. von Bogdandy*, sopra esaminata, volta a dimostrare il carattere democratico dell'Unione europea.

Fausto Capelli

SINTESI

L'Autore, avendo partecipato ad un incontro-dibattito nel quale è stato presentato un libro del *Prof. Armin von Bogdandy* sui principi fondamentali dell'Unione eu-

⁵¹ Sul problema dell'adesione alla CEDU, cfr. P. IVALDI - C. E. TUO, *Diritti fondamentali e diritto internazionale privato dell'Unione europea nella prospettiva dell'adesione alla CEDU*, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 2012, n. 1, p. 13 ss.; A. DI STASI, *Diritti umani e sicurezza regionale - Il sistema europeo*, seconda edizione, Napoli, Editoriale Scientifica, 2010, p. 272 ss.; A. GIANELLI, *L'adesione dell'Unione europea alla CEDU secondo il Trattato di Lisbona*, in *Dir. Un. Eur.*, 2009, p. 678 ss.

⁵² Cfr. M. DE SALVIA, *Compendium de la CEDH*, Kehl-Strasbourg-Arlington, Va, Editions N.P. Engel, 2003, *Article 9*, p. 464 ss., *Article 10*, p. 474 ss.

⁵³ Cfr. art. 6, par. 1, del Trattato sull'Unione europea.

ropea, ha svolto in questa prima parte dell'articolo alcune riflessioni che forniscono ulteriori argomenti per confermare la correttezza della tesi del *Prof. von Bogdandy* diretta a dimostrare l'esistenza, nell'ordinamento giuridico dell'Unione europea, di principi fondamentali che possono essere considerati veri e propri principi costituzionali equiparabili a quelli esistenti nelle Costituzioni dei Paesi membri della stessa Unione.

ABSTRACT

The author, having participated in a meeting-debate in which it was presented a book of Prof. Armin von Bogdandy on the fundamental principles of the European Union, has developed, in this first part, some reflections that provide additional arguments to confirm the correctness of the thesis of Prof. von Bogdandy intended to demonstrate the existence, in the legal order of the European Union, of basic principles that can be considered true constitutional principles comparable to those existing in the Constitutions of the Member States of the Union itself.

TARIFFA DI IGIENE AMBIENTALE: QUALIFICAZIONE GIURIDICA ALLA LUCE DELLA DISCIPLINA ITALIANA ED EUROPEA

Sommario: **1.** *Il quadro giuridico in materia ambientale e il principio «chi inquina paga»* - **2.** *La tariffa di igiene ambientale. Natura tributaria o tariffaria?* - **2.1.** *La qualificazione giuridica della TIA nella giurisprudenza della Corte di cassazione* - **2.2.** *La qualificazione giuridica della TIA nella giurisprudenza della Corte costituzionale* - **2.3.** *Gli sviluppi della giurisprudenza di legittimità a seguito della sentenza n. 238/2009 della Corte costituzionale* - **3.** *Critica alla tesi della natura tributaria della tariffa di igiene ambientale* - **4.** *La qualificazione giuridica della tariffa di igiene ambientale alla luce del quadro giuridico dell'Unione europea in materia ambientale* - **5.** *La sentenza pregiudiziale della Corte di giustizia dell'Unione europea nel caso Futura Immobiliare srl Hotel Futura e altri c. Comune di Casoria* - **6.** *Conclusioni.*

1. Il quadro giuridico in materia ambientale e il principio «chi inquina paga»

La tariffa di igiene ambientale (c.d. TIA 1) è stata istituita con il dlgs n. 22 del 5 febbraio 1997 (c.d. decreto Ronchi)¹, recante attuazione delle direttive n. 91/156/Cee², n. 91/689/Cee³ e n. 94/62/Ce⁴ emanate dall'Unione europea in materia, rispettivamente, di rifiuti, di rifiuti pericolosi, di imballaggi e rifiuti di imballaggio⁵. Essa ha sostituito la previgente tassa per lo smaltimento dei rifiuti solidi urbani (c.d. TARSU), disciplinata dal dlgs n. 507 del 15 novembre 1993⁶.

¹ *Guri* n. 38 del 15 febbraio 1997, *suppl. ord.*

² *Guce* n. L 78 del 26 marzo 1991, p. 32 ss., sostituita dalla direttiva n. 2006/12/Ce, in *Gu-Ue* n. L 114 del 27 aprile 2006, p. 9 ss.

³ *Guce* n. L 377 del 31 dicembre 1991, p. 20 ss.

⁴ *Guce* n. L 365 del 31 dicembre 1994, p. 10 ss.

⁵ Recepimento, peraltro, tardivo, tenuto conto che la direttiva n. 91/156/Cee prevedeva come termine ultimo per il recepimento il 10 aprile 1993; la direttiva n. 91/689/Cee il 12 dicembre 1993; e la direttiva n. 94/62/Ce il 30 giugno 1996.

⁶ *Guri* n. 288 del 9 dicembre 1993, *suppl. ord.*

Con l'istituzione di tale tariffa si è voluto dare attuazione al principio «chi inquina paga»⁷, il quale consiste nell'imputazione dei costi ambientali, che costituirebbero delle esternalità⁸, al soggetto che ha causato la compromissione ecologica. In tal modo si otterrebbe l'incorporazione di tali costi nei prezzi dei beni, la cui produzione arreca forme di alterazione ambientale⁹, riconducendoli entro le logiche dell'efficienza produttiva e del mercato¹⁰.

⁷ Sancito all'art. 191, par. 2, TFUE.

In argomento vedi D. MAZZAGRECO, *Il principio comunitario "chi inquina paga" e i rifiuti in Italia*, in *StrumentiRes*, ottobre 2011, n. 4, www.strumentires.com, la quale rintraccia la prima formulazione del principio in argomento nella Raccomandazione dell'OCSE 26 maggio 1972, n. 128. Si veda anche D. RINOLDI, *Diritto internazionale e protezione dell'ambiente*, in *Atti del corso nazionale esperti operatori naturalisti-Passo Pordoi 23-29 agosto 1987*, Club Alpino Italiano-Comitato scientifico centrale, Milano, 1988, p. 39 ss.

A livello "comunitario" il primo riferimento al principio risale alla Raccomandazione n. 436 del 3 marzo 1975 adottata di comune intesa dalla CEE, dalla CECA e dall'EURATOM. Con la revisione del Trattato di Roma ad opera dell'Atto unico europeo del 1987, il principio «chi inquina paga» trova definitivo riconoscimento nell'art. 130 R, poi divenuto art. 174 TCE, corrispondente all'attuale art. 191 TFUE.

Sulla vasta dottrina in tema di principio «chi inquina paga» e di responsabilità ambientale si rinvia, senza pretese di esaustività, a A. ALBAMONTE, *Danni all'ambiente e responsabilità civile*, Padova, Cedam, 1989; D. AUSTIN - A. ALBERINI, *An analysis of the preventive effects of Environmental liability*, Study commissioned by the European Commission, Bruxelles, 2001; L. BARBIERA (a cura di), *Proprietà, danno ambientale e tutela dell'ambiente*, Napoli, Jovene, 1989; J. P. BARDE - E. GERELLI, *Economia e politica dell'ambiente*, Bologna, Il Mulino, 1980; M. BRESSO, *Penstero economico e ambiente*, Torino, Loescher, 1982; ID., *Per un'economia ecologica*, Roma, Nuova Italia Scientifica, 1993; F. D. BUSNELLI - S. PATTI, *Danno e responsabilità civile*, Torino, Giappichelli, 2003; M. COMPORTI, *Nuovi principi e nuove norme in tema di responsabilità per danno ambientale*, in *Rivista italiana di medicina legale*, 1999, p. 1485 ss.; G. DI FIDIO, *Tutela dell'ambiente naturale*, Milano, Pirola, 1991; G. DI PLINIO - P. FIMIANI (a cura di), *Principi di Diritto ambientale*, Milano, Giuffrè, 2008; F. FONDERICO, *La giurisprudenza della Corte di Giustizia in materia di ambiente*, in S. CASSESE (a cura di), *Diritto ambientale comunitario*, Milano, Giuffrè, 1995, p. 123 ss.; F. GIAMPIETRO, *Responsabilità dei pubblici amministratori in specie regionali e locali per danno all'ambiente*, in D. FERRANTI - A. PASCOLINI (a cura di), *La qualità della vita e l'ambiente*, Milano, Giuffrè, 1989, p. 127 ss.; N. GRECO, *Nascita, evoluzione ed attuale valore del principio del "chi inquina paga"*, in *Studi parlamentari e di politica costituzionale*, 1991, nn. 2-3, p. 28 ss.; E. LONGO, *Ambiente ed impresa*, Milano, Etas Libri, 1993; M. MELI, *Il principio comunitario "chi inquina paga"*, Milano, Giuffrè, 1996; ID., *Le origini del principio "chi inquina paga" e il suo accoglimento da parte della Comunità Europea*, in *Riv. giur. ambiente*, 1989, p. 224 ss.; F. M. PALOMBINO, *Il significato del principio "chi inquina paga" nel diritto internazionale*, in *Riv. giur. ambiente*, 2003, p. 871 ss.; C. PASQUALINI SALSA, *Il diritto dell'ambiente*, Milano, Edizioni Il Sole 24 ore, 1988; B. POZZO, *La responsabilità ambientale. La nuova direttiva sulla responsabilità ambientale in materia di prevenzione e riparazione del danno ambientale*, Milano, Giuffrè, 2005; F. SALVIA, *Gli strumenti giuridici per la tutela ambientale*, in *Riv. giur. ambiente*, 1999, p. 209 ss.; G. TARANTINI, *Il principio "chi inquina paga" tra fonti comunitarie e competenze regionali*, in *Riv. giur. ambiente*, 1990, p. 733 ss.

⁸ Costi sociali estranei all'ordinaria contabilità dell'impresa.

⁹ In tal senso si veda Consiglio di Stato 16 giugno 2009, n. 3885, in *Rifiuti*, 2009, n. 10, p. 32 ss.

¹⁰ Quanto detto trova esplicite conferme nella legislazione dell'Unione europea. Possono a tal proposito, esemplificativamente, richiamarsi il 2° e il 23° considerando della direttiva n. 2012/19/UE; il 2° considerando della direttiva n. 2011/92/UE; il 10° considerando della direttiva n. 2011/76/UE; il 2° considerando della direttiva n. 2008/105/CE; l'art. 14 della direttiva n. 2008/98/CE; il 18° considerando della direttiva n. 2006/38/CE; l'art. 15 della direttiva n. 2006/12/CE, che ha ricalcato il precedente art. 15 della direttiva n. 91/156/CEE; il 18° considerando della direttiva n. 2004/35/CE; il 29° considerando della direttiva n. 75/442/CEE (modificata dalla direttiva n. 91/156/CEE).

Coerentemente con tale logica, il legislatore italiano ha sostituito la tassa per lo smaltimento dei rifiuti¹¹ con una tariffa deputata a garantire la copertura integrale dei costi del servizio di gestione dei rifiuti¹². Tale tariffa colpisce tutti coloro che occupano o conducono locali, o aree scoperte ad uso privato, non costituenti accessorio o pertinenza dei locali medesimi, a qualsiasi uso adibiti, esistenti nelle zone del territorio comunale. Essa è composta da «una quota determinata in relazione alle componenti essenziali del costo del servizio, (...), e da una quota rapportata alle quantità di rifiuti conferiti, al servizio fornito, e all'entità dei costi di gestione, in modo che sia assicurata la copertura integrale dei costi di investimento e di esercizio»¹³. Inoltre, tale forma di prelievo tiene conto del piano finanziario degli interventi relativi al servizio di gestione dei rifiuti¹⁴, e prevede «un coefficiente di riduzione proporzionale alle quantità di rifiuti assimilati che il produttore dimostri di aver avviato al recupero»¹⁵.

Da ultimo è stata introdotta la tariffa per la gestione dei rifiuti urbani (c.d. tariffa integrata ambientale o TIA 2)¹⁶, la quale si pone in relazione di continuità rispetto alla TIA 1, ma la cui disciplina sembra rispondere in maniera più puntuale al principio «chi inquina paga». Basti considerare che, pur presentando una struttura sostanzialmente analoga rispetto alla TIA 1, prevede espressamente, ai fini dell'applicazione/commisurazione della tariffa, che vi sia una produzione effettiva di rifiuti, non bastando una produzione solo potenziale¹⁷.

L'intento di imputare il costo sociale della produzione e gestione dei rifiuti in capo al soggetto che li produce e detiene, tradottosi negli interventi normativi che hanno ispirato il legislatore – sia a livello europeo che a livello italiano – si sposa bene con le logiche dell'economia di mercato. Un operatore economico che produce inquinamento, e che non sia chiamato a sostenere i costi di tale inquinamento, immette sul mercato un bene sulla base di un calcolo dei costi di produzione che non coincidono con il costo marginale sociale¹⁸. Se il costo viene sostenuto dallo Stato, è altamente probabile che si vengano a creare ingiustificate posizioni di vantaggio idonee a ledere la concorrenza e il libero mercato¹⁹.

¹¹ Disciplinata all'art. 58 del dlgs n. 507/1993.

¹² Art. 49, commi 1 e 2, dlgs n. 22/1997, *cit. supra*, nota 1.

¹³ Art. 49, comma 4, dlgs n. 22/1997, *loc. cit.*

¹⁴ *Ivi*, comma 8.

¹⁵ *Ivi*, comma 14.

¹⁶ La TIA 2 è stata introdotta dall'art. 238 del dlgs n. 152 del 3 aprile 2006, in *Guri* n. 88 del 14 aprile 2006, *suppl. ord.* Si vedano, specificamente i commi 1, 2, 3, 4, 7, 9 e 10.

¹⁷ Nella medesima ottica si pongono, per esempio, le agevolazioni previste per le utenze domestiche e per quelle adibite ad uso stagionale o non continuativo.

¹⁸ Per un'analisi economica sul tema si rinvia a P. SCHMIDT DI FRIEDBERG, *I limiti dell'ecologismo*, Milano, Guerini, 1993. Cfr. anche G. TREMONTI - E. GERELLI, *Tassazione, consumo e ambiente*, Milano, F. Angeli, 1991, secondo i quali l'inquinamento costituirebbe una diseconomia esterna.

¹⁹ In argomento vedi ancora D. MAZZAGRECO, *Il principio comunitario*, *cit. supra*, nota 7.

Il tentativo di far ricadere sugli operatori economici il costo ambientale integrale derivato dalla loro attività produttiva, o anche dal mero consumo privato, ha l'effetto di eliminare, almeno tendenzialmente, le esternalità negative e di orientare il costo della tutela ambientale entro le logiche del processo di sviluppo economico²⁰.

In quest'ottica si è posta la necessità di applicare delle misure correttive, di natura economica, che fossero finalizzate a orientare gli operatori economici nella scelta delle soluzioni produttive meno inquinanti²¹. Si tratta di misure che vengono inquadrare tra gli strumenti di protezione ambientale "di mercato", e che si risolvono nella internalizzazione dei costi dell'inquinamento²².

Una tra queste misure è la tassazione ambientale. Attraverso di essa l'autorità pubblica introduce dei costi di accesso a una risorsa, altrimenti liberamente utilizzabile. L'introduzione di tale costo induce l'operatore economico a ottimizzare l'utilizzo di quella risorsa, così da ridurre o eliminare del tutto l'impatto ambientale determinato dal ricorso ad essa.

Secondo l'Agenzia europea dell'ambiente, «[u]no dei meriti principali delle tasse ambientali è che esse correggono falsi segnali di prezzo nel mercato, aggiungendovi i costi dell'inquinamento e di altri fattori ecologici, contribuendo così a stabilire "il giusto prezzo" e ad attuare il principio "chi inquina paga"»²³. Infatti, attraverso la tassazione ambientale l'operatore economico deve computare nei costi della produzione anche le conseguenze sull'ambiente che essa genera. Questo determina effetti anche sulla politica dei prezzi.

In questa operazione è possibile individuare due fasi. Da un lato, una prima fase autoritativa costituita dall'imposizione della «tassa ambientale», la quale rappresenta il costo marginale sociale collegato ai danni ecologici provocati dalle attività produttive. Questa concorrerà a determinare il prezzo del bene o servizio la cui produzione determina inquinamento.

Una volta fissato il prezzo, si aprirà la seconda fase in cui l'incontro tra la domanda e l'offerta saranno lasciate al libero gioco del mercato e sarà così

²⁰ M. BRESSO, *Per un'economia ecologica*, cit. supra, nota 7.

²¹ Secondo l'OCSE, potrebbero definirsi strumenti idonei alla tutela ambientale tutte quelle misure che incidono sulle scelte tra diverse alternative tecnologiche o di consumo, attraverso la modificazione delle convenienze in termini di costi e benefici privati. Così OECD, *Implementation strategies for environmental taxes*, Parigi, OECD, 1997.

²² In argomento si vedano F. GAVERINI, *La protezione dell'ambiente tra solidarietà e mercato*, reperibile sul sito internet http://aisberg.unibg.it/bitstream/10446/91/1/FabrizioGaverini_ProtezioneAmbiente.pdf; M. CAFAGNO, *Principi e strumenti di tutela dell'ambiente come sistema complesso, adattativo, comune*, Torino, Giappichelli, 2007; M. CLARICH, *La tutela dell'ambiente attraverso il mercato*, in ASSOCIAZIONE ITALIANA DEI PROFESSORI DI DIRITTO AMMINISTRATIVO (AIPDA), *Annuario 2006*, Milano, Giuffrè, 2007, 103 ss.

²³ Agenzia europea dell'ambiente, *Tasse Ambientali: Attuazione ed efficacia per l'ambiente*, 19 dicembre 2008, reperibile sul sito internet <http://www.eea.europa.eu/it/publications/92-9167-000-6-sum/page001.html>.

individuato il concreto punto di equilibrio²⁴. Ne deriva che la tassazione verrà sostenuta, a valle, dal consumatore del bene o servizio «inquinante».

Il principio «chi inquina paga» risponde alle logiche testé richiamate. Tuttavia, allo stesso non è stata attribuita una valenza univoca. In dottrina si sono registrati due orientamenti. Secondo una prima accezione, il principio in esame legittimerebbe l'addossamento del costo sociale dell'inquinamento al soggetto che lo produce in funzione di una imputazione di responsabilità per il danno arrecato all'ambiente complessivamente considerato²⁵. In senso contrario è stato sostenuto che il principio non si porrebbe in connessione con la responsabilità civile, ma dovrebbe essere inteso come un principio di efficienza economica²⁶. In base a questa seconda prospettiva, è stata rilevata peraltro la necessità che la tassazione ambientale, proprio per esplicare la sua funzione di orientare le scelte degli operatori economici, dovrebbe essere graduale al fine di rendere «conveniente, da parte degli imprenditori, una razionale programmazione della introduzione di "tecnologie pulite"»²⁷.

Fatte queste dovute premesse, non va però trascurato che la tutela ambientale si fonda innanzitutto su principi di tipo preventivo²⁸. Solo il fallimento dei primi legittima il ricorso all'applicazione di principi a carattere riparatorio, imponendo che «il mancato rispetto dei primi – e la conseguente realizzazione di condotte lesive dell'ambiente – trovi quale contropartita l'obbligo per il danneggiante di provvedere alla riparazione in forma specifica (correzione alla fonte) o, in subordine, per equivalente. Inteso in tal senso, pertanto, il principio "chi inquina paga" dovrebbe essere considerato di portata secondaria e residuale»²⁹.

²⁴ C. VIDETTA, *La tassa sui rifiuti e il principio comunitario "chi inquina paga"*, in *Foro amm.*, 2005, p. 1969 ss.; G. QUERINI, *La tutela dell'ambiente nell'Unione europea: un'analisi critica*, Milano, F. Angeli, 2007.

²⁵ M. MELI, *Le origini del principio*, cit. supra, nota 7; nonché ID., *Il principio comunitario*, cit. supra, nota 7.

²⁶ J. P. BARDE - J. OWENS, *L'evoluzione delle ecotasse*, in *Ambiente, risorse e salute*, 1997, vol. II, p. 47 ss.; E. GERELLI - V. PATRIZI, *La modulazione ambientale del sistema tributario*, in *Economia e ambiente*, 1991, n. 6, p. 5 ss.

²⁷ Così ancora G. QUERINI, *La tutela dell'ambiente*, cit. supra, nota 24.

²⁸ Basti pensare che l'art. 191, par. 2, comma 2, TFUE antepone al principio «chi inquina paga» i principi della precauzione, dell'azione preventiva e della correzione alla fonte.

²⁹ F. GAVERINI, *La protezione dell'ambiente*, cit. supra, nota 22, p. 56. L'A. rileva inoltre che «[l']ottica residuale (...) con cui si è espresso il principio in parola (...) consente anche di evitare il rischio di tramutare il contenuto in un meno appagante "chi paga può inquinare" che consentirebbe di dar luogo ad una monetizzazione del rischio ambientale distribuibile sulla collettività mediante il meccanismo dell'assicurazione». Inteso in tal senso si potrebbe determinare «l'effetto di deresponsabilizzare le imprese produttrici e, quindi, di far cessare qualsiasi effetto deterrente». Così R. FERRARA, *Strumenti e tecniche di tutela ambientale*, in V. DOMENICHELLI - N. OLIVETTI RASON - V. POLI (a cura di), *Diritto pubblico dell'ambiente. Diritto etica politica*, Padova, Cedam, 1996, p. 121 ss.

In argomento cfr. anche M. ALBERTON - M. MONTINI, *Le novità introdotte dal Trattato di Lisbona per la tutela dell'ambiente*, in *Riv. giur. ambiente*, 2008, p. 504 ss.; D. AMIRANTE, *I principi comunitari di "gestione dell'ambiente" e il diritto italiano: prime note per un dibattito*, in *Diritto e gestione dell'ambiente*, 2001, p. 17 ss.; P. DELL'ANNO, *Principi del diritto ambientale europeo e nazionale*, Milano, Giuffrè, 2004; R. FERRARA (a cura di), *La tutela dell'ambiente. Trattato di diritto privato dell'Unione europea*, Torino, Giappichelli, 2006; U. SALANITRO, *I principi generali*

La tutela risarcitoria costituisce, pertanto, una *extrema ratio*³⁰.

La fiscalità ecologica sembra, in definitiva, essere entrata nella programmazione degli interventi normativi volti a indirizzare le scelte degli operatori economici «attraverso una previsione di differenti conseguenze tributarie sugli stessi gravanti (...). [L]a libertà di azione di ciascun operatore economico si completa nella rappresentazione di esiti fiscali di differente tenore, ma comunque indirizzati nel senso della penalizzazione economica di opzioni reputate non adeguatamente compatibili con esigenze di tutela ambientale ed ecologica»³¹.

Si è pertanto registrato un crescente ricorso a strumenti conformativi del mercato, di tipo sia premiale che repressivo, ma sempre di natura meramente economica, che inducano l'operatore ad adottare processi produttivi eco-compatibili³². Il modello teorico consisterebbe, da un lato, nella «estensione di formule impositive di carattere agevolativo, con conseguente progressiva erosione del livello di gettito tributario e contributivo, in misura corrispondente alla diffusione di tali pratiche»³³; dall'altro nella penalizzazione tributaria delle attività ad alto costo ambientale.

Anche in Italia, le discipline che si sono nel tempo succedute in materia di gestione dei rifiuti hanno puntato sulla leva fiscale come strumento per la «correzione delle esternalità connesse all'ambiente, l'incentivazione di comportamenti attenti alla conservazione e protezione di quest'ultimo, la promozione di tecnologie sostenibili e la progressiva eliminazione di sussidi dannosi per l'ambiente»³⁴.

nel Codice dell'ambiente, in *Giornale dir. amm.*, 2009, p. 103 ss.; C. VIDETTA, *La tassa sui rifiuti*, cit. *supra*, nota 24.

³⁰ G. SCHIESARO, "Chi inquina paga": una nuova frontiera nella liquidazione del danno ambientale ex art. 18, legge 349/1986, in *Riv. giur. ambiente*, 2003, p. 173 ss.

³¹ G. CAPUTI, *I paradossi della diffusione di un sistema di fiscalità ecologica*, in *Rivista della Scuola superiore dell'economia*, reperibile sul sito internet <http://rivista.ssef.it/site.php?page=20040713101539948&edition=2010-02-01>. In argomento si vedano anche F. MARCHETTI - F. GALLO, *I presupposti della tassazione ambientale*, in *Rassegna tributaria*, 1999, p. 115 ss.; G. STEFANI, *Finalità e limiti della tassazione ambientale*, in *Bollettino tributario*, 1999, p. 1943 ss.

³² G. CAPUTI, *Ambiente - Gestire le risorse con un occhio alla leva fiscale*, in *Summa*, 1999, n. 9, p. 22 ss.

³³ G. CAPUTI, *I paradossi*, cit. *supra*, nota 31. L'A. denuncia che «se il modello di sviluppo proposto è destinato a funzionare effettivamente (...) deve ipotizzarsi che l'incentivo fiscale sia destinato a spostare progressivamente (...) le pratiche degli operatori verso quelle tecniche e attività caratterizzate da minore pressione fiscale (...). Il corretto funzionamento del modello proposto (...) comporta la corrispondente riduzione del gettito tributario e fiscale complessivo. È evidente che tale scenario richiede adeguati interventi correttivi, in corso di sviluppo, per garantire quanto meno la costante corrispondenza tra gettito fiscale e fabbisogno complessivo. (...)

Si tratta, infatti, del rischio che l'ordinamento finisca per contraddirsi, negando al contribuente quel particolare favore fino ad allora accordato e che (...) ha influenzato la decisione assunta dal singolo. Con l'effetto ulteriore di attentare alla credibilità complessiva del sistema». In altri termini, il successo delle politiche di incentivazione dell'eco-compatibilità potrebbe determinare, in assenza di correttivi adeguati, inevitabili scompensi del sistema complessivo di approvvigionamento finanziario dei pubblici poteri.

³⁴ Documento di programmazione economica e finanziaria per gli anni 2003-2006, Roma, 2002, reperibile sul sito internet <http://www.tesoro.it/doc-finanza-pubblica/dpef/2003-2006/docu->

Al dlgo n. 507/1993, che introduceva la tassa per lo smaltimento dei rifiuti solidi urbani, è seguito il dlgo n. 22/1997 che ha sostituito alla TARSU la tariffa di igiene ambientale e successivamente il c.d. codice dell'ambiente³⁵. Questo susseguirsi di interventi normativi, il ritardo dell'entrata in vigore dei rispettivi regimi, nonché la prolungata vigenza dei regimi transitori ha determinato la contemporanea applicazione di TARSU, TIA 1 e TIA 2.

L'applicazione di una disciplina rispetto all'altra non è un dato di secondario rilievo. Va segnalato che l'esigenza di sostituire la tassa per lo smaltimento dei rifiuti solidi urbani rispondeva all'esigenza di allineare la disciplina italiana alla disciplina europea e, in particolare, di dare attuazione al principio «chi inquina paga»³⁶.

2. La tariffa di igiene ambientale. Natura tributaria o tariffaria?

In Italia, il passaggio dalla TARSU alla TIA 1 prima e alla TIA 2 poi ha posto la delicata questione della compatibilità delle diverse forme di prelievo (latamente intese) per la gestione dei rifiuti urbani rispetto al principio «chi inquina paga», come definito, da ultimo, dall'art. 14 della direttiva n. 2008/98/Ce.

Tale tematica è inscindibilmente connessa alla qualificazione giuridica della TIA (1 e 2) in termini di prestazione patrimoniale imposta (ovvero avente natura tributaria) o di corrispettivo di diritto privato per la fruizione di un servizio (quindi avente natura non tributaria).

La soluzione di tale questione, lungi dall'aver rilevanza meramente teorica, ha importanti riflessi pratici. Valga, a tal proposito, ricordare che dalla qualificazione giuridica della TIA dipende l'individuazione della giurisdizione competente. Infatti, se questa viene considerata come una tassa, la giurisdizione si incardina in capo al giudice tributario. Se, viceversa, si dovesse

menti/4714_dpef-2003-2006.pdf. In tema di politica fiscale ambientale si vedano, tra gli altri, F. AMATUCCI, *Le fondamenta costituzionali dell'imposta ambientale*, Napoli, Giannini, 1993; B. CARAVITA, *Profili costituzionali della tutela ambientale in Italia*, in *Politica del diritto*, 1989, p. 569 ss.; R. CELLERINO, *Oltre la tassazione ambientale*, Bologna, Il Mulino, 1993; F. CERNETTI SPRIANO, *La nuova normativa sui rifiuti*, Milano, Giuffrè, 1998; G. DE BENEDETTO - F. MUSCIO CANIO, *Tassa per lo smaltimento dei rifiuti solidi urbani*, Rimini, Maggioli, 1997; C. FERONE, *Considerazioni di sintesi sulla fiscalità ecologica alla luce delle novità introdotte dal Collegato alla Finanziaria 2000 e dalla Finanziaria 2001*, Roma, aprile 2001, reperibile sul sito internet http://archiviocera.di.luiss.it/documenti/archiviocera/di/osservatori/tributario/Ferone_finanziaria.pdf; E. GERELLI, *La modulazione ambientale*, cit. supra, nota 26; A. JAZZETTI, *I rifiuti. Legislazione comunitaria e legislazione italiana*, Milano, Giuffrè, 1992; F. MARCHETTI - F. GALLO, *I presupposti*, cit. supra, nota 31; R. PERRONE CAPANO, *L'imposizione e l'ambiente*, Padova, Cedam, 1994; P. SELICATO, *Imposizione fiscale e principio "chi inquina paga"*, in *Rassegna tributaria*, 2005, p. 1157 ss.; ID., *La tassazione ambientale tra la ricerca di nuovi indici di ricchezza e la coerenza dei sistemi fiscali*, in *Rivista di diritto tributario internazionale*, 2004, p. 262 ss.; G. TREMONTI - E. GERELLI, *Tassazione, consumo e ambiente*, cit. supra, nota 18.

³⁵ Dlgo n. 152/2006, cit. supra, nota 16.

³⁶ In argomento vedi D. MAZZAGRECO, *Il principio comunitario*, cit. supra, nota 7.

ritenere che la TIA costituisca il corrispettivo da corrispondersi per l'erogazione di un servizio, la giurisdizione si radicherebbe certamente in capo al giudice ordinario.

Entrambi questi due orientamenti hanno trovato, sulla base di diversi supporti argomentativi, l'avallo della giurisprudenza nazionale e hanno inizialmente determinato una situazione di contrasto, in particolare, tra la giurisprudenza costituzionale e i giudici ordinari e di legittimità.

Tuttavia, con riferimento alla TIA 2 ne è stata ben presto riconosciuta, a livello legislativo, la natura non tributaria. L'art. 14, comma 33, l. 30 luglio 2010, n. 122³⁷ ha disposto che «[l]e disposizioni di cui all'articolo 238³⁸ del decreto legislativo 3 aprile 2006, n. 152, si interpretano nel senso che la natura della tariffa ivi prevista non è tributaria. Le controversie relative alla predetta tariffa, sorte successivamente alla data di entrata in vigore del presente decreto, rientrano nella giurisdizione dell'autorità giudiziaria ordinaria».

Viceversa, con riferimento alla TIA 1, il dibattito è rimasto aperto, almeno fino alle recenti ordinanze della Cassazione³⁹ che, risolvendo un regolamento preventivo di giurisdizione, hanno attribuito alla giurisdizione tributaria le controversie in materia di tariffa di igiene ambientale.

2.1. La qualificazione giuridica della TIA nella giurisprudenza della Corte di cassazione

La Corte di cassazione italiana, nella sue prime pronunce in materia di tariffa di igiene ambientale (TIA 1) ne aveva esaltato la natura privatistica. L'elemento su cui i giudici di legittimità ebbero a far leva era il concetto di corrispettività: tale tariffa sarebbe stata disegnata come corrispettivo per la raccolta dei rifiuti; essa veniva applicata e corrisposta dagli utenti in misura tale da coprire integralmente i costi di gestione del servizio; i soggetti passivi venivano individuati nei detentori di immobili e di superfici scoperte operative a qualsiasi uso destinate che insistono nel territorio del Comune impositore, e non in tutti i cittadini in ragione della loro capacità contributiva. Ne derivava che il prelievo si atteggiava in termini di corrispettivo di diritto privato.

In altri termini, secondo la Cassazione sarebbe venuta meno la natura tributaria del "prelievo" imposto per la gestione dei rifiuti. Conseguentemente, le controversie aventi ad oggetto la tariffa in questione esulavano sia dalla giurisdizione tributaria⁴⁰ che da quella amministrativa⁴¹.

³⁷ *Guri* n. 176 del 30 luglio 2010, *suppl. ord.*

³⁸ La norma, per l'appunto, introduce la TIA 2.

³⁹ Corte cass., SS.UU., ordinanze 22 maggio 2012, nn. 9598, 9599, 95600, reperibili sul sito internet <http://www.dirittoitaliano.com/giurisprudenza/>.

⁴⁰ Essendo venuta meno la natura tributaria del prelievo.

La Cassazione, in una successiva ordinanza, sembrava mutare orientamento. Affermava infatti che le controversie in materia di TIA sarebbero devolute alle commissioni tributarie⁴².

Tale mutamento giurisprudenziale era stato determinato dal sopravvenire del d.l. n. 203 del 30 settembre 2005⁴³, il quale all'art. 3 *bis* attribuiva espressamente alla giurisdizione tributaria le controversie relative alla debenza del canone per l'occupazione di spazi ed aree pubbliche; del canone per lo scarico e la depurazione delle acque reflue e per lo smaltimento dei rifiuti urbani; e del canone comunale sulla pubblicità e il diritto sulle pubbliche affissioni⁴⁴.

Le stesse Sezioni Unite della Cassazione, in una successiva ordinanza⁴⁵, affermavano che tra le due pronunce (l'ordinanza n. 3287/2006 e l'ordinanza n. 4895/2006) il contrasto giurisprudenziale fosse solo apparente. La ragione del mutato orientamento era stata determinata non da un vero e proprio *revirement*, ma si imponeva alla stregua della disciplina sopravvenuta con il precitato d.l. n. 203/2005⁴⁶.

I giudici di legittimità, che pure in un primo momento avevano propeso per la tesi della natura non tributaria della TIA, prendevano atto che, stante le incertezze insorte in dottrina e in giurisprudenza sulla qualificazione giuridica della TIA 1, il legislatore avesse voluto definitivamente risolvere la questione «affermandone per via processuale il carattere tributario sostanziale».

Né con l'ordinanza n. 4895/2006, né con l'ultima pronuncia richiamata, la Cassazione ha ritenuto di dover avanzare dubbi di legittimità costituzionale dell'art. 3 *bis*, comma 1, lett. *b*., del d.l. n. 203/2005 sotto il profilo della «possibile violazione dell'art. 102 (...) Cost. per inosservanza del limite della natura tributaria delle materie attribuite alle commissioni tributarie, indispensabile per non farle ritenere nuovi giudici speciali, in quanto i canoni indicati nella disposizione stessa attengono tutti ad entrate che in precedenza rivestivano indiscussa natura tributaria»⁴⁷.

La solidità di questo schema ricostruttivo, pur ponendosi in sintonia con la giurisprudenza della Corte costituzionale⁴⁸, veniva successivamente minata

⁴¹ Così Corte cass., SS.UU., ordinanza 15 febbraio 2006, n. 3274, in *Ambiente e sicurezza*, 2006, n. 13, p. 101 ss. Nella stessa prospettiva si veda Corte cass., 6 marzo 2009, n. 5465, reperibile sul sito internet http://sito.dirittoambiente.net/file/rifiuti_sentenze_177.pdf. In senso contrario si veda Corte cass., 9 agosto 2007, n. 17526, in *Corriere tributario*, 2007, p. 3865 ss., con nota di E. CARRASI.

⁴² Corte cass., SS.UU., ordinanza 8 marzo 2006, n. 4895, in *Ambiente e sicurezza*, 2006, n. 13, p. 101 ss.

⁴³ *Guri* n. 230 del 3 ottobre 2005.

⁴⁴ Comma 1, lett. *b*.

⁴⁵ Corte cass., SS.UU., ordinanza 15 giugno 2009, n. 13894, in *Fisco*, Parte 1, 2009, p. 4789, con nota di P. TURIS.

⁴⁶ *Ivi*, 6° capoverso di parte motiva.

⁴⁷ Corte cass., SS.UU., ordinanza 8 marzo 2006, n. 4895, *cit. supra*, nota 42.

⁴⁸ La quale si è fin dall'inizio assestata sulla tesi della natura tributaria della TIA. Vedi *infra*, par. 2.2.

dalla sopravvenuta dichiarazione di incostituzionalità dell'art. 2, comma 2, secondo periodo, del dlgs n. 546 del 31 dicembre 1992⁴⁹, come modificato dal precitato art. 3 *bis*, comma 1, lett. *b.*, del d.l. n. 203/2005, nella parte in cui stabilisce che «Appartengono alla giurisdizione tributaria anche le controversie relative alla debenza del canone per l'occupazione di spazi ed aree pubbliche previsto dall'articolo 63 del decreto legislativo 15 dicembre 1997, n. 446, e successive modificazioni»⁵⁰.

Il giudice delle leggi dichiarava incostituzionale, in riferimento all'art. 102, comma 2, Cost., la norma che attribuiva ai giudici tributari la giurisdizione in materia di canone per l'occupazione di spazi ed aree pubbliche (c.d. COSAP). Ciò in quanto la giurisdizione tributaria costituisce un organo speciale di giurisdizione preesistente alla Costituzione la cui cognizione deve ritenersi inscindibilmente collegata alla natura tributaria⁵¹ del rapporto dedotto in giudizio⁵². Sulla base di questo dato, la modificazione delle controversie ad essa devolute è consentita solo se non "snaturi" la materia che le era originariamente attribuita. Poiché la Corte escludeva la natura tributaria del COSAP, l'attribuzione alla giurisdizione tributaria delle controversie relative a tale canone aveva l'effetto di "snaturare" la materia originariamente attribuita alla cognizione del giudice tributario e si poneva in contrasto con l'art. 102, comma 2, Cost., in quanto si traduceva nell'istituzione di un nuovo giudice speciale, vietata dalla norma costituzionale⁵³.

Ai fini dell'esclusione della natura tributaria del COSAP, i giudici di costituzionalità hanno aderito alla ricostruzione fornita dalla Cassazione in ordine alla natura non tributaria del canone. Quest'ultima aveva rilevato che se da un lato l'art. 3 *bis*, comma 1, lett. *b.*, d.l. n. 203/2005 si inseriva nell'ambito della tendenza del legislatore di allargare l'oggetto della giurisdizione tributaria; dall'altro, era da escludere la natura tributaria del COSAP⁵⁴: questo cano-

⁴⁹ *Guri* n. 9 del 13 gennaio 1993, *suppl. ord.*

⁵⁰ Corte cost. 10 marzo 2008, n. 64, in *Guri* n. 13 del 19 marzo 2008.

⁵¹ Per accertare l'effettiva natura tributaria di una materia si deve prescindere dal *nomen iuris* e si deve fare riferimento ai criteri elaborati dalla giurisprudenza costituzionale che, «consistono nella doverosità della prestazione e nel collegamento di questa alla pubblica spesa» (punto 2.1.2 di parte motiva).

⁵² Si vedano in proposito le seguenti ordinanze della Corte costituzionale: 19 novembre 2007, n. 395, in *Guri* n. 46 del 28 novembre 2007; 6 dicembre 2006, n. 427, in *Guri* n. 51 del 27 dicembre 2006; 6 marzo 2006, n. 94, in *Guri* n. 11 del 15 marzo 2006; 23 gennaio 2006, nn. 34 e 35, in *Guri* n. 6 dell'8 febbraio 2006.

⁵³ Corte cost. 10 marzo 2008, n. 64, *cit. supra*, nota 50, punto 2 di parte motiva. L'illegittima attribuzione alla giurisdizione tributaria di controversie non aventi natura tributaria può derivare «da una espressa disposizione legislativa che ampli la giurisdizione tributaria a materie non tributarie ovvero, indirettamente, dall'erronea qualificazione di "tributaria" data dal legislatore (o dall'interprete) ad una particolare materia» (punto 2.1.2 di parte motiva).

⁵⁴ Corte cass., SS.UU., 7 dicembre 2007, n. 25551, in *Fisco*, Parte 1, 2007, p. 6856 ss.; 5 giugno 2007, n. 13902, in *Fisco*, Parte 1, 2007, p. 4469 ss.; 25 gennaio 2007, n. 1611, in *Finanza locale*, 2007, n. 6, p. 84 ss.; 25 maggio 2006, n. 14864, in *Fisco*, Parte 1, 2006, p. 5530 ss.; 21 gennaio 2005, n. 1239, reperibile sul sito internet <http://www.gadit.it/aggiornamento.asp?id=8523&idAgg=2>; 5 marzo 2004, n. 5462; 19 agosto 2003, n. 12167, in *Finanza locale*, 2004, n. 3, p. 96 ss.

ne, pur applicandosi alternativamente alla tassa per l'occupazione di spazi ed aree pubbliche (c.d. TOSAP), «è stato concepito dal legislatore come un *quid* ontologicamente diverso, sotto il profilo strettamente giuridico, dal tributo (TOSAP) in luogo del quale può essere applicato» e «risulta disegnato come corrispettivo di una concessione, reale o presunta (nel caso di occupazione abusiva), dell'uso esclusivo o speciale di beni pubblici».

La Corte costituzionale ha ritenuto di dover aderire a tale ricostruzione, in quanto le decisioni della Cassazione circa la natura non tributaria del COSAP, «per il numero elevato, la sostanziale identità di contenuto e la funzione nomofilattica dell'organo decidente [...] costituiscono diritto vivente, prospettano una ricostruzione plausibile dell'istituto, non in contrasto con i sopra ricordati criteri elaborati dalla giurisprudenza costituzionale per individuare le entrate tributarie»⁵⁵.

In forza di questa presa di posizione della Corte costituzionale⁵⁶, la Cassazione, continuando a propendere per la natura non tributaria della TIA, ha rilevato la necessità di rimeditare sulla legittimità dell'intervento legislativo che aveva affermato per via processuale il carattere tributario della stessa. Secondo i giudici di legittimità, se la Corte costituzionale ha escluso la natura tributaria, rispettivamente, del COSAP e del canone per lo scarico e la depurazione delle acque reflue, solleva seri dubbi la teoria che l'art. 2, comma 2, dlgs n. 546/1992⁵⁷, sia idoneo a determinare *ex se* la natura tributaria delle prestazioni patrimoniali in esso elencate, «[f]anto da far apparire maggiormente condivisibile la tesi, sostenuta da autorevole dottrina, secondo la quale sarebbe proprio la richiamata disposizione a far ritenere esclusa la natura tributaria di dette prestazioni, perché altrimenti la loro attribuzione alla giurisdizione tributaria non avrebbe avuto bisogno di una apposita norma»⁵⁸.

Da queste premesse, i giudici di legittimità ne ricavano che la natura giuridica della TIA 1 avrebbe dovuto essere determinata sulla base della disciplina sostanziale e non invece «mediante una esegesi della disciplina processuale (attribuzione al giudice tributario della giurisdizione sulle controversie relative alla TIA)». Così, richiamandosi alla sua precedente pronuncia n. 3274/2006, è tornata ad avallare la tesi della natura non tributaria della TIA.

Il principale elemento che, secondo la Cassazione, deporrebbe a favore della natura tributaria della TIA 1 sarebbe costituito dalla copertura integrale dei costi di gestione⁵⁹. Si tratterebbe di una caratteristica che accomuna la TIA 1 al-

⁵⁵ Corte cost. 10 marzo 2008, n. 64, *cit. supra*, nota 50, punto 2.2 di parte motiva.

⁵⁶ La Cassazione, oltre a richiamarsi alla sentenza della Corte cost. n. 64/2008, *loc. cit.*, richiama anche Corte cost. 8 ottobre 2008, n. 335, in *Guri* n. 43 del 15 ottobre 2008.

⁵⁷ Come modificato dall'art. 3 *bis*, comma 1, lett. b., d.l. n. 203/2005.

⁵⁸ Corte cass., SS.UU., ordinanza 15 giugno 2009, n. 13894, *cit. supra*, nota 45, 8° capoverso.

⁵⁹ Gli elementi che deporrebbero, inoltre, a favore della tesi della natura non tributaria della TIA sarebbero: il fatto che «i criteri per la determinazione della TIA (...) si modellano su quelli stabiliti

la TIA 2. La prima sarebbe finalizzata a coprire i costi per i servizi relativi alla gestione dei rifiuti urbani e dei rifiuti giacenti sulle strade ed aree pubbliche e soggette ad uso pubblico e sarebbe composta da una quota relativa alle componenti essenziali del costo del servizio e da un'altra rapportata alle quantità di rifiuti conferiti, al servizio fornito, e all'entità dei costi di gestione, in modo che sia assicurata la copertura integrale dei costi di investimento e di esercizio⁶⁰. La seconda «costituisce il corrispettivo per lo svolgimento del servizio di raccolta, recupero e smaltimento dei rifiuti solidi urbani» ed è anch'essa sulla base di una quota determinata in relazione alle componenti essenziali del costo del servizio e di una quota rapportata alle quantità di rifiuti conferiti, al servizio fornito e all'entità dei costi di gestione, in modo che sia assicurata la copertura integrale dei costi di investimento e di esercizio⁶¹.

Alla luce delle precitate disposizioni, la Cassazione ha affermato la natura non tributaria della TIA. Se la Corte costituzionale ha considerato, rispetto alla tariffa per il servizio idrico integrato, quale elemento determinante il fatto che il prelievo debba assicurare la copertura integrale dei costi di investimento e di esercizio⁶², analogo obbligo di copertura sarebbe previsto dall'art. 49 del dlgo n. 22/1997 per la TIA 1 (nonché dal dlgo n. 152/2006 per la TIA 2)⁶³.

D'altra parte, il quadro giuridico generale testimonierebbe un processo di detributarizzazione e di tendenza legislativa alla privatizzazione dei servizi resi a livello locale, con forti «connotazioni di corrispettività».

Questa tendenza, peraltro, sarebbe indotta anche dalla disciplina europea in materia di rifiuti regolata dal principio «chi inquina paga», «principio che appare compatibile con una tariffa e non con una tassa, essendo funzionale, come espressione del principio di proporzionalità (...), ad una disciplina precisa dell'imputazione dei costi (anche per via di approssimazione, stante la flessibilità tipica del principio di proporzionalità e la oggettiva difficoltà di una liquidazione esatta dei costi causati dal "produttore di rifiuti")»⁶⁴.

Nonostante la evidente propensione dei giudici di legittimità per la tesi della natura non tributaria della TIA, rimaneva l'ostacolo costituito dall'attribuzione normativa alla giurisdizione tributaria delle controversie relative ad

(...) per le tariffe dei servizi pubblici, le quali (...) sono definite "corrispettivo"» (15° capoverso); l'assenza di norme riguardanti l'accertamento, le sanzioni e il contenzioso (15° capoverso); l'assoggettabilità della TIA all'IVA (16° capoverso); la natura privatistica dell'ente gestore del servizio (17° capoverso); la mancata individuazione di un atto impositivo impugnabile (18° capoverso).

⁶⁰ Art. 49 dlgo n. 22/97.

⁶¹ Art. 238, comma 1, dlgo n. 152/2006.

⁶² Come previsto dall'art. 12, comma 2, l. 5 gennaio 1994, n. 36, in *Guri* n. 14 del 19 gennaio 1994, *suppl. ord.*

⁶³ Sulla rilevanza della commisurazione della prestazione patrimoniale al costo del servizio quale elemento determinante della natura non tributaria della prestazione imposta la Cassazione (ordinanza n. 13894/2009, *cit. supra*, nota 45, 14° capoverso) richiama Corte cost. 7 febbraio 2005, n. 73.

⁶⁴ Corte cass., SS.UU., ordinanza 15 giugno 2009, n. 13894, *loc. cit.*, 19° capoverso.

essa, operata dall'art. 3 *bis*, comma 1, lett. *b.*, del d.l. n. 203/2005 (nella parte sopravvissuta alla dichiarazione di illegittimità costituzionale resa con sentenza n. 64/2008). Pertanto la Cassazione si è vista costretta a sollevare la questione di legittimità costituzionale della norma nella parte in cui devolve alla giurisdizione tributaria le controversie relative alla debenza del canone per lo smaltimento dei rifiuti urbani.

2.2. La qualificazione giuridica della TIA nella giurisprudenza della Corte costituzionale

La Corte costituzionale investita della questione di legittimità costituzionale dell'art. 3 *bis*, comma 1, lett. *b.*, d.l. n. 203/2005 (modificativo dell'art. 2, comma 2, del dlgo n. 546/1992), nella parte in cui devolve alla giurisdizione del giudice tributario le controversie relative alla debenza del canone per lo smaltimento dei rifiuti urbani, dichiarava la manifesta infondatezza della questione⁶⁵ per aver già dichiarato «non fondata identica questione di legittimità costituzionale»⁶⁶. E ciò diversamente dalla precedente dichiarazione di illegittimità costituzionale della medesima norma in contestazione, nella parte in cui devolveva alla giurisdizione del giudice tributario le controversie relative alla debenza del COSAP⁶⁷.

In una precedente pronuncia, infatti, la Corte costituzionale, investita della medesima questione, aveva affermato la natura tributaria della TIA sulla base del rilievo che questa costituisse «non già una entrata patrimoniale di diritto privato, ma una mera variante della TARSU (...) e conserva[sse] la qualifica di tributo propria di quest'ultima, con la conseguenza che le controversie aventi ad oggetto la debenza della TIA [avrebbero] natura tributaria e che la loro attribuzione alla cognizione delle commissioni tributarie [sarebbe] conforme al disposto dell'evocato art. 102, secondo comma, Cost.». Poiché, con la nuova eccezione di illegittimità costituzionale non erano state prospettate nel merito argomentazioni e profili diversi da quelli già esaminati in quella pronuncia, o idonei a indurre a una differente soluzione, la Corte confermava il proprio orientamento⁶⁸.

La tesi della natura tributaria della TIA sostenuta dalla Consulta si fondava sulla forte analogia tra questa e la TARSU, testimoniata da diversi ele-

⁶⁵ Corte cost. 24 febbraio 2010, n. 64, in *Guri* del 3 marzo 2010.

⁶⁶ Corte cost. 16 luglio 2009, n. 238, in *Guri* n. 30 del 29 luglio 2009.

⁶⁷ Corte cost. 10 marzo 2008, n. 64, *cit. supra*, nota 50; nonché Corte cost. 8 ottobre 2008, n. 335, *cit. supra*, nota 56, in riferimento all'art. 14, comma 1, l. n. 36/1994 e all'art. 155, comma 1, primo periodo, dlgo n. 152/2006.

⁶⁸ Corte cost. 16 luglio 2009, n. 238, *loc. cit.*, punto 8.

menti. Innanzitutto entrambi i prelievi avrebbero un'impronta autoritativa⁶⁹ e si fonderebbero sullo stesso fatto generatore dell'obbligo di pagamento⁷⁰. In secondo luogo sarebbero analoghi i criteri di commisurazione: la TARSU verrebbe commisurata «in base alla quantità e qualità medie ordinarie per unità di superficie imponibile dei rifiuti solidi urbani [...] producibili nei locali ed aree per il tipo di uso, cui i medesimi sono destinati, e al costo dello smaltimento»⁷¹; mentre la TIA consta di una parte fissa (costituita dalle componenti essenziali del costo del servizio) e da una parte variabile (rapportata alle quantità di rifiuti conferiti, al servizio fornito, e all'entità dei costi di gestione)⁷². Per entrambe rileverebbe, in altri termini, la produzione di rifiuti potenziale⁷³. In terzo luogo, le due forme di prelievo sarebbero escluse dall'ambito di applicazione dell'IVA, infatti, una volta escluso il rapporto di sinallagmaticità tra il servizio reso e l'entità del prelievo, in termini di corrispettivo, verrebbe meno il presupposto di applicazione dell'IVA⁷⁴. Infine, l'art. 49, comma 17, dlgo n. 22/1997 ha fatto salva l'applicazione del tributo ambientale di cui all'art. 19 del dlgo 30 dicembre 1992, n. 504. Questo evidenzerebbe un «ulteriore elemento di omogeneità e continuità tra la TARSU e la TIA»⁷⁵.

In definitiva, la giurisprudenza della Corte costituzionale sembra essersi assestata sulla tesi della natura tributaria della TIA.

2.3. Gli sviluppi della giurisprudenza di legittimità a seguito della sentenza n. 238/2009 della Corte costituzionale

La natura tributaria della TIA, acclarata dalla Corte costituzionale, non poteva che imporsi ai giudici di legittimità, i quali, pur propensi a sostenere la tesi contraria, hanno definitivamente dichiarato la giurisdizione del giudice tributario.

Emblematica, in tal senso l'ordinanza della Cassazione n. 14903/2010⁷⁶. La Corte, nel procedimento in questione, dopo aver sollevato⁷⁷ la questione di legittimità costituzionale dell'art. 3 *bis* del d.l. n. 203/2005, nella parte in cui de-

⁶⁹ Corte cost. 16 luglio 2009, n. 238, *cit. supra*, nota 66, punti 7.2.3 e 7.2.3.2.

⁷⁰ *Ivi*, punto 7.2.3.1.

⁷¹ Art. 65, comma 1, dlgo n. 507/1993, *cit. supra*, nota 6.

⁷² Art. 49, comma 4, dlgo n. 22/1997, *cit. supra*, nota 1.

⁷³ Corte cost. 2009, n. 238, *cit. supra*, nota 66, punto 7.2.3.3.

⁷⁴ *Ivi*, punto 7.2.3.6. Anche se va rilevato che l'applicabilità o non applicabilità dell'IVA costituirebbe una conseguenza della qualificazione tributaria o non tributaria della TIA e non un presupposto.

⁷⁵ Punto 7.2.3.5.

⁷⁶ Corte cass., SS.UU., ordinanza 21 giugno 2010, n. 14903, in *Rivista dei tributi locali*, 2010, p. 386 ss.

⁷⁷ Con ordinanza n. 13894/2009, *cit. supra*, nota 45.

volve alla giurisdizione del giudice tributario le controversie relative alla TIA per violazione dell'art. 102, comma 2, Cost., sul rilievo della natura non tributaria della TIA, ha statuito che «[i]n forza della pronuncia del giudice delle leggi, nel caso di specie deve essere dichiarata la giurisdizione del giudice tributario».

Ad essa sono succedute diverse pronunce, le quali, si sono sempre limitate ad affermare la natura tributaria della TIA sulla base del richiamo alla sentenza della Corte costituzionale n. 238/2009⁷⁸.

Da ultimo, con tre ordinanze gemelle⁷⁹, le Sezioni Unite della Cassazione hanno definitivamente chiuso la dibattuta questione della natura tributaria della tariffa di igiene ambientale radicando la giurisdizione in materia in capo al giudice tributario, sulla base del principio secondo cui: «[i]n tema di riparto di giurisdizione, spettano alla giurisdizione tributaria le controversie aventi ad oggetto la debenza della tariffa di igiene ambientale (TIA), in quanto, come evidenziato anche dall'ordinanza della Corte costituzionale n. 64 del 2010, tale tariffa non costituisce una entrata patrimoniale di diritto privato, ma una mera variante della TARSU, (...) di cui conserva la qualifica di tributo»⁸⁰.

3. Critica alla tesi della natura tributaria della tariffa di igiene ambientale

Dal quadro giurisprudenziale tracciato, ci sembra di poter rilevare un equivoco di fondo che ha indotto sia la Cassazione che la Corte costituzionale ad attestarsi definitivamente sulla tesi della natura tributaria della TIA.

Quando si era trattato di prendere posizione sulla qualificazione giuridica del COSAP⁸¹, i giudici di costituzionalità si erano fondati sulla giurisprudenza della Cassazione in materia e ne avevano affermato il carattere non tributario⁸², ritenendo di dover aderire alla ricostruzione fornita dalle decisioni dei giudici di legittimità che «per il numero elevato, la sostanziale identità di contenuto e la funzione nomofilattica dell'organo decidente [,] costituiscono diritto vivente, [e] prospettano una ricostruzione plausibile dell'istituto, non in contrasto con i sopra ricordati criteri elaborati dalla giurisprudenza costituzionale per individuare le entrate tributarie»⁸³.

⁷⁸ Così Corte cass., 17 febbraio 2012, n. 2320, reperibile sul sito internet http://www.fiscoediritto.it/?page_id=10417; 9 marzo 2012, n. 3756, in *Rivista di giurisprudenza tributaria*, 2012, n. 5, p. 373 ss.; nonché 2 marzo 2012, n. 3294, in *Rivista di giurisprudenza tributaria*, 2012, n. 5, p. 373 ss.; e 15 novembre 2011, n. 25929, le quali hanno escluso l'assoggettamento ad IVA della tariffa.

⁷⁹ Corte cass., SS.UU., ordinanze 22 maggio 2012, nn. 9598, 9599, 95600, *cit. supra*, nota 39.

⁸⁰ Corte cass., SS.UU., ordinanza 21 giugno 2010, n. 14903, *cit. supra*, nota 76.

⁸¹ Si veda la già richiamata Corte cost. 10 marzo 2008, n. 64, *supra*, nota 50.

⁸² Corte cass., SS.UU., 7 dicembre 2007, n. 25551; 5 giugno 2007, n. 13902; 25 gennaio 2007, n. 1611; 25 maggio 2006, n. 14864; 21 gennaio 2005, n. 1239; 5 marzo 2004, n. 5462, *cit. supra*, nota 54; 19 agosto 2003, n. 12167.

⁸³ Corte cost. 10 marzo 2008, n. 64, *cit. supra*, nota 50, punto 2.2 di parte motiva.

Nel momento in cui la Corte costituzionale è stata chiamata a prendere posizione sulla qualificazione giuridica della TIA, questa ha preliminarmente preso atto che non era individuabile, allo stato, un'univoca giurisprudenza di legittimità sulla natura di tale tariffa, ma ha ritenuto tuttavia, che l'orientamento maggiormente attestato fosse quello che propugnava la tesi della natura tributaria⁸⁴.

In realtà, senza voler negare l'esistenza di pronunce divergenti nella giurisprudenza della Cassazione, tuttavia non sembra che la tesi della natura tributaria della TIA fosse maggiormente attestata. Al contrario, da tale giurisprudenza si evince che la Cassazione ha sempre mostrato maggiore adesione all'orientamento opposto. Quelle pronunce che avevano affermato la natura tributaria della TIA erano state indotte dall'intervento *medio tempore* realizzato dal legislatore nel modificare la norma sulla giurisdizione tributaria⁸⁵ che aveva imposto la soluzione alla fine adottata⁸⁶.

Da tale orientamento, la Cassazione ha successivamente tentato di discostarsi sollevando la questione di legittimità costituzionale⁸⁷ dell'art. 2, comma 2, del dlgo n. 546/1992, come modificato dall'art. 3 *bis*, comma 1, lett. b., d.l. n. 203/2005, nella parte in cui devolve alla giurisdizione tributaria le controversie relative alla TIA, facendo leva sulla già pronunciata dichiarazione di incostituzionalità della medesima norma in relazione al COSAP⁸⁸.

Non è da escludere, pertanto, che un più convinto orientamento in ordine alla natura non tributaria della TIA avrebbe potuto determinare un esito diverso nella giurisprudenza della Corte costituzionale, tanto che quest'ultima, nella successiva ordinanza n. 64/2010, pur dichiarando l'inammissibilità della questione sollevata dalla Cassazione con l'ordinanza n. 13894/2009, ha aggiunto che «al riguardo, i rimettenti non hanno prospettato, nel merito, argomentazioni e profili diversi rispetto a quelli già esaminati da questa Corte con la citata sentenza [n. 238/2009] o comunque idonei ad indurre ad una differente pronuncia sulle sollevate questioni di legittimità costituzionale».

In ogni caso, sulla ricostruzione avallata dalla Corte costituzionale devono farsi alcune osservazioni. La Consulta ha fondato il proprio orientamento sull'asserita somiglianza di disciplina tra la TARSU e la TIA 1. In realtà, gli elementi su cui viene fondata tale comunanza sarebbero riscontrabili anche nella TIA 2. Non pare infatti che sia mutato il criterio di imputazione della tariffa; la base di calcolo e gli altri aspetti essenziali della pretesa patrimoniale.

⁸⁴ Corte cost. 16 luglio 2009, n. 238, *cit. supra*, nota 66, punto 7.2.2.

⁸⁵ Corte cass., SS.UU., ordinanza 15 giugno 2009, n. 13894, *cit. supra*, nota 45, 6° capoverso di parte motiva.

⁸⁶ Corte cass., 8 marzo 2006, n. 4895, *cit. supra*, nota 42.

⁸⁷ Corte cass., SS.UU., ordinanza 15 giugno 2009, n. 13894, *cit. supra*, nota 45.

⁸⁸ Corte cost. 10 marzo 2008, n. 64, *cit. supra*, nota 50.

Ne deriva che non possono essere questi gli elementi sulla base dei quali verificare l'assimilabilità o meno della TARSU rispetto alla TIA 1 e alla TIA 2.

D'altra parte, la stessa Corte costituzionale ha affermato che «ove sia stata accertata la natura non tributaria della materia attribuita alla cognizione dei giudici tributari, si deve affermare l'illegittimità costituzionale di detta attribuzione (...) [N]on sarebbe sufficiente, al fine di negare lo "snaturamento" della materia attribuita alla giurisdizione tributaria, affermare che le controverse relative ad alcuni particolari canoni, pur non avendo natura tributaria, sono legittimamente attribuite alla cognizione delle commissioni tributarie per la sola ragione che il fatto generatore delle suddette prestazioni patrimoniali è simile al presupposto che, in passato, avevano avuto alcuni tributi»⁸⁹.

Anche il *nomen iuris* della TIA, definita appunto in termini di tariffa o di corrispettivo, se da un lato è stato ritenuto irrilevante ai fini della qualificazione giuridica della stessa⁹⁰; dall'altro è stato rilevato che il termine «corrispettivo» non compare nella disciplina relativa alla TIA 1, ma solo con riferimento alla successiva TIA 2⁹¹.

Il fatto che il legislatore abbia ommesso di definire in termini di corrispettivo l'obbligazione patrimoniale a carico dell'utente del servizio, non significa che non sia possibile affermarne la natura di corrispettivo sulla base della natura sostanziale della predetta obbligazione. Anzi, si può ben sostenere che il legislatore, con riferimento alla TIA 2, abbia espressamente utilizzato il concetto di corrispettivo proprio per fornire una chiara lettura della disciplina che ha istituito la tariffa di igiene ambientale (TIA 1), rispetto alla quale la tariffa integrata ambientale (TIA 2) si pone in stretta continuità, e dunque per fugare i dubbi interpretativi che erano insorti.

In realtà la forte somiglianza propugnata dalla Corte costituzionale tra la TARSU e la TIA 1 è da essa stessa smentita laddove rileva la diversità di gettito tra le due forme di prelievo: «L'unica sostanziale differenza (...) tra i due prelievi si riduce al fatto che, mentre per la TARSU il gettito deve corrispondere ad un ammontare compreso tra l'intero costo del servizio ed un minimo costituito da una percentuale di tale costo (...); per la TIA il gettito deve, invece, assicurare sempre l'integrale copertura del costo dei servizi»⁹².

È evidente che la TIA 1 non possa dirsi più vicina alla TARSU, di quanto non lo sia invece rispetto alla TIA 2. Ciò che davvero cambia tra il regime TARSU e quello TIA (sia 1 che 2) è, in prima battuta, la titolarità nella gestione del servizio che dall'Ente pubblico passa a quello privato (o viene gestito sempre dall'Ente pubblico, ma, usando le parole della Corte costituzio-

⁸⁹ Corte cost. 10 marzo 2008, n. 64, in *Guri* del 3 marzo 2010.

⁹⁰ Corte costituzionale 16 luglio 2009, n. 238, *cit. supra*, nota 66, punto 7.2.2.

⁹¹ *Ibidem*.

⁹² *Ivi*, punto 7.2.3.4.

nale, in regime di privativa⁹³). Si è aperta la strada alla privatizzazione del servizio, senza che ciò abbia comportato alcun mutamento del presupposto dal quale scaturisce il rapporto obbligatorio⁹⁴.

Deve, pertanto, trovare conferma il dato per cui si può rintracciare la più significativa differenza tra TARSU e TIA proprio nella filosofia di fondo della tariffa rispetto alla tassa. La prima si caratterizza per una connotazione marcatamente imprenditoriale del servizio, indirizzando, da un lato, gli Enti locali ad una attività gestionale complessa, di tipo manageriale; dall'altro, gli utenti ad una maggior responsabilizzazione in quanto pagano esattamente per quello che producono e per quanto usufruiscono del servizio, conformemente al principio «chi inquina paga».

Come costruita, la disciplina delinea un quadro normativo avente ad oggetto un'attività di tipo imprenditoriale che, seppur soggetta ai controlli e alle autorizzazioni della pubblica amministrazione, presenta tutti i connotati di un'attività economica svolta in regime di privativa⁹⁵.

La natura imprenditoriale del servizio, e la conseguente necessaria natura di corrispettivo della TIA (1 e 2), è imposta peraltro dall'obbligo di copertura integrale dei costi. Anche di questo dato la Corte costituzionale è ben consapevole⁹⁶.

In un quadro del genere non potrebbe parlarsi di tassa. Questa viene definita come imposizione tributaria volta alla copertura (non integrale) di servizi ritenuti di interesse pubblico. Proprio al fine di favorire il godimento di tali servizi, l'entità della tassa è volutamente contenuta e non presuppone la copertura integrale del costo. L'ente pubblico, erogatore del servizio, provvede alla copertura dei costi facendo ricorso ad altre entrate tributarie che nulla hanno a che vedere con il servizio. Manca quindi quel rapporto di sinallagmaticità tra servizio reso e costo del servizio stesso.

In tutti i casi in cui l'erogazione di un servizio pubblico sia subordinato al pagamento di una tassa, si viene a creare una correlazione, uno scambio di utilità. In queste ipotesi la tassa, a differenza dell'imposta, assume la connotazione di prestazione corrispettiva e non contributiva. Anche qui la fonte delle rispettive prestazioni, nonostante la natura pubblicistica dell'ente erogatore, si ravvisa in un rapporto corrispettivo. Tuttavia manca una perfetta corrispon-

⁹³ Così Corte cost. 16 luglio 2009, n. 238, *cit. supra*, nota 66, punto 6.1.3.

⁹⁴ Così l'art. 21, comma 1, dlgo n. 22/1997.

⁹⁵ Valga in proposito il richiamo, a titolo esemplificativo, all'art. 25 dlgo n. 22/1997, che disciplina gli accordi di programma tra il Ministero dell'ambiente, gli enti pubblici e le imprese maggiormente presenti sul mercato; l'art. 28, che disciplina l'attività di autorizzazione all'esercizio delle operazioni di smaltimento e recupero; nonché l'art. 30, che regola l'albo nazionale delle imprese che effettuano la gestione dei rifiuti.

⁹⁶ Corte costituzionale 16 luglio 2009, n. 238, *loc. cit.*

denza, dal punto di visto economico, tra servizio reso (in termini di quantità) e obbligazione pecuniaria⁹⁷.

Quando invece la normativa disegna un quadro in cui il servizio viene affidato a un ente (pubblico o privato) che agisce in regime di privativa e il prezzo del servizio viene calcolato in funzione del costo, mirando alla copertura integrale dello stesso, del concetto di tassa non rimane più nulla. Essa viene sostituita con una tariffa che costituisce il corrispettivo (il prezzo) del servizio.

Il fatto che la tariffa sia, per espressa previsione normativa, composta da una quota fissa, determinata in relazione alle componenti essenziali del costo del servizio, e da una quota variabile, rapportata alla quantità di rifiuti conferiti, al servizio fornito e all'entità dei costi di gestione, così da assicurare la copertura totale del costo del servizio, ne conferma la natura di corrispettivo e rappresenta una differenza sostanziale con la tassa.

Secondo l'orientamento delineato dalle Sezioni Unite della Corte di cassazione, il legislatore, nello scegliere le modalità di copertura degli oneri economici derivanti da un servizio pubblico, può sia ricorrere a una tassa sia utilizzare altri moduli estranei al regime fiscale in un'ottica più moderna di defiscalizzazione di taluni prelievi e della loro sostituzione con tariffe, canoni o prezzi pubblici. Ove il legislatore, nell'esercizio della propria discrezionalità, opti per un modulo di copertura finanziaria dei costi del servizio diverso rispetto a quello tipico della tassa (quello a mezzo delle entrate extratributarie), l'entrata non può essere definita tributaria⁹⁸.

Alla luce di quanto detto, la sostanziale differenza tra la TARSU e la TIA 1 si rintraccia proprio nell'elemento della copertura (integrale o non integrale) del costo del servizio.

In realtà, la stessa TARSU era stata configurata dal legislatore in termini di tariffa⁹⁹. Tuttavia, a differenza della TIA, per la TARSU, compatibilmente con le logiche delle prestazioni patrimoniali imposte, era espressamente previsto, all'art. 61 che il gettito potesse scendere fino al 70% del costo (e in alcuni casi anche fino al 50%).

Quest'ultima non poteva certamente dirsi in sintonia con l'obiettivo della copertura integrale del costo, legislativamente imposto anche alla luce del principio «chi inquina paga». Al contrario, trattandosi di una prestazione dovuta a titolo di tassa, il legislatore aveva aperto ai Comuni la possibilità di rendere il servizio senza caricarne il costo integralmente sull'utente dello stesso¹⁰⁰.

⁹⁷ P. RUSSO, *Manuale di diritto tributario*, Milano, Giuffrè, 2002, pp. 16-23. Si veda Corte cass., 7 dicembre 2007, n. 25551, punto 7, *cit. supra*, nota 54.

⁹⁸ Corte cass., 7 dicembre 2007, n. 25551, *cit. supra*, nota 54, specificamente punti 8 e 9.

⁹⁹ A tenore dell'art. 58 dlgo n. 507/1993, la tassa istituita dai Comuni doveva essere applicata «in base a tariffa».

¹⁰⁰ Sulla vasta dottrina in argomento si vedano, tra gli altri, M. BELLESIA - A. PIEROBON, *Pensare ad un nuovo metodo di calcolo (e di applicazione) della tariffa per la gestione dei rifiuti*, in

In una prima parziale conclusione può pertanto ritenersi che la tariffa di igiene ambientale, sia per la *ratio* ispiratrice della disciplina che la introduce sia per il suo concreto atteggiarsi rispetto alla previgente tassa per lo smaltimento dei rifiuti, denoti una natura evidentemente privatistica e non tributaria.

D'altra parte, non potrebbe richiamarsi in senso contrario la logica della fiscalità ecologica (o leva fiscale in materia ambientale). Questo strumento, come già anticipato¹⁰¹, si pone come correttivo del mercato e ha lo scopo di far internalizzare i costi dell'inquinamento dall'impresa che produce inquinamento, determinando evidenti ricadute nella politica dei prezzi che si risolvono nello spostamento dell'onere economico determinato dall'inquinamento in capo al consumatore finale che acquista il bene o servizio "inquinante".

4. La qualificazione giuridica della tariffa di igiene ambientale alla luce del quadro giuridico dell'Unione europea in materia ambientale

Preso atto che la disciplina interna della TIA offre spunti non trascurabili per ritenere che essa abbia una natura non tributaria, il quadro giuridico si arricchisce di ulteriori elementi normativi, se si allarga l'angolo di visuale anche alla normativa dell'Unione europea, a cui si è accennato all'inizio del

Azienditalia, 2011, p. 361 ss.; S. CAPACCI, *Tariffa rifiuti: quadro di riferimento e natura giuridica alla luce della sentenza della Corte Costituzionale n. 238/2009*, in *Appalti e contratti*, 2009, n. 10, p. 72 ss.; F. CASTOLDI, *La natura della tariffa di igiene ambientale tra incertezze giurisprudenziali interne e la ancor fioca luce del "faro" comunitario*, in *Riv. giur. ambiente*, 2009, p. 716 ss.; A. CEPARULO, *Tarsu/tariffa: novità legislative e prospettive comunitarie*, in *Tributi locali e regionali*, 2009, p. 145 ss.; R. DE ROSE - T. PALLAVICINI, *"Chi inquina paga" e Tariffa rifiuti: le direttive Ue e l'attuazione nazionale*, in *Rifiuti*, 2009, n. 8-9, p. 5 ss.; M. FOCAGNOLO, *Passaggio da Tarsu a Tia ed ibrido tariffario: quali prospettive per il 2010?*, in *Finanza locale*, 2009, n. 7-8, p. 50 ss.; L. FRIGERIO, *Tariffa per la gestione dei rifiuti urbani*, in *Riv. giur. ambiente*, 2012, p. 431 ss.; F. GAVIOLI, *Tariffa Integrata Ambientale: al via i rimborsi IVA*, in *Pratica fiscale e professionale*, 2012, n. 15, p. 36 ss.; M. GREGGI, *La tariffa di igiene ambientale al vaglio della consulta*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2010, p. 3 ss.; S. LA ROCCA, *Nuovi spunti e riflessioni in ordine alla TIA tra la tariffa di igiene ambientale e la tariffa integrata ambientale*, in *Bollettino tributario d'informazione*, 2011, p. 423 ss.; G. LA TORRE, *La natura tributaria della Tariffa di igiene ambientale*, in *Amministrazione italiana*, 2009, p. 1273 ss.; L. LOVECCHIO, *Tariffa di igiene ambientale: per la Cassazione, niente IVA*, in *Ambiente e sicurezza*, 2000, n. 12, p. 22 ss.; L. MARZULLO, *Assoggettabili a Iva la tariffa di igiene ambientale e la tariffa integrata ambientale ma non la Tarsu*, in *Fisco*, Parte 1, 2011, p. 7635 ss.; M. MEDUGNO, *Dalla tassa alla tariffa*, in *Nuova rassegna di legislazione dottrina e giurisprudenza*, 2009, p. 1926 ss.; L. MERCATI, *La natura giuridica della tariffa di igiene ambientale*, in *Rivista giuridica del Mezzogiorno*, 2011, p. 801 ss.; C. MIGNONE, *Gestione del servizio pubblico e natura della tariffa di igiene ambientale*, in *Quaderni regionali*, 2010, p. 441 ss.; G. MONTACCINI - L. MONTACCINI - R. DEL FIACCO, *La natura della tariffa rifiuti e l'applicazione dell'imposta sul valore aggiunto*, in *Tributi locali e regionali*, 2009, p. 400; A. MURATORI, *Obblighi tariffari per la depurazione delle acque reflue ... in assenza di depurazione: fra incostituzionalità e rispetto dei principi ambientali*, in *Ambiente e sviluppo*, 2009, p. 446 ss.; A. PIEROBON, *Il punto sulla tariffa per la gestione pubblica dei rifiuti*, in *Azienditalia*, 2011, p. 1 ss.; E. RIGHI, *Tariffa sui rifiuti solidi tra equivoci, dispute e ritardi*, in *Bollettino tributario d'informazione*, 2011, p. 1438 ss.; S. TROVATO, *Tariffa di igiene ambientale: natura giuridica*, in *Settimanale fiscale*, 2010, n. 12, p. 27 ss.

¹⁰¹ Vedi *supra*, par. 1.

presente lavoro¹⁰². Infatti la materia ambientale è una tra quelle in cui l'Unione europea ha competenza concorrente con quella degli Stati membri.

Premesso che gli Stati membri sono «determinati a promuovere il progresso economico e sociale dei loro popoli, tenendo conto del principio dello sviluppo sostenibile nel contesto della realizzazione del mercato interno e del rafforzamento della coesione e della protezione dell'ambiente»¹⁰³, la competenza dell'Unione si fonda sugli artt. 3, par. 3, TUE; 21, par. 2, TUE¹⁰⁴; 4, par. 1 e 2, lett. e.; sugli artt. 191 e 192 TFUE¹⁰⁵, e si ispira al, più volte richiamato, principio «chi inquina paga».

Con specifico riferimento alle direttive n. 91/156/Cee *sui rifiuti*, n. 91/689/Cee *sui rifiuti pericolosi* e n. 94/62/Ce *sugli imballaggi e sui rifiuti di imballaggio*, recepite in Italia con il dlgs n. 22/1997, essa è stata individuata nell'art. 100 A TCE¹⁰⁶ (corrispondente all'attuale art. 114 TFUE) e nell'art. 130 S TCE¹⁰⁷ (oggi confluito nell'art. 192 TFUE).

L'art. 114 stabilisce che per l'instaurazione e il funzionamento del mercato interno, «[i]l Parlamento europeo e il Consiglio, deliberando secondo la procedura legislativa ordinaria e previa consultazione del Comitato economico e sociale, adottano le misure relative al ravvicinamento delle disposizioni legislative, regolamentari ed amministrative degli Stati membri che hanno per oggetto l'instaurazione ed il funzionamento del mercato interno»¹⁰⁸. Tale disposizione, tuttavia, non si applica alle disposizioni avente carattere fiscale¹⁰⁹.

Dal canto suo, l'art. 192 TFUE individua nella procedura legislativa ordinaria il procedimento da seguirsi per realizzare gli obiettivi previsti dall'art. 191 TFUE (ovvero in materia di politica ambientale)¹¹⁰. La norma, peraltro, prevede, in relazione a particolari tipi di misure, una procedura legislativa speciale¹¹¹, ma fa salvo l'art. 114 TFUE, ovvero fa salva la procedura legislativa ordinaria per la realizzazione degli obiettivi previsti dall'art. 26 TFUE¹¹², nonché per l'adozione delle «misure relative al ravvicinamento delle disposizioni legislative, regolamentari ed amministrative degli Stati membri che hanno per oggetto l'instaurazione ed il funzionamento del mercato interno».

Dalle richiamate norme emerge chiaramente che la disciplina ambientale,

¹⁰² Vedi *supra*, par. 1.

¹⁰³ Preambolo TUE.

¹⁰⁴ Con riferimento all'azione esterna dell'Unione; specificamente le lett. d. ed f.

¹⁰⁵ Non meno rilevanti, a tal proposito, risultano anche gli artt. 11 e 194 TFUE.

¹⁰⁶ Così la direttiva n. 94/62/Ce.

¹⁰⁷ Così la direttiva n. 91/156/Cee e la direttiva n. 91/689/Cee.

¹⁰⁸ Par. 1.

¹⁰⁹ Par. 2.

¹¹⁰ Par. 1.

¹¹¹ Al par. 2.

¹¹² Ovvero l'instaurazione e il buon funzionamento del mercato interno.

disegnata dal legislatore europeo nelle direttive in commento, è stata posta in stretta correlazione con le esigenze dell'instaurazione e del funzionamento del mercato interno. Tale angolo di visuale appare coerente con il principio «chi inquina paga» e con la logica di internalizzazione dei costi dell'inquinamento da parte delle imprese inquinanti.

Alla luce di questo dato, e posto che la disciplina italiana in materia di rifiuti è stata adottata per dare attuazione alle direttive sopra citate, la questione della qualificazione giuridica della tariffa di igiene ambientale ci pare che debba essere risolta nel senso della natura non tributaria della stessa e ciò in funzione di una interpretazione compatibile con la disciplina europea.

In particolare, la questione da chiarire è se il servizio di gestione dei rifiuti debba essere svolto in regime di privativa, e quindi determinare l'applicazione di una tariffa; o se invece per la disciplina europea sia indifferente la scelta del regime (pubblicistico o privatistico) di gestione del servizio e, conseguentemente, se lo Stato possa istituire un prelievo (non connotato dal requisito della corrispettività) che abbia la natura di una tassa.

Per rispondere a tale quesito bisogna ricordare, innanzitutto il legame tra la disciplina europea dettata con le direttive e il funzionamento del mercato interno, ispirato, peraltro, al regime della libera concorrenza. Infatti le direttive sono sì finalizzate al ravvicinamento delle legislazioni nazionali in materia ambientale, al fine di garantire la tutela dell'ambiente ma, al contempo, si pongono l'obiettivo di garantire il buon funzionamento del mercato interno. In altri termini, poiché nello spazio dell'Unione è prevista la libera circolazione dei servizi¹¹³, una disciplina armonizzata sulla gestione dei rifiuti è funzionale a garantire parità di trattamento in tutti gli Stati membri tra gli operatori economici che si occupano di gestione dei rifiuti così da preservare il corretto esplicarsi della libera concorrenza.

In quest'ottica, la sottoposizione alle regole della concorrenza¹¹⁴ vale anche per le imprese incaricate della gestione di quei servizi ritenuti di interesse economico generale¹¹⁵. In virtù di questa scelta di regime, l'ordinamento dell'Unione ha imposto, da un lato, il divieto di istituzione (e quindi l'obbligo di soppressione) dei monopoli statali¹¹⁶; dall'altro, il passaggio dal regime dei «servizi pubblici» al regime del c.d. servizio universale, ovvero quell'insieme di servizi minimi aventi una rilevanza generale per la collettività, ma che devono essere soggetti alla disciplina sulla concorrenza; devono essere gestiti da

¹¹³ In tal senso si veda il già richiamato art. 26, par. 2, TFUE.

¹¹⁴ Previste al Titolo VII, Capo I, TFUE. In tema di concorrenza si veda M. MEGLIANI, *Concorrenza e liberalizzazione nel settore dell'informazione e della telecomunicazione*, in N. PARISI - D. RINOLDI (a cura di), *Profili di diritto europeo dell'informazione e della comunicazione*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2007, p. 182 ss.

¹¹⁵ Basti richiamare, in proposito, l'art. 106 TFUE.

¹¹⁶ Pur con alcune deroghe.

enti in regime di privativa e la cui fruizione deve essere garantita a tutti a prezzi accessibili¹¹⁷.

Ne deriva che, anche in considerazione della rilevanza pubblica della tutela ambientale, anche le imprese che si occupano della gestione dei rifiuti devono sottostare alle norme sulla concorrenza.

Questo dato trova conferma non solo nelle già richiamate norme su cui è stata fondata la competenza dell'Unione a emanare le direttive in commento, ma è possibile rintracciare ulteriori riferimenti. Basti, in questa sede, il richiamo al 5° *considerando* della direttiva n. 91/156/Cee; al 1° e al 18° *considerando* della direttiva n. 94/62/Ce; all'art. 1, par. 1, e all'art. 7, par. 1, della direttiva n. 94/62/Ce. A chiudere il quadro basta il richiamo al principio «chi inquina paga», in virtù del quale «il costo dello smaltimento dei rifiuti deve essere sostenuto: dal detentore che consegna i rifiuti ad un raccoglitore o ad una impresa di cui all'articolo 9 e/o dai precedenti detentori o dal produttore del prodotto causa dei rifiuti»¹¹⁸.

Tutti questi elementi testimoniano che l'attività di gestione dei rifiuti debba essere svolta in regime di impresa, al fine di procedere all'allocatione ottimale dei costi dell'attività ed evidenziano chiaramente che le direttive in materia di rifiuti hanno voluto imporre, in sintonia con la disciplina sul libero mercato, una gestione economico-manageriale del servizio di smaltimento dei rifiuti. D'altra parte solo così si giustificerebbe il quadro giuridico di permessi e autorizzazioni, disegnato dalle direttive n. 91/156/Cee, n. 91/689/Cee e n. 94/62/Ce, riferito a imprese e stabilimenti¹¹⁹.

La disciplina nazionale in materia di TIA non poteva che conformarsi agli obblighi derivanti dall'ordinamento dell'Unione europea e disegnarne il regime secondo i principi dell'efficienza e dell'economicità nella gestione del servizio.

Da ultimo, va ricordato che l'art. 114, par. 2, TFUE ha escluso il ravvicinamento delle disposizioni legislative, regolamentari ed amministrative degli Stati membri con riferimento alle disposizioni fiscali. Se la materia ambientale avesse natura fiscale, le direttive n. 91/156/Cee, n. 91/689/Cee e n. 94/62/Ce non avrebbero potuto individuare come base normativa gli artt. 114 TFUE e 192 TFUE. Questa seconda disposizione, in particolare, pur preve-

¹¹⁷ In argomento si vedano, tra i tanti, A. ARENA, *La nozione di servizio pubblico nel diritto dell'integrazione economica. La specificità del modello sovranazionale europeo*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2011; E. CIAMPANI, *Telecomunicazioni e servizio pubblico*, in N. PARISI - D. RINOLDI (a cura di), *Profili di diritto europeo*, cit. supra, nota 114, p. 212 ss.; M. CLARICH, *Servizio pubblico e servizio universale: evoluzione normativa e profili ricostruttivi*, in *Diritto pubblico*, 1998, p. 181 ss.; V. GASPARINI CASARI, *Il servizio universale*, in *Diritto dell'economia*, 2000, p. 263 ss.; L. SOLIMENE, *Servizio universale, liberalizzazione dei mercati e regolamentazione dei servizi di pubblica utilità*, in *Economia pubblica*, 2002, n. 2, p. 5 ss.

¹¹⁸ Art. 15 della direttiva n. 91/156/Cee, cit. supra, nota 5.

¹¹⁹ Basti il richiamo al 10° *considerando* della direttiva n. 91/156/Cee, loc. cit.

dendo in via derogatoria la possibilità di adottare disposizioni aventi principalmente natura fiscale, fa salvo l'art. 114¹²⁰.

Infine, un dato inequivocabile della tendenza dell'Unione ad applicare la logica del mercato alla materia ambientale, può essere rintracciato nella direttiva n. 2012/19/UE al 23° *considerando*, dove si legge: «Gli Stati membri dovrebbero incoraggiare i produttori ad assumersi la piena responsabilità per la raccolta dei RAEE (...) per trasferire il costo della raccolta di tali rifiuti dai contribuenti ai consumatori di AEE, conformemente al principio "chi inquina paga"».

5. La sentenza pregiudiziale della Corte di giustizia dell'Unione europea nel caso *Futura Immobiliare srl Hotel Futura e altri c. Comune di Casoria*

Un elemento di rottura nella ricostruzione giuridica qui sostenuta, sembra essere apportato da una pronuncia della Corte di giustizia dell'Unione europea chiamata a pronunciarsi in via pregiudiziale sull'interpretazione dell'art. 15, lett. *a.*, della direttiva n. 2006/12/CE e, in particolare, del principio «chi inquina paga»¹²¹.

Il TAR Campania¹²², ritenendo che il principio «chi inquina paga» fosse compatibile con una tariffa e non con una tassa, essendo funzionale a una precisa imputazione dei costi, rilevava una «incompatibilità logica» tra il principio «comunitario» e la tassa sui rifiuti¹²³. Chiedeva, pertanto, alla Corte di giustizia se fosse compatibile con l'art. 15 della direttiva n. 75/442/CEE, e con il principio «chi inquina paga», il dlgs n. 507/1993, e le norme transitorie che ne hanno prolungato la vigenza, «procrastinando l'introduzione di un sistema tariffario nel quale il costo del servizio sia sostenuto dai soggetti che producono e conferiscono i rifiuti».

La questione nasceva da una controversia giudiziaria in cui alcune società alberghiere lamentavano che la tassa sui rifiuti applicata alle attività alberghiere fosse sproporzionata rispetto a quella prevista per le abitazioni private e che la stessa venisse parametrata non sull'effettiva produzione di rifiuti, bensì sulla capacità reddituale dell'attività economica, tanto che rispetto alle private abitazioni, la tassa applicata alle attività alberghiere raggiungeva importi da otto a nove volte superiori.

Secondo le conclusioni dell'Avvocato Generale, il principio «chi inquina paga», sancito dall'art. 15 della direttiva n. 2006/12/CE, dovrebbe essere in-

¹²⁰ Art. 192, par. 2, lett. *a.*, TFUE.

¹²¹ Sentenza della Corte di giustizia del 16 luglio 2009 in causa n. C-254/08, in *Raccolta*, 2009, I, p. 6995.

¹²² Ordinanza del 19 marzo 2008, n. 487.

¹²³ La controversia verteva in materia di TARSU.

terpretato nel senso che «esso osta a normative nazionali che impongono ai singoli costi manifestamente inadeguati per lo smaltimento dei rifiuti per il fatto che essi non dimostrano un legame sufficientemente ragionevole con la produzione dei rifiuti»¹²⁴. Ciò in quanto il richiamato principio sarebbe inteso a imputare i costi a carico del responsabile dell'inquinamento. Pertanto l'obbligo di pagamento per lo smaltimento dei rifiuti si giustificerebbe solo se il soggetto chiamato al pagamento abbia contribuito all'inquinamento¹²⁵.

Tuttavia, l'esatta applicazione del principio così inteso si scontra con la difficoltà di procedere a una quantificazione precisa dei rifiuti prodotti. Esso viene quindi applicato con una certa elasticità¹²⁶.

Nel caso della TARSU, l'importo dovuto veniva calcolato sulla base dell'estensione dei locali utilizzati e delle aree scoperte, nonché sul coefficiente di produttività quantitativa stimato per il tipo di uso. Questi due coefficienti, pur se non misurano la quantità di rifiuti concretamente prodotta, tuttavia «ponderando i vantaggi e gli svantaggi di un'imputazione più esatta dei costi»¹²⁷.

Distonico rispetto a questo quadro apparirebbe invece il criterio della capacità di reddito, il quale sarebbe manifestamente inidoneo ad attuare il principio «chi inquina paga»¹²⁸.

La Corte di giustizia, preso atto che l'art. 15, lett. *a.*, della direttiva n. 2006/12/Ce stabilisce che, conformemente al principio «chi inquina paga», il costo dello smaltimento dei rifiuti deve essere sostenuto dai detentori dei medesimi, ha sancito che gli Stati membri sono tenuti a garantire che, in linea di principio, tutti gli utenti del servizio sopportino collettivamente il costo globale dello smaltimento dei rifiuti¹²⁹. Tuttavia, allo stato attuale del diritto comunitario, non vi sarebbe alcuna normativa che imponga agli Stati membri un metodo preciso in ordine al finanziamento del costo dello smaltimento dei rifiuti urbani¹³⁰. Inoltre, esisterebbe una oggettiva difficoltà a determinare il vo-

¹²⁴ Conclusioni dell'Avvocato Generale del 23 aprile 2009 in causa n. C-254/08, in *Raccolta*, 2009, I, p. 6997, punto 70.

¹²⁵ *Ivi*, punti 32-33. In quest'ottica, la Corte di giustizia ha ritenuto incompatibile con il principio «chi inquina paga» la possibilità per i soggetti coinvolti nella produzione di rifiuti di sottrarsi ai loro obblighi finanziari (sentenza 24 giugno 2008 in causa n. C-188/07, in *Raccolta*, 2008, I, p. 4501, punto 80); ed ha stabilito che nessuno dovrebbe essere obbligato ad addossarsi oneri legati all'eliminazione di un inquinamento al quale non ha contribuito (sentenza 29 aprile 1999 in causa n. C-293/97, in *Raccolta*, 1999, I, p. 2603, punto 52).

¹²⁶ Conclusioni dell'Avvocato Generale del 23 aprile 2009 in causa n. C-254/08, *loc. cit.*, punto 52. Anche nella giurisprudenza della Corte di giustizia si rileva una certa flessibilità nell'applicazione del principio «chi inquina paga». Così Corte di giustizia in causa n. C-188/07 e causa n. C-293/97, entrambe *loc. cit.*

¹²⁷ Conclusioni dell'Avvocato Generale del 23 aprile 2009 in causa n. C-254/08, *loc. cit.*, punto 62.

¹²⁸ *Ivi*, punto 67.

¹²⁹ Sentenza della Corte di giustizia del 16 luglio 2009 in causa n. C-254/08, *cit. supra*, nota 121, punto 46.

¹³⁰ *Ivi*, punto 48.

lume esatto dei rifiuti prodotti da ogni singolo utente¹³¹. Conseguentemente, il ricorso a criteri presuntivi di calcolo dei costi di smaltimento dei rifiuti in capo a ciascun utente non potrebbe essere considerato contrastante con l'art. 15, lett. *a.*, della direttiva n. 2006/12/Ce¹³².

In conclusione, i giudici di Lussemburgo hanno dichiarato che il principio «chi inquina paga» «dev'essere interpretato nel senso che, allo stato attuale del diritto comunitario, esso non osta ad una normativa nazionale che disponga la riscossione (...) di una tassa calcolata sulla base di una stima del volume di rifiuti generato dagli utenti di tale servizio e non sulla base del quantitativo di rifiuti da essi effettivamente prodotto e conferito».

Tuttavia, la Corte si è preoccupata di precisare che, in ogni caso, spetta al giudice nazionale accertare se la tassa comporti che taluni "detentori" si facciano carico di costi manifestamente non commisurati ai volumi o alla natura dei rifiuti da essi producibili.

Come preannunciato, questa statuizione della Corte di giustizia sembrerebbe apportare un elemento di rottura rispetto alla tesi della natura non tributaria della TIA. Se la normativa dell'Unione non impedisce che il finanziamento del servizio di gestione dei rifiuti sia garantito attraverso l'imposizione di una tassa, non vi sarebbero più ostacoli alla qualificazione tributaria della TIA.

Tuttavia la domanda pregiudiziale avanzata ai giudici europei sembra una questione mal posta. Essa ha portato a dire soltanto che, allo stato attuale del diritto dell'Unione, il principio «chi inquina paga» non può essere inteso nel senso che sia necessario procedere a una quantificazione esatta dei rifiuti prodotti da ciascuno, al fine di addossargliene i costi, essendo compatibile con il predetto principio anche il ricorso a criteri di calcolo presuntivi.

Letta la questione in questi termini, sembrerebbe che la differenza, a livello dell'ordinamento italiano, tra la tassa e la tariffa sia legata alle diverse modalità di calcolo del prelievo. Sarebbe come dire che mentre la TARSU dà attuazione al principio «chi inquina paga» con un sistema di calcolo presuntivo, una tariffa di diritto privato darebbe attuazione al principio «comunitario» con una quantificazione effettiva dei rifiuti prodotti. Entrambe sarebbero compatibili con la disciplina europea.

È evidente che così non è. In primo luogo perché le difficoltà di quantificare esattamente i rifiuti prodotti da ciascuno è un dato fattuale che vale sia per la TARSU che per la TIA (1 e 2). In secondo luogo perché tutte le forme di prelievo finora praticate dalla normativa italiana (TARSU, TIA 1 e TIA 2) si fondano tutti su criteri di calcolo presuntivi.

¹³¹ *Ivi*, punto 49.

¹³² *Ivi*, punto 51.

L'errore in cui è incorsa la Corte di giustizia¹³³ è stato quello di valutare formalmente la compatibilità della tassa sui rifiuti con il principio «chi inquina paga», ma, nella sostanza di aver valutato la compatibilità con il principio «comunitario» di un metodo di calcolo (quello presuntivo) che non è elemento distintivo della tassa (come intesa nell'ordinamento italiano), ma che anzi caratterizza allo stesso modo non solo la TIA 1, ma soprattutto la TIA 2 rispetto alla quale è stata esclusa la natura tributaria.

È altamente probabile che se alla Corte di giustizia fossero state poste le questioni della non assoggettabilità della tassa (ma anche della TIA 1) all'ambito di applicazione dell'IIVA o la compatibilità della disciplina della TARSU laddove è previsto che il gettito complessivo della tassa può scendere fino al 70% (e, in certi casi, al 50%) del costo del servizio¹³⁴, la soluzione seguita dai giudici europei sarebbe stata diversa.

6. Conclusioni

Il quadro tracciato depone chiaramente nel senso di ritenere che la gestione dei rifiuti, nel sistema del mercato unico, debba essere effettuata in regime di privativa e che il costo dell'inquinamento, in applicazione del principio «chi inquina paga», debba essere imputato al produttore dei rifiuti.

La qualificazione tributaria della TIA sembra porsi in contrasto con la *ratio* stessa della disciplina europea in materia ambientale.

In una situazione del genere, viene in rilievo la questione della valenza della normativa dell'Unione europea nell'ordinamento italiano e, in particolare, il principio del primato del diritto dell'Unione sul diritto interno, come sancito dalla Corte di giustizia¹³⁵.

Anche la Corte costituzionale si è allineata alla giurisprudenza della Corte di giustizia riconoscendo il primato del diritto dell'Unione europea e sancendo la diretta disapplicabilità delle norme interne contrastanti con le norme

¹³³ Errore determinato dal modo in cui la questione è stata posta.

¹³⁴ Art. 61 del dlgs n. 507/1993, *cit. supra*, nota 6.

¹³⁵ Sentenza della Corte di giustizia del 14 giugno 2012 in causa n. C-606/10, punti 73-76 non ancora pubblicata nella *Raccolta*. Si vedano anche sentenze 9 marzo 1978 in causa n. 106/77, in *Raccolta*, 1978, p. 629, punto 17; 19 giugno 1990 in causa n. C-213/89, in *Raccolta*, 1990, I, p. 2433, punto 18; 8 settembre 2010 in causa n. C-409/06, in *Raccolta*, 2010, I, p. 8015, punto 53; 18 luglio 2007 in causa n. C-119/05, in *Raccolta*, 2007, I, p. 6199, punto 61; 29 aprile 1999 in causa n. C-224/97, in *Raccolta*, 1999, I, p. 2517, punti 30 e 31. In dottrina, si vedano, tra i tanti, R. ADAM - A. TIZZANO, *Lineamenti di diritto dell'Unione Europea*, Torino, Giappichelli, 2010; T. BALLARINO, *Diritto dell'Unione europea*, Padova, Cedam, 2010; L. DANIELE, *Diritto dell'Unione europea. Sistema istituzionale*, Milano, Giuffrè, 2010; U. DRAETTA, *Elementi di diritto dell'Unione Europea. Parte istituzionale*, Milano, Giuffrè, 2009; P. FALZEA - A. SPADARO - L. VENTURA, *La Corte costituzionale e le Corti d'Europa*, Torino, Giappichelli, 2003; F. POCAR, *Diritto dell'Unione europea*, Milano, Giuffrè, 2010; D. RINOLDI, *L'ordine pubblico europeo*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2005; N. ZANON, *Le corti dell'integrazione europea e la corte costituzionale italiana*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 2006.

europee¹³⁶. In virtù del principio del primato, la norma europea, secondo l'interpretazione che ne viene data dalla Corte di giustizia, nell'ordinamento italiano riveste un rango costituzionale e prevale sulle norme ordinarie interne.

Di tutto quanto predetto è ben consapevole il legislatore italiano, il quale all'atto di emanare il dlgs n. 22/1997 istitutivo della TIA, ha espressamente premesso che «lo Stato italiano si è assunto il dovere di recepire nell'ordinamento interno le direttive dell'Unione Europea e che, per effetto degli articoli 10 e 11 della Costituzione, le norme contenute in dette direttive, se di applicazione incondizionata, prevalgono nei settori di competenza».

In ordine alla materia ambientale, limitatamente agli aspetti esaminati in questa sede, un problema di contrasto tra normativa interna e normativa europea non sembra porsi. Il legislatore nazionale sembra aver dato adeguato seguito agli obblighi europei prima con il dlgs n. 22/1997 e poi con il dlgs n. 152/2006. Sarebbe invece l'interpretazione data alla disciplina attuativa interna (con particolare riferimento alla qualificazione tributaria della TIA 1) a porsi in contrasto con la disciplina europea di riferimento.

In una situazione del genere il giudice nazionale potrebbe agevolmente praticare un'interpretazione della norma interna compatibile con la normativa europea¹³⁷. Non appare, infatti, necessario il ricorso allo strumento della disapplicazione della norma interna incompatibile o, addirittura, allo strumento dell'incidente di costituzionalità per violazione degli artt. 11 e 117 Cost.

Tuttavia, la strada dell'interpretazione conforme, allo stato attuale, appare difficilmente praticabile senza un intervento chiarificatore della Corte di giustizia che con la sentenza *Futura Immobiliare* non ha avuto modo di chiarire i termini della questione.

Vi sarebbe anche un ostacolo interno che preclude la possibilità per il giudice di seguire un'interpretazione diversa da quella seguita dalla Cassazione nelle più recenti pronunce. L'art. 382, comma 1, del codice di procedura civile italiano, relativo alla risoluzione delle questioni di giurisdizione da parte della Cassazione, stabilisce che quando la Cassazione decide una que-

¹³⁶ Si vedano, tra le tante, Corte cost. 7 marzo 2011, n. 80; 21 novembre 2011, n. 311; 25 gennaio 2010, n. 28; 22 ottobre 2007, n. 348; 4 luglio 2007, n. 284; 4 luglio 1989, n. 389; 8 giugno 1984, n. 170; nonché 18 dicembre 1973, n. 183, ove, per la prima volta è stata affermata la prevalenza del regolamento nei confronti della legge nazionale.

¹³⁷ Secondo il principio dell'interpretazione conforme sancito dalla Corte di giustizia, la norma nazionale va interpretata dal giudice interno nel senso che le attribuisce un significato conforme alla norma europea. Ciò vale anche per le direttive. In tal senso sentenza della Corte di giustizia del 5 ottobre 2004 in causa n. C-397/01, in *Raccolta*, 2004, I, p. 8835, punto 120.

Va anche richiamato il principio di leale cooperazione sancito all'art. 4, par. 3, TUE. In argomento cfr. sentenza della Corte di giustizia del 15 settembre 2011 in causa n. C-53/10, punti 29 e 30, non ancora pubblicata nella *Raccolta*. Si vedano anche le sentenze 5 ottobre 2004 in cause riunite da n. C-397/01 a n. C-403/01, in *Raccolta*, 2004, I, p. 8835, punto 110; 22 dicembre 2010 in cause riunite da n. C-444/09 a n. C-456/09, in *Raccolta*, 2010, I, p. 14031, punto 72; 13 dicembre 1991 in causa n. C-33/90, in *Raccolta*, 1991, I, p. 5987, punto 24; 16 gennaio 2003 in causa n. C-388/01, in *Raccolta*, 2003, I, p. 721, punto 27.

stione di giurisdizione, determina il giudice competente. Secondo una giurisprudenza consolidata, tale statuizione è definitiva e vincolante per il giudice investito del merito della causa.

Inoltre, con la legge n. 69 del 18 giugno 2009¹³⁸, è stato introdotto all'art. 59 il vincolo per ogni giudice di conformarsi alla pronuncia sulla giurisdizione resa dalle Sezioni Unite della Cassazione anche in un processo diverso da quello in cui è intervenuta la pronuncia.

Così stando le cose, e tenuto conto delle recenti ordinanze della Cassazione che individuano la giurisdizione competente in materia di TIA in quella tributaria, sembrerebbe che il giudice di merito, anche qualora ritenesse l'interpretazione seguita dai giudici di legittimità non conforme alla disciplina europea, non possa discostarsi da tale interpretazione.

Rimarrebbe eventualmente salva la possibilità di disapplicare le norme che regolano le questioni di giurisdizione. Situazione questa tutt'affatto teorica, visto che la Corte di giustizia ha statuito che «il giudice nazionale incaricato di applicare, nell'ambito della propria competenza, le norme del diritto dell'Unione ha l'obbligo di garantire la piena efficacia di tali norme, disapplicando all'occorrenza, di propria iniziativa, qualsiasi disposizione nazionale contrastante» e che «il diritto dell'Unione osta a che un giudice nazionale sia vincolato da una norma di procedura nazionale ai sensi della quale egli debba attenersi alle valutazioni svolte da un giudice nazionale di grado superiore¹³⁹, qualora risulti che le valutazioni svolte dal giudice di grado superiore non sono conformi al diritto dell'Unione, come interpretato dalla Corte»¹⁴⁰.

In definitiva, nonostante la presa di posizione della Cassazione sull'individuazione della giurisdizione competente in materia di tariffa di igiene ambientale, permangono ancora molti dubbi sulla correttezza di tale orientamento e non è da escludere, anzi sarebbe auspicabile, che la Corte di giustizia venisse reinvestita della questione. Non è da scartare nemmeno la possibilità che i giudici di merito, che fino all'emanazione delle tre ordinanze gemelle della Cassazione propugnavano la tesi della natura non tributaria della TIA, in forza della possibilità di disapplicare la norma di procedura che regola le decisioni sulla giurisdizione, avallata da ultimo dalla Corte di giustizia, continuino a dichiarare la giurisdizione del giudice ordinario a scapito di quella del giudice tributario.

Valentina Petralia*

¹³⁸ *Guri* n. 140 del 19 giugno 2009, *suppl. ord.*

¹³⁹ Nel caso di specie si trattava dell'art. 382 del codice di procedura civile italiano.

¹⁴⁰ Sentenza della Corte di giustizia del 20 ottobre 2011 in causa n. C-396/09, non ancora pubblicata nella *Raccolta*.

* Dottore di ricerca in Diritto processuale generale e internazionale / Università degli Studi di Catania.

SINTESI

L'ordinamento italiano ha dato attuazione al principio «chi inquina paga», sancito dal Trattato sul funzionamento dell'Unione europea, con l'istituzione della tariffa di igiene ambientale.

Si tratta di una forma di prelievo economico che tende a garantire la copertura integrale dei costi di gestione dei rifiuti da parte del soggetto che produce rifiuti.

La qualificazione giuridica di tale tariffa è stata una questione controversa in dottrina e giurisprudenza. Si è trattato di verificare se essa avesse natura tributaria o se invece costituisse un mero corrispettivo di diritto privato. La diversa qualificazione ha effetti sull'identificazione della giurisdizione cui competono le controversie aventi ad oggetto la debenza di tale forma di prelievo.

Il contributo, partendo dalla ricostruzione del quadro normativo italiano ed europeo in materia ambientale, analizza la giurisprudenza della Corte di cassazione e della Corte costituzionale in ordine alla qualificazione giuridica della tariffa di igiene ambientale e ne mette in luce gli eventuali aspetti di criticità.

Secondo l'Autore, sia la disciplina interna che quella europea deporrebbero a favore della qualificazione della tariffa come corrispettivo per l'erogazione del servizio ed escluderebbero la possibilità di qualificarla come tributo.

Preso atto che, da ultimo, la giurisprudenza italiana si è assestata sulla tesi della natura tributaria, l'Autore suggerisce i possibili strumenti che potrebbero ancora determinare un mutamento giurisprudenziale.

ABSTRACT

The Italian legal system has implemented the "polluter pays" principle, enshrined in the Treaty on the Functioning of the European Union, with the establishment environmental health tariff.

This is a form of withdrawal which tends to ensure the full coverage of the waste management costs by those who produces waste.

The legal qualification of this tariff has been a controversial issue in doctrine and jurisprudence. This was to determine if it had a fiscal nature or it constitutes a mere payment under the private law. The different qualification implies some consequences on the identification of competent jurisdiction.

The work, starting from the reconstruction of the Italian and European regulatory framework on the environment, analyzes the case law of the Italian Supreme Court and of the Italian Constitutional Court on the legal qualification of the environmental health tariff and highlights the possible critical aspects.

According to the Author, both domestic law and European law foster the qualification rate as payment under private law for the supply of the services and exclude the possibility of qualifying as a tribute.

Finally considering that for the Italian case law the rate is a tribute, the Author suggests the possible tools that could still lead to an important jurisprudential change.

GIURISPRUDENZA COMUNITARIA

I. SENTENZE E COMMENTI

LA CORTE DI GIUSTIZIA DICHIARA INCOMPATIBILI CON IL DIRITTO DELL'UNIONE I PROVVEDIMENTI NAZIONALI CHE PRIVANO I CITTADINI EUROPEI DEL GODIMENTO REALE DEI DIRITTI DISCENDENTI DA TALE *STATUS*

I

Corte di giustizia*

Sentenza dell'8 marzo 2011 in causa n. C-34/09

Gerardo Ruiz Zambrano c. Office national de l'emploi (ONEm)

Art. 267 TFUE - Questione pregiudiziale - Art. 20 TFUE - Cittadinanza dell'Unione - Diritto dei cittadini europei di risiedere sul territorio degli Stati membri - Autonomia del diritto di risiedere rispetto al diritto di circolare - Concessione del diritto di soggiorno al genitore straniero di minori, cittadini europei.

L'art. 20 TFUE dev'essere interpretato nel senso che esso osta a che uno Stato membro, da un lato, neghi al cittadino di uno Stato terzo, che si faccia carico dei propri figli in tenera età, cittadini dell'Unione, il soggiorno nello Stato membro di residenza di questi ultimi, di cui essi abbiano la cittadinanza, e, dall'altro, neghi al medesimo cittadino di uno Stato terzo un permesso di lavoro, qualora decisioni siffatte possano privare detti figli del godimento reale ed effettivo dei diritti connessi allo status di cittadino dell'Unione.

* Le sentenze di seguito riportate sono inedite in *Raccolta*. I testi integrali sono reperibili sul sito internet www.curia.europa.eu. In argomento v. *infra*, p. 467 ss., il commento di EMMANUEL PAGANO.

II

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

Shirley McCarthy c. Secretary of State for the Home Department

Art. 267 TFUE - Questione pregiudiziale - Direttiva n. 2004/38/Ce, artt. 3, n. 1, e 16 - Art. 21 TFUE - Diritto di libera circolazione e soggiorno sul territorio degli Stati membri dei cittadini europei e dei loro familiari - Richiesta di riconoscimento di un diritto di soggiorno al coniuge cittadino di Paese terzo - Diniego - Nozione di «aventi diritto» - Cittadino dell'Unione che non ha mai esercitato il diritto di libera circolazione - Inapplicabilità.

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

2. *L'art. 21 TFUE non è applicabile ad un cittadino dell'Unione che non abbia mai esercitato il proprio diritto di libera circolazione, che abbia sempre soggiornato in uno Stato membro del quale possiede la cittadinanza e che possieda, inoltre, la cittadinanza di un altro Stato membro, purché la situazione di tale cittadino non comporti l'applicazione di misure di uno Stato membro che abbiano l'effetto di privare costui del godimento effettivo del nucleo essenziale dei diritti conferiti dallo status di cittadino dell'Unione ovvero l'effetto di ostacolare l'esercizio del suo diritto di circolare e soggiornare liberamente nel territorio degli Stati membri.*

III

Corte di giustizia**Sentenza del 15 novembre 2011 in causa n. C-256/11**

Murat Dereci, Vishaka Heiml, Alban Kokollari, Izunna Emmanuel Maduike, Dragica Stevic c. Bundesministerium für Inneres

Art. 267 TFUE - Questione pregiudiziale - Art. 20 TFUE - Cittadinanza dell'Unione - Diritto di libera circolazione e soggiorno sul territorio degli Stati membri di cittadini europei e di loro familiari - Richiesta di permesso di soggiorno di cittadino di Stato terzo coniuge di cittadino dell'Unione - Diniego fondato sul mancato esercizio del diritto alla libera circolazione del cittadino - Accordo di associazione CEE-Turchia - Art. 13 della decisione del Consiglio di Associazione n. 1/80 - Esercizio della libertà di stabilimento: presupposti - Art. 41 del protocollo addizionale - Disciplina successiva restrittiva della precedente - Nuova restrizione - Incompatibilità.

1. *Il diritto dell'Unione e, in particolare, le disposizioni di quest'ultimo in materia di cittadinanza dell'Unione, dev'essere interpretato nel senso che esso non osta a che uno Stato membro neghi al cittadino di uno Stato terzo il soggiorno sul proprio territorio, quando detto cittadino è intenzionato a risiedere con un suo familiare, cittadino dell'Unione e residente in tale Stato membro di cui possiede la cittadinanza, il quale non ha mai fatto uso del suo diritto alla libera circolazione, purché un diniego siffatto non comporti, per il cittadino dell'Unione interessato, la privazione del godimento effettivo e sostanziale dei diritti attribuiti dallo status di cittadino dell'Unione, circostanza che spetta al giudice del rinvio verificare.*

2. *L'art. 41, n. 1, del protocollo addizionale, siglato il 23 novembre 1970 a Bruxelles e concluso, approvato e confermato a nome della Comunità con regolamento (Cee) del Consiglio 19 dicembre 1972, n. 2760, dev'essere interpretato nel senso che occorre considerare come «nuova restrizione», ai sensi di detta disposizione, l'adozione di una nuova disciplina più restrittiva della precedente, la quale costituiva a sua volta un mitigamento di una disciplina anteriore in materia di presupposti per l'esercizio della libertà di stabilimento dei cittadini turchi al momento dell'entrata in vigore di questo protocollo nel territorio dello Stato membro interessato.*

I

(Omissis) **In diritto**

Sulle questioni pregiudiziali

36. Con le sue questioni, che occorre esaminare congiuntamente, il giudice del rinvio mira sostanzialmente ad accertare se le disposizioni del Trattato FUE sulla cittadinanza dell'Unione debbano essere interpretate nel senso che esse attribuiscono all'ascendente, cittadino di uno Stato terzo, che si faccia carico dei propri figli in tenera età, cittadini dell'Unione, un diritto di soggiorno nello Stato membro di cui questi ultimi hanno la cittadinanza e dove essi risiedono, così come un'esenzione dal permesso di lavoro in detto Stato membro. *(Omissis)*

40. L'art. 20 TFUE conferisce a chiunque abbia la cittadinanza di uno Stato membro lo *status* di cittadino dell'Unione (v., in particolare, sentenze 11 luglio 2002, causa n. C-224/98, *D'Hoop*, in *Raccolta*, I, p. 6191, punto 27, e 2 ottobre 2003, causa n. C-148/02, *Garcia Avello*, in *Raccolta*, I, p. 11613, punto 21). Poiché sono in possesso della cittadinanza belga, e poiché i presupposti per l'acquisto della medesima rientrano nella competenza dello Stato membro in questione (v., in tal senso, in particolare, sentenza 2 marzo 2010, causa n. C-135/08, *Rottmann*, in *Raccolta*, I, p. 1449, punto 39), il secondo figlio e la figlia del ricorrente nella causa principale godono incontestabilmente di questo *status* (v., in tal senso, citate sentenze *Garcia Avello*, punto 21, nonché *Zhu e Chen*, punto 20).

41. La Corte ha sottolineato in varie occasioni che lo status di cittadino dell'Unione è destinato ad essere lo *status* fondamentale dei cittadini degli Stati membri (v., in particolare, sentenze 20 settembre 2001, causa n. C-184/99, *Grzelczyk*, in *Raccolta*, I, p. 6193, punto 31; 17 settembre 2002, causa n. C-413/99, *Baumbast e R*, in *Raccolta*, I, p. 7091, punto 82, nonché citate sentenze *Garcia Avello*, punto 22, *Zhu e Chen*, punto 25, e *Rottmann*, punto 43).

42. Alla luce di ciò, l'art. 20 TFUE osta a provvedimenti nazionali che abbiano l'effetto di privare i cittadini dell'Unione del godimento reale ed effettivo dei diritti attribuiti dal loro *status* di cittadini dell'Unione (v., in tal senso, sentenza *Rottmann*, cit., punto 42).

43. Orbene, il diniego di soggiorno opposto a una persona, cittadina di uno Stato terzo, nello Stato membro dove risiedono i suoi figli in tenera età, cittadini di detto Stato membro, che essa abbia a proprio carico, nonché il diniego di concedere a detta persona un permesso di lavoro producono un effetto del genere.

(*Omissis*)

II

(*Omissis*) **In diritto**

Sulle questioni pregiudiziali

22. Come risulta dai punti 14-19 della presente sentenza, la causa principale riguarda una richiesta di riconoscimento di un diritto di soggiorno ai sensi del diritto dell'Unione presentata dalla signora McCarthy, una cittadina dell'Unione, dinanzi a uno Stato membro del quale essa possiede la cittadinanza e nel quale ha sempre risieduto.

23. Tale domanda mira in realtà a conferire al signor McCarthy, cittadino di uno Stato terzo, un diritto di soggiorno ai sensi della direttiva n. 2004/38, in qualità di familiare della signora McCarthy, dal momento che un analogo diritto di soggiorno non gli viene riconosciuto dalla normativa del Regno Unito in materia di immigrazione.

Sulla prima questione (Omissis)

26. Pertanto, la prima questione sollevata dal giudice del rinvio deve essere intesa come mirante a stabilire, in sostanza, se l'art. 3, n. 1, della direttiva n. 2004/38 ovvero l'art. 21 TFUE siano applicabili alla situazione di un cittadino dell'Unione

che non abbia mai esercitato il proprio diritto di libera circolazione, che abbia sempre soggiornato in uno Stato membro del quale possiede la cittadinanza e che possieda, inoltre, la cittadinanza di un altro Stato membro.

Osservazioni preliminari (*Omissis*)

Sull'applicabilità della direttiva n. 2004/38

30. La prima parte della presente questione, come riformulata dalla Corte, verte sul punto se l'art. 3, n. 1, della direttiva n. 2004/38 debba essere interpretato nel senso che quest'ultima si applica ad un cittadino in una situazione quale quella della sig.ra McCarthy, che non abbia mai esercitato il proprio diritto di libera circolazione, che abbia sempre soggiornato in uno Stato membro del quale possiede la cittadinanza e che possieda inoltre la cittadinanza di un altro Stato membro.

31. Un'interpretazione letterale, teleologica e sistematica della norma sopra citata porta a risolvere tale questione in senso negativo.

(*Omissis*)

39. Pertanto, in un contesto quale quello della causa principale, il cittadino dell'Unione interessato, non avendo mai esercitato il proprio diritto di libera circolazione ed avendo sempre soggiornato in uno Stato membro del quale possiede la cittadinanza, non ricade sotto la nozione di «avente diritto» ai sensi dell'art. 3, n. 1, della direttiva n. 2004/38, con la conseguenza che questa non è applicabile nei suoi confronti.

(*Omissis*)

Sull'applicabilità dell'art. 21 TFUE

44. La seconda parte della presente questione, come riformulata dalla Corte, mira a stabilire se l'art. 21 TFUE sia applicabile ad un cittadino dell'Unione che non abbia mai esercitato il proprio diritto di libera circolazione, che abbia sempre soggiornato in uno Stato membro del quale possiede la cittadinanza e che possieda, inoltre, la cittadinanza di un altro Stato membro.

45. In proposito occorre ricordare che, secondo una costante giurisprudenza, le norme del Trattato in materia di libera circolazione delle persone e gli atti adottati in esecuzione delle stesse non possono essere applicati a situazioni che non presentino alcun fattore di collegamento con una qualsiasi delle situazioni contemplate dal diritto dell'Unione e i cui elementi rilevanti restino in complesso confinati all'interno di un unico Stato membro (v., in tal senso, sentenze 1° aprile 2008, causa n. C-212/06, *Governo della Comunità francese e Governo vallone*, in *Raccolta*, I, p. 1683, punto 33, e *Metock e a., cit.*, punto 77). (*Omissis*)

III

(*Omissis*) **In diritto**

Sulle questioni pregiudiziali

Sulla prima questione (Omissis)

Osservazioni presentate alla Corte (*Omissis*)

Risposta della Corte

- Sull'applicabilità delle direttive n. 2003/86 e n. 2004/38 (*Omissis*)

54. La Corte ha già avuto occasione di constatare che, conformemente a un'interpretazione letterale, teologica e sistematica di questa disposizione, un cittadino dell'Unione, che non abbia mai fatto uso del suo diritto alla libera circolazione e che abbia sempre soggiornato in uno Stato membro di cui possiede la cittadinanza, non rientra nella nozione di «avente diritto», ai sensi dell'art. 3, n. 1, della direttiva n. 2004/38, per cui quest'ultima non gli è applicabile (sentenza *McCarthy*, *cit.*, punti 31 e 39).

55. È stato parimenti constatato che, qualora un cittadino dell'Unione non ricada sotto la nozione di «avente diritto» ai sensi dell'art. 3, n. 1, della direttiva n. 2004/38, neppure il suo familiare può ritenersi incluso in tale nozione, dato che i diritti conferiti dalla citata direttiva ai familiari di un avente diritto non sono diritti originari spettanti a tali familiari, bensì diritti derivati, da essi acquisiti nella loro qualità di familiari dell'avente diritto (v., riguardo al coniuge, sentenza *McCarthy*, *cit.*, punto 42 e giurisprudenza *ivi* citata). (*Omissis*)

57. Nel caso di specie, poiché i cittadini dell'Unione interessati non hanno mai fatto uso del loro diritto alla libera circolazione e hanno sempre soggiornato nello Stato membro di cui possiedono la cittadinanza, occorre constatare che essi non rientrano nella nozione di «avente diritto» ai sensi dell'art. 3, n. 1, della direttiva n. 2004/38, per cui quest'ultima non è applicabile né a loro stessi, né ai loro familiari.

58. Da ciò discende che le direttive n. 2003/86 e n. 2004/38 non sono applicabili ai cittadini di Stati terzi che chiedono un diritto di soggiorno per raggiungere cittadini dell'Unione, loro familiari, che non abbiano mai fatto uso del loro diritto alla libera circolazione e abbiano sempre soggiornato nello Stato membro di cui possiedono la cittadinanza.

- Sull'applicabilità delle norme del trattato in materia di cittadinanza dell'Unione (*Omissis*)

68. Di conseguenza, la mera circostanza che possa apparire auspicabile al cittadino di uno Stato membro, per ragioni economiche o per mantenere l'unità familiare nel territorio dell'Unione, che i suoi familiari, che non possiedono la cittadinanza di uno Stato membro, possano soggiornare con lui nel territorio dell'Unione, non basta di per sé a far ritenere che il cittadino dell'Unione sia costretto ad abbandonare il territorio dell'Unione qualora un tale diritto non gli venga concesso.

69. Ciò lascia indubbiamente impregiudicata la questione relativa all'esistenza di altri fondamenti, segnatamente nell'ambito del diritto relativo alla tutela della vita familiare, che non consentano di negare un diritto di soggiorno. Tuttavia, una tale questione dev'essere affrontata nella cornice delle norme relative alla tutela dei diritti fondamentali e in funzione della loro rispettiva applicabilità.

- Sul diritto al rispetto della vita privata e familiare (*Omissis*)

74. Alla luce di quanto sin qui esposto, occorre risolvere la prima questione dichiarando che il diritto dell'Unione e, in particolare, le disposizioni di quest'ultimo in materia di cittadinanza dell'Unione, dev'essere interpretato nel senso che esso non

osta a che uno Stato membro neghi al cittadino di uno Stato terzo il soggiorno sul proprio territorio, quando detto cittadino è intenzionato a risiedere con un suo familiare, cittadino dell'Unione e residente in tale Stato membro di cui possiede la cittadinanza, il quale non ha mai fatto uso del suo diritto alla libera circolazione, purché un diniego siffatto non comporti, per il cittadino dell'Unione interessato, la privazione del godimento effettivo e sostanziale dei diritti attribuiti dallo *status* di cittadino dell'Unione, circostanza che spetta al giudice del rinvio verificare.

Sulle questioni seconda e terza

75. Poiché le questioni seconda e terza sono state poste solo in caso di risposta in senso affermativo alla prima, esse non vanno esaminate.

Sulla quarta questione

76. Con la sua quarta questione, il giudice del rinvio chiede, in sostanza, se l'art. 13 della decisione n. 1/80 o l'art. 41, n. 1, del protocollo addizionale debbano essere interpretati nel senso che essi ostano a che uno Stato membro subordini il primo ingresso di cittadini turchi a norme nazionali più rigorose di quelle che disciplinavano in precedenza un ingresso siffatto, anche qualora queste ultime, che avevano reso meno severo il regime del primo ingresso, siano entrate in vigore solo dopo che dette disposizioni sono divenute applicabili in questo Stato membro, in seguito alla sua adesione all'Unione.

Osservazioni presentate alla Corte (*Omissis*)

Risposta della Corte (*Omissis*)

101. Alla luce di quanto sin qui esposto, occorre risolvere la quarta questione dichiarando che l'art. 41, n. 1, del protocollo addizionale dev'essere interpretato nel senso che occorre considerare come «nuova restrizione», ai sensi di detta disposizione, l'adozione di una nuova disciplina più restrittiva della precedente, la quale costituiva a sua volta un mitigamento di una disciplina anteriore in materia di presupposti per l'esercizio della libertà di stabilimento dei cittadini turchi al momento dell'entrata in vigore di questo protocollo nel territorio dello Stato membro interessato.

(*Omissis*)

RICONGIUNGIMENTO FAMILIARE, CITTADINANZA E RESIDENZA: DAL CASO *ZAMBRANO* AL CASO *DERECI*

Sommario: *Introduzione* - **1.** *Il caso Zambrano* - **2.** *La sentenza McCarthy* - **3.** *La sentenza Dereci e altri* - **4.** *Confronto tra la sentenza Zambrano e le altre sentenze* - **5.** *Valutazioni conclusive*.

Introduzione

La recente giurisprudenza della Corte di giustizia sui diritti legati al possesso della cittadinanza europea ha suscitato notevole interesse in dottrina. L'attenzione si è focalizzata, in particolare, sulla sentenza dell'8 marzo 2011 in causa n. C-34/09, *Ruiz Zambrano*, in cui la Corte, basandosi sull'art. 20 TFUE che riconosce ai cittadini europei il diritto di risiedere, oltre che di circolare, nel territorio degli Stati membri, ha affermato il diritto di un genitore straniero di minori, cittadini residenti in Belgio, di soggiornare con loro per poter garantire agli stessi il mantenimento della residenza in Belgio¹.

Non meno interessanti, per le precisazioni, le conferme o le rettifiche che si è ritenuto di annotare, sono le sentenze di poco successive, del 5 maggio 2011 in causa n. C-434/09, *McCarthy* e dell'11 novembre 2011 in causa n. C-256/11, *Dereci e al.*, nelle quali, ugualmente, la Corte ha affrontato questioni legate alla residenza dei cittadini nel proprio Stato e alla possibilità di ottenere, su questa base, un ricongiungimento familiare.

Al di là delle diverse valutazioni cui hanno dato luogo, queste decisioni, concentrate, tra l'altro, in un arco temporale abbastanza circoscritto, contri-

¹ La bibliografia al riguardo è molto ricca: vedila citata in P. MENGOLZI, *La sentenza Zambrano: prodromi e conseguenze di una pronuncia inattesa*, in *Studi integr. eur.*, 2011, p. 417, nota 1; A. ADINOLFI, *Diritto di soggiorno di cittadini di Stati terzi per rendere effettivo il diritto di soggiorno di cittadini dell'Unione nel loro Stato di cittadinanza*, in *Riv. dir. int.*, 2011, p. 467 ss. (che rimanda anche al suo *Il diritto alla vita familiare nella giurisprudenza della Corte di Giustizia dell'UE*, ivi, 2011, p. 5 ss.); L. MONTANARI, *Una nuova tappa nella definizione della portata della cittadinanza europea: alcune riflessioni sulle sentenze Ruiz Zambrano e McCarthy*, in *La Comunità internazionale*, 2011, p. 433 ss.; D. GALLO, *La Corte di giustizia rompe il vaso di Pandora della cittadinanza europea*, in *Giorn. dir. amm.*, 2012, p. 39.

buiscono a definire la portata dei diritti riconducibili alla cittadinanza europea che, da tempo, la Corte ha affermato essere lo *status fondamentale* dei cittadini dell'UE².

1. Il caso *Zambrano*

Come appena accennato, nella prima delle sentenze sopra citate, la Corte di giustizia è stata chiamata a pronunciarsi sul fondamento della richiesta di un cittadino colombiano, Ruiz Zambrano, genitore di due minori in tenera età residenti in Belgio e in possesso della cittadinanza belga essendo ivi nati, di poter soggiornare con loro al fine di garantire l'assistenza di cui avevano assoluto bisogno³. La particolarità della questione consisteva nel fatto che i minori non si erano mai mossi dal Belgio, talché la loro situazione poteva definirsi priva del carattere di transnazionalità ritenuto indispensabile per essere rilevante per il diritto dell'UE⁴. Per lo stesso motivo, il caso non poteva essere ricondotto nella portata della direttiva n. 2004/38/Ce sul ricongiungimento familiare che, a questo fine, esige che il cittadino UE col quale lo straniero va a ricongiungersi risieda in uno Stato membro diverso dal suo per aver esercitato il diritto di circolazione. Per vero, ad avviso dell'Avvocato Generale le aspettative del signor Zambrano di poter risiedere coi figli e di avere un permesso di lavoro avrebbero potuto trovare accoglimento in base al principio che vieta le discriminazioni in base alla nazionalità (art. 18 TFUE) interpretato estensivamente in modo da assicurare anche ai cittadini "statici" lo stesso trattamento che la direttiva n. 2004/38/Ce in tema di ricongiungimento prevede per i cittadini "dinamici". In questo modo si sarebbe anche ovviato al noto problema delle discriminazioni a rovescio⁵.

² Prima della sentenza *Zambrano*, non ancora pubblicata in *Raccolta*, (punto 41), la Corte aveva fatto analoghe affermazioni nelle sentenze 20 settembre 2001 in causa n. C-184/99, *Grzelczyk*, in *Raccolta*, 2001, I, p. 6193 (punto 31), e annotata in questa *Rivista*, 2001, p. 696; 17 settembre 2002 in causa n. C-413/99, *Baumbast e R.* in *Raccolta*, 2002, I, p. 7091 (punto 82); 2 ottobre 2003 in causa n. C-148/02, *Garcia Avello*, in *Raccolta*, 2009, I, p. 11613 (punto 22) e annotata in questa *Rivista*, 2004, p. 58; 14 ottobre 2004 in causa n. C-200/02, *Zhu e Chen*, in *Raccolta*, 2004, I, p. 9925 (punto 25) e annotata in questa *Rivista*, 2005, p. 89; 12 luglio 2005 in causa n. C-403/03, *Schempp*, in *Raccolta*, 2005, I, p. 6421 (punto 15); 2 marzo 2010 in causa n. C-135/08, *Rottmann*, in *Raccolta*, 2010, I, p. 1449 (punto 43) e annotata in questa *Rivista*, 2010, p. 291. Lo ha fatto anche in seguito, nelle sentenze *McCharty* (punto 47) e *Dereci* (punto 64), entrambe non ancora pubblicate in *Raccolta*.

³ La richiesta era stata disposta dal *Tribunal du travail* di Bruxelles.

⁴ Questa era stata la posizione sostenuta dal Belgio e dagli altri Stati intervenuti. La stessa obiezione è stata ripetuta nella causa n. C-256/11, *Dereci e al.*, da parte della Commissione e da quasi tutti gli Stati intervenuti.

⁵ Alle discriminazioni a rovescio fanno cenno C. BERNERI, *Le pronunce Zambrano e McCarthy: gli ultimi sviluppi giurisprudenziali sulle unioni familiari tra cittadini comunitari ed extracomunitari*, in *Quad. cost.*, 2011, p. 697; A. HINAREJOS, *Extending Citizenship and the scope of EU Law*, in *The Cambridge Law Journal*, 2011, p. 310; D. GALLO, *La Corte di giustizia rompe il*

La Corte non ha tenuto conto di questo argomento ma ha, tuttavia, considerata fondata la richiesta del signor Zambrano rifacendosi agli artt. 20, n. 2, lett. a., e 21 TFUE che riguardano la cittadinanza europea e riconoscono al cittadino europeo il diritto di soggiornare, oltre che di circolare, nel territorio dell'UE⁶. La Corte ha, infatti, ritenuto incompatibili con il diritto dell'UE quei provvedimenti nazionali che hanno l'effetto di privare i cittadini europei del godimento reale ed effettivo dei diritti discendenti dal loro *status*⁷, tra i quali rientra quello di risiedere nel territorio degli Stati membri. Nel caso esaminato risultava determinante la conseguenza, assai concreta e per nulla ipotetica o eventuale, che, se non fosse stato consentito al genitore di soggiornare con i figli per accudirli, questi, non potendo, per la loro età, provvedere da soli ai propri bisogni sarebbero stati costretti a trasferirsi fuori dell'UE e a rinunciare, così, al loro diritto di risiedervi.

Nella sentenza rilevano il carattere autonomo attribuito al diritto del cittadino europeo di risiedere rispetto a quello di circolare nell'ambito dell'UE⁸ e la funzione strumentale del diritto al ricongiungimento familiare rispetto al godimento del diritto di *mantenere* la residenza nel proprio Stato⁹. Determinante risulta il riconoscimento della cittadinanza come fonte autonoma di diritti¹⁰. In precedenza, infatti, la Corte aveva sempre escluso che potesse essere

vaso di Pandora della cittadinanza europea, cit. *supra*, nota 1, p. 44; D. HANF, "Reverse Discriminations" in *EU Law: Constitutional Aberration, Constitutional Necessity, or Judicial Choice?*, in *Maastricht Journal of European and comp. law*, 2011, p. 29 ss.; R. MORRIS, *European Citizenship and the right to move freely: internal situations, reverse discrimination and fundamental rights*, *ivi*, p. 179 ss.

⁶ La Corte considera il diritto di risiedere distinto e autonomo rispetto al diritto di circolare. Gli Stati intervenuti nella procedura avevano, invece, sostenuto che il diritto di risiedere seguisse quello di circolare e che fosse ad esso collegato: prima si circola e, poi, una volta circolato, si risiede. Così anche LANG, *Art. 17 TCE*, in A. TIZZANO (a cura di), *Trattati dell'Unione europea e della Comunità europea*, Milano, Giuffrè, 2004, p. 255. Gli Autori (un po' tutti) sottolineano come la Corte abbia superato il criterio tradizionale fondato sul parametro dello spostamento transfrontaliero, per accogliere un nuovo criterio incentrato sullo *status* di cittadinanza *per se*. Più precisamente, per D. GALLO, *La Corte di giustizia rompe il vaso di Pandora della cittadinanza europea*, cit. *supra*, nota 1, p. 45, la sentenza *Zambrano* avrebbe provocato una dissociazione fra diritto di libera circolazione e diritto di soggiorno e tutelato il secondo autonomamente e distintamente dal primo (anche per i riferimenti bibliografici).

⁷ Anche nella citata sentenza *Rottmann*, cit. *supra*, nota 2, punto 42, la Corte aveva affermato che ricade nella sfera del diritto dell'UE la situazione di chi, perduta la cittadinanza dello Stato membro a seguito della naturalizzazione ottenuta in altro Stato membro, si trovi, per effetto della successiva revoca della naturalizzazione, nella condizione di essere privato dello *status* conferito dall'art. 17 TCE (e, quindi, del godimento dei diritti ad essa collegati).

⁸ Nella sentenza 12 maggio 1998 in causa n. C-85/96, *Martínez Sala*, in *Raccolta*, 1998, I, p. 2691 ss. e annotata in questa *Rivista*, 1998, p. 628, la Corte era andata molto vicina al riconoscimento di un carattere autonomo della residenza rispetto a quello della circolazione – aspetti entrambi riconducibili al godimento della cittadinanza europea – ma aveva ritenuto superfluo approfondire l'aspetto del diritto di circolare ex art. 8 A TCE in quanto l'interessata, Martínez Sala, ne risultava già titolare (punto 61). In genere, poi, affinché il cittadino comunitario possa godere dei diritti garantiti dal Trattato occorre che circoli all'interno dell'UE o che vi abbia circolato (sentenza 7 febbraio 1979 in causa n. 115/78, *Knoors*, in *Raccolta*, 1979, I, p. 399, punto 24).

⁹ A. ADINOLFI, *Diritto di soggiorno*, cit. *supra*, nota 1, p. 467 ss.

¹⁰ Sulla cittadinanza europea la bibliografia è amplissima. Tra gli studi più recenti mi limito a

utilizzata per estendere la sfera di applicazione *ratione materiae* del Trattato anche a situazioni nazionali che non hanno alcun collegamento con il diritto comunitario¹¹.

2. La sentenza McCarthy

Nella sentenza del 5 maggio 2011 in causa n. C-434/09, *McCarthy*, la Corte si è pronunciata sul fondamento di una richiesta di soggiorno ai sensi della direttiva n. 2004/38/Ce che la signora McCarthy aveva inutilmente presentato alle autorità britanniche in qualità di cittadina irlandese, pur essendo anche cittadina del Regno Unito, per sé e per suo marito cittadino giamaicano. La Corte, considerato che l'interessata aveva sempre risieduto nel Regno Unito e che godeva, per questo, di un diritto di soggiorno incondizionato in tale Stato non ha tenuto conto della seconda cittadinanza posseduta ed ha escluso che potesse ricorrere l'applicazione della direttiva n. 2004/38/Ce che riguarda unicamente «la situazione giuridica di un cittadino dell'Unione in uno Stato membro del quale egli non ha la cittadinanza» (punto 37), perseguendo, essa, lo scopo di agevolare l'esercizio del diritto primario e individuale di circolare e soggiornare liberamente nel territorio degli Stati membri¹².

citare D. KOSTAKOPOULOU, *The Evolution of European Union Citizenship*, in *Eur. Pol. Sc.*, 2008, p. 285 ss; M. CONDINANZI - A. LANG - B. NASCIMBENE, *Citizenship of the Union and free Movement of Persons*, Leiden, Martinus Nijhoff, 2008; C. MORVIDUCCI, *I diritti dei cittadini europei*, Torino, Giappichelli, 2010.

¹¹ Sentenze 5 giugno 1997 in cause riunite n. C-64/96 e n. C-65/96, *Uecker e Jacquet*, in *Raccolta*, 1997, I, p. 3171, punto 23; 2 ottobre 2003 in causa n. C-148/02, *Garcia Avello*, *cit. supra*, nota 2, punto 26; 12 luglio 2005 in causa n. C-403/03, *Schempp*, *cit. supra*, nota 2, punto 20; 1° aprile 2008 in causa n. C-212/06, *Governo della comunità francese, Governo vallone c. Governo fiammingo*, in *Raccolta*, 2008, I, p. 1683, punto 39. In tema v. P. VAN ELSUWEGE, *Shifting the Boundaries? European Union Citizenship and the Scope of Application of Eu Law*, in *Legal Issues of Economic Integration*, 2011, p. 263.

Sull'ampliamento degli spazi di rilevanza del diritto dell'UE operata dalla Corte nel caso *Zambrano* e sul superamento della concezione secondo cui la cittadinanza non ha lo scopo di estendere la sfera di applicazione *ratione materiae* del Trattato v. A. HINAREJOS, *Extending Citizenship and the scope of EU Law*, *cit. supra*, nota 5, p. 311 secondo cui la sentenza ha esteso gli spazi di azione dell'UE (extends the scope of UE law), anche se non è possibile dire di quanto, e riconosce che essa costituisce (p. 312) un passaggio storico nello sviluppo della cittadinanza europea; D. GALLO, *La Corte di giustizia*, *cit. supra*, nota 1, p. 44 s. sostiene che la Corte ha utilizzato il riferimento alla cittadinanza per una rimodulazione della nozione comunitaria di «situazione puramente interna» che ha comportato l'ampliamento dei margini di applicazione del diritto dell'UE in situazioni prive di collegamento con il diritto dell'UE. A suo avviso la Corte ha messo in crisi la nozione di «situazione puramente interna» p. 47; K. HAILBRONNER - D. THYM, *Annotation of case C-34/09, Gerardo Ruiz Zambrano*, *CMLR*, 2011, p. 1255.

¹² Nel punto 28 della sentenza, infatti si legge: «Per quanto riguarda la direttiva n. 2004/38, la Corte ha già avuto occasione di constatare che tale direttiva mira ad agevolare l'esercizio del diritto primario e individuale di circolare e soggiornare liberamente nel territorio degli Stati membri, conferito dal Trattato direttamente ai cittadini dell'Unione, e che la finalità di detta direttiva consiste, in particolare, nel rafforzare tale diritto (v. sentenze 25 luglio 2008, causa n. C-127/08, *Metock e a.*, punti 82 e 59, e *Lassal*, *cit.*, punto 30)».

Il ricongiungimento previsto dalla direttiva n. 2004/38/Ce serve a rafforzare il godimento del

La Corte ha escluso anche che, ai fini dell'accoglimento della domanda della signora McCarthy potessero venire in rilievo le norme sulla cittadinanza europea in quanto, sotto questo profilo, la qualità di cittadino europeo non cambiava i termini del problema. Se è vero, infatti, che il diritto di risiedere fa parte del nucleo essenziale dei diritti conferiti dallo *status* di cittadino (punto 47), nessun elemento mostrava che la misura nazionale di rigetto della richiesta potesse privare l'interessata del godimento effettivo del nucleo essenziale dei diritti correlati al suo *status* di cittadina dell'Unione o potesse ostacolare l'esercizio del suo diritto di circolare e soggiornare liberamente nel territorio degli Stati membri, ai sensi dell'art. 21 TFUE. Dall'atteggiamento delle autorità britanniche non risultava, infatti, in alcun modo menomato il diritto dell'interessata «di circolare e soggiornare liberamente nel territorio degli Stati membri, né d'altronde alcun altro diritto ad essa conferito dal suo *status* di cittadina dell'Unione» (punto 49). La Corte rilevava, infatti: «contrariamente alla situazione caratterizzante la causa decisa dalla (...) sentenza *Ruiz Zambrano*, la misura nazionale in questione nell'odierna causa principale non ha come conseguenza che la signora McCarthy si vedrà obbligata a lasciare il territorio dell'Unione. Infatti, come risulta dal punto 29 della presente sentenza, costei gode, in virtù di un principio di diritto internazionale, di un diritto di soggiorno incondizionato nel Regno Unito, in quanto possiede la cittadinanza di tale paese» (punto 50).

3. La sentenza *Dereci* e altri

Il ruolo della cittadinanza europea sta al centro anche della vicenda decisa dalla Corte il 15 novembre 2011 in causa n. C-256/11, *Dereci e altri*. Il caso riguardava, questa volta, cittadini di Stati terzi, che desideravano realizzare il ricongiungimento legale con i loro congiunti, cittadini austriaci, residenti in Austria. Costoro erano cittadini dell'Unione che non avevano mai fatto uso del loro diritto alla libera circolazione e che erano autosufficienti. Il giudice del rinvio si chiedeva se il diniego, formulato dal *Bundesministerium für Inneres*, di concedere il diritto di soggiorno ai parenti stranieri, dovesse essere interpretato come una privazione del godimento effettivo e sostanziale dei diritti conferiti dallo *status* di cittadino dell'Unione. Trattandosi di cittadini che non si erano mai mossi dal loro Stato nazionale, e per i quali non ricorrevano,

diritto di circolare. Così pure nella sentenza *Dereci*, *cit. supra*, nota 2, punto 50, dove la Corte richiama le sentenze *Metock* (del 25 luglio 2008 in causa n. C-127/08, in *Raccolta*, 2008, I, p. 6241 ss., punti 82 e 59, e annotata in questa *Rivista*, 2008, p. 782), e *McCarthy*, *cit. supra*, nota 2, punto 33. La Corte non dà, dunque, rilevanza alla residenza avulsa dalla circolazione ed evidenzia come la direttiva n. 2004/38/Ce tuteli il diritto di chi circola e che, quindi, soggiorna in uno Stato diverso da quello di appartenenza (punti 42 e 43).

dunque, le condizioni per l'applicazione della direttiva n. 2004/38/Ce, si era posto il problema se si potesse fare appello alle norme del Trattato riguardanti la cittadinanza dell'Unione (punto 59) considerato che, come affermato nelle sentenze *Zambrano* (punto 64) e *McCarthy* (punto 47), la cittadinanza attribuisce diritti anche nei confronti dello Stato membro di appartenenza e che il cittadino dell'Unione non può essere privato del godimento reale ed effettivo del nucleo essenziale dei diritti conferiti dal suo *status*. La conclusione della Corte è stata negativa. Come nel caso *McCarthy*, anche qui non era in pericolo il godimento da parte dei cittadini del loro diritto di risiedere nel proprio Stato e in quello degli altri Stati membri. Si trattava, infatti, di cittadini adulti che, se certamente avrebbero tratto beneficio dal ricongiungimento con i loro congiunti, non correvano, tuttavia, in caso contrario, quel rischio.

4. Confronto tra la sentenza *Zambrano* e le altre sentenze

Con la sentenza *Zambrano* la Corte, basandosi sul diritto dei cittadini europei di risiedere nel territorio dei Paesi membri dell'UE, considerato distintamente dal diritto di circolare¹³, ha ritenuto di poter giustificare, sia pure a condizione dell'esistenza di un rischio grave ed effettivo di dovervi rinunciare¹⁴, l'accoglimento di una richiesta di ricongiungimento familiare diversamente non conseguibile. Alle possibilità previste dalla direttiva n. 2004/38/Ce in tema di ricongiungimento, valide per i cittadini "dinamici", la Corte ne ha, quindi, aggiunto un'altra, praticabile dai cittadini "statici", rapportata al rischio di essere costretti ad abbandonare lo Stato di residenza. Si tratta della c.d. condizione o "*criterio Zambrano*"¹⁵. Il ricongiungimento risulta, quindi, ammissibile se serve ad evitare il rischio di dover rinunciare al godimento del diritto di risiedere. E, infatti, l'elemento che, nei casi *McCarthy* e *Dereci*, ha portato la

¹³ Per D. GALLO, *La Corte di giustizia rompe il vaso di Pandora*, cit. *supra*, nota 1, p. 42, la Corte avrebbe, in questo modo, rotto il vaso di Pandora rappresentato, appunto, dalla condizione della circolazione nel territorio dell'UE rispetto alla quale, il diritto di soggiorno era precedentemente stato inteso come accessorio. Nella sentenza *McCarthy*, cit. *supra*, nota 2, punti 35 e 36, riferendosi, però, alla direttiva n. 2004/38/Ce, la Corte dice che il diritto di risiedere è correlato a quello di circolare. A proposito del vaso di Pandora, a giudizio di A. HINAREJOS, *Extending Citizenship and the scope of EU Law*, cit. *supra*, nota 5, p. 311, che lo riferisce al principio di non discriminazione stabilito dall'art. 18 TFUE che ella avrebbe voluto vedere ampliato, la Corte, guardandosi dal generalizzarne la portata, non l'avrebbe, invece, rotto.

¹⁴ Il rischio di dover rinunciare alla residenza non è riferito solo al territorio nazionale ma a quello dell'UE nel suo insieme. Il territorio dell'UE è considerato, infatti, unitariamente sia dall'art. 20 TFUE che dalla Corte. Nel caso *Zambrano* la Corte parla del territorio dell'Unione che i soggetti potrebbero essere costretti a lasciare (punto 44). Più esplicita, ancora, essa lo è nel caso *Dereci* (punti 65 e 66) e nel caso *McCarthy* (punto 48), dove parla del proprio Stato e del territorio dell'UE.

¹⁵ D. GALLO, *La Corte di giustizia rompe il vaso di Pandora*, loc. cit., p. 45. Sul fatto che la Corte di giustizia avrebbe adottato due *standard*, P. VAN ELSUWEGE, *Shifting the Boundaries?*, cit. *supra*, nota 11, p. 271.

Corte a negare il ricongiungimento a cittadini "statici" consiste proprio nell'assenza di questa condizione.

Considerata la problematica in questi termini, non v'è motivo, allora, per ritenere che, dopo la sentenza *Zambrano*, vi sarebbe stato un mutamento di posizione da parte della Corte se non addirittura un arretramento¹⁶. Le due successive sentenze, infatti, non fanno altro che conferma la prima posizione.

Nei commenti alla sentenza *Zambrano* si è evidenziato il fatto che la Corte avrebbe esteso la portata del diritto UE portandolo ad occuparsi di una situazione, quella dei cittadini "statici", definibile come "interna"¹⁷. Non penso che la situazione considerata dalla Corte possa essere etichettata in questo modo¹⁸.

Se è vero che spesso la Corte fa riferimento a situazioni che, essendo confinate all'interno di un solo Stato vengono escluse dalla portata del diritto comunitario¹⁹, non è che una situazione possa o meno rilevare per sue caratteristiche intrinseche. Ciò che conta, invero, non è il fatto in sé considerato, quanto la valutazione che ne fanno le norme, ovvero se le norme lo valutano oppure no. Proprio nella sentenza *Dereci* (punto 61) la Corte afferma che «(...) la posizione di un cittadino dell'Unione il quale, così come ciascuno dei cittadini familiari dei ricorrenti nelle cause principali, non abbia fatto uso del diritto alla libera circolazione non può essere assimilata, per questa sola ragione, a una situazione puramente interna (v. sentenze 12 luglio 2005 in causa n. C-403/03, *Schempp*, in *Raccolta*, I, p. 6421, punto 22, e *McCarthy*, *cit.*, punto 46)». E, infatti, una situazione può essere rilevante per il diritto UE anche se sembra tutta interna a uno Stato.

¹⁶ Se per C. BERNERI, *Le pronunce Zambrano e McCarthy*, *cit. supra*, nota 5, p. 698, nella sentenza *McCarthy* la Corte non si è contraddetta ma ha «semplicemente specificato» la portata dei principi precedentemente espressi; per D. GALLO, *La Corte di giustizia rompe il vaso di Pandora*, *cit. supra*, nota 1, p. 46 s., invece, nel caso *McCarthy* la Corte avrebbe interpretato il criterio *Zambrano* in maniera restrittiva dal punto di vista contenutistico e sotto il profilo operativo.

¹⁷ Ad esempio per D. GALLO, *La Corte di giustizia rompe il vaso di Pandora*, *loc. cit.* p. 47, la Corte avrebbe spostato l'asse di rilevanza per il diritto UE essendosi occupata di questioni meramente interne (purely internal situations); per A. HINAREJOS, *Extending Citizenship and the scope of EU Law*, *cit. supra*, nota 5, p. 311, la sentenza *Zambrano* ha ampliato gli scopi dell'UE anche se non è possibile dire di quanto, dipendendo ciò dalla futura prassi; anche ad avviso di C. BERNERI, *Le pronunce Zambrano e McCarthy*, *loc. cit.*, p. 697, nel caso *Zambrano* la Corte ha esteso l'operatività del concetto di cittadinanza e, quindi, l'applicabilità del diritto dell'Unione. Per I. OTTAVIANO, *La Corte di giustizia riconosce all'art. 20 un'autonoma portata attributiva di diritti al cittadino europeo*, in *Eur. Dir. Priv.*, 2011, p. 801 ha reso irrilevante la sussistenza dell'elemento transfrontaliero.

¹⁸ Come ricordato (v. *supra*, nota 4) questa era stata anche, la valutazione fatta dalla Commissione e dagli Stati intervenuti nella procedura.

¹⁹ Nella sentenza 1 aprile 2008 in causa n. C-212/06, *Governo vallone c. Governo fiammingo*, *cit. supra*, nota 11, punto 33 essa afferma «Al riguardo, occorre ricordare che, secondo costante giurisprudenza, le norme del Trattato in materia di libera circolazione delle persone e gli atti adottati in esecuzione di queste ultime non possono essere applicate ad attività le quali non presentino nessun elemento di collegamento con una qualsivoglia situazione prevista dal diritto comunitario ed i cui elementi rilevanti rimangano confinati, nel loro insieme, all'interno di un unico Stato membro (...)».

Come è stato ricordato²⁰, nel caso *Rottmann* ha assunto rilievo per il diritto comunitario persino la privazione della cittadinanza a un individuo da parte del suo Stato. In quel caso, il collegamento della situazione esaminata con il diritto comunitario era stato visto nel «fatto che il provvedimento di revoca della cittadinanza tedesca era destinato ad incidere negativamente con lo *status* giuridico di cittadino dell'Unione del signor Rottmann che questi avrebbe perso...»²¹. In quella sentenza la Corte ha affermato che «la situazione di un cittadino dell'Unione che (...) si trovi alle prese con una decisione di revoca della naturalizzazione (...) la quale lo ponga (...) in una situazione idonea a cagionare il venir meno dello status conferito dall'art. [20 TFUE] e dei diritti ad esso correlati, ricade, per sua natura e per le conseguenze che produce, nella sfera del diritto dell'Unione»²², e si trattava della perdita di diritti UE a motivo della privazione della cittadinanza. Nel caso *Zambrano* assume rilievo il rischio di vedere compromesso il godimento di un diritto tutelato dall'UE²³. Allora, non conta tanto la situazione e i suoi connotati, quanto, piuttosto, la norma e la sua portata, i diritti garantiti e il rischio di perderli.

5. Valutazioni conclusive

L'utilizzazione, da parte della Corte, della cittadinanza europea per dare fondamento, sia pure a certe precise condizioni, a diritti di cittadini "statici",

²⁰ P. MENGOZZI, *La sentenza Zambrano*, cit. supra, nota 1, p. 419 s.

²¹ Ivi, p. 420.

²² Punto 42 della sentenza *Rottmann*, cit. supra, nota 2 (corsivo aggiunto). Si veda anche quanto affermato dalla Corte nella sentenza 12 luglio 2005 in causa n. C-403/03, *Schempp*, cit. supra, nota 2, in cui, dopo aver premesso che la condizione del cittadino che non si è avvalso del diritto di circolare non è, solo per questo, assimilabile a una situazione puramente interna, estranea alle valutazioni del diritto comunitario (punto 22) evidenzia come la questione del regime fiscale del trattamento dovuto dal soggetto alla sua ex moglie, è valutabile sotto il profilo della compatibilità col principio comunitario di non discriminazione per il fatto che questa ha esercitato il diritto di circolare e si è trasferita in un altro Stato della Comunità. Anche in *Garcia Avello*, cit. supra, nota 2, i figli della coppia erano nati in Belgio e non si erano mai mossi da lì. La rilevanza per il diritto comunitario di questa situazione stava nel fatto che i figli risultavano essere anche cittadini spagnoli. Al punto 27, la Corte afferma che sussiste «collegamento con il diritto comunitario nel caso di persone che si trovino in una situazione come quella dei figli del signor Garcia Avello, che sono cittadini di uno Stato membro i quali soggiornano legalmente sul territorio di un altro Stato membro».

Nel caso *McCarthy*, cit. supra, nota 2, (punto 45) la Corte ricorda che restano estranee al diritto UE «situazioni che non presentino alcun fattore di collegamento con una qualsiasi delle situazioni contemplate dal diritto dell'Unione e i cui elementi rilevanti restino in complesso confinati all'interno di un unico Stato membro». Essa, però, aggiunge (punto 46) che «la situazione di un cittadino dell'Unione che, come la signora McCarthy, non abbia esercitato il diritto di libera circolazione non può, per ciò solo, essere assimilata ad una situazione puramente interna».

²³ Anche nel caso *Garcia Avello*, loc. cit., come ricorda P. MENGOZZI, *La sentenza Zambrano*, cit. supra, nota 1, p. 422, si era in presenza di «una situazione che, se non era suscettibile di interessare attualmente ed immediatamente la libertà di circolazione dei minori in questione, era in modo serio potenzialmente suscettibile di incidere su di essa».

diversamente non tutelabili, costituisce un risultato di sicuro interesse. Preso atto che, per garantire ai minori non autosufficienti il diritto di mantenere la loro residenza e di scongiurare in tal modo l'abbandono dello Stato, la Corte non ha considerato altre possibilità come quella, ad esempio, di affidarli a servizi sociali belgi o a una famiglia del posto ed ha preferito una soluzione interna alla famiglia naturale, c'è da chiedersi fino a che punto potranno essere spinte in futuro queste argomentazioni. Che cosa accadrà ad un cittadino trovantesi di fronte a ostacoli legislativi o amministrativi che – non consentendo ai cittadini di ottenere un lavoro, un sussidio, l'assistenza farmaceutica o ospedaliera di cui hanno bisogno, oppure una adeguata formazione scolastica o l'accesso all'università ecc. – dovessero metterlo nelle condizioni di emigrare? Gli sviluppi potrebbero essere estremamente innovativi. Tutti ricorderanno il caso della studentessa turca *Sahin* "costretta" ad abbandonare l'università di Istanbul a motivo del velo islamico che si ostinava a voler indossare nonostante il divieto, allora in vigore presso le università turche²⁴, e a trasferirsi, per questo, a Vienna per poter continuare gli studi di medicina che non poteva concludere in patria. Potrà un giorno la Corte di giustizia utilmente valutare la conformità al diritto dell'UE di provvedimenti interni che dovessero "costringere" i cittadini ad abbandonare lo Stato con l'effetto di privarli «del godimento reale ed effettivo dei diritti attribuiti dal loro *status* di cittadini dell'Unione»²⁵?

Emmanuel Pagano*

SINTESI

L'affermazione, ricorrente nella prassi della Corte di giustizia, che la cittadinanza europea è destinata ad essere lo *status* fondamentale dei cittadini degli Stati membri ha trovato una interessante applicazione nel caso *Zambrano*. Basandosi sui diritti nascenti dalla cittadinanza la Corte ha ritenuto, infatti, che dovesse essere accolta la domanda di un cittadino colombiano di poter risiedere in Belgio per accudire suoi figli cittadini belgi in tenera età che non si erano mai mossi dal Belgio in quanto diversamente sarebbe risultato compromesso il loro diritto di risiedere nel territorio dello Stato. La Corte è giunta invece ad una conclusione diversa nei casi *McCharty* e *Dereci* in quanto, negando a cittadini extra UE il diritto di ricongiungersi a familiari cittadini UE, non risultava compromesso il diritto di questi di risiedere nel territorio del loro Stato, essendo essi adulti e autosufficienti.

²⁴ Questo divieto è stato poi abolito nel 2008. Si ricorderà che, pronunciandosi sul ricorso, la Corte europea dei diritti dell'uomo escluse che il divieto delle autorità turche fosse illegittimo (sentenza 10 novembre 2005, caso *Leyla Sahin c. Turchia*, ricorso n. 44774/98).

²⁵ Sentenza *Zambrano*, punto 42.

* Dottore in Giurisprudenza / Università degli Studi di Napoli «Federico II»

ABSTRACT

The observation used many times from the Court of Justice that citizenship of the Union is destined to be the fundamental status of nationals of the Member States founded a very interesting application in the Zambrano case. The Court concluded that Mr Zambrano, Columbian national as a parent of minors born in Belgium and having Belgian nationality according to the Belgian Nationality Code, have the right to remain with their to grant to enjoying their rights to reside within the territory of the Member States of the Union. In other words, citizenship of the Union precludes national measures which have the effect to depriving citizens of the Union of the genuine enjoyment of the substance of the rights conferred by virtue of their status as citizens of the Union. In McCarthy and Dereci cases, otherwise, the Court stated that the rejection of the proposed questions didn't have the effect to depriving citizens of the enjoyment to reside in EU.

**LA CORTE DI GIUSTIZIA SI PRONUNCIA SULLA CENTRALITÀ
DELLA TUTELA DELL'EMBRIONE UMANO ED ESCLUDE
LA BREVETTABILITÀ DI INVENZIONI CHE NE DETERMINANO
LA DISTRUZIONE**

Corte di giustizia

Sentenza del 18 ottobre 2011 in causa n. C-34/10*

Oliver Brüstle c. Greenpeace eV

Art. 267 TFUE - Questione pregiudiziale- Direttiva n. 98/44/Ce, art. 6, n. 2, lett. c. - Definizione di «embrione umano» - Uso di embrioni umani a scopo industriale o commerciale - Investimenti nel settore delle biotecnologie - Metodi per la cura di gravi anomalie neurali - Brevettabilità - Esclusione.

1. L'art. 6, n. 2, lett. c., della direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio 6 luglio 1998, n. 98/44/Ce, sulla protezione giuridica delle invenzioni biotecnologiche, deve essere interpretato nel senso che:

- costituisce un «embrione umano» qualunque ovulo umano fin dalla fecondazione, qualunque ovulo umano non fecondato in cui sia stato impiantato il nucleo di una cellula umana matura e qualunque ovulo umano non fecondato che, attraverso partenogenesi, sia stato indotto a dividersi e a svilupparsi;

- spetta al giudice nazionale stabilire, in considerazione degli sviluppi della scienza, se una cellula staminale ricavata da un embrione umano nello stadio di blastocisti costituisca un «embrione umano» ai sensi dell'art. 6, n. 2, lett. c., della direttiva n. 98/44.

2. L'esclusione dalla brevettabilità relativa all'utilizzazione di embrioni umani a fini industriali o commerciali enunciata all'art. 6, n. 2, lett. c., della direttiva n. 98/44 riguarda altresì l'utilizzazione a fini di ricerca scientifica,

* Inedita in *Raccolta*. Il testo integrale della sentenza è reperibile sul sito internet www.curia.europa.eu. In argomento v. *infra*, p. 485 ss., il commento di *PAOLO STAZI*.

mentre solo l'utilizzazione per finalità terapeutiche o diagnostiche che si applichi all'embrione umano e sia utile a quest'ultimo può essere oggetto di un brevetto.

3. L'art. 6, n. 2, lett. c., della direttiva n. 98/44 esclude la brevettabilità di un'invenzione qualora l'insegnamento tecnico oggetto della domanda di brevetto richieda la previa distruzione di embrioni umani o la loro utilizzazione come materiale di partenza, indipendentemente dallo stadio in cui esse hanno luogo e anche qualora la descrizione dell'insegnamento tecnico oggetto di rivendicazione non menzioni l'utilizzazione di embrioni umani.

(Omissis) **In diritto**

Causa principale e questioni pregiudiziali

15. Il signor Brüstle è titolare di un brevetto tedesco, depositato il 19 dicembre 1997, relativo a cellule progenitrici neurali isolate e depurate, a procedimenti per la produzione delle stesse a partire da cellule staminali embrionali e alla loro utilizzazione per il trattamento di anomalie neurali.

16. Nel fascicolo del brevetto depositato dal signor Brüstle è indicato che l'impianto di cellule cerebrali nel sistema nervoso costituisce un metodo promettente per il trattamento di numerose malattie neurologiche. Esistono già prime applicazioni cliniche, segnatamente su pazienti affetti dal morbo di Parkinson.

17. Al fine di poter rimediare ad anomalie neurali è, infatti, necessario impiantare cellule progenitrici, ancora in grado di evolvere. Orbene, questo tipo di cellule esiste sostanzialmente soltanto durante la fase di sviluppo del cervello. Il ricorso ai tessuti cerebrali di embrioni umani pone importanti problemi etici e non consente di far fronte al fabbisogno di cellule progenitrici necessarie per rendere accessibile al pubblico la cura mediante terapia cellulare.

18. Per contro, in base al fascicolo di cui trattasi, le cellule staminali embrionali aprono nuove prospettive di produzione di cellule destinate ai trapianti. Pluripotenti, esse possono differenziarsi in tutti i tipi di cellule e di tessuti ed essere conservate nel corso di numerosi passaggi in tale stato di pluripotenza e proliferare. Il brevetto di cui trattasi mira a porre rimedio, in tali circostanze, al problema tecnico di una produzione in quantità praticamente illimitata di cellule progenitrici isolate e depurate, aventi proprietà neuronali o gliali, ricavate da cellule staminali embrionali.

19. Su domanda di Greenpeace eV, il Bundespatentgericht (Tribunale federale dei brevetti) ha constatato, fondandosi sull'art. 22, n. 1, del PatG, la nullità del brevetto di cui trattasi, in quanto quest'ultimo riguarda le cellule progenitrici ottenute a partire da cellule staminali embrionali umane e su procedimenti per la produzione di tali cellule progenitrici. Il convenuto ha proposto appello avverso tale sentenza dinanzi al Bundesgerichtshof.

20. Secondo il giudice del rinvio, la decisione in merito al ricorso di annullamento dipende dalla questione se l'insegnamento tecnico di cui al brevetto controverso non sia brevettabile ai sensi dell'art. 2, n. 2, primo comma, punto 3, del PatG, nei limiti in cui riguarda cellule progenitrici ricavate da cellule staminali embrionali

umane. La risposta a tale questione dipende a sua volta dall'interpretazione che occorre fare, in particolare, dell'art. 6, n. 2, lett. c., della direttiva.

21. Infatti, secondo il giudice del rinvio, dal momento che l'art. 6, n. 2, della direttiva non lascia agli Stati membri alcun margine discrezionale per quanto riguarda la non brevettabilità dei procedimenti e delle utilizzazioni ivi menzionate (v. sentenze 9 ottobre 2001, causa n. C-377/98, *Paesi Bassi c. Parlamento e Consiglio*, in *Raccolta*, I, p. 7079, punto 39, nonché 16 giugno 2005, causa n. C-456/03, *Commissione c. Italia*, in *Raccolta*, I, p. 5335, punti 78 ss.), il rinvio effettuato dall'art. 2, n. 2, secondo comma, del PatG all'ESchG, in particolare alla definizione dell'embrione data dall'art. 8, n. 1, di tale testo normativo, non può essere interpretato nel senso che è deferito agli Stati membri il compito di dare concreta attuazione all'art. 6, n. 2, lett. c., della direttiva a questo riguardo, malgrado quest'ultima non precisi espressamente la nozione di embrione. L'interpretazione di tale nozione non può che essere europea e unitaria. In altri termini, l'art. 2, n. 2, secondo comma, del PatG e, in particolare, la nozione di embrione che utilizza non possono ricevere un'interpretazione diversa da quella della nozione corrispondente figurante all'art. 6, n. 2, lett. c., della direttiva.

22. In tale prospettiva, il giudice del rinvio cerca, in particolare, di stabilire se le cellule staminali embrionali umane che fungono da materiale di partenza per i procedimenti brevettati costituiscano «embrioni» nel senso dell'art. 6, n. 2, lett. c., della direttiva e se gli organismi a partire dai quali tali cellule staminali embrionali umane possono essere ottenute costituiscano «embrioni umani» ai sensi del detto articolo. A tale riguardo, il giudice osserva che non tutte le cellule staminali embrionali umane che fungono da materiale di partenza per i procedimenti brevettati costituiscono cellule totipotenti, in quanto talune sono soltanto cellule pluripotenti, ottenute a partire da embrioni allo stadio di blastocisti. Il giudice del rinvio si chiede altresì come debbano essere qualificate, alla luce della nozione di embrione, le blastocisti a partire dalle quali possono anche essere ottenute cellule staminali embrionali umane.

23. Alla luce di tali circostanze, il Bundesgerichtshof ha deciso di sospendere il procedimento e di sottoporre alla Corte le seguenti questioni pregiudiziali:

«1. Come debba essere intesa la nozione di “embrioni umani” di cui all'art. 6, n. 2, lett. c., della direttiva (...):

a. Se siano compresi tutti gli stadi di sviluppo della vita umana a partire dalla fecondazione dell'ovulo o se debbano essere rispettate ulteriori condizioni, come, ad esempio, il raggiungimento di un determinato stadio di sviluppo.

b. Se siano compresi in tale nozione anche i seguenti organismi:

- ovuli umani non fecondati in cui sia stato impiantato un nucleo proveniente da una cellula umana matura;

- ovuli umani non fecondati, stimolati attraverso la partenogenesi a dividersi e svilupparsi.

c. Se siano comprese anche cellule staminali ricavate da embrioni umani nello stadio di blastocisti.

2. Come si debba intendere la nozione di “utilizzazioni di embrioni umani a fini industriali o commerciali”: se essa comprenda qualsiasi sfruttamento commerciale nell'accezione dell'art. 6, n. 1, della direttiva, in particolare anche un'utilizzazione finalizzata alla ricerca scientifica.

3. Se sia esclusa la brevettabilità, ai sensi dell'art. 6, n. 2, lett. c., della direttiva

(...), di un determinato insegnamento tecnico anche qualora l'utilizzo di embrioni umani non rientri nell'insegnamento tecnico rivendicato con il brevetto, ma costituisca la premessa necessaria per l'utilizzo del medesimo,

- perché il brevetto riguarda un prodotto la cui creazione comporta la previa distruzione di embrioni umani, ovvero
- perché il brevetto riguarda un procedimento che richiede come materiale di partenza un siffatto prodotto».

Sulle questioni pregiudiziali

Sulla prima questione

24. Con la sua prima questione il giudice del rinvio chiede alla Corte di interpretare la nozione di «embrione umano» ai sensi e ai fini dell'applicazione dell'art. 6, n. 2, lett. c., della direttiva, vale a dire all'unico scopo di stabilire l'ambito del divieto di brevettabilità previsto da tale disposizione.

25. Si deve ricordare che, secondo una costante giurisprudenza, l'applicazione uniforme tanto del diritto dell'Unione quanto del principio di uguaglianza esige che una disposizione del diritto dell'Unione che non contenga alcun espresso richiamo al diritto degli Stati membri per quanto riguarda la determinazione del suo senso e della sua portata debba normalmente dar luogo, in tutta l'Unione, ad un'interpretazione autonoma e uniforme (v., in particolare, sentenze 18 gennaio 1984, causa n. 327/82, *Ekro*, in *Raccolta*, I, p. 107, punto 11; 19 settembre 2000, causa n. C-287/98, *Linster*, in *Raccolta*, I, p. 6917, punto 43; 16 luglio 2009, causa n. C-5/08, *Infopaq International*, in *Raccolta*, I, p. 6569, punto 27, e 21 ottobre 2010, causa n. C-467/08, *Padawan*, non ancora pubblicata nella *Raccolta*, punto 32).

26. Orbene, sebbene il testo della direttiva non fornisca alcuna definizione dell'embrione umano, nemmeno rinvia ai diritti nazionali per quanto riguarda il significato da attribuire a questi termini. Ne risulta pertanto che esso dev'essere considerato, ai fini dell'applicazione della direttiva, come volto a designare una nozione autonoma del diritto dell'Unione, che deve essere interpretata in modo uniforme sul territorio di quest'ultima.

27. Tale conclusione è confermata dal senso e dallo scopo della direttiva. Dal terzo nonché dal quinto, sesto e settimo *considerando* della direttiva risulta infatti che quest'ultima mira, per il tramite di un'armonizzazione delle regole relative alla protezione giuridica delle invenzioni biotecnologiche, a rimuovere gli ostacoli agli scambi commerciali e al buon funzionamento del mercato interno posti dalle divergenze legislative e giurisprudenziali tra Stati membri e, pertanto, a incoraggiare la ricerca e lo sviluppo industriale nell'ambito dell'ingegneria genetica (v., in tal senso, sentenza *Paesi Bassi c. Parlamento e Consiglio*, cit., punti 16 e 27).

28. Orbene, la mancanza di una definizione uniforme della nozione di embrione umano determinerebbe il rischio che gli autori di talune invenzioni biotecnologiche siano tentati di chiedere la brevettabilità di queste ultime negli Stati membri che concepiscono nel modo più restrittivo la nozione di embrione umano e, quindi, i più permissivi per quanto riguarda le possibilità di brevettare le invenzioni di cui trattasi, a motivo del fatto che la brevettabilità delle stesse sarebbe esclusa negli altri Stati

membri. Una tale situazione costituirebbe una lesione al buon funzionamento del mercato interno, che costituisce lo scopo della direttiva di cui trattasi.

29. Tale conclusione è altresì corroborata dalla portata dell'elenco, contenuto nell'art. 6, n. 2, della direttiva, dei procedimenti e delle utilizzazioni esclusi dalla brevettabilità. Infatti, dalla giurisprudenza della Corte emerge che, contrariamente all'art. 6, n. 1, di tale direttiva, che lascia alle autorità amministrative ed ai giudici degli Stati membri un ampio margine discrezionale nell'operare l'esclusione dalla brevettabilità delle invenzioni il cui sfruttamento commerciale sia contrario all'ordine pubblico o al buon costume, il n. 2 del detto articolo non accorda agli Stati membri alcuna discrezionalità per quanto riguarda la non brevettabilità dei procedimenti e delle utilizzazioni ivi menzionati, dato che tale disposizione è diretta proprio a circoscrivere l'esclusione prevista al n. 1 della medesima norma. Ne risulta che, escludendo espressamente la brevettabilità dei procedimenti e delle utilizzazioni ivi menzionati, l'art. 6, n. 2, della direttiva mira a riconoscere precisi diritti su tale punto (v. sentenza *Commissione c. Italia*, cit., punti 78 e 79).

30. Quanto al significato da attribuire alla nozione di «embrione umano» prevista all'art. 6, n. 2, lett. c., della direttiva, si deve sottolineare che, sebbene la definizione dell'embrione umano costituisca un tema sociale particolarmente delicato in numerosi Stati membri, contrassegnato dalla diversità dei loro valori e delle loro tradizioni, la Corte non è chiamata, con il presente rinvio pregiudiziale, ad affrontare questioni di natura medica o etica, ma deve limitarsi ad un'interpretazione giuridica delle pertinenti disposizioni della direttiva (v., in tal senso, sentenza 26 febbraio 2008, causa n. C-506/06, *Mayr*, in *Raccolta*, I, p. 1017, punto 38).

31. Si deve ricordare, inoltre, che la determinazione del significato e della portata dei termini per i quali il diritto dell'Unione non fornisce alcuna definizione va operata, in particolare, tenendo conto del contesto in cui essi sono utilizzati e degli scopi perseguiti dalla normativa di cui essi fanno parte (v. in tal senso, in particolare, sentenze 10 marzo 2005, causa n. C-336/03, *easyCar*, in *Raccolta*, I, p. 1947, punto 21; 22 dicembre 2008, causa n. C-549/07, *Wallentin-Hermann*, in *Raccolta*, I, p. 11061, punto 17, e 29 luglio 2010, causa n. C-151/09, *UGT-FSP*, non ancora pubblicata nella *Raccolta*, punto 39).

32. A tale riguardo, dal preambolo della direttiva emerge che, se è vero che quest'ultima mira a incoraggiare gli investimenti nel settore della biotecnologia, lo sfruttamento del materiale biologico di origine umana deve avvenire nel rispetto dei diritti fondamentali e, in particolare, della dignità umana. Il sedicesimo *considerando* della direttiva, in particolare, sottolinea che «il diritto dei brevetti dev'essere esercitato nel rispetto dei principi fondamentali che garantiscono la dignità e l'integrità dell'uomo».

33. A tal fine, come la Corte ha già osservato, l'art. 5, n. 1, della direttiva vieta che il corpo umano, nei vari stadi della sua costituzione e del suo sviluppo, possa costituire un'invenzione brevettabile. Un'ulteriore protezione è fornita dall'art. 6 della direttiva, il quale indica come contrari all'ordine pubblico o al buon costume, e per tale ragione esclusi dalla brevettabilità, i procedimenti di clonazione di esseri umani, i procedimenti di modificazione dell'identità genetica germinale dell'essere umano e le utilizzazioni di embrioni umani a fini industriali o commerciali. Il trentottesimo *considerando* della direttiva precisa che questo elenco non è esauriente e che anche

tutti i procedimenti la cui applicazione reca pregiudizio alla dignità umana devono essere esclusi dalla brevettabilità (v. sentenza *Paesi Bassi c. Parlamento e Consiglio*, cit., punti 71 e 76).

34. Il contesto e lo scopo della direttiva rivelano pertanto che il legislatore dell'Unione ha inteso escludere qualsiasi possibilità di ottenere un brevetto quando il rispetto dovuto alla dignità umana può esserne pregiudicato. Da ciò risulta che la nozione di «embrione umano» ai sensi dell'art. 6, n. 2, lett. c., della direttiva deve essere intesa in senso ampio.

35. In tal senso, sin dalla fase della sua fecondazione qualsiasi ovulo umano deve essere considerato come un «embrione umano», ai sensi e per gli effetti dell'art. 6, n. 2, lett. c., della direttiva, dal momento che la fecondazione è tale da dare avvio al processo di sviluppo di un essere umano.

36. Deve essere riconosciuta questa qualificazione anche all'ovulo umano non fecondato in cui sia stato impiantato il nucleo di una cellula umana matura e all'ovulo umano non fecondato indotto a dividersi e a svilupparsi attraverso partenogenesi. Anche se tali organismi non sono stati oggetto, in senso proprio, di una fecondazione, gli stessi, come emerge dalle osservazioni scritte depositate dinanzi alla Corte, per effetto della tecnica utilizzata per ottenerli, sono tali da dare avvio al processo di sviluppo di un essere umano come l'embrione creato mediante fecondazione di un ovulo.

37. Per quanto riguarda le cellule staminali ricavate da un embrione umano nello stadio di blastocisti, spetta al giudice nazionale stabilire, in considerazione degli sviluppi della scienza, se esse siano tali da dare avvio al processo di sviluppo di un essere umano e, di conseguenza, rientrino nella nozione di «embrione umano» ai sensi e per gli effetti dell'art. 6, n. 2, lett. c., della direttiva.

38. Alla luce delle precedenti considerazioni, la prima questione deve essere risolta come segue:

- costituisce un «embrione umano» qualunque ovulo umano fin dalla fecondazione, qualunque ovulo umano non fecondato in cui sia stato impiantato il nucleo di una cellula umana matura e qualunque ovulo umano non fecondato che, attraverso partenogenesi, sia stato indotto a dividersi e a svilupparsi;
- spetta al giudice nazionale stabilire, in considerazione degli sviluppi della scienza, se una cellula staminale ricavata da un embrione umano nello stadio di blastocisti costituisca un «embrione umano» ai sensi dell'art. 6, n. 2, lett. c., della direttiva.

Sulla seconda questione

39. Con la sua seconda questione, il giudice del rinvio chiede se la nozione di «utilizzo di embrioni umani a fini industriali o commerciali» ai sensi dell'art. 6, n. 2, lett. c., della direttiva includa anche l'utilizzazione di embrioni umani a fini di ricerca scientifica.

40. A tale proposito, si deve precisare che la direttiva non è intesa a disciplinare l'utilizzazione di embrioni umani nell'ambito di ricerche scientifiche. Essa ha ad oggetto esclusivamente la brevettabilità delle invenzioni biotecnologiche.

41. Trattandosi, quindi, esclusivamente di stabilire se l'esclusione dalla brevet-

tabilità relativa all'utilizzazione di embrioni umani a fini industriali o commerciali verta altresì sull'utilizzazione di embrioni umani per la ricerca scientifica o se la ricerca scientifica che implica l'utilizzazione di embrioni umani possa ottenere la protezione del diritto dei brevetti, si deve osservare che il fatto di accordare a un'invenzione un brevetto implica, in linea di principio, lo sfruttamento industriale e commerciale della stessa.

42. Tale interpretazione è corroborata dal quattordicesimo *considerando* della direttiva. Nell'enunciare che il brevetto di invenzione conferisce al suo titolare il «diritto di vietare ai terzi di sfruttarla a fini industriali e commerciali», esso indica che i diritti derivanti da un brevetto, in linea di principio, sono relativi ad atti di natura industriale e commerciale.

43. Orbene, anche se lo scopo di ricerca scientifica deve essere distinto dai fini industriali e commerciali, l'utilizzazione di embrioni umani a fini di ricerca che sia oggetto della domanda di brevetto non può essere scorpolata dal brevetto medesimo e dai diritti da esso derivanti.

44. La precisazione fornita dal quarantaduesimo *considerando* della direttiva, secondo cui l'esclusione dalla brevettabilità prevista dall'art. 6, n. 2, lett. c., di questa stessa direttiva «non riguarda (...) le invenzioni a finalità terapeutiche o diagnostiche che si applicano e che sono utili all'embrione umano» conferma anch'essa che l'utilizzazione, oggetto di una domanda di brevetto, di embrioni umani a fini di ricerca scientifica non può essere distinta da uno sfruttamento industriale e commerciale e, pertanto, sottrarsi all'esclusione dalla brevettabilità.

45. Quest'interpretazione coincide del resto con quella adottata dalla grande commissione di ricorso dell'Ufficio europeo dei brevetti in merito all'art. 28, lett. c., del regolamento di esecuzione della CBE, che riporta in termini identici il tenore dell'art. 6, n. 2, lett. c., della direttiva (v. decisione 25 novembre 2008, G 2/06, *Gazzetta Ufficiale UEB*, maggio 2009, p. 306, punti 25-27).

46. Si deve quindi risolvere la seconda questione nel senso che l'esclusione dalla brevettabilità relativa all'utilizzazione di embrioni umani a fini industriali o commerciali enunciata all'art. 6, n. 2, lett. c., della direttiva riguarda altresì l'utilizzazione a fini di ricerca scientifica, mentre solo l'utilizzazione per finalità terapeutiche o diagnostiche che si applichi all'embrione umano e sia utile a quest'ultimo può essere oggetto di un brevetto.

Sulla terza questione

47. Con la sua terza questione, il giudice del rinvio chiede, in sostanza, alla Corte se un'invenzione sia esclusa dalla brevettabilità, anche ove essa non abbia di per sé ad oggetto l'utilizzazione di embrioni umani, qualora verta su un prodotto il cui ottenimento presuppone la previa distruzione di embrioni umani o riguardi un procedimento che richiede un materiale di base ottenuto mediante la distruzione di embrioni umani.

48. La questione di cui trattasi è sollevata nel contesto di una causa avente ad oggetto la brevettabilità di un'invenzione relativa alla produzione di cellule progenitrici neurali, che presuppone l'utilizzazione di cellule staminali ricavate da un embrione umano nello stadio di blastocisti. Orbene, dalle osservazioni sottoposte alla Cor-

te emerge che il prelievo di una cellula staminale su un embrione umano nello stadio di blastocisti comporta la distruzione dell'embrione.

49. Pertanto, per i medesimi motivi esposti ai punti 32-35 della presente sentenza, un'invenzione deve essere esclusa dalla brevettabilità, anche se le rivendicazioni del brevetto non vertono sull'utilizzazione di embrioni umani, ove l'attuazione dell'invenzione richieda la distruzione di embrioni umani. Anche in tal caso si deve ritenere che vi sia un'utilizzazione di embrioni umani ai sensi dell'art. 6, n. 2, lett. c., della direttiva. Il fatto che tale distruzione abbia luogo, eventualmente, in una fase ben precedente rispetto all'attuazione dell'invenzione, come nell'ipotesi della produzione di cellule staminali embrionali ricavate da una linea di cellule staminali la cui creazione, di per sé, ha comportato la distruzione di embrioni umani è, al riguardo, irrilevante.

50. Non applicare l'esclusione dalla brevettabilità enunciata all'art. 6, n. 2, lett. c., della direttiva nei riguardi di un insegnamento tecnico oggetto di rivendicazione, per il fatto che esso non menziona l'utilizzazione – implicante previa distruzione – di embrioni umani, avrebbe la conseguenza di privare di effetto utile la disposizione in oggetto, consentendo al richiedente il brevetto di eluderne l'applicazione mediante un'abile stesura della rivendicazione.

51. Anche a quel riguardo, la grande commissione di ricorso dell'Ufficio europeo dei brevetti, interrogata sull'interpretazione dell'art. 28, lett. c., del regolamento di esecuzione della CBE, il cui tenore è identico a quello dell'art. 6, n. 2, lett. c., della direttiva (v. punto 22 della decisione 25 novembre 2008, menzionata al punto 45 della presente sentenza), è giunta alla medesima conclusione.

52. Si deve pertanto risolvere la terza questione nel senso che l'art. 6, n. 2, lett. c., della direttiva esclude la brevettabilità di un'invenzione qualora l'insegnamento tecnico oggetto della domanda di brevetto richieda la previa distruzione di embrioni umani o la loro utilizzazione come materiale di partenza, indipendentemente dallo stadio in cui esse hanno luogo e anche qualora la descrizione dell'insegnamento tecnico oggetto di rivendicazione non menzioni l'utilizzazione di embrioni umani.

(Omissis)

LA SENTENZA *BRÜSTLE* E LA BREVETTABILITÀ DI INVENZIONI IMPLICANTI L'UTILIZZO DI CELLULE STAMINALI EMBRIONALI UMANE

Sommario: *Introduzione e fatti pregiudiziali - 1. La posizione della Corte di giustizia europea - 2. L'analisi dell'Avvocato Generale - 3. Conclusioni.*

Introduzione e fatti pregiudiziali

Nella sentenza *Brüstle c. Greenpeace eV*¹, sopra riportata, la Corte di giustizia dell'Unione europea è tornata ad occuparsi della direttiva n. 98/44/Ce² recante misure per la tutela delle invenzioni biotecnologiche in occasione di una domanda pregiudiziale presentata dal *Bundesgerichtshof* tedesco.

Il caso è di particolare interesse poiché coinvolge la complessa questione dello *status* giuridico dell'embrione umano³, in relazione a situazioni pratiche ben delineate dal giudice *a quo*. In particolare il *Bundesgerichtshof* ha chiesto alla Corte: «*a*. Se siano compresi [nella nozione di embrione umano] tutti gli stadi di sviluppo della vita umana a partire dalla fecondazione dell'ovulo o se debbano essere rispettate ulteriori condizioni, come, ad esempio, il raggiungimento di un determinato stadio di sviluppo; *b*. Se siano compresi in tale nozione anche i seguenti organismi: – ovuli umani non fecondati in cui sia stato impiantato un nucleo proveniente da una cellula umana matura; – ovuli umani non fecondati, stimolati attraverso la partenogenesi a dividersi e svilupparsi; *c*. Se siano comprese anche cellule staminali ricavate da embrioni umani nello stadio di blastocisti»⁴.

¹ Sentenza del 18 ottobre 2011 in causa n. C-34/10, *Oliver Brüstle c. Greenpeace eV*, inedita in *Raccolta*, riportata *supra*, p. 447 ss.

² Direttiva n. 98/44/Ce del Parlamento europeo e del Consiglio del 6 luglio 1998 sulla protezione giuridica delle invenzioni biotecnologiche, in *Guce* n. L 213 del 30 luglio 1998, p. 13.

³ Direttiva n. 98/44/Ce, *loc. cit.*, art. 6, par. 2, lett. c.

⁴ Vedi la sentenza in commento *Oliver Brüstle c. Greenpeace eV*, *loc. cit.*, punto 23.

Due ulteriori quesiti riguardavano le cause di esclusione dalla brevettabilità ai sensi della direttiva n. 98/44/Ce sempre in ipotesi implicanti l'impiego di embrioni umani. Nella seconda si domandava cosa doveva intendersi per utilizzazione di embrioni a fini industriali e commerciali, nella terza come doveva essere qualificato un dato insegnamento tecnico oggetto di brevetto, qualora comportasse la distruzione o lo sfruttamento di embrioni umani come materiale di partenza. Le questioni si pongono all'interno di un dibattito che costituisce il centro di imputazione di questioni scientifiche, filosofiche, etiche e giuridiche: lo stesso Avvocato Generale Yves Bot, nelle sue conclusioni, non ha esitato a definire le questioni "difficili"⁵. In effetti, dare dei connotati giuridici al concetto di embrione umano – a livello di Unione europea –, significa fornire un'interpretazione vincolante per tutti i Paesi membri. Questo concetto di evidenza lapalissiana acquista tuttavia tutt'altro spessore ove si considerino le questioni sollevate dal giudice tedesco. Inoltre, la Corte doveva cercare di stabilire un bilanciamento fra due esigenze di primaria importanza: da una parte la tutela degli investimenti nel settore biotecnologico e la diffusione di un procedimento estremamente promettente per la cura di anomalie neurali, dall'altra la tutela della dignità umana.

I fatti all'origine della sentenza in oggetto sono i seguenti. Il 19 dicembre 1997, Oliver Brüstle, direttore dell'Istituto di neurobiologia ricostruttiva dell'Università di Bonn, deposita il brevetto DE 197568664 C1⁶. La privativa in questione riguarda un metodo in base al quale, tramite l'impianto di cellule neurali progenitrici isolate e purificate⁷, è possibile rimediare ad alcune anomalie neurali. Il trattamento dimostra la propria efficacia nei confronti del morbo di Parkinson durante la fase di sperimentazione clinica. Nel 2004 Greenpeace adisce il *Bundespatentgericht*⁸ eccependo la contrarietà del brevetto a norme imperative, in quanto contrario all'ordine pubblico e al buon costume. Il tribunale tedesco statuisce⁹ nel 2006 proprio in questo senso: il procedimento viene considerato invalido in quanto ottenuto da cellule staminali embrionali umane. Pertanto Brüstle si appella al *Bundesgerichtshof*¹⁰. Quest'ulti-

⁵ Conclusioni dell'Avvocato Generale Yves Bot, presentate il 10 marzo 2011 nella causa n. C-34/10, *Oliver Brüstle c. Greenpeace eV*, cit. *supra*, nota 1, punto 45.

⁶ Il medesimo brevetto, fatta esclusione delle rivendicazioni attinenti la clonazione delle cellule staminali, è stato riconosciuto dall'Ufficio europeo dei brevetti nel 2006 (EP 1040185).

⁷ Più nello specifico il metodo brevettato si sostanzia in due tecniche. La prima attiene ad un metodo per l'isolamento di embrioni di cellule staminali; la seconda nel trasferimento somatico di nuclei cellulari e la conseguente induzione di partenogenesi. Il metodo consente di produrre quantità di cellule staminali potenzialmente illimitate. Le cellule in questione sono pluripotenti, come tali idonee a differenziarsi nei vari tipi di cellule di un individuo adulto. Il metodo di Brüstle consente quindi di rimediare ad alcune anomalie neurali proprio per il tramite di cellule "riprogrammate".

⁸ Corte federale dei brevetti.

⁹ Fondandosi sull'art. 22, n. 1, del PatentGesetz.

¹⁰ Corte federale tedesca.

mo solleva quindi le tre questioni pregiudiziali sopra ricordate dinanzi alla Corte di giustizia dell'Unione europea.

1. La posizione della Corte di giustizia europea

La Corte anzitutto ricorda che, secondo una costante giurisprudenza, i principi di eguaglianza e di applicazione uniforme del diritto UE¹¹ impongono che una nozione di diritto dell'Unione non contenente alcun espresso richiamo al diritto degli Stati membri debba dar luogo ad un'interpretazione autonoma ed uniforme (punto 25 della sentenza in commento). Tale osservazione si riferisce alla definizione di embrione umano ai sensi dell'art. 6, par. 2, lett. c., della direttiva. La Corte inoltre utilizza un sostrato giuridico già calcato in precedenza¹²: la direttiva è volta a tutelare il mercato europeo da potenziali squilibri che potrebbero verificarsi laddove non venisse operata alcuna armonizzazione. Nel caso specifico la Corte fa notare come il testo stesso dell'art. 6 deponga in questo senso. Viene infatti rimarcata la giustapposizione fra il primo paragrafo e il secondo: mentre ai sensi del primo paragrafo gli Stati membri hanno ampio margine discrezionale nel definire quali siano le invenzioni il cui sfruttamento commerciale è contrario all'ordine pubblico o al buon costume, nel secondo vengono esemplificati alcuni metodi, procedimenti e prodotti per i quali è esclusa la brevettabilità. Pertanto la definizione di embrione umano di cui alla lett. c. del par. 2 deve essere fornita in modo autonomo a livello europeo, non avendo gli Stati membri alcuna discrezionalità in materia¹³.

Inoltre, riprendendo un'argomentazione già espressa in precedenza¹⁴ e discostandosi da valutazioni di matrice etica e scientifica, la Corte continua a guardare all'interpretazione giuridica come unico possibile strumento di analisi del rinvio operato dal giudice nazionale. Entrando quindi nel merito delle questioni, la Corte (ri)afferma che la direttiva è una misura di armonizzazione esaustiva¹⁵, le cui disposizioni vanno interpretate alla luce dell'esigenza di rispetto dei diritti fondamentali dell'uomo: qualora l'invenzione coinvolga tes-

¹¹ Vedi sentenze del 18 gennaio 1984 in causa n. 327/82, *Ekro*, in *Raccolta*, 1984, p. 107, punto 11; del 19 settembre 2000 in causa n. C-287/98, *Linster*, in *Raccolta*, 2000, I, p. 6917, punto 43; del 16 luglio 2009 in causa n. C-5/08, *Infopaq International*, in *Raccolta*, 2009, I, p. 6569, punto 27 e del 21 ottobre 2010 in causa n. C-467/08, *Padawan*, inedita in *Raccolta*, punto 32.

¹² Vedi sentenza del 9 ottobre 2001 in causa n. C-377/98, *Paesi Bassi c. Parlamento e Consiglio*, in *Raccolta*, 2001, I, p. 7079, punti 16 e 27.

¹³ Vedi sentenze del 9 ottobre 2001 in causa n. C-377/98, *Paesi Bassi c. Parlamento e Consiglio*, punto 39; del 16 giugno 2005 in causa n. C-456/03, *Commissione c. Italia*, punti 78 ss.

¹⁴ Vedi sentenza del 26 febbraio 2008 in causa n. C-506/06, *Mayr*, in *Raccolta*, 2008, I, p. 1017, punto 38.

¹⁵ Vedi sentenza del 6 giugno 2010 in causa n. C 428/08, *Monsanto c. Cefetra*, in *Raccolta*, 2010, I, p. 6765, punto 60.

suti umani si ingenerano tensioni fra la tutela degli investimenti nel settore biotecnologico e la garanzia dei diritti fondamentali. Nell'analisi della Corte dette tensioni vengono risolte dal legislatore europeo a favore di quest'ultimi: «il diritto dei brevetti deve essere esercitato nel rispetto dei principi fondamentali che garantiscono la dignità e l'integrità dell'uomo¹⁶».

Inoltre la Corte fa notare come l'art. 5 della direttiva vieti che il corpo umano, nei vari stadi della sua costituzione e del suo sviluppo, possa costituire un'invenzione brevettabile. Alla tutela approntata dal predetto articolo va aggiunta quella dell'art. 6 che indica come contrari all'ordine pubblico o al buon costume, e per tale ragione esclusi dalla brevettabilità, i procedimenti di clonazione di esseri umani, i procedimenti di modificazione dell'identità genetica germinale dell'essere umano e le utilizzazioni di embrioni umani a fini industriali o commerciali. Detto elenco non è tassativo¹⁷, e la stessa Corte in passato ha ampliato il dato normativo¹⁸ escludendo dalla brevettabilità qualsiasi metodo o procedimento che rechi pregiudizio alla dignità umana.

La Corte conclude quindi sulla prima questione statuendo che l'esclusione dalla brevettabilità di cui all'art. 6 debba essere intesa in senso ampio, tanto da considerare come «embrione umano» qualsiasi ovulo umano sin dal momento della fecondazione¹⁹. Ma la Corte va oltre e considera come embrione umano anche l'ovulo non fecondato in cui sia impiantato il nucleo di una cellula umana matura e l'ovulo umano non fecondato indotto a dividersi attraverso partenogenesi. Per quanto riguarda invece le cellule staminali ricavate allo stadio di blastocisti, spetta al giudice nazionale definire se rientrano o meno nella definizione di embrione umano.

Sulla seconda questione, l'assunto di partenza della Corte è orientato a superare la classica dicotomia ricerca di base-ricerca applicata per focalizzare la propria attenzione sugli effetti del rilascio della privativa. Non risulta possibile infatti considerare un brevetto in maniera indipendente dagli effetti del brevetto stesso, tanto in ambito scientifico quanto in ambito industriale. Detto assunto di evidenza pratica riceve puntualmente sostegno dalla direttiva²⁰ ove si precisa che l'esclusione contenuta al secondo paragrafo, lett. c., dell'art. 6 non trova applicazione nei riguardi delle invenzioni aventi finalità terapeutiche o comunque utili all'embrione umano.

Ne consegue che lo sfruttamento di embrioni umani a fini di ricerca

¹⁶ Direttiva n. 98/44/Ce, *cit. supra*, nota 2, *considerando* n. 16.

¹⁷ *Ivi*, *considerando* n. 38.

¹⁸ Sentenza *Paesi Bassi c. Consiglio e Parlamento*, *cit. supra*, nota 12, punti 71 e 76.

¹⁹ Una definizione che secondo parte del mondo scientifico «contorts our common understanding of developmental biology». Vedi K. TRILLER VRTOVEC - C. THOMAS SCOTT, *The European Court of Justice Ruling in Brüstle v. Greenpeace: The Impacts on Patenting of Human Induced Pluripotent Stem Cells in Europe*, in *Cell Stem*, 2 dicembre 2011.

²⁰ Direttiva n. 98/44/Ce, *loc. cit.*, *considerando* n. 42.

scientifica non può essere distinto da quello operato nella ricerca applicata²¹. La seconda questione viene pertanto risolta nel senso che è ammessa unicamente la brevettabilità di quelle pratiche con finalità diagnostico-terapeutiche *che risultino utili all'embrione umano*, con la conseguenziale esclusione di qualsiasi sfruttamento dell'embrione che esuli dalle modalità predette, a prescindere da quale sia l'ambito in cui avviene lo sfruttamento²².

Nel risolvere la terza questione la Corte rileva che il procedimento di produzione delle cellule progenitrici in questione comporta la distruzione dell'embrione. Pertanto richiamando motivazioni già espresse nella sentenza in esame²³, viene (ri)affermata l'assoluta centralità della tutela dell'embrione umano. Ne consegue che, qualora lo sviluppo di un'invenzione determini la distruzione di embrioni, *ipso facto* deve esserne esclusa la brevettabilità, a prescindere dal momento in cui avviene l'evento lesivo per l'embrione ed anche se la descrizione della privativa non contenga riferimenti in tal senso²⁴.

2. L'analisi dell'Avvocato Generale

La decisione della Corte ricalca sostanzialmente quanto prospettato dall'Avvocato Generale nelle sue conclusioni; tuttavia è presente una divergenza attinente al rispettivo ambito di analisi. Difatti la pronuncia della Corte riguarda lo sviluppo embrionale ad esclusione della blastocisti, il cui statuto è lasciato all'apprezzamento degli Stati membri, mentre l'Avvocato Generale si spingeva sino a dare dei connotati giuridici alle cellule pluripotenti ricavate in tale stadio di sviluppo dell'essere umano.

L'Avvocato Generale riteneva che la qualificazione delle cellule nel periodo della blastocisti fosse definita in modo preciso a livello europeo. L'analisi condotta nelle conclusioni si poneva in linea con i documenti UE esistenti in materia²⁵, secondo cui le cellule totipotenti sono il primo stadio del corpo umano, e pertanto «esse devono essere giuridicamente qualificate come embrioni»²⁶. La qualificazione viene estesa a prescindere dall'annidamento, in-

²¹ In questo senso la Corte ricalca sostanzialmente la soluzione adottata dalla Grande Commissione di Ricorso dell'Ufficio Europeo dei Brevetti in merito all'interpretazione dell'art. 28, lett. c., del regolamento di esecuzione della CBE (v. decisione 25 novembre 2008, G 2/06, in *Gazz. Uff. UEB*, maggio 2009, p. 306, punti 25-27).

²² Punti 42-44 della sentenza in commento.

²³ Punto 49 che richiama i punti 32 e 35 della sentenza in commento.

²⁴ Sul punto la Grande Commissione di Ricorso dell'Ufficio Europeo dei brevetti nel caso G 2/06 (v. punto 22) è giunta ad una conclusione analoga: si tornerà più diffusamente sull'argomento in seguito.

²⁵ Vedi Relazione della Commissione al Consiglio e al Parlamento europeo del 14 luglio 2005, *Sviluppi e implicazioni del diritto dei brevetti nel settore della biotecnologia e dell'ingegneria genetica*, Doc Com(2005)312, reperibile sul sito internet <http://eur-lex.europa.eu/it/index.htm>.

²⁶ Vedi conclusioni dell'Avvocato Generale Yves Bot nella causa n. C-34/10, *Brüstle c. Greenpeace eV*, non ancora pubblicate in *Raccolta*, punto 85.

cludendo quindi gli «ovuli non fecondati in cui sia stato impiantato il nucleo di una cellula matura e gli ovuli non fecondati stimolati a separarsi attraverso la partenogenesi, qualora, secondo le osservazioni scritte depositate dinanzi alla Corte, con queste modalità vengano ottenute cellule totipotenti»²⁷. È proprio lo stato di totipotenza ad assurgere a discriminare nell'analisi dell'Avvocato Generale: le cellule totipotenti per la loro stessa attitudine a svilupparsi in un essere umano completo *ipso facto* sono meritevoli di tutela. Ad ogni modo, la blastocisti non costituirebbe altro che una specificazione di questo principio, dato che rappresenterebbe un momento nel processo di sviluppo che ha inizio negli zigoti e termina nella formazione dell'essere umano²⁸. Ne deriva che ove vi sia la possibilità di potenziale sviluppo di un essere umano lì vi è un embrione. Nel caso di cellule pluripotenti non vi sarebbe embrione ma il prodotto dello specifico sviluppo delle cellule totipotenti. Tuttavia, secondo l'Avvocato Generale, «non fosse che per motivi di coerenza ... le invenzioni riguardanti le cellule pluripotenti possono essere brevettabili *solo se* possono essere ottenute senza provocare un danno per un embrione»²⁹. Si trattava però di una concessione solo di forma, poiché lo stesso Avvocato Generale soggiungeva che «queste cellule sono prelevate sull'embrione umano allo stadio di blastocisti ed implicano necessariamente la distruzione dell'embrione umano»³⁰.

Rispetto alle altre questioni, la Corte ricalca essenzialmente le conclusioni dell'Avvocato Generale. La divergenza attiene unicamente ai percorsi argomentativi e non intacca il risultato dell'analisi. Sembra opportuno comunque ricordare l'enfasi argomentativa dell'Avvocato Generale il quale paventa clonazioni di massa³¹ e rammenta casi di prelievo di organi su prigionieri di guerra uccisi durante le guerre dei Balcani degli anni Novanta³².

²⁷ Conclusioni dell'Avvocato Generale Yves Bot nella causa n. C-34/10, *Brüstle c. Greenpeace eV*, cit. *supra*, nota 26, punto 91.

²⁸ Da tutt'altro punto di vista colpisce molto la lettera, indirizzata alla Corte di giustizia nelle more del procedimento in esame, pubblicata sulla rivista «*Nature*» nell'aprile 2011, in cui si legge che «Embryonic stem cells are cell lines, not embryos. They are derived using surplus in vitro fertilized eggs donated after fertility treatment and can be maintained indefinitely. As more than 100 established lines are now supplied through national and international cell banks, concern about commercialization of the human embryo is misplaced». Altrettanto interessanti i commenti sulle conclusioni dell'Avvocato Generale: «The advocate-general's opinion therefore represents a blow to years of effort to derive biomedical applications from embryonic stem cells in areas such as drug development and cell-replacement therapy. If implemented, European discoveries could be translated into applications elsewhere, at a potential cost to the European citizen». La lettera in questione è stata firmata da Austin Smith, Clare Blackburn, Anders Björklund, Elena Cattaneo, Juergen Hescheler, Olle Lindvall, Marc Peschanski, Daniel Pipeleers, David Sassoon, Anna Veiga e Catherine Verfaillie. Fonte: <http://www.eurostemcell.org/fr/node/18259>.

²⁹ Conclusioni, punto 109, corsivo aggiunto.

³⁰ *Ivi*, punto 110.

³¹ *Ivi*, punto 114.

³² *Ivi*, punto 106.

3. Conclusioni

Nel precedente caso *Monsanto c. Cefetra* la Corte ha rilevato come la direttiva n. 98/44/Ce sia una misura di armonizzazione esaustiva, con ciò intendendosi una misura che, sebbene sia limitata dalla propria portata materiale, risulti comunque «idonea a porre rimedio alle divergenze esistenti e a prevenire divergenze future tra gli Stati membri nel settore della protezione delle invenzioni biotecnologiche»³³. Armonizzare significherebbe quindi porre un comune punto di raccordo fra gli interessi dei titolari delle privative e l'esigenza di un buon funzionamento del mercato interno. Da questo punto di vista solleva qualche perplessità la scelta della Corte in materia di blastocisti (ossia riguardo le cellule staminali prelevate allo stadio di blastocisti). Giova ricordare che, secondo la Corte, costituisce un «embrione umano» qualunque ovulo umano fin dalla fecondazione, qualunque ovulo umano non fecondato in cui sia stato impiantato il nucleo di una cellula umana matura e qualunque ovulo umano non fecondato che, attraverso partenogenesi, sia stato indotto a dividersi e a svilupparsi³⁴; in altre parole, la Corte abbraccia una definizione quanto mai ampia di embrione, non dando però alcuna definizione di blastocisti e lasciando al giudice nazionale la qualificazione della stessa. Si apre quindi così uno spiraglio per divergenze interpretative da Stato a Stato, che la Corte, in linea con lo scopo della direttiva n. 98/44/Ce dovrebbe invece scongiurare. Ciò soprattutto ove si pensi che i fattori di detta variabilità interpretativa sono due: il dato territoriale e il dato scientifico. Pertanto la qualificazione della blastocisti è suscettibile non solo di variare da Stato a Stato ma anche in base «allo sviluppo della scienza»³⁵: quindi sarebbe ben configurabile che in un dato Paese si possano profilare più interpretazioni in separati momenti storici. Questo fattore di incertezza potrebbe costituire, dati gli enormi investimenti che avvengono nel settore, un elemento di disincentivazione degli stessi e come tale ulteriormente contrario allo scopo della direttiva in questione.

Circa la terza questione, la Corte, a differenza di quanto affermato, pare andare oltre quanto statuito dalla Grande Commissione di Ricorso dell'Ufficio europeo dei brevetti (di seguito «UEB») in una pronuncia del 2008. La Grande Commissione era stata chiamata a deliberare sull'art. 28(c) del Regolamento di esecuzione della Convenzione sul Brevetto Europeo (di seguito «CBE»). L'articolo in questione ha il medesimo tenore letterale dell'art. 6 della direttiva, e la stessa, secondo le regole applicative della suddetta Convenzione, costituisce una misura di interpretazione aggiuntiva della CBE. La Grande Commissione di Ricorso si è pronunciata nel senso di vietare le privative relative a insegnamenti tecnici che, al momento della registrazione, im-

³³ Sentenza *Monsanto c. Cefetra*, cit. *supra*, nota 15, punto 55.

³⁴ Punto 38 della sentenza in commento.

³⁵ *Ivi*, punto 53.

plichino necessariamente la distruzione dell'embrione³⁶. Nell'ottica dell'UEB sarebbero quindi rilevanti tre elementi ai fini della concreta esclusione dalla brevettabilità: *a.* il metodo non può essere attuato senza provocare necessariamente la distruzione di embrioni; *b.* detta caratteristica deve essere desunta dalla descrizione contenuta nella domanda; *c.* e deve essere così desumibile al momento di presentazione della domanda. Invece alla terza questione pregiudiziale della sentenza in esame si legge che la distruzione di embrioni rileva ai fini dell'esclusione della brevettabilità indipendentemente dallo stadio in cui ha avuto luogo e a prescindere che ne venga fatta menzione nelle rivendicazioni della privativa. Da ciò si evince come la posizione espressa dalla Commissione dell'UEB e dalla Corte di giustizia sulla medesima questione sia in realtà parzialmente diversa³⁷. Per la Corte vanno impedito distruzioni di embrioni anche in ipotesi ove la Commissione di ricorso sembrerebbe più permissiva, ossia a monte della presentazione della domanda di brevetto.

Si tratta di un approccio teso a sostenere senza riserve la tutela della dignità umana e a non privare di effetto utile le disposizioni a sostegno della stessa, ma che potrà tradursi in un significativo disincentivo agli investimenti nel settore data la (ampiissima) definizione di embrione e la correlata tutela prospettica approntata dalla Corte nella sentenza in esame³⁸.

La sentenza nel complesso ribadisce la robusta posizione della Corte di giustizia rispetto alla tutela dei diritti fondamentali dell'uomo³⁹. La Corte, rispetto al principio della tutela della dignità umana, ha operato una scelta che, non solo è in linea con le sue precedenti statuizioni⁴⁰, ma che per certi versi ne costituisce quindi un avanzamento. Nel caso in esame, la Corte non solo afferma la preminenza della dignità umana sul «diritto dei brevetti» ma sembra sottintenderla anche nei confronti del diritto alla salute. Preme ricordare che il diritto alla dignità umana *in quanto tale*⁴¹ è un principio generale dell'ordinamen-

³⁶ «Rule 23d(c) EPC) forbids the patenting of claims directed to products which – as described in the application – at the filing date could be prepared exclusively by a method which necessarily involved the destruction of the human embryos from which the said products are derived even if the said method is not part of the claims». Dispositivo (question 3), decisione della Grande Commissione di Ricorso del 25 novembre 2008, G 2/06, *cit. supra*, nota 21.

³⁷ Punto 52 della sentenza in commento.

³⁸ Per meglio comprendere quanto si scrive si ipotizzi un dato metodo A che poggi su una scoperta B che a sua volta sia stata possibile solo grazie a C. Si ipotizzi che C sia una scoperta riguardante studi su embrioni che in un certo qual modo ne abbiano causato la distruzione. Secondo la chiara statuizione della Corte, A sarebbe quindi escluso dalla brevettabilità in quanto implicante lo sfruttamento di embrioni.

³⁹ Vedi ad esempio sentenze del 18 giugno 1991 in causa n. C-260/89, *ERT*, in *Raccolta*, 1991, I, p. 2925, punto 41; del 6 marzo 2001 in causa n. C-274/99 P, *Connolly c. Commissione*, in *Raccolta*, 2001, I, p. 1611, punto 37; del 22 ottobre 2002 in causa n. C-94/00, *Roquette Frères*, in *Raccolta*, 2002, I, p. 9011, punto 25 e del 12 giugno 2003 in causa n. C-112/00, *Schmidberger*, in *Raccolta*, 2003, I, p. 5659, punto 71.

⁴⁰ Vedi sentenza del 9 ottobre 2001 in causa n. C-377/98, *Paesi Bassi c. Parlamento e Consiglio*, *cit. supra*, nota 12, punto 71.

⁴¹ Vedi sentenza del 14 ottobre 2004 in causa n. C-36/02, *Omega Spielhallen c. Oberbürgermeisterin der Bundesstadt Bonn*, in *Raccolta*, 2004, I, p. 9609, punto 34.

to dell'Unione europea. Va tuttavia sottolineato che il caso in commento aveva ad oggetto un metodo per la cura di gravi anomalie neurali, già brevettato presso l'UEB, il quale nella fase di sperimentazione clinica aveva dimostrato di essere efficace nella cura del morbo di Parkinson. Suscita pertanto qualche perplessità la scelta della Corte di non operare alcun bilanciamento con il diritto alla salute, ove soprattutto si consideri che nelle politiche dell'Unione europea «è garantito un *livello elevato* di protezione della salute umana»⁴².

Le implicazioni derivanti dalla sentenza *Brüstle* potranno essere valutate appieno soltanto nel lungo periodo. Nell'immediato appare chiaro che il valore della dignità umana ha implicato la rinuncia ad investimenti in Europa riguardanti una cura potenzialmente rivoluzionaria⁴³.

Paolo Stazi*

SINTESI

L'articolo analizza la posizione della Corte di giustizia europea nel caso *Brüstle c. Greenpeace*. Nella sentenza in esame la Corte definisce la portata giuridica del concetto di embrione umano ed i limiti alla brevettabilità dello stesso. L'articolo analizza la decisione ponendola a confronto con i precedenti giurisprudenziali tanto della Corte quanto dell'Ufficio Europeo Brevetti. L'analisi prosegue guardando alla reazione di parte del mondo scientifico per infine approdare alla conclusione che il valore della dignità umana ha implicato la rinuncia ad una cura potenzialmente rivoluzionaria ed agli investimenti connaturati non solo alla stessa, ma anche alle tecnologie derivate.

ABSTRACT

This article provides an analysis of the position of the European Court of Justice on the "Brüstle vs Greenpeace" case. In its ruling the Court has defined the legal impact of the human embryo concept and the consequent limits to patentability. The ruling is analyzed and compared with the judicial precedents of both the Court and the European Patent Office. The analysis further focuses on the reaction of the scientific community to finally conclude that the protection of the human dignity, as an absolute value, has implied renouncing to a potentially revolutionary treatment and to the related investments.

⁴² Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, art. 35, corsivo aggiunto.

⁴³ Si veda a tal proposito J. LAWFORD DAVIES - A. DENOON, *Brüstle Decision Is Unhelpful, but Not Catastrophic*, in *Cell Stem*, 2 dicembre 2011.

* Dottore in Giurisprudenza / Università degli Studi di Siena.

**GIOCHI D'AZZARDO: ILLEGITTIME LE SANZIONI PENALI
IRROGATE AI TITOLARI DI CENTRI TRASMISSIONE DATI (CTD)
PRIVI DI CONCESSIONE O AUTORIZZAZIONE DI POLIZIA
COLLEGATI AD UN BOOKMAKER ESTERO ESCLUSO
DISCRIMINATORIAMENTE DAL BANDO DI GARA**

Corte di giustizia

Sentenza del 16 febbraio 2012 in cause riunite n. C-72/10 e n. C-77/10*

Procedimenti penali a carico di Marcello Costa (n. C-72/10) e Ugo Cifone (n. C-77/10)

Art. 267 TFUE - Questione pregiudiziale - Artt. 43 e 49 CE - Libertà di stabilimento e libera prestazione di servizi - Attività di raccolta e digestione di scommesse sportive - Disciplina nazionale - Esercizio dell'attività subordinato a: i. ottenimento di una concessione previa pubblica gara; ii. autorizzazione di polizia - Attribuzione delle concessioni - Esclusione delle SpA quotate nei mercati regolamentati - Principio di parità di trattamento e obbligo di trasparenza - Violazione - Ammissibilità.

1. Gli artt. 43 CE e 49 CE, nonché i principi di parità di trattamento e di effettività, devono essere interpretati nel senso che essi ostano a che uno Stato membro, il quale abbia escluso, in violazione del diritto dell'Unione, una categoria di operatori dall'attribuzione di concessioni per l'esercizio di un'attività economica e che cerchi di rimediare a tale violazione mettendo a concorso un numero rilevante di nuove concessioni, protegga le posizioni commerciali acquisite dagli operatori esistenti prevedendo in particolare determinate distanze minime tra gli esercizi dei nuovi concessionari e quelli di tali operatori esistenti.

2. Gli artt. 43 CE e 49 CE devono essere interpretati nel senso che essi ostano a che vengano applicate sanzioni per l'esercizio di un'attività orga-

* Inedita in *Raccolta*. Il testo integrale della sentenza è reperibile sul sito internet www.curia.europa.eu. In argomento v. *infra*, p. 503 ss., il commento di *MARCO INGLESE*.

nizzata di raccolta di scommesse senza concessione o senza autorizzazione di polizia nei confronti di persone legate ad un operatore che era stato escluso da una gara in violazione del diritto dell'Unione, anche dopo la nuova gara destinata a rimediare a tale violazione, qualora quest'ultima gara e la conseguente attribuzione di nuove concessioni non abbiano effettivamente rimediato all'illegittima esclusione di detto operatore dalla precedente gara.

3. Risulta dagli artt. 43 CE e 49 CE, dal principio di parità di trattamento, dall'obbligo di trasparenza, nonché dal principio di certezza del diritto che le condizioni e le modalità di una gara, quale quella in questione negli odierni procedimenti principali, e in particolare le norme contemplanti la decadenza di concessioni rilasciate al termine di tale gara, come quelle dettate dall'art. 23, commi 2, lett. a., e 3, dello schema di convenzione tra l'Amministrazione autonoma dei monopoli di Stato e l'aggiudicatario della concessione per giochi d'azzardo relativi ad eventi diversi dalle corse dei cavalli, devono essere formulate in modo chiaro, preciso e univoco, ciò che spetta al giudice del rinvio verificare.

(Omissis) In diritto

1. Le domande di pronuncia pregiudiziale vertono sull'interpretazione degli artt. 43 CE e 49 CE.

2. Tali domande sono state proposte nell'ambito di procedimenti penali instaurati a carico dei signori Costa e Cifone, gestori di centri di trasmissione di dati (in prosieguo: i «CTD») contrattualmente legati alla società di diritto inglese Stanley International Betting Ltd (in prosieguo: la «Stanley»), a motivo del mancato rispetto della normativa italiana disciplinante la raccolta di scommesse e, in particolare, del regio decreto 18 giugno 1931, n. 773, recante approvazione del Testo unico delle leggi di pubblica sicurezza (*Guri* n. 146, del 26 giugno 1931), come modificato dall'art. 37, comma 4, della legge 23 dicembre 2000, n. 388 (supplemento ordinario alla *Guri* n. 302, del 29 dicembre 2000; in prosieguo: il «regio decreto»). Le suddette domande si iscrivono in contesti di fatto e di diritto simili a quelli sui quali si sono pronunciate le sentenze del 21 ottobre 1999, *Zenatti*, n. C-67/98 (in *Raccolta*, I, p. 7289); del 6 novembre 2003, *Gambelli e a.*, n. C-243/01 (in *Raccolta*, I, p. 13031); del 6 marzo 2007, *Placanica e a.*, n. C-338/04, n. C-359/04 e n. C-360/04 (in *Raccolta*, I, p. 1891), e del 13 settembre 2007, *Commissione c. Italia*, n. C-260/04 (in *Raccolta*, I, p. 7083).

(Omissis)

Procedimenti principali e questione pregiudiziale (Omissis)

La questione pregiudiziale

38. Tanto nel procedimento Costa quanto nel procedimento Cifone, la Corte suprema di cassazione ha constatato l'esistenza di dubbi riguardo all'interpretazione dell'estensione della libertà di stabilimento e della libera prestazione dei servizi e, in particolare, «la possibilità che tale estensione soffra limitazioni da parte di un ordi-

namento interno che presenta caratteri che si assumono e che appaiono discriminatori ed escludenti nei termini in precedenza ricordati».

39. La Corte suprema di cassazione ha pertanto deciso di sospendere i due procedimenti di cui sopra e di sottoporre alla Corte la seguente questione pregiudiziale:

«Quale sia l'interpretazione degli artt. 43 CE e 49 CE con riferimento alle libertà di stabilimento e di prestazione dei servizi nel settore delle scommesse su eventi sportivi, al fine di stabilire se le citate disposizioni del Trattato consentano o meno una disciplina nazionale che stabilisca un regime di monopolio in favore dello Stato ed un sistema di concessioni e di autorizzazioni che, all'interno di un numero determinato di concessioni, preveda:

a. l'esistenza di un indirizzo generale di tutela dei titolari di concessioni rilasciate in epoca anteriore sulla base di una procedura che illegittimamente ha escluso una parte degli operatori;

b. la presenza di disposizioni che garantiscono di fatto il mantenimento delle posizioni commerciali acquisite sulla base di una procedura che illegittimamente ha escluso una parte degli operatori (come [l'obbligo] per i nuovi concessionari di collocare i loro sportelli [a una distanza minima] da quelli già esistenti);

c. la fissazione di ipotesi di decadenza della concessione e di incameramento di cauzioni di entità molto elevata, tra le quali l'ipotesi che il concessionario gestisca direttamente o indirettamente attività transfrontaliere di gioco assimilabili a quelle oggetto della concessione».

40. Con ordinanza del presidente della Corte in data 6 aprile 2010, le cause n. C-72/10 e n. C-77/10 sono state riunite ai fini della fase scritta e orale nonché della sentenza.

Sulla ricevibilità della questione pregiudiziale (*Omissis*)

Sulla questione pregiudiziale

47. Con la sua questione, il giudice del rinvio solleva due problemi che occorre esaminare separatamente.

48. Da un lato, il giudice nazionale è chiamato a decidere se le misure adottate dal legislatore al fine di rimediare all'esclusione illegittima di operatori come la Stanley dalla gara del 1999 siano conformi al diritto dell'Unione. Sebbene, a prima vista, l'attribuzione di circa 16.000 nuove concessioni prevista dal decreto Bersani sembri ad esso giudice conforme alle prescrizioni dettate dalla Corte al punto 63 della citata sentenza *Placanica e a.*, il giudice del rinvio si interroga sulla compatibilità con il diritto dell'Unione della tutela che per certi aspetti il nuovo regime offre alle posizioni commerciali degli operatori risultati aggiudicatari di una concessione al termine della gara del 1999 di fronte alla potenziale concorrenza di operatori che erano stati illegittimamente esclusi da tale gara e che nel 2006 avrebbero potuto, per la prima volta, partecipare ad una gara per l'attribuzione di concessioni. A questo proposito il giudice del rinvio cita, in particolare, l'obbligo previsto dall'art. 38, commi 2 e 4, del decreto Bersani secondo cui i nuovi concessionari devono insediarsi ad una distanza minima dai concessionari già esistenti.

49. Dall'altro lato, il giudice del rinvio rileva che, sebbene il motivo di esclusione dalla gara del 1999 censurato nella citata sentenza *Placanica e a.* sia stato eli-

minato mediante modifiche della legislazione applicabile intervenute nel 2002, una serie di nuove restrizioni è stata introdotta a seguito dell'adozione del decreto Bersani, in particolare mediante la previsione, nell'art. 23 dello schema di convenzione, di ipotesi di decadenza della concessione e di incameramento di cauzioni. Il giudice del rinvio si chiede se tali nuove restrizioni siano compatibili con il diritto dell'Unione.

Sulla protezione delle posizioni commerciali acquisite dagli operatori risultati aggiudicatari di concessioni al termine della gara del 1999

50. Con la prima parte della sua questione, il giudice del rinvio chiede, in sostanza, se gli artt. 43 CE e 49 CE debbano essere interpretati nel senso che essi ostano a che uno Stato membro, il quale abbia escluso, in violazione del diritto dell'Unione, una categoria di operatori dall'attribuzione di concessioni per l'esercizio di un'attività economica e che cerchi di rimediare a tale violazione mettendo a concorso un numero rilevante di nuove concessioni, protegga le posizioni commerciali acquisite dagli operatori esistenti prevedendo in particolare determinate distanze minime tra gli esercizi dei nuovi concessionari e quelli di tali operatori esistenti. (*Omissis*)

54. In tale contesto, occorre ricordare che le autorità pubbliche che rilasciano concessioni in materia di giochi d'azzardo sono tenute a rispettare le norme fondamentali dei Trattati, e segnatamente gli artt. 43 CE e 49 CE, i principi di parità di trattamento e di non discriminazione a motivo della nazionalità, nonché l'obbligo di trasparenza che ne deriva (v., in tal senso, sentenze del 3 giugno 2010, *Sporting Exchange*, n. C-203/08, in *Raccolta*, I, p. 4695, punto 39, e del 9 settembre 2010, *Engelmann*, n. C-64/08, non ancora pubblicata nella *Raccolta*, punto 49 e la giurisprudenza ivi citata).

55. Pur senza implicare necessariamente un obbligo di procedere ad una pubblica gara, il suddetto obbligo di trasparenza – che si applica qualora la concessione di cui trattasi possa interessare un'impresa avente sede in uno Stato membro diverso da quello nel quale la concessione viene attribuita – impone all'autorità concedente di garantire, ad ogni potenziale offerente, un livello di pubblicità adeguato, tale da consentire l'apertura della concessione alla concorrenza nonché il controllo dell'imparzialità delle procedure di attribuzione (citare sentenze *Commissione c. Italia*, punto 24 e la giurisprudenza ivi citata; *Sporting Exchange*, punti 40 e 41, nonché *Engelmann*, punto 50).

56. L'attribuzione di tali concessioni deve dunque essere fondata su criteri oggettivi, non discriminatori e noti in anticipo, così da circoscrivere l'esercizio del potere discrezionale delle autorità nazionali (v., in tal senso, sentenza *Engelmann*, cit., punto 55 e la giurisprudenza ivi citata). (*Omissis*)

66. Occorre dunque rispondere alla prima parte della questione sollevata dichiarando che gli artt. 43 CE e 49 CE, nonché i principi di parità di trattamento e di effettività, devono essere interpretati nel senso che essi ostano a che uno Stato membro, il quale abbia escluso, in violazione del diritto dell'Unione, una categoria di operatori dall'attribuzione di concessioni per l'esercizio di un'attività economica e che cerchi di rimediare a tale violazione mettendo a concorso un numero rilevante di nuove concessioni, protegga le posizioni commerciali acquisite dagli operatori esistenti prevedendo in particolare determinate distanze minime tra gli esercizi dei nuovi concessionari e quelli di tali operatori esistenti.

Sulle nuove restrizioni introdotte a seguito dell'adozione del decreto Bersani (Omissis)

Osservazioni preliminari

69. *In limine* occorre ricordare che gli artt. 43 CE e 49 CE impongono l'eliminazione di qualsiasi restrizione alla libertà di stabilimento e alla libera prestazione di servizi, ancorché applicabile indistintamente ai prestatori nazionali e a quelli degli altri Stati membri, nel caso in cui essa sia idonea a vietare, a ostacolare o a rendere meno attraenti le attività del prestatore stabilito in un altro Stato membro, dove egli fornisce legittimamente servizi analoghi (sentenza *Liga Portuguesa de Futebol Profissional e Bwin International*, cit., punto 51 e la giurisprudenza ivi citata).

70. È pacifico che una normativa nazionale, come quella controversa nei procedimenti principali, la quale subordini l'esercizio di un'attività economica all'ottenimento di una concessione e preveda varie ipotesi di decadenza della concessione, costituisce un ostacolo alle libertà così garantite dagli artt. 43 CE e 49 CE.

71. Simili restrizioni possono tuttavia essere ammesse in quanto rientranti tra le misure in deroga espressamente previste dagli artt. 45 CE e 46 CE, o possono essere giustificate da motivi imperativi di interesse generale, a condizione che esse rispettino i requisiti di proporzionalità risultanti dalla giurisprudenza della Corte. A questo proposito, la giurisprudenza ha ammesso un certo numero di motivi imperativi di interesse generale, quali gli obiettivi di tutela dei consumatori, di prevenzione delle frodi e dell'incitamento dei cittadini ad una spesa eccessiva legata al gioco, nonché di prevenzione di turbative dell'ordine sociale in generale (sentenza *Placanica e a.*, cit., punti 45, 46 e 48).

72. Dalle disposizioni e dai principi citati al punto 54 della presente sentenza consegue inoltre che, nell'attribuire concessioni quali quelle in esame nei procedimenti principali, l'autorità concedente è tenuta ad un obbligo di trasparenza, consistente in particolare nel garantire, ad ogni potenziale offerente, un livello di pubblicità adeguato, tale da consentire l'apertura della concessione alla concorrenza nonché il controllo sull'imparzialità delle procedure di attribuzione (citare sentenze *Commissione c. Italia*, punto 24 e la giurisprudenza ivi citata; *Sporting Exchange*, punti 40 e 41, nonché *Engelmann*, punto 50).

73. Il principio di trasparenza, che costituisce un corollario del principio di uguaglianza, ha in tale contesto essenzialmente lo scopo di garantire che qualsiasi operatore interessato possa decidere di partecipare a pubbliche gare sulla base delle informazioni pertinenti, nonché quello di garantire l'esclusione di qualsiasi rischio di favoritismo e arbitarietà da parte dell'autorità aggiudicatrice. Esso implica che tutte le condizioni e le modalità della procedura di aggiudicazione siano formulate in maniera chiara, precisa e univoca, in modo tale per cui, da un lato, sia consentito a tutti gli offerenti ragionevolmente informati e normalmente diligenti di comprenderne l'esatta portata e di interpretarle nella stessa maniera e, dall'altro, siano fissati dei limiti al potere discrezionale dell'autorità concedente e quest'ultima sia messa in grado di verificare effettivamente se le offerte dei candidati rispondono ai criteri disciplinanti la procedura in questione (v., in tal senso, sentenze del 29 aprile 2004, *Commissione c. CAS Succhi di Frutta*, n. C-496/99 P, in *Raccolta*, I, p. 3801, punto 111, nonché del 13 dicembre 2007, *United Pan-Europe Communications Belgium e a.*, n. C-250/06, in *Raccolta*, I, p. 11135, punti 45 e 46).

74. Il principio di certezza del diritto esige inoltre che le norme giuridiche siano chiare, precise e prevedibili nei loro effetti, in particolare quando esse possano avere conseguenze sfavorevoli per gli individui e le imprese (v., in tal senso, sentenza del 7 giugno 2005, *VEMW e a.*, n. C-17/03, in *Raccolta*, I, p. 4983, punto 80 e la giurisprudenza *ivi* citata).

75. È alla luce di tali considerazioni che occorre esaminare la seconda parte della questione pregiudiziale.

Sulla decadenza della concessione a motivo dell'avvio di un procedimento penale

76. Come rilevato dall'Avvocato Generale al par. 93 delle sue conclusioni, l'esclusione di operatori i cui gestori abbiano riportato condanne penali può in linea di principio essere considerata come una misura giustificata dall'obiettivo della lotta contro la criminalità. Infatti, come ripetutamente statuito dalla Corte, i giochi d'azzardo comportano rischi particolarmente elevati di reati e di frodi, tenuto conto della rilevanza delle somme che essi consentono di raccogliere e delle vincite che possono offrire ai giocatori (sentenza *Liga Portuguesa de Futebol Profissional e Bwin International*, *cit.*, punto 63).

77. La decadenza della concessione costituisce tuttavia una misura particolarmente grave per il concessionario, a maggior ragione in circostanze quali quelle degli odierni procedimenti principali, in cui essa determina automaticamente, a norma dell'art. 23, comma 6, dello schema di convenzione, la perdita di un'ingente garanzia pecuniaria nonché eventuali obblighi di risarcimento dei danni subiti dall'AAMS.

78. Di conseguenza, per consentire ad ogni potenziale offerente di valutare con certezza il rischio che gli vengano applicate simili sanzioni, per garantire l'assenza di rischi di favoritismo o arbitrarietà da parte dell'amministrazione aggiudicatrice e, infine, per garantire il rispetto del principio di certezza del diritto, è necessario che le circostanze nelle quali le suddette sanzioni verranno applicate siano enunciate in modo chiaro, preciso e univoco. (*Omissis*)

81. In ogni caso, risulta da una costante giurisprudenza che le restrizioni imposte dalla normativa nazionale non devono andare oltre quanto è necessario per il raggiungimento dell'obiettivo perseguito (sentenza *Gambelli e a.*, *cit.*, punto 72). Di conseguenza, sebbene in determinate circostanze possa rivelarsi giustificato adottare misure preventive nei confronti di un operatore di giochi d'azzardo sospettato, sulla base di indizi concludenti, di essere implicato in attività criminali, un'esclusione dal mercato in virtù della decadenza della concessione dovrebbe, in linea di principio, essere considerata proporzionata all'obiettivo della lotta contro la criminalità unicamente nel caso in cui fosse fondata su una sentenza avente autorità di giudicato e riguardante un delitto sufficientemente grave. Una legislazione che contempli, anche in modo temporaneo, l'esclusione di operatori dal mercato potrebbe essere considerata proporzionata unicamente a condizione di prevedere un'efficace possibilità di ricorso in sede giurisdizionale nonché un risarcimento del danno subito nel caso in cui, in un momento successivo, tale esclusione si rivelasse ingiustificata. (*Omissis*)

83. In tale contesto occorre ricordare che dalla citata sentenza *Placanica e a.* risulta che la Repubblica italiana non può applicare sanzioni penali per l'esercizio di un'attività organizzata di raccolta di scommesse senza concessione o autorizzazione

di polizia a persone legate a un operatore che era stato escluso dalle gare pertinenti in violazione del diritto dell'Unione (punto 70 della sentenza). Tale sentenza è stata pronunciata il 6 marzo 2007, ossia quattro mesi dopo il termine del 20 ottobre 2006 fissato per la presentazione delle candidature nella procedura di gara prevista dal decreto Bersani. (*Omissis*)

85. Di conseguenza, e per ragioni identiche a quelle enunciate in detta sentenza, non possono essere applicate sanzioni per l'esercizio di un'attività organizzata di raccolta di scommesse senza concessione o senza autorizzazione di polizia nei confronti di persone, quali i signori Costa e Cifone, legate a un operatore, come la Stanley, che era stato escluso dalle gare precedenti in violazione del diritto dell'Unione, anche dopo la nuova gara prevista dal decreto Bersani. (*Omissis*)

Sulla decadenza della concessione a motivo della commercializzazione di giochi d'azzardo mediante siti telematici situati al di fuori del territorio nazionale (*Omissis*)

L'ITALIA NON DISCIPLINA IL GIOCO D'AZZARDO RESPONSABILMENTE: COMMENTO AL CASO *COSTA E CIFONE*

Sommario: *Introduzione - 1. I precedenti della Corte di giustizia in materia di gioco d'azzardo: i casi italiani - 2. La sentenza Costa e Cifone - 3. Possibili sviluppi e soluzioni della normativa dell'Unione europea e dell'Italia - 4. Conclusioni.*

Introduzione

Nella sentenza *Costa e Cifone*¹ i ricorrenti nella causa principale ottengono dalla Corte di giustizia una statuizione di incompatibilità con il diritto dell'Unione della normativa italiana che regola il gioco d'azzardo².

La materia in esame presenta indubbe peculiarità a causa dei risvolti che ha sulla vita quotidiana dei cittadini. Infatti, il crescente numero dei casi di ludopatia desta allarme sociale nelle famiglie dei giocatori compulsivi e nelle strutture preposte alla loro cura. In via generale, l'attività del gioco d'azzardo è sempre stata guardata con sospetto³ dal legislatore italiano, implicando una carica di disvalore che si caratterizza nella riprovevolezza della condotta e, di conseguenza, nella predisposizione di sanzioni penali per il suo illegittimo esercizio. Inoltre, secondo la dottrina civilistica, la scommessa è una c.d. obbligazione naturale⁴ (art. 1933 ss. c.c.), che dà luogo alla nullità del contratto

¹ Sentenza della Corte di giustizia del 16 febbraio 2012 in cause riunite n. C-72/10 e n. C-77/10, Procedimenti penali a carico di *Marcello Costa*, *Ugo Cifone*, non ancora pubblicata in *Raccolta*.

² Il gioco d'azzardo è una delle attività cui l'uomo è dedito da tempo immemore. Al giorno d'oggi, l'importanza del settore è confermata dalla sua inarrestabile espansione; la Commissione ha stimato che nel solo 2008 i proventi ammontavano a circa 6,16 miliardi di euro, cfr. il Libro Verde sul gioco d'azzardo *online* nel mercato interno, Com(2011)128 def.

³ Per una dettagliata disamina del gioco d'azzardo in tutte le sue forme ed i rapporti con l'ordinamento giuridico dell'Unione europea cfr. A. LITTLER, *Member States versus the European Union. The regulation of gambling*, Leiden-Boston, Martinus Nijhoff Publishers, 2011. Per quel che riguarda in particolare le implicazioni morali cfr. pp. 39-49. Per quel che riguarda invece il rapporto tra gioco d'azzardo e pubblicità, cfr. M. NOTARO, *La pubblicità dei servizi transfrontalieri di poker on line: normative nazionali e principi comunitari a confronto sul tema del gioco d'azzardo*, in questa *Rivista*, 2007, p. 823 ss.

⁴ Art. 1933 c.c. «non compete azione per il pagamento di un debito di giuoco o di scommessa, anche se si tratta di giuoco o di scommessa non proibiti. Il perdente tuttavia non può ripetere quanto abbia spontaneamente pagato dopo l'esito di un giuoco o di una scommessa in cui non vi sia

(art. 1418 c.c.) e all'impossibilità di ripetere quanto spontaneamente pagato (art. 2034 c.c.)⁵.

Se tali restrizioni potevano sembrare necessarie ai redattori del codice civile, le problematiche sottese al gioco d'azzardo sono diventate più attuali e strettamente collegate alla criminalità organizzata – si pensi alle frodi, alle truffe, al riciclaggio di denaro –; per tali motivi gli Stati membri hanno posto in essere legislazioni di carattere penale.

Il caso *Costa e Cifone* si inserisce nell'ormai ampia giurisprudenza⁶ relativa al gioco d'azzardo; per pervenire ad una sua analisi sistematica è necessario richiamare preliminarmente le questioni pregiudiziali sottoposte dai giudici italiani⁷ alla Corte di giustizia. Solo dopo averle brevemente esaminate si potrà commentare la sentenza e giungere ad enucleare il suo impatto sugli ordinamenti giuridici degli Stati membri – in particolar modo, dell'Italia – e sui ricorrenti nella causa principale.

1. I precedenti della Corte di giustizia in materia di gioco d'azzardo: i casi italiani

I rinvii pregiudiziali esaminati dalla Corte mirano a comprendere se le disposizioni nazionali contestate costituiscano o meno restrizioni al diritto di stabilimento ovvero alla libera prestazione di servizi⁸. La prima ipotesi si verifica nel momento in cui un operatore intenda stabilirsi sul territorio di uno Sta-

stata alcuna frode». L'art. 1934 afferma che l'art. 1933 non si applica per «le corse di ogni specie e ogni altra competizione sportiva». Infine, a tenore dell'art. 1935 «le lotterie danno luogo ad azione in giudizio, qualora siano state legalmente autorizzate».

⁵ F. GALGANO, *Le obbligazioni in generale*, Padova, Cedam, 2007, pp. 197-201; F. GALGANO, *Il contratto*, Padova, Cedam, 2007, pp. 337-351.

⁶ La materia è oltremodo vasta dal momento che ricomprende al suo interno casi riguardanti l'installazione delle *slot machine*, il regime fiscale delle vincite, l'organizzazione dei monopoli statali, le lotterie, i requisiti delle concessioni governative. Per questi aspetti cfr. le seguenti sentenze: 21 settembre 1999 in causa n. C-124/97, *Läärä e a.*, in *Raccolta*, 1999, I, p. 6067; 8 settembre 2009 in causa n. C-42/07, *Liga Portuguesa*, in *Raccolta*, 2009, I, p. 7633 e annotata in questa *Rivista*, 2010, p. 81; 3 giugno 2010 in causa n. C-258/08, *Ladbrokes*, in *Raccolta*, 2010, I, p. 4757 e annotata in questa *Rivista*, 2010, p. 298; 3 giugno 2010 in causa n. C-203/08, *Sporting Exchange* in *Raccolta*, 2010, I, p. 4695 e annotata in questa *Rivista*, 2010, p. 299; 8 luglio 2010 in cause riunite n. C-447/08 e n. C-448/08, *Sjöberg e Gerdin*, in *Raccolta*, 2010, I, p. 6921 e annotata in questa *Rivista*, 2010, p. 487; 8 settembre 2010 in causa n. C-46/08, *Carmen Media Group*, in *Raccolta*, 2010, I, p. 8149; 8 settembre 2010 in causa n. C-409/06, *Winner Wetten*, in *Raccolta*, 2010, I, p. 8015; 9 settembre 2010 in causa n. C-64/08, *Engelmann*, in *Raccolta*, 2010, I, p. 8219 e annotata in questa *Rivista*, 2010, p. 490.

⁷ In ordine cronologico, sentenza del 21 ottobre 1999 in causa n. C-67/98, *Questore di Verona c. Diego Zenatti*, in *Raccolta*, 1999, I, p. 7289 e annotata in questa *Rivista*, 2000, p. 293; sentenza del 6 novembre 2003 in causa n. C-243/01, *Gambelli e a.*, in *Raccolta*, 2003, I, p. 13031 e annotata in questa *Rivista*, 2004, p. 528; sentenza del 6 marzo 2007 in cause riunite n. C-338/04, n. C-359/04 e n. C-360/04, *Procedimenti penali a carico di Placanica e altri*, in *Raccolta*, 2007, I, p. 1891 e annotata in questa *Rivista*, 2007, p. 332.

⁸ In generale cfr. C. BARNARD, *The substantive law of the EU. The four freedoms*, 3. ed., Oxford, Oxford University Press, 2010.

to membro a mezzo dei c.d. centri telematici di raccolta (CTD), luoghi messi a disposizione dei consumatori per effettuare le proprie puntate ed eventualmente riscuotere le vincite. Essi possono essere organizzati secondo due modalità. Nella prima, il giocatore scommette direttamente sugli eventi in calendario. Tale possibilità integra il diritto di stabilimento di cui si è avvalso l'operatore al fine di creare un'agenzia ex art. 49 TFUE. Ma i CTD hanno anche la funzione di trasmettere la giocata alla società madre i cui server potrebbero essere allocati in un altro Stato membro. Ciò delinea invece la classica situazione in cui anche dotarsi con continuità di una struttura fissa, stabilmente insediata, non esclude la fattispecie dal campo di applicazione *ratione materiae* della libera prestazione di servizi⁹ ex art. 56 TFUE. La seconda ipotesi si ha invece quando non sia presente alcun locale aperto al pubblico ma l'incontro tra il destinatario ed il prestatore del servizio avviene esclusivamente per via telematica.

La Corte di giustizia aveva già sancito nel caso *Schindler*¹⁰ che le lotterie, o meglio, la distribuzione e l'acquisto dei biglietti a mezzo posta, rientrano nel campo di applicazione materiale della libera prestazione di servizi¹¹. Tale assunto è stato ritenuto valido per tutti i casi successivi¹² ed è stato solo parzialmente modificato per ricomprendervi il gioco *online*¹³.

Il caso *Zenatti*¹⁴ è il primo rinvio pregiudiziale di un giudice italiano alla Corte di giustizia in materia di gioco d'azzardo. I punti di maggiore interesse

⁹ Sentenza dell'11 dicembre 2003 in causa n. C-215/01, *Schnitzer*, in *Raccolta*, 2003, I, p. 14847: «(...) nella nozione di "servizio" ai sensi del Trattato possono rientrare servizi di natura molto diversa, ivi compresi i servizi la cui prestazione si estende per un periodo di tempo prolungato, persino più anni, come quando, ad esempio, avviene per i servizi forniti nell'ambito della costruzione di un grande edificio. Possono parimenti costituire servizi ai sensi del Trattato le prestazioni che un operatore economico stabilito in uno Stato membro fornisce in maniera più o meno frequente o regolare, anche per un periodo di tempo prolungato, a persone stabilite in uno o più altri Stati membri, come ad esempio l'attività di consulenza o di informazione offerta dietro retribuzione. Infatti, nessuna disposizione del Trattato consente di determinare, in maniera astratta, la durata o la frequenza a partire dalla quale la fornitura di un servizio o di un certo tipo di servizio in un altro Stato membro non può essere più considerata prestazione di servizi ai sensi del Trattato» (punti 30-31).

¹⁰ Sentenza del 24 marzo 1994 in causa n. C-275/92, *Schindler*, in *Raccolta*, 1994, I, p. 1039 e annotata in questa *Rivista*, 1994, p. 374.

¹¹ In dottrina cfr. R. MASTROIANNI, *La libertà di prestazione dei servizi nella giurisprudenza comunitaria: i principi generali*, in *Studi integr. eur.*, 2007, pp. 523-541; V. HATZOPOULOS - T. H. DO, *The case law of the ECJ concerning the free provision of services: 2000-2005*, CMLR, 2006, pp. 923-991; S. ENCHELMAIER, *Always at your service (within limits): the ECJ's case law on article 56 TFEU (2006-2011)*, in *El Rev.*, 2011, pp. 614-650.

¹² *Questore di Verona c. Diego Zenatti*, cit. *supra*, nota 7, punti 18-19 «(...) le scommesse sulle competizioni sportive, pur non potendo essere considerate giochi di puro azzardo, al pari di questi ultimi offrono, contro una posta avente valore di pagamento, una prospettiva di profitto pecuniario (...). Le scommesse (...) devono essere considerate come giochi d'azzardo analoghi alle lotterie».

¹³ È giurisprudenza consolidata che l'art. 56 TFUE si applica anche quando sia solo il servizio a "circolare". Più di recente, cfr. sentenze dell'8 settembre 2005 in cause riunite n. C-544/03 e n. C-545/03, *Mobistar*, in *Raccolta*, 2005, I, p. 7723) e del 22 settembre 2011 in cause riunite n. C-244/10 e n. C-245/10, *Mesopotamia Broadcast* non ancora pubblicata in *Raccolta*.

¹⁴ *Questore di Verona c. Diego Zenatti*, loc. cit.

sono due. Il primo concerne la potestà degli Stati membri di organizzare come meglio ritengono il settore, dal momento che solo essi sono in grado di valutarne l'impatto sociale ed economico nonché prevenire i fenomeni criminosi collegati alla frode. Tale margine di discrezionalità può prevedere anche l'utilizzo di norme incriminatrici¹⁵. Di conseguenza, come secondo punto di interesse, è di primaria rilevanza il fatto che un soggetto si difenda in un procedimento penale a suo carico argomentando attraverso le libertà del mercato interno. Certo, non si è di fronte ad un fenomeno nuovo¹⁶ ma ciò induce a riflettere sulla *vis expansiva* di cui è portatore il diritto dell'Unione in un contesto nel quale era stata a lungo posta in dubbio la sua effettività. Infatti, i signori Costa e Cifone utilizzano i suddetti argomenti nei procedimenti penali che li vedono imputati per l'illecita raccolta di scommesse.

¹⁵ *Questore di Verona c. Diego Zenatti*, cit. *supra*, nota 7, punto 33 «(...) la determinazione dell'ampiezza di tutela che uno Stato membro intende garantire nel proprio territorio in tema di lotterie e di altri giochi d'azzardo rientra nel potere discrezionale riconosciuto dalla Corte alle autorità nazionali (...). Spetta a queste ultime infatti valutare se, nel contesto dell'obiettivo perseguito, sia necessario vietare totalmente o parzialmente attività di questa natura o soltanto limitarle e prevedere a tale scopo modalità di controllo più o meno rigide».

¹⁶ Il famosissimo caso *Keck*, – sentenza del 24 novembre 1993 in cause riunite n. C-267/91 e n. C-268/91, in *Raccolta*, 1993, I, p. 6097 e in questa *Rivista*, 1994, p. 665 – che ha modificato la giurisprudenza precedente sulla libera circolazione delle merci nacque da un procedimento penale che vedeva imputati due cittadini francesi per la vendita sottocosto di taluni beni. Analogamente, si rinvenivano pronunce anche laddove un soggetto commercializzi determinati prodotti senza possedere la qualifica prevista dalla legge ovvero senza la necessaria autorizzazione. *Ex multis*, sentenze del 30 novembre 1983 in causa n. 227/82, *Van Bennekom*, in *Raccolta*, 1983 p. 3883; del 21 marzo 1991 in causa n. C-60/89, *Monteil e Samanni*, in *Raccolta*, 1991, I, p. 1547 e annotata in questa *Rivista*, 1992, p. 373. Ma la penetrazione negli ordinamenti nazionali del diritto penale di matrice europea è andata ben oltre, cfr. sentenza del 16 giugno 2005 in causa n. C-105/03, *Pupino*, in *Raccolta*, 2005, I, p. 5285, in cui la Corte ha statuito che il giudice nazionale deve interpretare le norme di diritto processuale penale – in particolare quelle sull'incidente probatorio di minori vittime di violenza – in conformità con il diritto dell'Unione; nel caso di specie, con una decisione presa nell'ambito dell'ex terzo pilastro, giustizia e affari interni (GAI). Ancora, la sentenza del 13 settembre 2005 in causa n. C-176/03, *Commissione c. Consiglio*, in *Raccolta*, 2005, I, p. 7879 in cui la ricorrente chiede l'annullamento di una decisione presa in ambito GAI concernente la protezione dell'ambiente tramite il diritto penale. Il Trattato di Lisbona smantella la struttura in pilastri – lasciando invariati solo gli aspetti relativi alla politica estera e di sicurezza comune –, quindi nell'ambito dell'area di libertà, sicurezza e giustizia (ALSG) è ora possibile adottare con la procedura legislativa ordinaria atti di diritto derivato tipici e vincolanti. Cfr. la direttiva n. 2011/36/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 5 aprile 2011, concernente la prevenzione e la repressione della tratta di esseri umani e la protezione delle vittime, e che sostituisce la decisione quadro del Consiglio n. 2002/629/GAI, in *Gu-Ue* n. L 101 del 15 aprile 2011, p. 1 ss.; la direttiva n. 2011/92/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 13 dicembre 2011, relativa alla lotta contro l'abuso e lo sfruttamento sessuale dei minori e la pornografia e che sostituisce la decisione quadro n. 2004/68/GAI del Consiglio, in *Gu-Ue* n. L 335 del 17 dicembre 2011, p. 1 ss. La Corte di giustizia avrà il potere di interpretarli e gli Stati membri potranno anche essere chiamati a rispondere di una loro mancata trasposizione nell'ambito di una procedura di infrazione. Per ulteriori approfondimenti cfr. P. CRAIG - G. DE BURCA, *EU Law. Text, cases and materials*, 5 ed., Oxford, Oxford university press, 2011, pp. 923-958, A. DAWES - O. LYNSEY, *The ever-longer arm of EC law: the extension of community competence into the field of criminal law*, *CMLR*, 2008, pp. 131-158; S. PEERS, *EU justice and home affairs law (non civil)*, in P. CRAIG - G. DE BURCA, *The evolution of EU law*, 2 ed., Oxford, Oxford University Press, 2011, pp. 269-297; S. PEERS, *Mutual recognition and criminal law in the European Union: has the Council got it wrong?*, *CMLR*, 2004, pp. 5-36; L. SALAZAR, *La costruzione di uno spazio penale comune europeo*, pp. 395-467, in G. GRASSO - R. SICURELLA (a cura di), *Lezioni di diritto penale europeo*, Milano, Giuffrè, 2007.

Il caso *Gambelli* muove dai medesimi presupposti giungendo a conclusioni simili, ma la Corte svolge un'analisi più accurata della normativa italiana rispetto alla libera prestazione dei servizi e alle deroghe e/o alle esigenze imperative che possono restringerla. La legislazione contestata vietava alle società quotate nei mercati regolamentati di partecipare ai bandi indetti dall'Amministrazione autonoma dei monopoli di Stato (AAMS). È evidente che la regola imposta è indistintamente applicabile dal momento che tutti i potenziali operatori devono rispettarla per poter esercitare la raccolta delle scommesse sul territorio italiano. È bene rilevare che l'Italia aveva giustificato l'esclusione delle società di capitali quotate sui mercati regolamentati adducendo che il controllo sulle persone dei soci era indispensabile per verificare che non ci fossero implicazioni con attività criminali o fraudolente. La Corte statuisce che una normativa contenente un siffatto divieto, in aggiunta alla previsione di una sanzione penale per l'inosservanza, costituisce una restrizione illegittima tanto del diritto di stabilimento quanto della libera prestazione dei servizi.

Alla luce di tali precedenti si può ricordare il caso *Placanica* di cui la sentenza *Costa* costituisce il logico prosieguo. Dopo il caso *Gambelli*, l'Italia aveva modificato la propria legislazione¹⁷ per permettere a tutte le società di capitali, quindi anche a quelle quotate sui mercati regolamentati, di partecipare ai bandi di gara per l'attribuzione delle concessioni. Le prime risalivano al 1999 ed avevano una durata di sei anni, prorogabile per altri sei. Si pone dunque il problema di verificare se durante l'arco di tempo che va dal 1999 al 2005 si fossero creati degli ostacoli al diritto di stabilimento ed alla libera prestazione dei servizi degli operatori che volessero entrare nel mercato italiano.

La Corte afferma categoricamente che «la questione della legittimità delle condizioni imposte ai bandi di gara del 1999 è lungi dall'essere privata di oggetto dalle modifiche legislative intervenute nel 2002»¹⁸. Infatti, nel periodo intercorrente non erano previste altre gare, con la logica conseguenza che coloro i quali si erano insediati nel 1999 avrebbero goduto di un indebito vantaggio derivante dal mancato ingresso sul mercato di altri potenziali concorrenti. Inoltre, l'operatore doveva richiedere anche un'apposita autorizzazione di polizia, che aveva per presupposto il possesso della concessione. In altre parole, il signor Placanica non avrebbe mai potuta ottenerla poiché era la Stanley, società di *bookmaker*, ad avere l'obbligo di partecipare alla gare sulle concessioni¹⁹.

Per quanto non affrontato dalla Corte, è possibile individuare un ulteriore aspetto connesso alla tutela giurisdizionale offerta al singolo da parte degli ordinamenti giuridici degli Stati membri. Infatti, il signor Placanica non pote-

¹⁷ Art. 22, n. 11, della legge 27 dicembre 2002, n. 289.

¹⁸ Procedimenti penali a carico di *Placanica e altri*, punto 59, *cit. supra*, nota 7

¹⁹ *Ivi*, punto 69 «(...) uno Stato membro non può applicare una sanzione penale per il mancato espletamento di una formalità amministrativa allorché l'adempimento di tale formalità viene rifiutato o è reso impossibile dallo Stato membro interessato in violazione del diritto comunitario».

va impugnare un eventuale rifiuto di concedergli l'autorizzazione di polizia per il semplice fatto che essa si configura come un atto derivato rispetto alla concessione. Sostanzialmente, l'unico modo possibile per vedere riconosciuti i propri diritti era violare²⁰ – consapevolmente o meno, non è dato saperlo – la normativa e gestire ugualmente il CTD. Questo è quanto accaduto.

2. La sentenza *Costa e Cifone*

In seguito alle ripetute pronunce della Corte di giustizia che avevano dichiarato la normativa italiana incompatibile con il diritto di stabilimento e la libera prestazione di servizi, il legislatore aveva modificato profondamente la materia. Il c.d. decreto Bersani²¹ prevedeva l'apertura di settemila nuovi punti vendita, determinandone il numero massimo per comune e stabilendo la distanza minima fissa rispetto a quelli già presenti sul territorio²².

La domanda di pronuncia pregiudiziale posta dalla Corte di cassazione alla Corte di giustizia nasce dai procedimenti penali a carico dei signori Costa e Cifone, imputati di aver esercitato illegalmente – ossia senza la previa autorizzazione di polizia – un'attività organizzata di accettazione o raccolta di scommesse sportive per conto di una società estera, figura di reato prevista dall'art. 4 della legge 13 dicembre 1989, n. 401. Per il signor Costa, il giudice delle indagini preliminari presso il tribunale di Roma aveva disapplicato la normativa interna – in forza del principio del primato del diritto comunitario – dichiarando che «il fatto non è più previsto come reato» a seguito di una pronuncia della Corte di cassazione²³ stessa che applicava la precedente giurisprudenza della Corte di giustizia. Il pubblico ministero proponeva ricorso per cassazione.

²⁰ A tali profili sembra applicabile per analogia il ragionamento portato avanti dall'Avvocato Generale Jacobs nelle cause n. C-50/00 P, *Unión de Pequeños Agricultores c. Consiglio dell'Unione europea*, in *Raccolta*, 2002, I, p. 6677 e annotata in questa *Rivista*, 2002, p. 520 e n. C-263/02 P, *Commissione delle Comunità europee c. Jégo-Quéré & Cie SA*, in *Raccolta*, 2004, I, p. 3425 e annotata in questa *Rivista*, 2004, p. 297. Entrambe le sentenze riguardavano la legittimazione ad agire delle persone fisiche e giuridiche nell'azione di annullamento ex art. 230 (ora art. 263 TFUE) in cui l'Avvocato Generale Jacobs argomentava per una modifica dei criteri introdotti dalla sentenza del 15 luglio 1963 in causa n. 25/62, *Plaumann*, in *Raccolta*, 1962, p. 197.

²¹ D.l. 4 luglio 2006, n. 233, convertito nella legge 4 agosto 2006 n. 248.

²² Dai nuovi punti per le scommesse sono però escluse le corse di cavalli. In verità, non si comprende fino in fondo la *ratio* dell'esclusione se non alla luce del momento storico presente in cui il maggior richiamo – e di conseguenza i più lautissimi profitti – è dato dagli eventi sportivi legati alle competizioni calcistiche nazionali ed europee. Le corse di cavalli, per quanto abbiano rappresentato i primi modelli di mercato organizzato per le scommesse, sono più legate alla presenza degli spettatori negli ippodromi. Ciò non toglie che nella legislazione previgente al decreto Bersani la concessione era unica, sia per le corse di cavalli che per gli eventi sportivi in generale.

²³ Cass. pen., sez. IV, sentenza 27 maggio 2008 nel procedimento n. 27532/08. In particolare, par. 9 «(...) va disapplicata la normativa interna che configura come reato, ai sensi della L. 13 febbraio 1989, n. 401, art. 4, l'aver svolto senza autorizzazione attività di raccolta di scommesse nelle condizioni ritenute viceversa legittime dalla Corte di Giustizia».

Il giudice delle indagini preliminari presso il tribunale di Trani aveva emesso a carico del signor Cifone un decreto di sequestro delle apparecchiature e del locale in cui svolgeva la propria attività di CTD per conto della Stanley. Egli lo impugnava prima di fronte al tribunale del riesame di Bari, che confermava il provvedimento del gip, e poi ricorreva per cassazione.

Partendo dal suesposto quadro fattuale, bisogna nondimeno analizzare la situazione concernente la Stanley, società inglese per la quale i ricorrenti gestivano i CTD.

La Stanley era già stata esclusa – poiché quotata sui mercati regolamentati – dal bando di gara del 1999 e intendeva, a seguito delle modifiche legislative intervenute con il decreto Bersani, partecipare a quello del 2006. Pertanto, chiedeva chiarimenti all'AAMS sul capitolato di oneri allegato al bando e più in particolare sulle ipotesi di decadenza dalla concessione. Lo schema di convenzione tra l'AAMS ed il futuro concessionario prevedeva detta sanzione in ipotesi specifiche: *a.* quando siano state adottate misure cautelari o provvedimenti di rinvio a giudizio nei confronti degli intermediari – per esempio: i gestori dei CTD –; *b.* per i reati previsti dalla l. 19 marzo 1990 n. 255 e per ogni altra ipotesi in grado di far venir meno il rapporto fiduciario tra il concessionario e l'AAMS. Inoltre, la Stanley avrebbe dovuto rinunciare in Italia all'esercizio di attività transfrontaliere. In presenza di una di queste condizioni, la garanzia bancaria depositata per partecipare alla gara era incamerata dall'AAMS. La società decideva quindi di non partecipare al bando del 2006 e congiuntamente impugnava il bando di fronte al TAR Lazio²⁴ chiedendone l'annullamento.

Innanzitutto, la Corte è chiamata a verificare se gli artt. 49 e 56 TFUE ostino ad una normativa quale quella italiana che prevede una distanza minima da rispettare per i soggetti titolari di una nuova concessione. In altre parole, ci si può chiedere se si è di fronte ad una misura che protegge le posizioni commerciali precedentemente acquisite. L'Avvocato Generale Villalon²⁵ richiama il caso *Blanco Perez*²⁶ in cui era stato statuito che un regime di distanze minimo tra farmacie è una misura coerente e sistematica²⁷ allo scopo di tutelare la salute delle persone²⁸, dal momento che concentrarne la distribuzione nelle

²⁴ Ricorso n. 10869/2006.

²⁵ Conclusioni presentate il 27 ottobre 2011.

²⁶ *Blanco Perez*, cause riunite n. C-570/07 e n. C-571/07, in *Raccolta*, 2010, I, p. 4629.

²⁷ Per un'analisi completa ed esaustiva cfr. le conclusioni dell'Avvocato Generale Poiares Maduro nella causa *Blanco Perez*, *loc. cit.*, punto 21 «(...) il requisito di unità e coerenza (...) consente alla Corte di distinguere tra una normativa che persegue realmente un fine pubblico legittimo e una normativa che, in origine, avrebbe anche potuto avere quale scopo quello del perseguimento di tale obiettivo ma che è stata deviata da determinati interessi particolari. Si può affermare al riguardo che si tratta di un requisito a tutela dell'integrità dell'iter legislativo e regolamentare e della responsabilità politica vera e propria».

²⁸ Nelle cause n. C-400/08, *Commissione c. Spagna*, e n. C-384/08, *Attanasio*, entrambe non ancora pubblicate in *Raccolta*, il regime di distanze minimo, rispettivamente, tra grandi e piccoli

zone commercialmente più attive sfavorirebbe gli abitanti di quelle rurali. Tale argomento non è applicabile *mutatis mutandis* alla localizzazione dei CTD poiché non è in gioco la tutela della salute dei cittadini.

Su questo motivo di doglianza la Corte non accoglie le indicazioni offerte dall'Avvocato Generale. Essa focalizza invece la propria attenzione sui criteri che devono essere seguiti dalla pubblica amministrazione durante l'*iter* che conduce al provvedimento di concessione. Si tratta innanzitutto dei principi di parità di trattamento e trasparenza. Il primo implica che tutti gli operatori abbiano a disposizione «uguali opportunità»²⁹; per il secondo, invece i criteri di adozione devono essere «oggettivi, non discriminatori e noti in anticipo, così da circoscrivere l'esercizio del potere discrezionale delle autorità nazionali»³⁰. Alla luce di queste indicazioni è facile riscontrare una discriminazione tra gli operatori che avevano vinto la gara del 1999 e quelli che avrebbero partecipato ai futuri bandi, dal momento che a questi ultimi è impedito di stabilirsi nelle zone a più alta densità commerciale che sono state già occupate.

L'aver appurato la presenza di una discriminazione apre dunque la fase propriamente difensiva da parte della Repubblica italiana su cui grava l'onere di provare la bontà delle proprie misure. L'Italia ha dunque sostenuto che l'imposizione di stringenti parametri per la distribuzione territoriale serve ad evitare un (presunto) eccesso di offerta nelle zone a più alta densità di popolazione ed evitare che i residenti di quelle meno fornite si rivolgano a soggetti non autorizzati. In breve, poiché la Corte aveva già affermato nel caso *Zenatti* che l'Italia attua una politica di fortissima espansione del gioco d'azzardo, le limitazioni imposte ai nuovi operatori non perseguono in modo né coerente né sistematico gli obiettivi di protezione precedentemente enucleati. Gli unici beneficiari di una siffatta normativa sono dunque coloro i quali avevano ottenuto le concessioni nel 1999. Tuttavia, l'apparente categoricità di questo assunto è mitigata dalla Corte stessa, che – in osservanza del riparto di funzioni tra essa e il giudice *a quo* – lascia alla giurisdizione del rinvio la potestà di verificare se effettivamente l'imposizione di distanze minime sia una misura coerente e sistematica.

I giudici di Lussemburgo, fin dal caso *Zenatti*, avevano individuato le esigenze imperative invocabili dagli Stati membri per restringere il diritto di stabilimento e la libera prestazione di servizi. Con tutta evidenza si tratta della medesima *ratio* sottesa ai provvedimenti legislativi che disciplinano il settore del gioco d'azzardo, ossia evitare le frodi, incanalare i proventi del gioco

centri di distribuzioni e tra distributori di carburante non è stato ritenuto idoneo per salvaguardare l'ambiente e la sicurezza della circolazione stradale.

²⁹ Sentenza *Costa e Cifone*, cit. *supra*, nota 1, par. 57.

³⁰ Nello stesso senso, come da giurisprudenza consolidata, cfr. sentenza del 16 maggio 2006 in causa n. C-372/04, *Watts*, punto 116, in *Raccolta*, 2006, I, p. 4325 e annotata in questa *Rivista*, 2006, p. 522.

d'azzardo verso attività a vantaggio della popolazione, indurre i consumatori a rivolgersi verso circuiti di gioco controllati colpendo in tal modo le sacche di clandestinità ancora presenti. Naturalmente, riconoscere la validità in astratto di tali motivi non equivale ad avallarli in concreto, cosa possibile solo nella misura in cui gli Stati membri li applichino rispettando il principio di proporzionalità.

Una delle maggiori peculiarità dell'orientamento giurisprudenziale in esame consiste proprio in un diverso accento posto sul *test* di ragionevolezza che la Corte conduce, non limitandosi più alla triplice analisi su necessità-idoneità-proporzionalità ma andando oltre e richiedendo al legislatore nazionale un ulteriore sforzo: che la propria normativa sia anche coerente e sistematica³¹.

L'altro aspetto controverso della normativa in oggetto è la decadenza della concessione ed il conseguente incameramento del deposito cauzionale quando un soggetto operante per conto del concessionario si renda responsabile di «ipotesi di reato di cui alla legge 19 marzo 1990, n. 55 (...) un qualsiasi reato suscettibile di fare venir meno il rapporto fiduciario con l'AAMS» e anche quando il titolare commercializzi «giochi d'azzardo proibiti dall'ordinamento giuridico nazionale³²».

Ora, per quanto la Corte riconosca che la perdita del deposito è una misura sanzionatoria particolarmente grave, allo stesso modo ammette che essa possa realmente prevenire possibili attività illecite da parte degli operatori. Pertanto, le condotte incriminatrici che porterebbero all'irrogazione della sanzione devono essere «enunciate in modo chiaro, preciso e univoco»³³.

Per il delitto di associazione mafiosa ex l. 19 marzo 1990, n. 55 *nulla quaestio*³⁴. I problemi sorgono per identificare ogni altra ipotesi in grado di compromettere il rapporto fiduciario³⁵ con l'AAMS dal momento che la fatti-

³¹ G. MATHISEN, *Consistency and coherence as conditions for justifications of Member State measure to restrict free movement*, CMLR, 2010, pp. 1021-1048, spec. p. 1036: «Barring a Member State from relying on the legitimate objective upon which it purports to rely entails that the measure in question cannot be justified with reference to this objective even if the measure were proportionate as a means in pursuit thereof. (...) the Court's finding to this effect may come across as morally laden, at least implicitly blaming the Member State for not being truthful».

³² Sentenza *Costa e Cifone*, cit. *supra*, nota 1, punto 67.

³³ *Ivi*, punto 78.

³⁴ Cfr. G. INSOLERA, *I delitti contro l'ordine pubblico*, pp. 279-304, in S. CANESTRARI e a. (a cura di), *Diritto penale. Lineamenti di parte speciale*, 5 ed., Bologna, Monduzzi, 2009.

³⁵ Cfr. L. STORTONI, *I delitti contro la pubblica amministrazione*, pp. 90-190, in S. CANESTRARI e a. (a cura di), *Diritto penale. Lineamenti di parte speciale*, loc. cit. In particolare, occorre notare che in questa fattispecie il bene giuridico tutelato è costituito dal buon andamento e dall'imparzialità della pubblica amministrazione, ai sensi dell'art. 97 della Costituzione italiana. Invece, l'art. 41 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea contiene un elenco di diritti del singolo qualora la pubblica amministrazione debba emanare provvedimenti nei suoi confronti. In particolare è previsto che le questioni che lo riguardano siano trattate in modo imparziale, equo ed entro un termine ragionevole, nonché il diritto di essere ascoltati, di accedere al proprio fascicolo e che l'amministrazione motivi le proprie decisioni.

specie non appare sufficientemente determinata, impedendo di prevedere le conseguenze della propria condotta. Sebbene l'analisi sulla norma penale in questione sia compito esclusivo del giudice nazionale, la Corte non si esime dall'offrire le linee guide per una interpretazione *europaisticamente orientata*.

Innanzitutto, il giudice nazionale dovrà tenere in considerazione la circostanza che gli offerenti avevano solo due mesi di tempo per esaminare compiutamente il bando di gara e, in secondo luogo, anche il comportamento dell'AAMS è da valutarsi congruamente in base alle lettere di chiarimento inviate dai soggetti intenzionati a partecipare ai bandi. Inoltre, anche in presenza di queste indicazioni bisogna dare al soggetto la possibilità di ricorrere per vie giurisdizionali³⁶ e chiedere anche il risarcimento del danno subito qualora gli addebiti risultino infondati.

Da un punto di vista interno, si potrebbe sostenere che la norma penale in questione non rispetta il principio di tassatività³⁷ il quale implica che «la determinatezza delle fattispecie incriminatrici rappresenta una condizione indispensabile perché la norma penale possa efficacemente fungere da guida del comportamento del cittadino»³⁸. Inoltre, tali profili sono intrinsecamente collegati alle tecniche di redazione della fattispecie penale adottate dal legislatore. Quindi «se si tratta di elementi normativi extragiuridici, cioè rinviati a norme sociali o di costume (...), il parametro di riferimento diventa inevitabilmente incerto»³⁹. È proprio alla luce dell'accorta dottrina appena citata che la Stanley ha trovato difficoltà nel comprendere la portata della norma incriminatrice e le condotte che avrebbe dovuto evitare.

La Corte di giustizia aggiunge che una disposizione costruita in tale modo sarebbe «proporzionata (...) nel caso in cui fosse fondata su una sentenza avente autorità di giudicato e riguardante un delitto sufficientemente grave»⁴⁰. Pertanto, è significativo notare che l'ipotesi di decadenza della concessione è stata affrontata argomentando che una sanzione quale quella prevista dall'ordinamento italiano non è proporzionata. Si ritiene di dover identificare all'interno della parola «proporzionalità» gli aspetti finora esaminati rispetto al principio di tassatività. Tale approccio è corroborato dalla Carta dei diritti

³⁶ È curioso rilevare che il caso *Unibet* – sentenza del 13 marzo 2007 in causa n. C-432/05, in *Raccolta*, 2007, I, p. 2271 – nasca dal rinvio pregiudiziale di un giudice svedese poiché la ricorrente non aveva avuto rimedi giurisdizionali per contestare il divieto di pubblicità sul gioco d'azzardo. Cfr. A. ARNULL, *The principle of effective judicial protection in EU law: an unruly horse?*, in *EL Rev.*, 2011, pp. 51-70; V. COURONNE, *L'autonomie procédurale des Etats membres de l'Union Européenne à l'épreuve du temps*, in *Cah. dr. eur.*, 2010, pp. 273-309.

³⁷ G. FIANDACA - E. MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, 6 ed., Bologna, Zanichelli, 2009, pp. 76-84.

³⁸ *Ivi*, p. 77.

³⁹ *Ivi*, p. 83.

⁴⁰ Sentenza *Costa e Cifone*, *cit. supra*, nota 1, punto 81.

fondamentali dell'Unione europea, secondo il cui art. 49, par. 3, «le pene inflitte non devono essere sproporzionate rispetto al reato».

Tali elementi avrebbero indubbiamente meritato un maggiore livello di approfondimento da parte della Corte di giustizia. Tuttavia, i giudici si sono limitati ad affermare che, tenuto conto dell'*iter* argomentativo seguito, non è necessario stabilire se la presunzione di innocenza, ex art. 48 della Carta, sia stata violata. In previsione della futura adesione dell'Unione al sistema di garanzia dei diritti fondamentali costituito in seno al Consiglio d'Europa, sarebbe stato auspicabile tenere in considerazione anche il disposto dell'art. 7 CEDU che sancisce i principi di legalità ed irretroattività della legge penale. Inoltre, secondo le Spiegazioni della Carta, i suoi artt. 48 e 49 hanno significato e portata identici all'art. 7 CEDU.

La giurisprudenza della Corte di Strasburgo ha sviluppato a tal proposito i concetti di accessibilità, prevedibilità e determinatezza della norma penale⁴¹. Per quel che riguarda l'accessibilità, la Stanley era a conoscenza delle norme italiane, ma aveva ugualmente richiesto chiarimenti all'AAMS; pertanto non si riscontrano profili di incompatibilità. Per converso, è proprio da ciò che si ricava una possibile lesione dei principi di prevedibilità e determinatezza, dal momento che l'AAMS non era stata in grado di fornire risposte soddisfacenti sulle condotte da tenere⁴². I suddetti principi non sarebbero invece violati se la giurisprudenza nazionale si fosse già occupata del concetto di lesione del rapporto fiduciario con una pubblica amministrazione e ne avesse costantemente offerto la medesima interpretazione. In ossequio al riparto di competenze tra la Corte di giustizia ed il giudice nazionale tali complesse valutazioni spetteranno solo a quest'ultimo.

Ancora, rimane non sufficientemente determinato l'ambito temporale del rapporto fiduciario. La perdita del deposito ed il suo incameramento da parte dell'AAMS avverrebbero solo in presenza di una sua violazione, quindi in un momento successivo all'instaurarsi del rapporto contrattuale trilaterale tra l'AAMS, la Stanley e i gestori dei CTD. Al momento della gara indetta secondo le norme del decreto Bersani, la società non avrebbe potuto ugualmente partecipare dal momento che i signori Costa e Cifone – al pari del signor

⁴¹ Sentenza del 26 aprile 1979 nel caso *Sunday Times v. United Kingdom*, ricorso n. 6538/1974. Per un'analisi dettagliata del caso in relazione ai principi di tassatività della legge penale cfr. S. BARTOLE - P. DE SENA - V. ZAGREBELSKY, *Commentario breve alla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, Assago, Cedam, 2012, pp. 258-297. In generale D. HARRIS - M. O'BOYLE - C. WARBRICK, *Law of the European Convention on Human Rights*, 2 ed., Oxford, Oxford University Press, 2009.

⁴² Caso *Sunday Times v. United Kingdom*, loc. cit., par. 49: «the law must be adequately accessible: the citizen must be able to have an indication that is adequate in the circumstances of the legal rules applicable to a given case. (...) 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».

Placanica⁴³ – erano sottoposti a procedimenti penali. Ciò induce a ritenere che il bando organizzato secondo le norme del decreto Bersani non ha posto rimedio all'esclusione della Stanley da quello del 1999.

Alla luce delle suesposte considerazioni, la Corte di giustizia ha statuito che gli artt. 49 e 56 TFUE ostano «a che uno Stato membro (...) protegga le posizioni commerciali acquisite dagli operatori esistenti prevedendo in particolare determinate distanze minime»; «a che vengano applicate sanzioni (...) nei confronti di persone legate ad un operatore che era stato escluso da una gara in violazione del diritto dell'Unione»; che le norme sulla decadenza dalla concessione «devono essere formulate in modo chiaro, preciso e univoco»⁴⁴.

3. Possibili sviluppi e soluzioni della normativa dell'Unione europea e dell'Italia

I casi italiani riguardanti il gioco d'azzardo – di cui il procedimento penale a carico dei signori Costa e Cifone è solo l'ultimo tassello – sono emblematici sotto altri due profili distinti. Da un lato, permettono di affrontare e valutare le conseguenze dell'integrazione negativa attraverso le sentenze interpretative della Corte di giustizia; dall'altro, dovrebbero invece fungere da sprone per le istituzioni dell'Unione ad emanare nuovi atti di armonizzazione. Entrambi gli aspetti sono indissolubilmente legati al campo di applicazione del diritto di stabilimento e della libera prestazione di servizi.

La crescente importanza di quest'ultima è testimoniata non solo dal fatto che negli Stati moderni il suo valore in termini di prodotto interno lordo ha di gran lunga superato quello derivante dalla produzione e dalla commercializzazione di beni ma anche dalla delicatezza degli interventi legislativi richiesti e dalle critiche che essi attirano. Ci si riferisce naturalmente alla direttiva servizi⁴⁵ ma più in particolare a quella sui servizi della società dell'informazione⁴⁶. In particolare, questi ultimi ormai rappresentano una realtà con la quale il legislatore dell'Unione è chiamato a confrontarsi quotidianamente e le sue risposte – per il tramite degli atti di diritto derivato – influiranno sulla vita di

⁴³ Il Tribunale di Larino ha posto la questione pregiudiziale di interpretazione nel procedimento penale a carico del signor Placanica con ordinanza motivata dell'8 luglio 2004 e la sentenza della Corte è stata resa in data 6 marzo 2007. La Stanley ha deciso di non partecipare al bando del 28 agosto 2006 dopo aver ricevuto una lettera dell'AAMS datata 18 ottobre 2006 che respingeva i chiarimenti richiesti. Questo dato è confermato anche al punto 84 della sentenza in commento.

⁴⁴ Sentenza *Costa e Cifone*, cit. *supra*, nota 1, punto 93.

⁴⁵ Direttiva n. 2006/123/Ce del Parlamento europeo e del Consiglio, del 12 dicembre 2006, relativa ai servizi nel mercato interno, in *Gu-Ue* n. L 376 del 27 dicembre 2006, p. 36 ss.

⁴⁶ Direttiva n. 2000/31/Ce del Parlamento europeo e del Consiglio dell'8 giugno 2000 relativa a taluni aspetti giuridici dei servizi della società dell'informazione, in particolare il commercio elettronico, nel mercato interno («Direttiva sul commercio elettronico»), in *Guce* n. L 178 del 17 luglio 2000, p. 1 ss. Per un primo commento, cfr. L. DUBOIS - C. BLUMANN, *Droit matériel de l'Union Européenne*, 5 ed., Paris, Montchrestien, 2009, pp. 473-489.

tutti gli individui presenti non solo sul territorio dell'Unione ma a livello globale⁴⁷.

Alcuni esempi serviranno a chiarire quanto appena esposto.

Nel caso *DocMorris*⁴⁸ una società olandese vendeva i propri farmaci tramite internet; l'organismo di rappresentanza dei farmacisti tedeschi chiedeva di interrompere detta attività a causa di supposti pericoli per la salute dei consumatori. Pur in presenza di un atto che disciplina il commercio a distanza – quindi, ai giorni nostri, si suppone per via telematica – la Corte non applica la direttiva n. 2000/31 ma le norme generali sulla libera circolazione delle merci⁴⁹. Dunque, è presente un *vacuum* da riempire con strumenti idonei. In questo contesto può inserirsi il Libro verde della Commissione sul gioco d'azzardo *online* che avvia le consultazioni tra le parti interessate e traccia le linee guida per una futura legislazione di settore.

Per quel che riguarda il mercato interno, il caso *Costa e Cifone* è emblematico del progressivo ravvicinamento, anzi, *trascinamento*⁵⁰ del diritto di stabilimento verso la libera prestazione di servizi. I fatti della causa ne sono testimonianza. Nessuno potrebbe negare che i CTD sono strutture stabili e che permettono l'esercizio dell'attività principale – la raccolta delle puntate e l'incasso delle vincite – con un notevole grado di continuità sul territorio dello Stato membro interessato; la concessione infatti vale per sei anni ed è rinnovabile per altri sei. Ebbene, la sentenza in commento non offre un'interpretazione netta sul campo di applicazione dell'art. 49 TFUE oppure dell'art. 56 TFUE. La Corte lascia – volutamente o meno, difficile dirlo – nell'ombra tali aspetti. Se, da un lato, la partecipazione ai bandi – e l'eventuale attribuzione della concessione – permettono l'esercizio stabile e continuativo del gioco, dall'altro è anche vero che i CTD sono puramente accessori⁵¹ rispetto

⁴⁷ Il gioco d'azzardo è stato al centro di una disputa tra gli Stati Uniti ed Antigua e Barbuda poiché su questa isola erano localizzati i *server* di taluni operatori. Per una disamina della controversia, sorta nell'ordinamento del WTO, cfr. M. KRAJEWSKI, *Playing by the rules of the game? Specific commitments after US – gambling and betting and the current GATS negotiations WTO appellate body report, 20 April 2005, WT/DS285/AB/R, "United States – Measures affecting the cross-border supply of gambling and betting services"*, in *Legal issues of economic integration*, 2005, pp. 417-447.

⁴⁸ Sentenza dell'11 dicembre 2003 in causa n. C-322/01, *DocMorris*, in *Raccolta*, 2003, I, p. 14887.

⁴⁹ La stessa situazione si è verificata nel caso *KerOptica*, sentenza del 2 dicembre 2010 in causa n. C-108/09, non ancora pubblicata in *Raccolta* e annotata in questa *Rivista*, 2010, p. 713.

⁵⁰ R. MASTROIANNI, *La libertà di prestazione dei servizi nella giurisprudenza comunitaria: i principi generali*, in *Studi integr. eur.*, 2007, pp. 523-541.

⁵¹ R. MASTROIANNI, *La libertà di prestazione dei servizi*, cit. *supra*, nota 50, p. 528: «il criterio per distinguere tra prestazione di servizi e stabilimento sembra ruotare allora attorno al tipo di infrastruttura presente nel territorio in cui la prestazione è fornita: se essa è tale da consentire al prestatore di esercitare in maniera stabile e continuativa la sua attività professionale, l'attività andrà inquadrata nell'ambito della libertà di stabilimento; se l'infrastruttura risulta invece necessaria e *meramente funzionale* al compimento della prestazione, senza consentire anche solo in astratto che l'attività possa essere prestata in maniera stabile e continuativa, la fattispecie sarà inquadrata piuttosto come prestazione di servizi».

all'attività principale. Del resto, come già visto, nel caso *Schindler*, antesignano del filone giurisprudenziale sul gioco d'azzardo, la Corte aveva incluso la distribuzione dei biglietti di una lotteria nel campo di applicazione materiale della libera prestazione di servizi e non della libera circolazione delle merci, prescindendo dal supporto fisico rilevante⁵².

Per questi motivi, il caso *Costa e Cifone* evidenzia ancora di più talune incongruenze di fondo. Per quel che attiene nello specifico questo profilo il dispositivo della sentenza è esemplare dal momento che i giudici di Lussemburgo finiscono per interpretare *congiuntamente* gli artt. 49 e 56 TFUE senza sapere quale dei due *effettivamente* si applichi al caso di specie. Ora, se da un punto di vista di teoria generale è esclusa una gerarchia tra le libertà fondamentali⁵³ non bisogna tuttavia dimenticare che la libera prestazione dei servizi ex art. 57 TFUE possiede un campo di applicazione residuale⁵⁴ rispetto alla circolazione di merci, capitali e persone. *Quid* rispetto al diritto di stabilimento?

In realtà, allo stato attuale di evoluzione del diritto dell'Unione, gli aspetti comuni alle due libertà sembrano indicare la necessità di una loro applicazione simultanea o quantomeno della non necessità di prevedere regole differenti. Se il caso *Costa e Cifone* può essere invocato quale precedente idoneo a suffragare tale impostazione, indicazioni ormai univoche si trovano anche nei principali atti di diritto derivato volti a regolare il mercato interno. Basti pensare che le direttive n. 2005/36⁵⁵ e n. 2006/123 riservano grandissima atten-

⁵² Cfr. sentenza del 4 maggio 1993 in causa n. C-17/92, *Federación de Distribuidores Cinematográficos*, in *Raccolta*, 1993, I, p. 2239 e in questa *Rivista*, 1993, p. 595 ss. con commento di E. ADOBATI, *Le trasmissioni audiovisive nel mercato unico europeo*, p. 599 ss. *Contra*, ossia laddove siano applicabili gli artt. 34 ss. TFUE sentenza del 20 gennaio 1981 in cause riunite n. 55/80 e 57/80, *Gema*, in *Raccolta*, 1981, p. 147.

⁵³ Il diritto dell'Unione europea esclude, in linea generale, anche qualunque gerarchia tra gli atti legislativi, intendendo per questi ultimi quelli adottati secondo la procedura legislativa ordinaria. Tuttavia, è possibile scorgere rapporti gerarchici ben definiti ai sensi dell'art. 290 TFUE laddove un atto legislativo può delegare alla Commissione il potere di adottare «atti non legislativi di portata generale che integrano o modificano determinati elementi *non essenziali* dell'atto legislativo» (corsivo aggiunto). Per una chiarissima spiegazione di un meccanismo particolarmente complesso cfr. R. ADAM - A. TIZZANO, *Lineamenti di diritto dell'Unione Europea*, 2 ed., Torino, Giappichelli, 2010, pp. 191-198. Sul principio di gerarchia, E. CANNIZZARO, *Gerarchia e competenza nel sistema delle fonti dell'Unione Europea*, in *Dir. Un. Eur.*, 2005, pp. 651-668.

⁵⁴ V. HATZOPOULOS - T. H. DO, *The case law of the ECJ concerning the free provision of services: 2000-2005*, *CMLR*, 2006, pp. 923-991, in particolare pp. 928-929: «(...) it is the economic nature, and not the duration, of the activity that constitutes the main criterion for its legal classification, it also creates a *presumption* in favour of the application of Article 49 EC in all services situations. (...) The concept of service under the EC Treaty is brought into line with that under the WTO agreement and the GATS. (...) The traditional analysis according to which services constitute a residual category, instituted at a time when service activities represented an insignificant part of the economic activity of Member States, could no longer hold true» (corsivo aggiunto).

⁵⁵ Direttiva n. 2005/36/Ce del Parlamento europeo e del Consiglio, del 7 settembre 2005, relativa al riconoscimento delle qualifiche professionali, in *Gu-Ue* n. L 255 del 30 settembre 2005, p. 22 ss.

zione ai rapporti tra di esse ed al principio del mutuo riconoscimento⁵⁶. La versione originaria della direttiva n. 2006/123 aveva come suo fulcro il principio del Paese d'origine al fine di evitare il fenomeno della c.d. doppia regolamentazione, ossia un'attività sottoposta a regole differenti negli Stati di origine e di destinazione. Ciò produce inevitabili conseguenze sulla certezza giuridica che deve essere garantita agli operatori economici.

Il principio del Paese di origine è stato definitivamente abbandonato⁵⁷ nella versione della direttiva licenziata dal Parlamento e dal Consiglio ed il suo campo di applicazione è stato sensibilmente ridotto⁵⁸. In particolare, per quel che qui interessa, l'art. 2, lett. h., esclude «le attività di azzardo che implicano una posta di valore pecuniario in giochi di fortuna, comprese le lotterie, i giochi d'azzardo nei casinò e le scommesse». A livello ipotetico, se il principio del Paese di origine e il gioco d'azzardo fossero stati inclusi nella direttiva servizi, il caso *Costa e Cifone* non si sarebbe mai presentato. Infatti, la Stanley era già sottoposta a tutti i controlli previsti dalla normativa britannica in quanto quotata sul mercato regolamentato di tale Stato.

Tuttavia, la scelta di escludere il gioco lascia intatto, se non addirittura amplifica, il problema di fondo: come regolarlo?

Il Libro Verde della Commissione – seppur limitato al gioco *online*, in considerazione della rapidità della sua espansione e degli interessi economici coinvolti – evidenzia che esso è presente in ben sette direttive⁵⁹ ed è invece

⁵⁶ Cfr. V. HATZOPOULOS, *Le principe de reconnaissance mutuelle dans la libre prestation des services*, in *Cah. dr. eur.*, 2010, pp. 47-93.

⁵⁷ Per la ricostruzione del dibattito politico e giuridico che ha circondato la direttiva servizi si rimanda interamente a C. BARNARD, *Unravelling the services directive*, *CMLR*, 2008, pp. 323-394.

⁵⁸ L'art. 2 della direttiva n. 2006/123 contiene un lunghissimo elenco di materie escluse, *inter alia*, i servizi non economici di interesse generale, i servizi finanziari, i servizi e le reti di comunicazione elettronica, i trasporti, le agenzie di lavoro interinale, le prestazioni mediche, gli audiovisivi, la sicurezza, i notai, gli alloggi popolari, le attività connesse all'esercizio di pubblici poteri. Per i servizi di interesse economico generale cfr. F. COSTAMAGNA, *Direttiva "servizi" e servizi di interesse economico generale: analisi di un rapporto difficile*, in questa *Rivista*, 2009, pp. 111-137.

⁵⁹ 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.; direttiva n. 2005/29/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, dell'11 maggio 2005, relativa alle pratiche commerciali sleali tra imprese e consumatori nel mercato interno e che modifica la direttiva n. 84/450/CEE del Consiglio e le direttive n. 97/7/CE, n. 98/27/CE e n. 2002/65/CE del Parlamento europeo e del Consiglio e il regolamento (CE) n. 2006/2004 del Parlamento europeo e del Consiglio («direttiva sulle pratiche commerciali sleali»), in *Gu-UE* n. L 149 dell'11 giugno 2005, p. 22 ss.; direttiva n. 97/7/CE del Parlamento europeo e del Consiglio del 20 maggio 1997 riguardante la protezione dei consumatori in materia di contratti a distanza - Dichiarazione del Consiglio e del Parlamento europeo sull'art. 6, par. 1 - Dichiarazione della Commissione sull'art. 3, par. 1, primo trattino, in *GuCE* n. L 144 del 4 giugno 1997, p. 19 ss.; direttiva n. 2005/60/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 ottobre 2005, relativa alla prevenzione dell'uso del sistema finanziario a scopo di riciclaggio dei proventi di attività criminose e di finanziamento del terrorismo, in *Gu-UE* n. L 309 del 25 novembre 2005, p. 15 ss.; direttiva n. 95/46/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 24 ottobre 1995, relativa alla tutela delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati personali, nonché alla libera circolazione di tali dati, in *GuCE* n. L 281 del 23 novembre 1995, p. 31 ss.; direttiva n. 2002/58/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 12 luglio 2002, relativa al trattamento dei

esplicitamente escluso da altre due⁶⁰: un totale di ben nove atti. Un intreccio normativo e giurisprudenziale costituito da nove direttive e oltre quindici pronunce della Corte di giustizia è evidentemente inutile per controllare un fenomeno in rapidissima espansione. Il Libro Verde infatti chiede agli operatori non solo informazioni sul regime giuridico al quale sono sottoposti ma anche i problemi che incontrano nel penetrare i mercati di altri Stati membri e – coerentemente con l'impostazione offerta dalla Corte – i mezzi per tutelare i consumatori⁶¹ ed evitare coinvolgimenti in operazioni illecite quali le frodi o il riciclaggio di denaro. Questi due ordini di problemi meritano apposite considerazioni che condurranno a enucleare le conclusioni a cui si è giunti partendo dall'analisi del caso *Costa e Cifone*.

Per quanto gli Stati membri e la Corte di giustizia abbiano sostenuto che la prevenzione del gioco d'azzardo illegale sia la motivazione principale per la quale prevedere regole severe, il Libro Verde pone invece l'accento sulla zona grigia, che in realtà è quella al centro del rinvio pregiudiziale in esame. Essa comprende infatti gli operatori che sono debitamente autorizzati in uno Stato membro e che prestano illecitamente i propri servizi in un altro Stato membro. In breve, si presenta una delle classiche situazioni di diritto dell'Unione in cui ciò che è permesso nello Stato A non è detto che lo sia nello Stato B⁶². Infatti, i procedimenti penali a carico dei signori Costa e Cifone nascono proprio dalla circostanza che essi esercitavano per conto della Stanley un'attività per la quale essa non era autorizzata in Italia ma nel Regno Unito. Il quadro è reso ancora più complicato dal fatto che in tutti gli Stati membri – a prescindere da regole più o meno liberali – è sempre presente un controllo da parte delle autorità statuali che si estrinseca in stringenti condizioni per l'esercizio dell'attività ovvero nel conferire ad un solo organo il monopolio dell'intero settore⁶³.

dati personali e alla tutela della vita privata nel settore delle comunicazioni elettroniche (direttiva relativa alla vita privata e alle comunicazioni elettroniche), in *Guce* n. L 201 del 31 luglio 2002, p. 37 ss.; direttiva n. 2006/112/Ce del Consiglio del 28 novembre 2006 relativa al sistema comune d'imposta sul valore aggiunto, in *Gu-Ue* n. L 347 dell'11 dicembre 2006, p. 1 ss.

⁶⁰ Il gioco d'azzardo è escluso, oltre che dalla summenzionata direttiva servizi, anche dalla direttiva n. 2000/31/Ce del Parlamento europeo e del Consiglio dell'8 giugno 2000 relativa a taluni aspetti giuridici dei servizi della società dell'informazione, in particolare il commercio elettronico, nel mercato interno («Direttiva sul commercio elettronico»), in *Guce* n. L 178 del 17 luglio 2000, p. 1 ss.

⁶¹ S. MARINO, *L'evoluzione del processo di armonizzazione in materia di diritti dei consumatori nell'Unione europea alla luce delle recenti direttive e proposte dell'UE*, in questa *Rivista*, 2012, p. 583 ss.

⁶² Tra i casi più eclatanti v. sentenze del 4 ottobre 1991 in causa n. C-159/90, *Grogan*, in *Raccolta*, 1991, I, p. 4685 (aborto); del 20 novembre 2001 in causa n. C-268/99, *Jany*, in *Raccolta*, 2001, I, p. 8615 (prostituzione) su cui cfr. M. BORRACCETTI, *La prostituzione nella giurisprudenza della Corte di giustizia*, in questa *Rivista*, 2002, p. 727 ss.; del 16 dicembre 2010 in causa n. C-137/09, *Josemans*, non ancora pubblicata in *Raccolta* (legislazione dei c.d. coffee shop), annotata in questa *Rivista*, 2011, p. 97.

⁶³ Cfr. in particolare sentenza dell'8 settembre 2009 in causa n. C-42/07, *Liga Portuguesa de Futebol Profissional et Bwin International*, in *Raccolta*, 2009, I, p. 7633 e annotata in questa *Rivista*.

4. Conclusioni

La sentenza in commento ha evidenziato che l'incoerenza di fondo su cui si reggeva la legislazione italiana sul gioco d'azzardo comprometteva il corretto esercizio del diritto di stabilimento e della libera prestazione di servizi. Tale incoerenza è stata messa in luce dalle pronunce della Corte di giustizia, di cui il caso *Costa* rappresenta solo il necessario sviluppo. Dovrebbe essere infatti chiaro al legislatore che è sì legittimo prevedere gare per l'attribuzione delle concessioni ma a patto che si rispettino determinate condizioni. Esse ormai risultano chiarite non solo dalla giurisprudenza specifica in materia di gioco d'azzardo ma, più in generale, da tutte le pronunce che hanno affrontato *latu sensu* il tema della discrezionalità di cui godono le amministrazioni degli Stati membri.

È dunque necessario chiedersi quali saranno gli sviluppi di un settore che, stando ai dati raccolti dalla Commissione, è in piena crescita. In primo luogo, a seguito della predisposizione di un Libro Verde sembra ragionevole ipotizzare l'elaborazione di un atto *ad hoc*. Infatti, l'esclusione espressa del gioco d'azzardo dalla direttiva servizi e da quella sul commercio elettronico depone a favore di un approccio particolarmente selettivo alla materia. Per quanto risulti poco comprensibile l'esclusione dal gioco d'azzardo dalla direttiva servizi, è invece parzialmente giustificato da quella sul commercio elettronico. Quest'ultima infatti era già innovativa un decennio fa ma non poteva tenere in considerazione lo sviluppo impetuoso che avrebbe avuto il gioco d'azzardo; inoltre, era necessario prevedere forme di controllo la cui rigidità non è auspicabile rispetto alla compravendita di beni su internet. Tuttavia, è da notare che il legislatore ha avuto forti dubbi nel deciderne il campo di applicazione materiale⁶⁴. Tale impressione è ulteriormente avvalorata dal fatto che, nonostante il suo campo di applicazione sembri alquanto vasto, nei casi *DocMorris* e *KerOptica* la Corte ha affermato che la vendita di medicinali e di lenti a contatto su internet non è disciplinata dalla direttiva n. 2000/31 e per risolvere le dette controversie ha utilizzato il diritto primario. Inoltre, la stessa

sta, 2010, p. 81. Da ultimo cfr. J. MULDER, *A new chapter in the European Court of Justice gambling saga: a stacked deck?*, in *Legal issues of economic integration*, 2011, pp. 243-262.

⁶⁴ Il *considerando* n. 16 della direttiva n. 2000/31 recita: «l'esclusione (...) non riguarda le gare promozionali o i giochi che hanno l'obiettivo di incoraggiare la vendita di beni o servizi e in cui gli eventuali pagamenti servono unicamente ad acquisire i beni o servizi promossi». La formula sembra richiamare in maniera niente affatto velata il caso *Familiapress* (sentenza del 26 giugno 1997 in causa n. C-368/95, in *Raccolta*, 1997, I, p. 3689), e la giurisprudenza sulla libera circolazione delle merci. Per alcuni commenti cfr. D. KRAFT, *Advertising restrictions and the free movement of goods – the case law of the ECJ*, in *European Business Law Review*, 2007, pp. 517-523; P. OLIVER - S. ENCHELMAIER, *Free movement of goods: recent developments in the case law*, *CMLR*, 2007, pp. 649-704.

direttiva «non introduce norme supplementari di diritto internazionale privato, né tratta delle competenze degli organi giurisdizionali»⁶⁵ (art. 1, par. 4).

Per quel che riguarda invece la direttiva n. 2006/123 sembra fondato supporre che il gioco sia stato escluso per non caricare di ulteriori dibattiti politici un atto già foriero di notevoli dissidi in seno alle istituzioni. Ciò non toglie che una loro maggiore fermezza avrebbe, nel tempo, garantito sia certezza giuridica agli operatori economici sia sicurezza ai consumatori, evitando un contenzioso che, a parte i casi italiani, conta già un numero considerevole di pronunce⁶⁶.

Le peculiarità del gioco d'azzardo hanno giustificato la sua esclusione dal campo di applicazione materiale degli atti già posti in essere. Pertanto, non rimane che attendere che la Commissione promuova una direttiva o un regolamento specifici. L'azione delle istituzioni è tanto più attesa per il fatto che la protezione dei consumatori⁶⁷ è prevista all'art. 38 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea e dagli artt. 12 e 169 TFUE, laddove quest'ultimo richiede esplicitamente il ravvicinamento delle legislazioni per il tramite dell'art. 114 TFUE. Inoltre, entrambi gli ambiti sono di competenza concorrente. Di conseguenza, non sembra peregrino proporre un intervento legislativo in grado di mettere ordine in un settore finora basato sull'integrazione negativa.

Ciò posto, è inevitabile chiedersi quale atto sia più rispettoso dei principi di sussidiarietà e proporzionalità. La scelta si rivela complessa dal momento che agli Stati membri è stato riconosciuto un notevole margine di manovra. Basti pensare infatti che, proprio in materia di protezione dei consumatori, esiste già un vasto *corpus* normativo di matrice comunitaria⁶⁸. In questi ter-

⁶⁵ Tale esclusione è però da leggersi alla luce del Regolamento (Ce) n. 44/2001 del Consiglio, del 22 dicembre 2000, concernente la competenza giurisdizionale, il riconoscimento e l'esecuzione delle decisioni in materia civile e commerciale, in *Guce* n. L 12 del 16 gennaio 2001, p. 1 ss. Tale atto si inserisce a pieno titolo nell'opera portata avanti dalle istituzioni dell'Unione anche in materia di diritto internazionale privato e processuale. Per una disamina dei principali strumenti cfr. S. MARINAI, *I valori comuni nel diritto internazionale privato e processuale comunitario*, Torino, Giappichelli, 2007.

⁶⁶ Per una disamina del contenzioso sul gioco d'azzardo ed in particolare per l'impatto delle regole del mercato interno sui monopoli nazionali cfr. per tutti S. VAN DEN BOGAERT - A. CUYVERS, *"Money for nothing": the case law of the EU Court of Justice on the regulation of gambling*, *CMLR*, 2011, pp. 1175-1213.

⁶⁷ Tra l'amplessima dottrina si segnalano H. UNBERATH - A. JOHNSTON, *The double-headed approach of the ECJ concerning consumer protection*, *CMLR*, 2007, pp. 1237-1284; S. WEATHERILL, *Consumer policy*, in P. CRAIG - G. DE BURCA, *The evolution of EU law*, 2 ed., Oxford, Oxford University Press, 2011, pp. 837-867.

⁶⁸ Cfr. in particolare la direttiva n. 2011/83/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 25 ottobre 2011, sui diritti dei consumatori, recante modifica della direttiva n. 93/13/CEE del Consiglio e della direttiva n. 1999/44/CE del Parlamento europeo e del Consiglio e che abroga la direttiva n. 85/577/CEE del Consiglio e la direttiva n. 97/7/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, in *Guce* n. L 304 del 22 novembre 2011, p. 64 ss. nonché *infra*, p. 573 ss. Cfr. inoltre la direttiva n. 2009/136/CE del Parlamento europeo e del Consiglio del 25 novembre 2009 recante modifica della direttiva n. 2002/22/CE relativa al servizio universale e ai diritti degli utenti in materia di reti e di servizi di comunicazione elettronica, della direttiva n. 2002/58/CE relativa al trattamento dei dati

mini, la loro potestà potrebbe essere agganciata all'art. 4, par. 2, TUE, nella misura in cui l'Unione rispetta le funzioni essenziali dello Stato, in particolare il mantenimento dell'ordine pubblico. Ma nelle pronunce della Corte non si parla di ordine pubblico, altrimenti saremmo in presenza di una deroga invocabile solo in presenza di misure discriminatorie. Trattandosi di misure indistintamente applicabili gli Stati utilizzano a propria difesa essenzialmente l'esigenza imperativa derivante dalla necessità di prevenire le frodi.

Con questi presupposti, la scelta dell'atto diventa di somma rilevanza ed è prevedibile che, data la complessità delle valutazioni giuridiche da effettuare, i parlamenti nazionali saranno attivamente coinvolti⁶⁹. Dunque, è presumibile che l'atto scelto sarà una direttiva⁷⁰ che, pur facendo salvi gli altri atti di diritto derivato – in particolare quello sul commercio elettronico – codificherà⁷¹ la giurisprudenza della Corte ed includerà al suo interno le esigenze imperative in presenza delle quali sarà possibile restringere il mercato del gioco d'azzardo. Resta da chiedersi, come già osservato⁷² in relazione alla direttiva servizi, se essi saranno inseriti in modo tassativo ovvero lasciando un seppur minimo margine di discrezionalità agli Stati membri per invocarne altri non ancora esaminati dai giudici di Lussemburgo⁷³.

Prima di concludere, cosa è rimasto alla Stanley, ai signori Costa e Cifone e all'Italia dopo la sentenza della Corte di giustizia?

La Stanley – anche in virtù del ricorso ancora pendente presso il TAR Lazio – ha ottenuto una ulteriore apertura del mercato italiano che, secondo il Libro Verde della Commissione, è uno dei più floridi ed in veloce espansione in Europa.

personali e alla tutela della vita privata nel settore delle comunicazioni elettroniche e del Regolamento (Ce) n. 2006/2004 sulla cooperazione tra le autorità nazionali responsabili dell'esecuzione della normativa a tutela dei consumatori, in *Gu-Ue* n. L 337 del 18 dicembre 2009, p. 11 ss.

⁶⁹ P. KIVER, *The early-warning system for the principle of subsidiarity: the national parliament as a Conseil d'Etat for Europe*, in *EL Rev.*, 2011, pp. 98-108.

⁷⁰ Altri hanno invece sostenuto che l'atto più idoneo sarebbe un regolamento. In particolare cfr. P. VLAEMINCK, *Is there a future for a comprehensive EU gambling services policy?*, in A. LITTLER - N. HOEKX - C. FIJNAUT - A. L. VERBEKE, *In the shadow of Luxembourg. EU and national developments in the regulation of gambling*, Leiden-Boston, Martinus Nijhoff Publishers, 2011, pp. 105-118.

⁷¹ La direttiva n. 2011/24/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 9 marzo 2011, concernente l'applicazione dei diritti dei pazienti relativi all'assistenza sanitaria transfrontaliera, in *Gu-Ue* n. L 88 del 4 aprile 2011, p. 45 ss. è l'esempio più recente di come la Commissione proponga a Parlamento e Consiglio atti di diritto derivato che codificano la giurisprudenza della Corte di giustizia. Per quel che riguarda in particolare questi aspetti cfr. S. DE LA ROSA, *The directive on cross border healthcare or the art of codifying complex case law*, *CMLR*, 2012, pp. 15-46. Cfr., inoltre, M. INGLESE, *Le prestazioni sanitarie transfrontaliere e la tutela della salute*, in questa *Rivista*, 2012, p. 109 ss.

⁷² Cfr. R. MASTROIANNI, *La libertà di prestazione dei servizi*, cit. *supra*, nota 50, pp. 532-533.

⁷³ In via del tutto ipotetica, si potrebbero introdurre soglie al di sopra delle quali non deve essere più possibile corrispondere la vincita in contanti per prevenire il riciclaggio di denaro.

I due ricorrenti vedranno invece le proprie posizioni processuali sostanzialmente modificate di fronte, rispettivamente, al tribunale di Roma e a quello di Trani. In breve, in applicazione del principio del primato degli artt. 49 e 56 TFUE il giudice nazionale dovrà disapplicare la normativa italiana confliggente – ossia l'art. 4 della l. n. 401/89 – e statuire che il fatto non costituisce più reato, come aveva già correttamente dichiarato il giudice per le indagini preliminari del tribunale di Roma.

La nota più dolente riguarda invece l'Italia. Il legislatore sarà chiamato a modificare la propria normativa interna per renderla conforme al diritto di stabilimento ed alla libera prestazione di servizi. Ottenere un tale risultato avrebbe principalmente due meriti. In primo luogo, si limiterebbe il contenzioso per il futuro, dal momento che non è del tutto inverosimile che ci siano altri casi pendenti – probabilmente non (ancora) giunti all'attenzione della Corte – dato che i giudici nazionali sono i primi organi a dover garantire la tutela dei diritti derivanti dall'ordinamento giuridico dell'Unione. In secondo luogo, in presenza di una giurisprudenza comunitaria consolidata – fermo restando il diritto del giudice interno di adire la Corte anche sulla stessa materia – ma soprattutto di una legislazione chiara e precisa, sono i consumatori e le persone giuridiche ad ottenere i maggiori vantaggi. A livello statuale, è stato ampiamente sottolineato che le scelte legislative sono dettate dall'intento di massimizzare gli introiti derivanti dal gioco d'azzardo. Per evitare il ripresentarsi di casi come quello del signor Costa sarebbe auspicabile seguire questa linea in modo coerente e sistematico.

Marco Inglese*

SINTESI

Il caso *Costa e Cifone* si inserisce nell'ampia giurisprudenza della Corte di giustizia concernente il rapporto tra il gioco d'azzardo, le legislazioni nazionali e la libera prestazione di servizi. I giudici italiani avevano già introdotto numerose questioni pregiudiziali, la cui analisi è stata necessaria per comprendere appieno la sentenza oggetto del presente contributo. Il caso *Costa e Cifone*, dunque, rivela la sua importanza rispetto alla disciplina del gioco d'azzardo introdotta in Italia dal c.d. decreto Bersani e, più in particolare, per quel che concerne la struttura dei bandi di gara cui devono partecipare gli operatori economici stabiliti in altri Stati membri. Di particolare importanza sono anche le norme penali volte a reprimere le condotte potenzialmente illecite da parte dei gestori delle strutture. Inoltre, da un punto di vista generale, si esplorano i rapporti ormai sempre più mutevoli tra il diritto di stabilimento e la libera prestazione di servizi. Infine, constatata l'assenza di una legislazio-

* Dottorando di ricerca in Diritto europeo / Università degli Studi di Bologna.

ne specifica, anzi, della sua esclusione dai molteplici atti che potrebbero riguardare anche il gioco d'azzardo, la Commissione sta muovendo i primi timidi passi verso una proposta di normativa di settore.

ABSTRACT

The Costa e Cifone case is part of the wide Court of Justice's case law on how national law affects gambling and the freedom to provide services. Italian judges had already made several preliminary rulings whose analysis has been necessary in order to assess the value of the judgement commented in this paper. The Costa e Cifone case reveals its importance in relation with the so called «decreto Bersani», particularly on calls for application and requirements thereof that undertakings established in other Member States have to fulfil. Moreover, Italian criminal law aims at preventing any conducts potentially illegal carried out by foreign operators on the management of the betting facilities. This paper, from a general point of view, explores the relationship between the freedom of establishment and the freedom to provide services. Finally, due to the absence of a specific legislation and the exclusion of gambling from the scope of the acts suitable to regulate it, the Commission is seeking to promote a proposal for a new specific act.

II. MASSIMARIO ANNOTATO*

LA CORTE DI GIUSTIZIA SI PRONUNCIA ANCORA SULLA TUTELA DEI CONSUMATORI NELL'AMBITO DEI CONTRATTI DI CREDITO DI CUI ALLA DIRETTIVA N. 2008/48/CE

Corte di giustizia

Sentenza del 12 luglio 2012 in causa n. C-602/10

SC Volksbank România SA c. Autoritatea Națională pentru Protecția Consumatorilor - Comisariatul Județean pentru Protecția Consumatorilor Călărași (CJPC)

Art. 267 TFUE - Questione pregiudiziale - Tutela dei consumatori - Artt. 22, 24 e 30 della direttiva n. 2008/48/Ce - Contratti di credito ai consumatori - Normativa rumena di recepimento della direttiva comunitaria - Applicabilità a contratti non inclusi nella sfera di applicazione *ratione materiae* e *ratione temporis* della direttiva - Commissioni bancarie percepite dal creditore - Limitazione - Trasparenza e stabilità del mercato - Artt. 56 TFUE, 58 TFUE e 63 TFUE - Servizi, capitali e pagamenti - Procedure proporzionate ed efficaci per la risoluzione stragiudiziale delle controversie - Sanzioni agli istituti di credito per violazione della normativa nazionale - Obbligo per lo Stato membro.

*L'art. 22, par. 1, della direttiva n. 2008/48/Ce del Parlamento europeo e del Consiglio, del 23 aprile 2008, relativa ai contratti di credito ai consumatori e che abroga la direttiva n. 87/102/Cee, deve essere interpretato nel senso che non osta a che una misura nazionale volta a trasporre tale direttiva nel diritto interno includa nella sua sfera di applicazione *ratione materiae* contratti di credito che, come quelli al centro del procedimento principale, hanno ad oggetto la concessione di un credito garantito da un bene immobile, nonostante siffatti contratti siano espressamente esclusi dall'ambito di applicazione *ratione materiae* della direttiva in forza del suo art. 2, par. 2, lett. a.¹.*

* A cura di *ENRICA ADOBATI*.

L'art. 30, par. 1, della direttiva n. 2008/48/Ce va interpretato nel senso che non osta a che una misura nazionale volta a trasporre tale direttiva nel diritto interno definisca il proprio ambito di applicazione ratione temporis in modo tale che la misura si applichi anche a contratti di credito che, come quelli al centro del procedimento principale, sono esclusi dall'ambito di applicazione ratione materiae della direttiva in parola e che erano in corso di svolgimento alla data di entrata in vigore della citata misura nazionale².

L'art. 22, par. 1, della direttiva n. 2008/48/Ce deve essere interpretato nel senso che non osta a che una misura nazionale volta a trasporre tale direttiva nel diritto interno istituisca obblighi non previsti da tale direttiva a carico degli istituti di credito per quanto riguarda i tipi di commissione che questi possono percepire nel contesto di contratti di credito al consumo rientranti nella sfera di applicazione di tale misura³.

Le norme del TFUE in materia di libera prestazione dei servizi devono essere interpretate nel senso che non ostano ad una disposizione di diritto nazionale che vieta agli istituti di credito di percepire talune commissioni bancarie⁴.

L'art. 24, par. 1, della direttiva n. 2008/48/Ce deve essere interpretato nel senso che non osta ad una norma contenuta nella misura nazionale volta a trasporre tale direttiva che, in materia di controversie vertenti su crediti al consumo, permette ai consumatori di rivolgersi direttamente ad un'autorità di tutela dei consumatori, che può successivamente infliggere sanzioni agli istituti di credito per violazione di tale misura nazionale, senza doversi preventivamente avvalere delle procedure di risoluzione stragiudiziale previste dalla normativa nazionale per siffatte controversie⁵.

¹⁻⁵ La questione pregiudiziale sull'interpretazione degli artt. 22 (armonizzazione e obbligatorietà della direttiva), 24 (risoluzione stragiudiziale delle controversie) e 30 (misure transitorie) della direttiva n. 2008/48/Ce sui contratti di credito ai consumatori (in *Gu-Ue* n. L 133 del 2008, p. 66), nonché degli artt. 56 TFUE, 58 TFUE e 63 TFUE è stata proposta nell'ambito di una controversia tra la SC Volksbank România SA (di seguito denominata: Volksbank) e l'Autorità nazionale per la tutela dei consumatori/Commissariato distrettuale per la tutela dei consumatori di Călărași; di seguito denominato: ANPC) in merito ad alcune clausole incluse nei contratti di credito ai consumatori stipulati tra la Volksbank e i suoi clienti e che, a parere dell'ANPC, sono in contrasto con la normativa nazionale rumena di trasposizione della direttiva comunitaria n. 2008/48/Ce.

La direttiva oggetto di interpretazione garantisce a tutti i consumatori un livello elevato ed equivalente di tutela dei loro interessi. Laddove mancassero disposizioni armonizzate, gli Stati membri dovrebbero essere liberi di mantenere o introdurre norme nazionali diverse da quelle previste dalla direttiva. È fatta salva l'applicazione, da parte degli Stati membri, delle disposizioni della norma comunitaria a settori che esulano dall'ambito di applicazione della stessa (cfr. nono e decimo *considerando*). La direttiva non si applica ai contratti di credito in corso alla data di entrata in vigore delle misure nazionali di attuazione (art. 2) e «gli Stati membri devono predisporre misure adeguate ed efficaci per la risoluzione stragiudiziale delle controversie in materia di consumo relative a contratti di credito, eventualmente mediante il ricorso a organismi esistenti» (art. 24).

La Volksbank ha stipulato con i propri clienti alcuni contratti di credito garantiti da un'ipoteca oppure da altri diritti legati a beni immobili prima dell'entrata in vigore del

decreto rumeno di attuazione. Questo prevede che «per il credito concesso, il creditore può percepire unicamente: la commissione per l'analisi del fascicolo, la commissione per l'amministrazione del credito o la commissione per l'amministrazione del conto corrente, la compensazione in caso di rimborso anticipato, i costi relativi alle assicurazioni, se del caso, le penalità, nonché una commissione unica per servizi prestati su richiesta dei consumatori».

Tali contratti prevedono, oltre ad alcune clausole relative a commissioni bancarie, una commissione di rischio secondo la quale, il mutuatario, una volta ottenuto il credito, è tenuto a versare alla banca una commissione di rischio pari allo 0,2% applicata al saldo del credito, da pagarsi mensilmente, nei giorni di scadenza della rata per tutta la durata del contratto.

In seguito al recepimento della normativa comunitaria, la Volksbank si adoperava per mutare la dicitura delle clausole controverse in «commissioni di amministrazione del credito» continuando così a percepirne gli importi.

L'ANPC ha perciò inflitto alla Volksbank un'ammenda insieme ad alcune sanzioni complementari. Il giudice del rinvio, al quale la Volksbank si è rivolta, ritenendo che la trasposizione della direttiva potesse essere inadeguata o incompleta, ha sospeso il procedimento e si è rivolto alla Corte di giustizia.

Innanzitutto, la Corte di giustizia ha precisato che l'armonizzazione voluta dalla direttiva fa sì che gli Stati membri siano tenuti ad includere i contratti di credito (aventi ad oggetto la concessione di un credito garantito da un bene immobile) nell'ambito di applicazione di una misura nazionale volta a trasporre la direttiva (nonostante questa li escluda dall'ambito di applicazione, cfr. art. 2, *cit. supra*).

Relativamente all'ambito di applicazione *ratione temporis* dei contratti di credito in corso alla data di entrata in vigore della normativa nazionale, la Corte di giustizia ha precisato che spetta agli Stati membri determinare le condizioni alle quali intendono estendere il loro regime nazionale che traspone la direttiva a contratti di credito. Gli Stati membri sono così liberi, a parere della Corte di giustizia, di stabilire una misura transitoria per includere i contratti, sopra citati, nell'ambito di applicazione della normativa nazionale.

Inoltre, per i contratti di credito che sono esclusi dall'ambito di applicazione della direttiva, gli Stati membri possono mantenere o introdurre misure nazionali conformi alla direttiva o ad alcune delle sue disposizioni. La direttiva non vieta che per tali contratti uno Stato membro imponga obblighi non previsti dalla direttiva e diretti a tutelare il contraente più debole. La normativa rumena che elenca le commissioni bancarie che gli istituti di credito possono percepire dai consumatori costituisce una tutela per il consumatore in un settore non armonizzato dalla direttiva.

Alla Corte di giustizia viene chiesto di chiarire, altresì, se la normativa comunitaria sulla libera prestazione dei servizi e sulla libera circolazione dei capitali possa contrastare con la disposizione rumena che impedisce agli istituti di credito di percepire alcune commissioni bancarie.

La Volksbank, nelle proprie argomentazioni, ha ritenuto che la normativa comunitaria – rendendo meno accessibile ai clienti residenti in Romania la conclusione di contratti di credito al consumo proposti da società stabilite in altri Stati membri – violi la normativa comunitaria.

La Corte di giustizia, sul punto, dopo avere precisato la nozione di servizio e di restrizione, ha osservato che una normativa di uno Stato membro non costituisce una restrizione solamente perché altri Stati membri applicano regole meno severe o economicamente più vantaggiose ai prestatori di servizi analoghi stabiliti sul loro territorio (cfr. sentenza del 29 marzo 2011 in causa n. C-565/08, *Commissione c. Italia*, inedita in *Raccolta*, e annotata in questa *Rivista*, 2011, p. 295).

La Corte di giustizia ha osservato, altresì, che nonostante la disposizione rumena preveda un adeguamento delle clausole contrattuali, essa non determina, a carico degli istituti di credito, una rettifica della loro politica dei prezzi, nonché delle loro strategie commerciali per poter accedere al mercato rumeno. Ne consegue che non si determina un'ingerenza nella libertà di contrattazione degli istituti di credito, che restano così in grado di praticare una efficace concorrenza nei confronti delle imprese operanti in Romania.

Infine, la Corte di giustizia ha precisato che l'art. 24, par. 1, della direttiva n. 2008/48/Ce, ai sensi del quale gli Stati devono predisporre procedure adeguate ed efficaci di

risoluzione stragiudiziale delle controversie, non precisa le caratteristiche o le modalità operative di tali procedure, lasciando così agli Stati membri tale compito. Il fatto che la disposizione rumena permetta agli Stati di ricorrere direttamente ad un'autorità di tutela dei consumatori con il potere di infliggere ammende agli istituti di credito non priva di effetto utile le disposizioni nazionali controverse che contemplano una procedura di risoluzione stragiudiziale ad *hoc* delle controversie in materia di contratti di credito al consumo.

**ALLE ATTIVITÀ DI NORMALIZZAZIONE E DI CERTIFICAZIONE
POSTE IN ESSERE DA UN ENTE DI DIRITTO PRIVATO SI APPLICA
LA NORMATIVA COMUNITARIA SULLA LIBERA CIRCOLAZIONE
DELLE MERCI**

Corte di giustizia

Sentenza del 12 luglio 2012 in causa n. C-171/11

Fra.bo SpA c. Deutsche Vereinigung des Gas- und Wasserfaches eV (DVGW) - Technisch-Wissenschaftlicher Verein

Art. 267 TFUE - Questione pregiudiziale - Artt. 28 ss. (art. 34 ss. TFUE) - Libera circolazione delle merci - Misure di effetto equivalente a una restrizione quantitativa - Componenti termo-idraulici - Elaborazione di norme tecniche da parte di un'associazione di diritto privato - Certificazione di prodotti da parte dell'associazione - Presunzione di conformità al diritto nazionale - Applicabilità dell'art. 28 Ce (art. 34 TFUE) ad un ente di certificazione privato - Limitazione della commerciabilità di prodotti non certificati.

L'art. 28 Ce (art. 34 TFUE) dev'essere interpretato nel senso che si applica alle attività di normalizzazione e di certificazione di un ente privato, qualora la legislazione nazionale consideri conformi al diritto nazionale i prodotti certificati da tale ente e ciò produca l'effetto di ostacolare la commercializzazione di prodotti sprovvisti di tale certificato¹.

¹ La questione pregiudiziale sull'interpretazione degli artt. 34, 101 e 106, par. 2 TFUE (ex artt. 28, 81 e 86 CE) è scaturita da una controversia che ha visto contrapposti, da un lato la Fra.bo SpA, un'azienda italiana specializzata nella produzione e distribuzione di un "raccordo a pressare" che serve a rendere più sicure e resistenti le reti che conducono gas e acqua e, dall'altro lato, l'ente di certificazione tedesco Deutsche Vereinigung des Gas- und Wasserfaches eV – Technisch-Wissenschaftlicher Verein (di seguito denominato: DVGW), ente di diritto privato, senza scopo di lucro, il cui scopo è la promozione dei settori del gas e dell'acqua, in merito alla decisione di quest'ultimo di revoca/diniego della proroga del certificato delle raccordature in rame prodotte e distribuite dalla Fra.bo. La DVGW, che ha elaborato circa 350 norme tecniche per il settore dell'acqua, non difende gli interessi dei fabbricanti del settore. La norma tecnica W 534 costituisce il fondamento della certificazione, su base volontaria, dei prodotti che entrano in contatto con l'acqua potabile. Nel corso dell'anno 1999 la Fra.bo presentava alla DVGW una domanda di certificazione della raccordatura in rame, innovativa nel settore. La DVGW incaricava una società di

procedere ai controlli richiesti che venivano poi effettuati da un'altra impresa non riconosciuta dalla DVGW, ma dalle autorità italiane competenti e nell'anno 2000 la DVGW rilasciava alla Fra.bo un certificato di conformità per il settore dell'acqua con una validità di cinque anni.

In seguito ad un procedimento di controllo supplementare, avviato successivamente e non superato, veniva modificata, nel corso di un procedimento formalizzato, al quale la Fra.bo non aveva partecipato, la norma tecnica W534 con l'introduzione del *test* denominato: «delle 3000 ore». Nel corso dell'anno 2005 la DVGW revocava alla Fra.bo il certificato di conformità, respingendone altresì, la domanda di proroga.

L'Oberlandesgericht Düsseldorf, dinnanzi al quale la Fra.bo ha impugnato la decisione di rigetto del proprio ricorso si è rivolto alla Corte di giustizia al fine di chiarire se l'art. 34 TFUE (ex art. 28 CE) trovi applicazione anche alle attività di normalizzazione e di certificazione di un ente privato nell'ipotesi in cui la legislazione nazionale consideri conformi alla normativa nazionale i prodotti certificati dall'ente stesso con l'effetto di ostacolare la commercializzazione di prodotti sprovvisti del medesimo certificato.

La Corte di giustizia, nel risolvere la questione, ha chiarito che, secondo la propria giurisprudenza, qualsiasi normativa degli Stati membri che possa ostacolare, direttamente o indirettamente, in atto o in potenza, il commercio intracomunitario va considerata una misura di effetto equivalente ad una restrizione quantitativa, vietata dall'art. 34 TFUE (ex 28 CE) (cfr. sentenze dell'11 luglio 1974, *Dassonville*, in causa n. 8/74, in *Raccolta*, 1974, p. 837; del 5 febbraio 2004, *Commissione c. Italia*, C-270/02, in *Raccolta*, 2004, p. I-1559 e *Commissione c. Belgio* in causa n. C-227/06, in *Raccolta*, 2008, p. I-46*, Pub. somm.). La mera circostanza di poter essere dissuaso dall'introdurre o dal commercializzare i prodotti di cui trattasi nello Stato membro interessato costituisce per l'importatore un ostacolo alla libera circolazione delle merci (cfr. sentenza del 24 aprile 2008, *Commissione c. Lussemburgo* in causa n. C-286/07, in *Raccolta*, 2008, p. I-63*, Pub. somm., punto 22).

Si ha una violazione degli artt. 34 e 36 TFUE (ex 28 e 30 CE) qualora uno Stato membro spinga un operatore economico, che desideri commercializzare sul proprio territorio materiali da costruzione, fabbricati e commercializzati in un altro Stato membro, ad ottenere un marchio di conformità nazionale oppure non tenga conto di certificati di conformità rilasciati da altri Stati membri.

La Corte ha perciò verificato, nel caso di specie, se l'attività della DVGW ostacolava la libera circolazione delle merci. Al riguardo, la Corte ha rilevato che: *a.* i prodotti certificati dalla DVGW sono conformi alla normativa nazionale; *b.* la DVGW rappresenta l'unica possibilità per i prodotti in questione di ottenere una certificazione di conformità; *c.* la mancata certificazione da parte della DVGW determina un ostacolo alla commercializzazione dei prodotti interessati sul mercato tedesco.

Ne consegue e, così conclude la Corte di giustizia, che la DVGW, essendo l'unica abilitata a certificare i prodotti, ha il potere di regolamentare l'ingresso sul mercato tedesco delle raccordature in rame, per cui alle attività di normalizzazione e di certificazione, da essa poste in essere, trova applicazione la normativa comunitaria sulla libera circolazione delle merci.

LA CORTE DI GIUSTIZIA SI PRONUNCIA PRECISANDO LE MODALITÀ PER VIETARE LA PUBBLICITÀ DELLE CASE DA GIOCO STRANIERE ALL'INTERNO DI UNO STATO MEMBRO

Corte di giustizia

Sentenza del 12 luglio 2012 in causa n. C-176/11

HIT hoteli, (...), HIT LARIX, (...) c. Bundesminister für Finanzen

Art. 267 TFUE - Questione pregiudiziale - Art. 56 TFUE - Restrizioni alla libera prestazione dei servizi all'interno dell'UE - Giochi d'azzardo - Regolamentazione nazionale che proibisce la pubblicità di case da gioco localizzate in altri Stati membri - Livello equivalente di tutela giuridica dei giocatori - Giustificazione della restrizione alla libera prestazione di servizi - Ragioni imperative di interesse generale - Requisito di proporzionalità.

L'art. 56 TFUE deve essere interpretato nel senso che esso non osta alla normativa di uno Stato membro in forza della quale la pubblicità intesa a promuovere in detto Stato case da gioco situate in un altro Stato membro è autorizzata solo a condizione che le norme adottate in quest'altro Stato membro in materia di tutela dei giocatori forniscano garanzie sostanzialmente equivalenti a quelle delle corrispondenti norme in vigore nel primo Stato membro¹.

¹ È compatibile con la normativa comunitaria sulla libera circolazione dei servizi ex art. 56 TFUE una disposizione nazionale che consenta di pubblicizzare nel proprio Stato membro l'esercizio di case da gioco situate all'estero solamente nelle ipotesi in cui le disposizioni di legge a tutela dei giocatori in tale Stato siano analoghe a quelle nazionali?

La Corte di giustizia è stata chiamata a fornire una risposta a tale interrogativo nell'ambito di una controversia che ha visto contrapposti, da un lato, due società per azioni stabilite in Slovenia, la HIT e la HIT LARIX, entrambe titolari di concessioni per organizzare taluni giochi d'azzardo e, dall'altro lato, il Bundesminister für Finanzen (il Ministro federale delle Finanze) in ordine alle decisioni di rigetto delle domande delle ricorrenti nel procedimento principale volte ad ottenere un'autorizzazione per pubblicizzare in Austria le loro case da gioco situate in Slovenia.

La normativa austriaca sui giochi d'azzardo prevede disposizioni specifiche per il rilascio delle concessioni per la gestione di case da gioco in Austria, per i clienti delle case da gioco, nonché per la pubblicità ammissibile negli annunci.

Le ricorrenti nel procedimento principale avevano chiesto l'autorizzazione a pubblicizzare in Austria alcune case da gioco situate in Slovenia. Le domande venivano respinte per il fatto che non era stato sufficientemente dimostrato che le norme slovene in materia di giochi d'azzardo garantissero un livello di protezione dei giocatori analogo a quello previsto in Austria, condizione indispensabile ai sensi della normativa austriaca, sopra citata. Il giudice austriaco del rinvio, adito dalle società slovene che hanno impugnato le decisioni di diniego, si è rivolto alla Corte di giustizia.

In *primis*, la Corte di giustizia si è soffermata sull'esistenza di una restrizione alla libera prestazione di servizi ai sensi dell'art. 56 TFUE, nell'ambito della pubblicità dei giochi d'azzardo, precisando che una normativa nazionale che ha l'effetto di impedire la promozione in uno Stato membro dei giochi d'azzardo programmati legalmente in altri Stati membri rappresenta una restrizione alla libera prestazione dei servizi (cfr., in tal senso, sentenza dell'8 luglio 2010 in cause riunite n. C-447/08 e n. C-448/08, *Procedimenti penali a carico di Otto Sjöberg e Anders Gerdin*, in *Raccolta*, 2010, I, p. 6921, annotata in questa *Rivista*, 2010, p. 487). A parere della Corte di giustizia, la normativa nazionale controversa ostacola l'accesso dei consumatori residenti in Austria ai servizi offerti nelle case da gioco situate in un altro Stato membro.

Sulla giustificazione delle restrizioni alle attività di gioco, la Corte di giustizia ha affermato che tali restrizioni possono essere giustificate solamente da ragioni imperative di interesse generale, quali la tutela dei consumatori e la prevenzione della frode e dell'incitamento dei cittadini ad una spesa sproporzionata legata al gioco d'azzardo (cfr.

sentenza dell'8 settembre 2010 in causa n. C-46/08, *Carmen Media Group*, in *Raccolta*, 2010, I, p. 8149). La Corte, inoltre, ha precisato che le restrizioni imposte dagli Stati membri devono risultare proporzionate e devono essere applicate in modo non discriminatorio (cfr. sentenza dell'8 settembre 2009 in causa n. C-42/07, *Liga Portuguesa de Futebol Profissional e Bwin International*, in *Raccolta*, 2009, I, p. 7633, annotata in questa *Rivista*, 2010, p. 81).

Nel caso di specie, dalla normativa controversa scaturisce che la concessione di un'autorizzazione a pubblicizzare in Austria le case da gioco situate all'estero dipende da un preliminare confronto tra i diversi livelli di protezione dei giocatori esistenti negli ordinamenti giuridici. In sostanza, occorre stabilire se la normativa dello Stato membro in cui si trovano le case da gioco fornisca garanzie sostanzialmente equivalenti a quelle previste dalla normativa nazionale del Paese in cui le stesse case da gioco verranno pubblicizzate, con l'obiettivo di tutelare i cittadini nazionali contro i rischi connessi ai giochi d'azzardo. Si tratta, pertanto, a parere della Corte di giustizia, di verificare se la normativa ecceda quanto è necessario per raggiungere l'obiettivo della tutela dei consumatori. La Corte di giustizia ha concluso affermando che compete al giudice nazionale verificare se, di fatto, la normativa austriaca controversa contenga disposizioni che non mirino a tutelare i cittadini contro i rischi del gioco d'azzardo, perché in tal caso risulterebbe sproporzionata e quindi, non giustificata.

LA CORTE DI GIUSTIZIA INTERVIENE SULLE REGOLE CHE DEVONO ESSERE SEGUITE NELLA COMMERCIALIZZAZIONE DI VIAGGI AEREI TRAMITE INTERNET

Corte di giustizia

Sentenza del 19 luglio 2012 in causa n. C-112/11

ebookers.com Deutschland GmbH c. Bundesverband der Verbraucherzentralen und Verbraucherverbände - Verbraucherzentrale Bundesverband eV

Art. 267 TFUE - Questione pregiudiziale - Trasporto aereo - Norme comuni per la prestazione di servizi aerei nella Comunità - Regolamento (Ce) n. 1008/2008 - Trasparenza nelle informazioni - Obblighi in capo al venditore del viaggio aereo - Acquisto della biglietteria aerea *online* - Accettazione da parte dei clienti dei supplementi di prezzo opzionali - Servizi non obbligatori e indispensabili - Consenso espresso - Nozione contenuta nel Regolamento di «supplementi di prezzo opzionali» - Assicurazione sull'annullamento del viaggio - Necessità di una tutela dei consumatori.

La nozione di «supplementi di prezzo opzionali», di cui all'art. 23, par. 1, ultima frase, del Regolamento (Ce) n. 1008/2008 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 24 settembre 2008, recante norme comuni per la prestazione di servizi aerei nella Comunità, dev'essere interpretata nel senso che include i prezzi, connessi con il viaggio aereo, di prestazioni come l'assicurazione sull'annullamento del viaggio, di cui trattasi nel procedimento principale, fornite

*da una parte diversa dal vettore aereo e fatturate al cliente dal venditore del viaggio unitamente alla tariffa del volo, nel contesto del prezzo complessivo*¹.

¹ La Corte di giustizia, nella sentenza sopra massimata, ha chiarito che l'assicurazione in caso di annullamento del volo, quale servizio fornito da terzi soggetti, costituisce un supplemento di prezzo opzionale.

La questione pregiudiziale sull'interpretazione dell'art. 23, par. 1, del Regolamento n. 1008/2008 relativo a norme comuni per la prestazione di servizi aerei nella Comunità (in *Gu-UE* n. L 293 del 2008, p. 3) è stata proposta nell'ambito di una controversia che ha visto contrapposti, da un lato, il Bundesverband der Verbraucherzentralen und Verbraucherverbände - Verbraucherzentrale Bundesverband eV (di seguito denominato: BVV) (Unione federale delle organizzazioni e delle associazioni di consumatori) e, dall'altro lato, la società ebookers.com Deutschland (di seguito denominata: «ebookers.com»), che mette in vendita viaggi aerei attraverso un portale *online* da essa gestito autonomamente. La controversia si riferisce alla prassi utilizzata dall'ebookers.com di prevedere sul proprio sito internet, in maniera automatica, l'opzione relativa alla prenotazione di un'assicurazione a copertura delle spese in caso di annullamento del viaggio.

Il giudice del rinvio ha chiesto, in sostanza, se il prezzo di un'assicurazione che copre le spese di annullamento del viaggio fornita da un terzo (nel caso di specie, una compagnia di assicurazioni), ma che è conclusa contestualmente alla prenotazione di un volo aereo attraverso un sito internet costituisca un «supplemento di prezzo opzionale» ai sensi dell'art. 23, par. 1, del Regolamento n. 1008/2008, la cui approvazione da parte del cliente deve avvenire solamente mediante il consenso esplicito dell'interessato (il c.d. «opt-in»).

Si precisa che l'art. 23, par. 1, del Regolamento n. 1008/2008 prevede che il prezzo finale delle tariffe aeree da pagare includa tutte le tariffe aeree applicabili, nonché tutte le tasse, i diritti ed i supplementi inevitabili e prevedibili al momento in cui avviene la pubblicazione (sul sito internet). Oltre all'indicazione del prezzo finale, devono essere specificati, altresì: la tariffa aerea passeggeri o merci; le tasse, i diritti aeroportuali e altri diritti, tasse o supplementi connessi, ad esempio, alla sicurezza o ai carburanti. I supplementi di prezzo opzionali devono essere resi pubblici in maniera chiara, trasparente all'avvio della procedura di prenotazione e la loro accettazione da parte del passeggero deve avvenire sulla base dell'esplicito consenso dell'interessato.

La procedura di prenotazione posta in essere dalla società ebookers.com prevedeva che il cliente, una volta scelto un determinato viaggio e ottenuto il dettaglio delle spese di viaggio, con l'indicazione esatta degli importi che avrebbe corrisposto successivamente, trovava inclusa nell'importo di «tasse e diritti» anche un'assicurazione sull'annullamento del viaggio, mai richiesta ma automaticamente contabilizzata nel «prezzo complessivo del viaggio». Il cliente poteva, tuttavia, qualora non intendeva sottoscrivere l'assicurazione, seguire una specifica procedura esplicita di rifiuto (c.d. «opt-out»).

Il cliente che confermava il viaggio si trovava così a pagare alla ebookers.com un importo unico corrispondente al prezzo globale del viaggio. La ebookers.com, a sua volta, versava il prezzo del biglietto alla compagnia aerea e le spese di assicurazione relative all'annullamento del viaggio ad una compagnia assicurativa, del tutto indipendente, giuridicamente, dal vettore aereo.

Il BVV, ritenendo tale pratica di prenotazione, che prevedeva la sottoscrizione automatica, senza il consenso espresso da parte del cliente, di un'assicurazione sull'annullamento del viaggio, in contrasto con il Regolamento comunitario n. 1008/2008, ha convenuto la ebookers.com dinanzi ai giudici tedeschi e l'Oberlandesgericht Köln, adito in appello, ha deciso di sospendere il procedimento e di rivolgersi alla Corte di giustizia per far chiarire le nozioni di supplementi indispensabili e supplementi opzionali di prezzo. In particolare, se nella nozione di «supplementi di prezzo opzionali» prevista all'art. 23, par. 1, del Regolamento oggetto di interpretazione potesse essere inclusa anche un'assicurazione sull'annullamento del viaggio fornita da un soggetto diverso dal vettore aereo, ma fatturata nel contesto del prezzo globale.

La Corte di giustizia, innanzitutto, ha chiarito che l'art. 23, par. 1, del Regolamento deve garantire l'informazione e la trasparenza dei prezzi dei servizi aerei e che, nella nozione di

«supplementi di prezzo opzionali» sono inclusi prezzi non indispensabili e quelli non obbligatori per il trasporto dei passeggeri, ma che completano il servizio aereo reso ai clienti.

La possibilità, pertanto, per il cliente di decidere se accettarli o meno deve risultare, si ribadisce, in maniera chiara e trasparente, all'inizio di ogni prenotazione, attraverso un esplicito consenso da parte del cliente stesso.

A parere della Corte di giustizia, ciò che contrasta con la finalità del Regolamento è che il prezzo del servizio (complementare opzionale) e il prezzo del volo aereo siano presentati contestualmente nell'ambito della procedura di prenotazione del volo stesso ingenerando così nel consumatore l'idea che anche il primo (assicurazione) sia obbligatorio ai fini del perfezionamento del contratto di acquisto.

LA CORTE DI GIUSTIZIA PRECISA L'ESPRESSIONE «LICENZIATARIO DI DIRITTI PREESISTENTI» NELL'AMBITO DI UNA PROCEDURA DI REGISTRAZIONE DI UN NOME DI DOMINIO.EU

Corte di giustizia

Sentenza del 19 luglio 2012 in causa n. C-376/11

Pie Optiek SPRL c. Bureau Gevers SA, European Registry for Internet Domains ASBL

Art. 267 TFUE - Questione pregiudiziale - Internet - Registrazione dei nomi di dominio di primo livello.eu - Regolamento (Ce) n. 874/2004 - Nomi di dominio - Periodo "sunrise" - Art. 12, par. 2 - Nozione di «licenziatari di diritti preesistenti» - Registrazioni speculative ed abusive - Registrazione di un nome in assenza di «diritti o interessi legittimi» - Diritto dei marchi - Licenziatari che possono registrare un marchio come nome di dominio.eu durante il periodo *sunrise* - Portata dell'autorizzazione.

L'art. 12, par. 2, 3° comma, del Regolamento (Ce) n. 874/2004 della Commissione, del 28 aprile 2004, che stabilisce le disposizioni applicabili alla messa in opera e alle funzioni del dominio di primo livello.eu e i principi relativi alla registrazione, deve essere interpretato nel senso che, in una situazione in cui il diritto preesistente interessato sia un diritto di marchio, i termini «licenziatari di diritti preesistenti» non si riferiscono ad una persona che è stata unicamente autorizzata dal titolare del marchio considerato a registrare, a proprio nome ma per conto di detto titolare, un nome di dominio identico o simile al predetto marchio, senza che tale persona sia tuttavia autorizzata a usare commercialmente il medesimo in conformità alle sue funzioni proprie¹.

¹ La Cour d'appel di Bruxelles ha sottoposto alla Corte di giustizia due questioni pregiudiziali ai sensi dell'art. 267 TFUE, sull'interpretazione del Regolamento (Ce) n. 733 del 2002, relativo alla messa in opera del dominio di primo livello.eu (in *Guce* n. L 113 del 2002, p. 1) e del Regolamento (Ce) n. 874/2004 sulle disposizioni applicabili alla messa in

opera e alle funzioni del dominio di primo livello.eu e ai principi relativi alla registrazione (in *Gu-UE* n. L 162 del 2004, p. 40).

Tale domanda è stata presentata nell'ambito di due controversie che hanno visto contrapposte, da un lato, la SPRL Pie Optiek (di seguito denominata: Pie Optiek), una società di diritto belga che vende tramite internet prodotti ottici, e, dall'altro lato, la SA Bureau Gevers (di seguito denominata: Bureau Gevers), anch'essa una società di diritto belga operante nel settore della consulenza in materia di proprietà intellettuale e la ASBL European Registry for Internet Domains (di seguito denominata: EURid), competente per l'assegnazione dei nomi di dominio.eu. avente ad oggetto la registrazione (speculativa e abusiva) del nome di dominio «lensworld.eu» da parte della Walsh Optical Inc. Quest'ultima è una società americana, titolare del marchio cui corrisponde il nome del dominio in questione, attiva anch'essa nel settore ottico per la vendita via internet di lenti a contatto.

Ai sensi del Regolamento n. 874/2004, adottato dalla Commissione in applicazione dell'art. 5, par. 1, del Regolamento n. 733/2002, la registrazione dei nomi di dominio di primo livello. eu viene effettuata secondo il criterio di precedenza definito: « primo arrivato, primo servito », ossia il nome di dominio specifico è riservato al soggetto legittimato la cui richiesta sia stata ricevuta per prima dal registro. Al fine di tutelare i diritti preesistenti riconosciuti dal diritto comunitario o nazionale, il Regolamento n. 874/2004 ha previsto una procedura di registrazione per fasi.

Questa ha una durata di quattro mesi (c.d. periodo *sunrise*) e la procedura di registrazione generale dei nomi di dominio non ha inizio prima del completamento del periodo di registrazione per fasi che si compone di due parti, della durata di due mesi ciascuna. Nel corso della prima parte della procedura la registrazione può essere richiesta dai titolari di marchi nazionali e comunitari, nonché di indicazioni geografiche.

La società americana Walsh Optical concludeva un contratto con Bureau Gevers affinché registrasse per suo conto il dominio «lensworld.eu» presso l'EURid. Successivamente la domanda di registrazione del nome di dominio «lensworld.eu» presentata dalla Pie Optiek, veniva rifiutata a causa della precedente registrazione.

La Corte di appello di Bruxelles, adita dalla Pie Optiek, ha deciso di sospendere il procedimento e di rivolgersi alla Corte di giustizia perché chiarisse la nozione di licenziatari di diritti preesistenti contenuta nel Regolamento n. 874/2004.

La Corte di giustizia ha precisato, innanzitutto, che il termine licenziatario non è definito nel Regolamento e che il dominio di primo livello.eu è stato introdotto per accrescere la visibilità del mercato interno nell'ambito degli scambi commerciali via internet. Ai sensi dell'art. 2, 1° comma del Regolamento oggetto di interpretazione, i soggetti legittimati a registrare uno o più nomi di dominio nel dominio di primo livello sono le imprese, le organizzazioni e le persone fisiche (cfr. art. 4, par. 2, lett. b.).

Ne consegue, a parere della Corte di giustizia, che solamente i titolari di diritti preesistenti che abbiano la propria sede legale, amministrazione centrale o sede di affari principale o la loro residenza nel territorio dell'Unione sono legittimati a registrare, durante il periodo di registrazione per fasi, uno o più nomi di dominio nel dominio di primo livello.eu.

I licenziatari di diritti preesistenti devono perciò soddisfare il criterio della presenza sul territorio dell'Unione e disporre al posto del titolare, anche solo parzialmente, del diritto preesistente interessato.

Il contratto che è stato stipulato tra la Walsh Optical e la Bureau Gevers, attraverso il quale la licenziataria si impegnava a depositare una domanda per ottenere la registrazione per un nome di dominio.eu costituisce un contratto di servizi, anziché un contratto di licenza d'uso del marchio. Il marchio registrato, infatti, rimaneva di proprietà esclusiva del concedente la licenza, mentre il licenziatario non aveva alcun diritto di usare il marchio.

Ne consegue, a parere della Corte di giustizia, che il contratto del procedimento principale non può essere considerato un contratto di licenza d'uso del marchio «lensworld.eu» e il soggetto che ha il compito di registrare un nome di dominio.eu per il titolare del marchio stesso non può essere considerato un «licenziatario di diritti preesistenti» ai sensi della normativa comunitaria applicabile. Di conseguenza al licenziatario non viene riconosciuto nessun diritto di usare commercialmente il marchio corrispondente al nome di dominio in questione che resterà, conseguentemente, di proprietà esclusiva del concedente la licenza.

SE LA VIOLAZIONE DELLA LIBERTÀ DI CULTO È GRAVE SCATTA IL DIRITTO D'ASILO

Corte di giustizia

Sentenza del 5 settembre 2012 in cause riunite n. C-71/11 e n. C-99/11

Bundesrepublik Deutschland c. Y (C-71/11), Z (C-99/11), con l'intervento di: Vertreter des Bundesinteresses beim Bundesverwaltungsgericht, Bundesbeauftragter für Asylangelegenheiten beim Bundesamt für Migration und Flüchtlinge

Art. 267 TFUE - Questione pregiudiziale - Direttiva n. 2004/83/Ce - Norme minime sull'attribuzione dello *status* di rifugiato o dello *status* conferito dalla protezione sussidiaria - Art. 2, lett. c.: nozione di «rifugiato» - Art. 9, par. 1-2: requisiti per essere considerato rifugiato - Art. 10: motivi di persecuzione - Religione - Cittadini pakistani membri della comunità religiosa Ahmadiyya - Atti delle autorità pakistane che vietano il diritto di manifestare la propria religione in pubblico - Atti gravi - Giustificata preoccupazione dell'interessato di essere sottoposto a persecuzione a causa della propria religione - Art. 4: valutazione delle domande di protezione internazionale.

L'art. 9, par. 1, lett. a., della direttiva n. 2004/83/Ce del Consiglio del 29 aprile 2004, recante norme minime sull'attribuzione, a cittadini di Paesi terzi o apolidi, della qualifica di rifugiato o di persona altrimenti bisognosa di protezione internazionale, nonché norme minime sul contenuto della protezione riconosciuta, deve essere interpretato nel senso che:

- *non è ravvisabile un «atto di persecuzione», nell'accezione di detta norma della direttiva, in qualunque lesione del diritto alla libertà di religione che violi l'art. 10, par. 1, della Carta dei diritti fondamentali dell'Ue;*

- *l'esistenza di un atto di persecuzione può risultare da una violazione della manifestazione esteriore di tale libertà, e*

- *per valutare se una lesione del diritto alla libertà di religione che viola l'art. 10, par. 1, della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea possa costituire un «atto di persecuzione», le autorità competenti devono verificare, alla luce della situazione personale dell'interessato, se questi, a causa dell'esercizio di tale libertà nel Paese d'origine, corra un rischio effettivo, in particolare, di essere perseguitato, o di essere sottoposto a trattamenti o a pene disumani o degradanti ad opera di uno dei soggetti indicati all'art. 6 della direttiva n. 2004/83/Ce¹.*

L'art. 2, lett. c., della direttiva n. 2004/83/Ce deve essere interpretato nel senso che il timore del richiedente di essere perseguitato è fondato quando le

autorità competenti, alla luce della situazione personale del richiedente, considerano ragionevole ritenere che, al suo ritorno nel Paese d'origine, egli compirà atti religiosi che lo esporranno ad un rischio effettivo di persecuzione. Nell'esaminare su base individuale una domanda di riconoscimento dello status di rifugiato, dette autorità non possono ragionevolmente aspettarsi che il richiedente rinunci a tali atti religiosi².

¹⁻² La direttiva n. 2004/83/Ce relativa allo *status* di rifugiati (ossia il riconoscimento, da parte di uno Stato membro, di un cittadino di un Paese terzo o di un apolide quale rifugiato) prevede all'art. 3 la possibilità, per gli Stati membri, di introdurre o mantenere in vigore disposizioni più favorevoli per la definizione dei soggetti che possono essere valutati come rifugiati. Rifugiato è definito il cittadino di un Paese terzo il quale, per il timore di essere perseguitato per motivi di razza, religione, nazionalità opinione politica o appartenenza ad un determinato gruppo sociale, si trova fuori del Paese di cui ha la cittadinanza e non può o non vuole avvalersi della protezione di tale Paese. Con riferimento alla valutazione delle domande di protezione internazionale, l'art. 4 definisce le condizioni per l'esame dei fatti e delle circostanze che stanno a fondamento delle domande, esame che deve avvenire su base individuale (art. 2 della direttiva, lett. c.).

I signori Z e Y, pakistani appartenenti alla Comunità musulmana Ahmadiyya (movimento riformatore dell'Islam), costretti a lasciare il loro Paese d'origine a causa delle ripetute violenze subite, entravano in Germania e chiedevano asilo e protezione in qualità di rifugiati.

Il codice penale pakistano prevede che i membri della Comunità musulmana Ahmadiyya siano passibili di una pena fino a tre anni di reclusione o di una pena pecuniaria se affermano di essere musulmani, se qualificano come Islam la loro fede, se pregano o se cercano proseliti e nel caso in cui oltraggiano il nome di Maometto possono anche essere condannati alla pena di morte o all'ergastolo.

Le autorità tedesche respingevano le domande dei ricorrenti dichiarandole non fondate e mancanti dei requisiti per l'ottenimento dello *status* di rifugiati.

I signori Y e Z presentavano un ricorso rispettivamente davanti al Tribunale amministrativo di Lipsia e davanti al Tribunale amministrativo di Dresda che respingevano le domande di asilo. Successivamente, la Corte amministrativa federale di Germania, investita delle questioni, ha deciso di sospendere il procedimento e di rivolgersi alla Corte di giustizia per far chiarire se qualsiasi violazione del diritto alla libertà religiosa, in violazione dell'art. 10, par. 1, della Carta dei diritti fondamentali, sia da considerare un atto di persecuzione ai sensi dell'art. 9, par. 1, lett. a. della direttiva o se, per contro, sia necessario effettuare una distinzione tra «nucleo essenziale» della libertà religiosa e la sua manifestazione esteriore.

Lo *status* di rifugiato viene concesso all'interessato se questi soddisfa i requisiti previsti agli artt. 9 (requisiti per essere considerato rifugiato) e 10 (motivi di persecuzione) della direttiva.

La Corte di giustizia ha precisato che è la gravità delle misure e delle sanzioni adottate o che potrebbero essere adottate nei confronti dell'interessato che determina se una violazione del diritto garantito dalla Carta costituisca una persecuzione ai sensi della direttiva. Per esempio, qualora l'interessato possa essere sottoposto nel proprio Paese d'origine, a trattamenti o a pene disumane o degradanti ad opera dello Stato, dei partiti, o delle organizzazioni che controllano lo Stato (cfr. art. 6: responsabili della persecuzione o del danno grave).

Alla Corte è stato anche chiesto di chiarire se possa considerarsi fondato il timore del richiedente di essere perseguitato nell'ipotesi in cui egli per evitare una persecuzione nel proprio Paese rinunci a manifestare la propria religione.

La Corte di giustizia ha anche verificato i limiti di comportamento che il richiedente non deve superare se vuole evitare il rischio effettivo di persecuzione, qualora non possa fondare il proprio timore su una persecuzione già subita a causa della sua religione, una volta rientrato nel proprio Paese.

La valutazione sull'entità del rischio deve fondarsi sull'esame dei fatti e delle circostanze: la circostanza che il richiedente abbia già subito persecuzioni o minacce dirette di siffatte persecuzioni costituisce un «serio indizio della fondatezza del timore del richiedente di subire persecuzioni» (art. 4 della direttiva).

Ne consegue che si configura lo *status* di rifugiato nel caso in cui il diritto a manifestare la propria religione in pubblico, nel proprio Paese, venga violato creando così un rischio concreto per il soggetto.

**LA MESSA IN COLTURA DI OGM NON PUÒ ESSERE
ASSOGGETTATA AD UNA PROCEDURA NAZIONALE
DI AUTORIZZAZIONE, QUANDO IL LORO IMPIEGO E
LA LORO COMMERCIALIZZAZIONE SONO AUTORIZZATI
DAL REGOLAMENTO (CE) N. 1829/2003**

Corte di giustizia

Sentenza del 6 settembre 2012 in causa n. C-36/11

Pioneer Hi Bred Italia Srl c. Ministero delle Politiche agricole alimentari e forestali

Art. 267 TFUE - Questione pregiudiziale - PAC (Politica agricola comunitaria) - Organismi geneticamente modificati (OGM) - Coltivazione di semi OGM e tradizionali - Direttiva n. 2002/53/Ce - Catalogo comune delle varietà delle specie di piante agricole - OGM iscritti nel catalogo comune - Art. 20 del Regolamento (Ce) n. 1829/2003 - Status dei prodotti esistenti - Direttiva n. 2001/18/Ce - Emissione deliberata nell'ambiente di OGM, nonché l'immissione in commercio degli OGM come tali o contenuti in prodotti - Art. 26 bis della direttiva n. 2001/18/Ce - Misure intese a evitare la presenza involontaria di OGM - Periodo antecedente l'adozione di misure nazionali basate sull'art. 26 bis della direttiva n. 2001/18/Ce - Divieto di coltivazioni di OGM iscritti nel catalogo comune e autorizzati come prodotti esistenti - Limitazione non giustificata.

La messa in coltura di OGM quali le varietà del mais MON 810 non può essere assoggettata a una procedura nazionale di autorizzazione quando l'impiego e la commercializzazione di tali varietà sono autorizzati ai sensi dell'art. 20 del Regolamento (Ce) n. 1829/2003 del Parlamento europeo e del Consiglio del 22 settembre 2003, relativo agli alimenti e ai mangimi geneticamente modificati, e le medesime varietà sono state iscritte nel catalogo comune delle varietà delle specie di piante agricole previsto dalla direttiva n. 2002/53/Ce del Consiglio del 13 giugno 2002, relativa al catalogo comune delle varietà delle specie di piante agricole, emendata con il Regolamento n. 1829/2003¹.

L'art. 26 bis della direttiva n. 2001/18/Ce del Parlamento europeo e del Consiglio del 12 marzo 2001 sull'emissione deliberata nell'ambiente di OGM e che abroga la direttiva n. 90/220/Cee del Consiglio, come modificata dalla direttiva n. 2008/27/Ce del Parlamento europeo e del Consiglio, dell'11 marzo 2008, non consente a uno Stato membro di opporsi in via generale alla messa in coltura sul suo territorio di tali OGM nelle more dell'adozione di misure di coesistenza dirette a evitare la presenza accidentale di OGM in altre colture².

¹⁻² È vivo il dibattito sulla necessità di apportare o meno un ampliamento al margine di discrezionalità di cui godono gli Stati membri per limitare o vietare la coltivazione di organismi geneticamente modificati (OGM) che ormai sono autorizzati sul territorio di tutti gli Stati membri.

La presente sentenza, scaturita da una questione pregiudiziale sull'interpretazione dell'art. 26 bis della direttiva n. 2001/18/Ce sull'emissione deliberata nell'ambiente di organismi geneticamente modificati (in *Guce* n. L 106 del 2001, p. 1) offre così l'occasione di specificare alcuni aspetti della materia. Tale disposizione, relativa alle «misure volte ad evitare la presenza involontaria di OGM» prevede che gli Stati membri adottino tutte le misure opportune per evitare la presenza involontaria di OGM in altri prodotti.

La questione pregiudiziale è stata presentata nell'ambito di un contenzioso tra la Pioneer Hi Pioneer Hi Bred Italia Srl (di seguito denominata: Pioneer) e il Ministero delle Politiche agricole alimentari e forestali con riferimento alla legittimità di una nota del Ministero, nella quale si comunicava alla Pioneer che, nelle more dell'adozione, da parte delle Regioni, di norme atte a garantire la coesistenza tra colture convenzionali, biologiche e transgeniche, il Ministero non poteva procedere all'istruttoria della richiesta di tale società per autorizzarla alla messa in coltura degli ibridi di mais geneticamente modificati, già iscritti nel Catalogo comune (delle varietà delle specie di piante agricole).

Infatti, con la decisione n. 98/294/Ce sull'immissione in commercio di granturco geneticamente modificato (*Zea mays* L. Linea MON 810), in *Guce* n. L 131 del 1998, p. 32), la Commissione autorizzava la commercializzazione delle linee pure ed ibride provenienti dalla linea del mais MON 810, su richiesta della Monsanto Europe SA (di seguito denominata: Monsanto). Successivamente, la Monsanto, nell'anno 2004, notificava alla Commissione le varietà del mais MON 810 quali prodotti esistenti e la Commissione iscriveva così diciassette varietà derivate dal mais MON 810 nel catalogo comune.

La ricorrente nella causa principale, una società produttrice e distributrice, a livello mondiale, di sementi convenzionate e geneticamente modificate è intenzionata a coltivare le varietà del mais MON 810 iscritte nel catalogo comune. Essa presentava perciò al Ministero delle Politiche agricole e forestali una richiesta di autorizzazione in tal senso. Il Ministero dichiarava di non poter procedere all'istruttoria della richiesta a causa della mancata adozione, come sopra precisato, da parte delle Regioni delle norme idonee a garantire la coesistenza tra colture convenzionali, biologiche e transgeniche.

La Pioneer ha quindi presentato un ricorso per l'annullamento della nota del Ministero e il Consiglio di Stato ha sospeso il procedimento e si è rivolto alla Corte di giustizia al fine di chiarire se la coltura degli OGM (le varietà del mais MON 810), già iscritti in un catalogo comune, debba essere sottoposta ad una procedura di autorizzazione, quando l'impiego e la commercializzazione delle varietà suddette risultano già autorizzate dal Regolamento comunitario n. 1829/2003 e sono state iscritte nel catalogo comune (previsto dalla direttiva n. 2002/53/Ce).

Su tale punto, la Corte di giustizia ha precisato che le condizioni imposte dalla legislazione comunitaria per la commercializzazione di OGM, ossia la necessaria autorizzazione e l'iscrizione in un catalogo comune, rispondono alla necessità di tutela della salute e dell'ambiente.

A parere della Corte, uno Stato membro non ha il potere di subordinare ad un'autorizzazione nazionale, fondata su considerazioni di tutela della salute o dell'ambiente, la

coltivazione di OGM qualora sussistano le condizioni di legittimità sopra descritte. La coltivazione di tali prodotti può essere limitata solamente in casi eccezionali (per esempio, in caso di misure di emergenza di cui all'art. 34 del Regolamento n. 1829/53).

Infine, sul divieto di coltivazione di OGM, nelle more dell'adozione di misure di coesistenza, la Corte di giustizia ha rilevato che l'art. 26 bis (misure volte ad evitare la presenza involontaria di OGM) della direttiva n. 2001/18/Ce, prevede solamente una facoltà per gli Stati membri di introdurre misure di coesistenza. Lo Stato italiano, perciò, non può decidere una misura come quella controversa che vieta la coltivazione di OGM autorizzati ai sensi della normativa comunitaria, perché altrimenti si andrebbe contro il sistema istituito dal Regolamento n. 1829/2003 e dalla direttiva n. 2002/53/Ce, che garantisce la libera circolazione dei prodotti autorizzati nel pieno rispetto della salute e dell'ambiente.

LA CORTE DI GIUSTIZIA INTERPRETA IL REGOLAMENTO N. 44/2001 NELL'AMBITO DI UNA CONTROVERSIA TRA CONSUMATORI

Corte di giustizia

Sentenza del 6 settembre 2012 in causa n. C-190/11

Daniela Mühlleitner c. Ahmad Yusufi, Wadat Yusufi

Art. 267 TFUE - Questione pregiudiziale - Regolamento (Ce) n. 44/2001 - Competenza giurisdizionale in materia civile e commerciale - Competenza in materia di contratti conclusi dai consumatori - Art. 15, par. 1, lett. c. - Attività commerciale o professionale diretta verso lo Stato di residenza del consumatore - Limitazione di tale competenza ai contratti conclusi a distanza.

L'art. 15, par. 1, lett. c., del Regolamento (Ce) n. 44/2001 del Consiglio del 22 dicembre 2000, concernente la competenza giurisdizionale, il riconoscimento e l'esecuzione delle decisioni in materia civile e commerciale dev'essere interpretato nel senso che non richiede che il contratto tra il consumatore ed il professionista sia stato concluso a distanza¹.

¹ La Corte di cassazione austriaca ha chiesto alla Corte di giustizia di chiarire se i contratti di consumo, allorché preceduti dal compimento di atti preparatori su internet, debbano essere considerati come conclusi necessariamente a distanza nel caso in cui il consumatore intenda avvalersi della competenza speciale di cui agli artt. 15 e 16 del Regolamento (Ce) n. 44/2001 concernente la competenza giurisdizionale, il riconoscimento e l'esecuzione delle decisioni in materia civile e commerciale (in *Guce* n. L 12 del 2001, p. 1). Ai sensi delle disposizioni oggetto di interpretazione, il consumatore può convenire dinnanzi ai giudici del proprio Stato il commerciante, residente in un altro Stato membro, qualora il contratto sia stato concluso con una persona le cui attività commerciali o professionali si svolgono nello Stato membro cui appartiene il consumatore o siano dirette, con qualsiasi mezzo, verso tale Stato membro o verso una pluralità di Stati, purché il contratto rientri nell'ambito delle attività commerciali e professionali suddette.

La questione pregiudiziale è stata proposta nell'ambito di una controversia che ha visto

contrapposti, da un lato, la signora Mühlleitner residente in Austria e, dall'altro lato, i signori Yusufi, per la risoluzione per vizi occulti di un contratto di vendita di un'autovettura, il rimborso del prezzo di vendita e il risarcimento dei danni. La ricorrente effettuava una ricerca su internet per acquistare un'autovettura di marca tedesca per uso privato collegandosi al sito dei convenuti, "www.mobil(e).de", i signori Yusufi, titolari della società tedesca Autohaus Yusufi Gbr, con sede in Amburgo. Dopo aver selezionato il veicolo, la ricorrente veniva reindirizzata verso un'offerta della Autohaus Yusufi Gbr. Per poter prendere possesso del veicolo la signora Mühlleitner si recava ad Amburgo con il contratto di vendita sottoscritto in Germania e, rientrata nel proprio Stato (in Austria), constatava che il veicolo acquistato era affetto da alcuni vizi e difetti e chiedeva, perciò ai convenuti di provvedere alla loro riparazione. Questa non veniva effettuata e la ricorrente chiedeva una tutela dinanzi agli organi giurisdizionali del proprio Stato di residenza. I convenuti contestavano la competenza giurisdizionale dei giudici austriaci. La Corte di cassazione, adita in ultima istanza, ha ritenuto che i convenuti abbiano diretto le loro attività verso l'Austria ai sensi dell'art. 15, par. 1, lett. c., del Regolamento, per cui si poteva ragionevolmente considerare l'esistenza di un contratto a distanza tra le parti contraenti per gli scambi intercorsi per posta elettronica. Il giudice del rinvio ha richiamato, altresì, la sentenza pronunciata nella causa *Pammer e Hotel Alpenhof* (sentenza del 7 dicembre 2010 in cause riunite n. C-585/08 e n. C-144/09, in *Raccolta*, 2010, I, p. 12527, annotata in questa *Rivista*, 2010, p. 714), la quale chiariva la nozione di «attività diretta verso lo Stato in cui è domiciliato il consumatore».

Il giudice del rinvio ha così sospeso il procedimento e ha chiesto alla Corte di chiarire se l'applicazione della disposizione controversa (che costituisce una deroga alla regola generale di competenza giurisdizionale) presupponga che il contratto tra il consumatore e l'imprenditore sia stato concluso a distanza.

Si precisa che l'obiettivo della competenza speciale in materia di consumo è la tutela del consumatore, parte debole del rapporto contrattuale e destinatario di una protezione specifica. Nel tredicesimo *considerando* del Regolamento n. 44/2001 viene sottolineata l'esigenza di «tutelare la parte più debole con norme in materia di competenza più favorevoli ai suoi interessi rispetto alle regole generali» (sulla finalità protettiva del consumatore di cui agli artt. 15 e 16 del Regolamento n. 44/2001, cfr. sentenze del 21 giugno 1978 in causa n. 150/77, *Bertrand*, in *Raccolta*, 1978, p. 1431; del 19 gennaio 1993 in causa n. C-89/91, *Shearson Lehman Hutton*, in *Raccolta*, 1993, I, p. 139 e in questa *Rivista*, 1993, p. 361 con nota di F. CAPELLI, «Consumatore» e cessione dei diritti nella *Convenzione di Bruxelles*, 1993, p. 363 ss.; del 3 luglio 1997 in causa n. C-269/95, *Benincasa*, in *Raccolta*, 1997, I, p. 3767, sulla quale v. la nota di A. GRATANI, *La nozione di «consumatore» nella Convenzione di Bruxelles*, in questa *Rivista*, 1997, p. 510; del 20 gennaio 2005 in causa n. C-464/01, *Gruber*, in *Raccolta*, 2005, I, p. 439, nonché sentenza *Pammer e Alpenhof*, cit.).

La Corte di giustizia ha precisato che l'art. 15, par. 1, lett. c. del Regolamento, come sopra già precisato, trova applicazione al ricorrere di due condizioni: che il commerciante eserciti la propria attività commerciale o professionale nello Stato membro di residenza del consumatore ovvero che, con qualsiasi mezzo, egli diriga tali attività verso tale Stato membro o verso una pluralità di Stati e, in secondo luogo, che il contratto controverso rientri nell'ambito di tale attività.

Inoltre, la Corte ha osservato che il testo dell'art. 15, par. 1, del Regolamento non coincide integralmente con quello dell'art. 13, 1° comma, della Convenzione di Bruxelles (del 27 settembre 1968 sulla competenza giurisdizionale e l'esecuzione delle decisioni in materia civile e commerciale, in *Guce* n. L 299 del 1972, p. 32). La nuova formulazione, meno restrittiva, che ha previsto l'inserimento di un requisito legato alla conclusione a distanza dei contratti stipulati con i consumatori, a parere della Corte di giustizia, contrasterebbe con l'obiettivo perseguito dalla nuova enunciazione della tutela dei consumatori. Ne consegue che il requisito che il contratto di consumo sia stato concluso a distanza non costituisce un requisito indispensabile per l'applicazione dell'art. 15, par. 1, lett. c. del Regolamento n. 44/2001 e che la tutela giurisdizionale nazionale trova, quindi, applicazione anche per il consumatore che acquista all'estero.

GIURISPRUDENZA ITALIANA E STRANIERA

L'ERRORE NEI COLORI DEL LOGO DOP NON INTEGRA IL REATO DI CONTRAFFAZIONE

**Tribunale di Savona, sezione penale
Sentenza del 3-17 maggio 2012 n. 283***

Procedimento penale a carico di Marasch Daniel

Prodotti agroalimentari - Denominazione di origine protetta - Regolamento Ce n. 2081/92 - Procedimento di registrazione di una DOP o di una IGP - Regolamento Ce n. 2037/93, art. 5 - Omogeneità dell'informazione sui prodotti tutelati come DOP o IGP a tutela dei consumatori - Regolamento Ce n. 1726/98 - Adozione di modelli di simbolo comunitario - Immissione in commercio di formaggio DOP Feta - Uso di colori e caratteri incorretti nel logo DOP - Art. 517 *quater* c.p. - Contraffazione di denominazioni d'origine - Insussistenza - Azione penale contro il presidente del consiglio di amministrazione del rivenditore - Assoluzione.

L'uso del logo DOP, seppur graficamente incorretto, non ha mai tratto in errore nessun consumatore, che ha comunque sempre acquistato vera Feta greca DOP. La mancanza del dolo specifico richiesto dall'art. 517 quater, secondo comma, c.p., che punisce chi vuol trarre profitto dal porre in commercio, vendita o circolazione prodotti con indicazioni o denominazioni contraffatte, è evidente.

* In argomento v. *infra*, p. 545 ss., il commento di GIUSEPPE BERTOLI.

(Omissis) **In diritto**

L'imputato Marasch Daniel veniva citato a giudizio a seguito di opposizione a decreto penale di condanna e, non comparso senza addurre alcun legittimo impedimento, veniva dichiarato contumace. Veniva revocato il decreto opposto ed, aperto il dibattimento, venivano ammesse le istanze istruttorie formulate dalle parti, acquisendo una notevole quantità di documenti. Alle udienze del 1° febbraio 2012 e del 3 maggio 2012 venivano escussi i diversi testi presenti e, terminata l'istruzione dibattimentale, le parti procedevano a discussione e concludevano come in epigrafe trascritto.

L'imputato Marasch Daniel è stato citato a giudizio perché, quale presidente del consiglio di amministrazione di LIDL Italia s.r.l. avrebbe posto in vendita nell'esercizio commerciale LIDL di Savona, via Nizza n. 3, al fine di trarne profitto, quaranta confezioni di formaggio greco "Feta" con marchio di denominazione di origine contraffatto. La semplice lettura del capo di imputazione desta, da subito, alcune perplessità circa l'astratta configurabilità a carico dell'odierno imputato della condotta ascrittagli, poiché è difficile, seppur non impossibile, immaginare che il presidente del consiglio di amministrazione di una catena distributiva quale quella della LIDL Italia s.r.l. sia responsabile degli acquisti del formaggio "Feta", prodotto di nicchia nell'ambito di una sottocategoria merceologica alimentare (latticini e derivati), che rappresenta solo uno dei comparti della società (*food*), e non certo il "*core business*" di LIDL Italia s.r.l. Ciò premesso, l'ampia istruttoria dibattimentale, nel corso della quale sono stati escussi diversi testi ed acquisti molti documenti, ha provato la totale insussistenza materiale dell'ipotesi di reato oggi contestata, quanto a condotta ed elemento psicologico, ed altresì la totale estraneità dell'imputato in ordine a quanto ascrittogli.

È provato che il Corpo Forestale dello Stato, Comando Provinciale di Savona, su espressa richiesta dell'Ispettorato Generale di Roma, abbia proceduto ad un controllo a tappeto sulle confezioni di formaggio "Feta" presenti in tutta la catena distributiva della LIDL della Provincia di Savona (come già in precedenza effettuato in altre province).

Risulta che nel magazzino della LIDL di Savona, via Nizza n. 3, siano state trovate su un bancale, fuori dall'area accessibile dal pubblico dei consumatori (quindi non in vendita), quaranta confezioni di formaggio "Feta" Eridanous prodotto dalla Tyras s.a., del lotto di produzione 102-303, con il marchio comunitario non corrispondente a quanto previsto dalla normativa europea sia per colori utilizzati (giallo e azzurro, anziché rosso e bianco), sia per carattere tipografico e corpo di stampa impiegato, sia per la dicitura riportata.

Si osserva, in relazione alla contestazione avanzata all'odierno imputato, che il teste Valze Claudio, Sovrintendente della Polizia Forestale che ha proceduto al sequestro, ha affermato come le quaranta confezioni non fossero esposte in vendita, ma riposte su un bancale nel magazzino, non accessibile al pubblico, perché "*ritirate dalla vendita*" (cioè non vendibili) su disposizione della stessa LIDL (cfr. doc. n. 11 prodotto dalla difesa). Il teste Mistretta Alessandro, Assistente Capo del Corpo della Guardia Forestale ha dichiarato come, prima dell'intervento presso il punto vendita della LIDL di via Nizza n. 3, la "Feta" non fosse in commercio in forza dell'ordine emesso dalla stessa LIDL s.r.l. Non è quindi possibile stabilire se le quaranta confezioni di "Feta", trovate su un bancale, tutte fasciate, nel magazzino del punto vendita della LIDL, siano mai state poste fisicamente sugli scaffali del negozio e, quindi, in vendita. Non vi è prova

cioè della condotta ascritta all'odierno imputato. Per certo il formaggio è giunto nell'esercizio commerciale, ma non è possibile stabilire se sia mai stato posto in vendita, poiché prontamente la stessa LIDL ne ha vietato il commercio, trattenendolo nel proprio magazzino. Questa circostanza, ricavabile già nell'immediatezza del fatto dalle dichiarazioni rese dai dipendenti e dai responsabili della LIDL, e suffragata dalla documentazione acquisita dalla stessa Polizia Forestale nel corso del sequestro del formaggio, sarebbe da sola sufficiente a dichiarare l'insussistenza del reato contestato all'odierno imputato. Appare, tuttavia, opportuno, per completezza, ultimare l'esposizione dei fatti emersi nel corso dell'istruttoria dibattimentale.

Risulta, infatti, che la Polizia Forestale abbia individuato l'odierno imputato, Marasch Daniel, presidente del consiglio di Amministrazione di LIDL Italia s.r.l., quale responsabile della asserita condotta di messa in vendita di prodotti con marchio contraffatto, *"perché i nostri uffici superiori ci hanno detto di risalire al signor Marasch Daniel"*, come candidamente affermato dal Sovrintendente del Corpo della Guardia Forestale escusso nel corso del processo. In sostanza, nessuno nel corso delle indagini si è posto il problema dell'esistenza di deleghe nell'ambito della catena di controllo e comando della LIDL s.r.l., immaginando che il legale rappresenta della società si occupasse a livello nazionale di acquistare e porre in vendita su tutti gli scaffali degli esercizi commerciali della LIDL la "Feta" incriminata. È, invece, emerso nel corso dell'istruttoria che la LIDL Italia s.r.l. è dotata di una capillare struttura gerarchica alla quale corrispondono precise deleghe di funzioni e responsabilità. Il teste Petruccelli Antonio, già capo settore anche per la Provincia di Savona della LIDL s.r.l. ha dichiarato che la società aveva per ogni esercizio un capo filiale, che i vari capi filiale facevano a loro volta riferimento ad un capo settore, che i vari capi settore dipendevano da un capo area, che i vari capi area rispondevano ad un direttore regionale. Il teste Covi Fabrizio, direttore regionale della LIDL Italia s.r.l. ha dichiarato che l'ufficio acquisti della LIDL era presso la direzione generale della società e faceva capo a tale Paternò Ignazio, delegato per tutti gli acquisti. Lo stesso teste ha poi aggiunto che la LIDL Italia s.r.l. sia a livello di filiale che di settore che di regione conferisce ai vari responsabili specifiche deleghe (cfr. doc. 3 prodotto dalla difesa) che prevedono un *"sistema di autocontrollo"*, permettendo quindi ai soggetti deputati ad amministrare i singoli comparti di intervenire in autonomia sui prodotti posti in vendita. Il teste Paternò Ignazio, responsabile degli acquisti per LIDL Italia s.r.l. ha riconosciuto la delega in forza della quale opera per la società (doc. n. 2 prodotto dalla difesa), ha aggiunto che, ben prima del controllo effettuato a Savona, cioè da quando il Corpo Forestale dello Stato aveva effettuato un accertamento nella filiale di Rovereto, aveva ordinato di non porre in vendita il formaggio "Feta" Eridanous, ed ha precisato che, quale unico responsabile per gli acquisti, si era occupato di contattare il produttore e fornitore greco, cioè la società Tyras s.a., chiedendo chiarimenti.

È quindi ulteriormente provata la totale estraneità dell'imputato Marasch Daniel, presidente del consiglio di amministrazione di LIDL Italia s.r.l., in relazione alla condotta contestatagli che, ove sussistente, dovrebbe, al più, essere ascritta a Paternò Ignazio, responsabile degli acquisti (ed espressamente delegato anche alla verifica delle etichettature e dell'informazione ai consumatori) o ai vari soggetti, sopra indicati, responsabili della catena di commercializzazione dei prodotti venduti dalla LIDL Italia s.r.l.

È poi emerso dall'esame del teste Giatsols Vasillos, amministratore delegato della Tyras s.a. con sede in Trykala, Grecia, che tutto il formaggio "Feta" da sempre prodotto

dalla sua società è certificato come Feta D.O.P., rispondente a tutti i requisiti del disciplinare di produzione della "Feta". Il teste ha precisato che anche il formaggio del lotto 102-303, oggetto di sequestro a Savona, era "Feta D.O.P." certificata, rispondente a tutti i requisiti di legge. Il teste ha poi spiegato che il marchio apposto sulle confezioni aveva i colori giallo e blu perché l'Unione europea aveva adottato tale marchio prima del 2009 per certificare i prodotti di origine comunitaria ed aveva poi cambiato logo, autorizzando, in deroga a tutto il 2010 l'impiego del vecchio simbolo. Il formaggio "Feta" oggetto di sequestro era stato prodotto e fornito nel 2010 con il vecchio logo europeo ed aveva comunque la scadenza ad un anno dal giorno di confezionamento. Il teste ha così chiarito perché i colori riportati sul marchio non erano il rosso ed il bianco, ma il giallo ed il blu, ed ha aggiunto che, quanto alla dicitura riportata ed al corpo grafico impiegato nel marchio, la società che aveva loro fornito le confezioni aveva commesso un errore subito corretto. In sostanza il formaggio nelle confezioni trovate nel magazzino di Savona era di formaggio greco "Feta" D.O.P. che potevano a ragione fregiarsi del marchio comunitario e che avevano apposto sulla confezione un marchio comunitario non regolare solo per dicitura e carattere tipografico poiché i colori usati erano compatibili con quelli previsti in sede comunitaria a tutto il 2009, prorogati a tutto il 2010 ed apposti in tale anno sulla confezione.

Emerge, da quanto esposto, che nel caso di specie, difetti completamente anche il dolo richiesto dalla norma oggetto di imputazione. Infatti, il marchio, seppur graficamente sbagliato, non ha mai tratto in errore nessun consumatore che ha comunque sempre acquistato vera "Feta" greca D.O.P. Non si vede quindi quale profitto avrebbe tratto il responsabile degli acquisti e della catena di vendita della LIDL Italia s.r.l. dal porre in vendita della vera "Feta" greca D.O.P. seppur con marchio comunitario non regolare. È evidente che nel caso in esame difetta il dolo specifico richiesto dalla norma, dolo che vuole punire chi pensa di poter trarre profitto dal porre in commercio, vendita o circolazione prodotti con indicazioni o denominazioni contraffatte.

Come già detto, alla luce di quanto esposto, risulta come difettino, nel caso di specie, la condotta (non vi è prova che il formaggio sia mai stato posto in vendita) e l'elemento psicologico (manca il dolo specifico richiesto dalla norma) del reato contestato, peraltro, comunque non ascrivibile a Marasch Daniel, ma al più ad altro soggetto.

Un famoso greco, al termine di questa vicenda forse direbbe "Ο δέ ψευδής λόγος γίνεται παρά τό πρότον ψεύδος" (liberamente tradotto, "la tesi non vera trae le mosse da una premessa non vera", Aristotele, *Analytica Priora*).

L'imputato Marasch Daniel va quindi assolto dal reato ascrittogli perché il fatto non sussiste.

(Omissis)

LOGO DELLE DENOMINAZIONI D'ORIGINE PROTETTE E TUTELA DEL CONSUMATORE: UN ABBAGLIO CROMATICO

Brevi osservazioni in margine alla sentenza del Tribunale di Savona, Sezione Rito Monocratico, del 3 maggio-17 maggio 2012 (procedimento penale a carico di Daniel Marasch)

Sommario: 1. *La fattispecie oggetto della sentenza* - 2. *La regolamentazione dei simboli utilizzati per indicare una DOP* - 3. *Contraffazione o errore?*

1. La fattispecie oggetto della sentenza

La fattispecie oggetto della sentenza in esame riguarda un prodotto (formaggio) immesso in commercio sotto la denominazione d'origine protetta «Feta»¹. Si potrebbe subito pensare all'ennesima frode alimentare consistente nell'uso in commercio di una denominazione registrata per prodotti che non rispettano il disciplinare di produzione previsto per tale denominazione.

Ebbene, non è così. Come emerso dal dibattimento, non solo non è affatto chiaro che le quaranta confezioni di Feta sequestrate il 18 gennaio 2011 in un punto vendita della LIDL a Savona siano mai state messe in vendita sugli scaffali del negozio (esse, infatti, erano fasciate su un bancale in magazzino), ma il formaggio contenutovi rispondeva effettivamente a tutti i requisiti del disciplinare di produzione della Feta.

E allora, ci si potrebbe chiedere, dove stava il problema? Perché questo formaggio è stato sequestrato? Per una questione di colore! «Ah beh – allora si tratta di un altro caso di mozzarella blu e han fatto bene a sequestrarlo». No, no, il formaggio non aveva alcun difetto, era l'etichetta che era colorata male, o meglio il simbolo comunitario usato sui prodotti DOP era riprodotto

¹ Sulle vicissitudini che hanno accompagnato la registrazione della DOP «Feta», v. B. O'CONNOR, *The Law of Geographical Indications*, London, Cameron May, 2004, p. 96 ss. Cfr. inoltre F. CAPELLI, *La Corte di giustizia tra «Feta» e «Cambozola»*, in questa *Rivista*, 1999, p. 273; S. VENTURA, *La tormentata vicenda della denominazione «Feta»*, in questa *Rivista*, 2006, p. 497.

nei colori blu e giallo, anziché nei colori rosso e giallo previsti dopo il 1° maggio 2010².

Ma l'uso di quel logo è obbligatorio? E le sue caratteristiche sono rigidamente predeterminate?

2. La regolamentazione dei simboli utilizzati per indicare una DOP

La regolamentazione comunitaria delle denominazioni d'origine protette e delle indicazioni geografiche protette è stata introdotta per la prima volta dal Regolamento (Cee) n. 2081/92³, con lo scopo dichiarato di promuovere i prodotti di qualità aventi determinate caratteristiche (secondo *considerando*) e di rispondere alla domanda crescente di prodotti agricoli o alimentari aventi un'origine geografica determinata (terzo *considerando*). Affinché il consumatore possa fare le proprie scelte in modo ottimale, il Regolamento riconosceva la necessità di fornirgli in modo esatto informazioni chiare e sintetiche quanto all'origine del prodotto (quarto *considerando*), completando le disposizioni in materia di etichettatura dei prodotti agricoli ed alimentari con altre che tenessero conto delle specificità dei prodotti agricoli ed alimentari provenienti da una determinata area geografica (quinto *considerando*).

Il Regolamento n. 2081/92 dettava quindi una dettagliata disciplina del procedimento di registrazione di una DOP o IGP e delle tutele assicurate alle DOP e IGP in seguito a tale registrazione. Tuttavia, anche se disponeva che le menzioni DOP e IGP o le menzioni tradizionali equivalenti potessero figurare solo su prodotti agricoli ed alimentari conformi al Regolamento stesso (art. 8), in nessun momento prevedeva l'uso di un logo specifico che facilitasse il consumatore nell'identificazione di un prodotto ammesso alla tutela dei prodotti DOP o IGP.

Tuttavia, ben presto il legislatore si è reso conto delle difficoltà esistenti nel far conoscere al pubblico questo nuovo sistema di tutela e promozione dei prodotti agroalimentari di eccellenza e della necessità di adottare quindi misure volte a far conoscere al pubblico il significato delle menzioni DOP e IGP (art. 5 del Regolamento (Cee) n. 2037/93)⁴.

² Questo era l'errore più evidente, anche se piccole inesattezze erano presenti anche nella dicitura in lingua in inglese (Protected Product Name anziché Protected Designation of Origin) e nel carattere tipografico.

³ Regolamento (Cee) n. 2081/92 del Consiglio del 14 luglio 1992 relativo alla protezione delle indicazioni geografiche tipiche e delle denominazioni d'origine dei prodotti agricoli ed alimentari, *Guce* n. L 208 del 24 luglio 1992, p. 1.

⁴ Regolamento (Cee) n. 2037/93 della Commissione del 27 luglio 1993 che stabilisce modalità di applicazione del Regolamento (Cee) n. 2081/92 del Consiglio relativo alla protezione delle indicazioni geografiche e delle denominazioni d'origine dei prodotti agricoli ed alimentari, *Guce* n. L 185 del 28 luglio 1993, p. 5.

La campagna di informazione lanciata dalla Commissione mostrò subito come sarebbe stato utile utilizzare un simbolo comunitario che sinteticamente trasmettesse il messaggio che il prodotto che se ne fregiava era conforme al Regolamento sulle DOP/IGP ed era quindi un prodotto di eccellenza.

È stato quindi con il Regolamento (Ce) n. 1428/97⁵ che il legislatore ha previsto che le denominazioni registrate come DOP o IGP potessero essere accompagnate da un simbolo comunitario, che poteva figurare esclusivamente sui prodotti conformi al Regolamento n. 2081/92 (art. 5 *bis*). Si trattava, tuttavia, di una mera facoltà, in quanto le menzioni DOP o IGP avrebbero potuto essere utilizzate anche senza il simbolo comunitario.

Ovviamente, per evitare di indurre i consumatori in confusione in un settore come quello agro-alimentare già affollato da molteplici indicazioni, era necessario adottare dei modelli del simbolo comunitario da usarsi dai produttori o trasformati, in modo da garantire una certa omogeneità dell'informazione offerta sui prodotti tutelati come DOP/IGP. Detti modelli furono individuati con il Regolamento (Ce) n. 1726/98⁶.

Si trattava di un adattamento del logo introdotto dal Regolamento (Ce) n. 2515/94⁷ (un cerchio blu, nel quale sono inserite in circolo le dodici stelle dell'Unione, circondato da una fascia gialla a sua volta racchiusa in una dentatura gialla), dal quale si differenziava per il colore blu (anziché giallo) della dentatura e per l'interno nel quale, a parte la sostituzione delle parole (sempre scritte in blu) «Specialità Tradizionale Garantita» con quelle «Denominazione d'Origine Protetta» (o «Indicazione Geografica Protetta»), veniva incorporata una rappresentazione grafica di solchi di un campo arato (sempre in giallo). Seguiva una meticolosa indicazione dei codici pantone o in quadricromia dei colori, dei caratteri utilizzabili (Times Roman in lettere maiuscole), delle dimensioni del logo e dei suoi tassi di riduzione. Tuttavia, benché l'uso sul prodotto del logo a colori fosse consigliato per dargli maggiore risalto, veniva prevista pure la possibilità dell'uso (in positivo o in negativo) ad un solo colore.

L'utilizzo del logo DOP o IGP applicato sui prodotti aveva come obiettivo quello di conferire loro un valore specifico e di farli risaltare rispetto ad

⁵ Regolamento (Ce) n. 1428/97 della Commissione del 23 luglio 1997 recante modifica del Regolamento (Cee) n. 2037/93 della Commissione che stabilisce modalità di applicazione del Regolamento (Cee) n. 2081/92 relativo alla protezione delle indicazioni geografiche e delle denominazioni d'origine dei prodotti agricoli ed alimentari, *Guce* n. L 196 del 24 luglio 1997, p. 39.

⁶ Regolamento (Ce) n. 1726/98 della Commissione del 22 luglio 1998 che modifica il Regolamento (Ce) n. 2037/98 che stabilisce modalità di applicazione del Regolamento (Cee) n. 2081/92 relativo alla protezione delle indicazioni geografiche e delle denominazioni di origine dei prodotti agricoli e alimentari, *Guce* n. L 224 dell'11 agosto 1998, p. 1.

⁷ Regolamento (Ce) n. 2515/94 della Commissione del 9 settembre 1994 recante modificazioni del Regolamento (Cee) n. 1848/93 che stabilisce modalità di applicazione del Regolamento (Cee) n. 2082/92 del Consiglio, relativo alle attestazioni di specificità dei prodotti agricoli e alimentari, *Guce* n. L 275 del 26 ottobre 1994, p. 1.

altri prodotti, in modo da essere facilmente e rapidamente riconosciuti dal consumatore.

Il Regolamento (Ce) n. 510/2006⁸, che ha sostituito il Regolamento n. 2081/92, ha reso obbligatorio l'uso dei simboli o diciture comunitari allo scopo di permettere una identificazione più rapida dei prodotti DOP/IGP sui mercati per facilitarne i controlli e ha previsto che gli operatori dovessero adeguarsi a tale obbligo entro un termine ragionevole (quinto *considerando* e art. 8).

Il Regolamento (Ce) n. 1898/2006⁹ disciplina le caratteristiche dei simboli comunitari di cui all'art. 8 del Regolamento n. 510/2006 (allegato V), in pratica confermando le caratteristiche già previste dal Regolamento n. 2515/94, e prevede che, per i prodotti di nuova immissione sul mercato ed a far data dal 1° gennaio 2008, quando i simboli comunitari o le diciture figurano sull'etichetta del prodotto stesso, essi debbano essere accompagnati dalla denominazione registrata (artt. 14 e 18, par. 3, lett. d.).

L'esperienza ha mostrato l'utilità dell'uso dei simboli suddetti per facilitare l'identificazione dei prodotti tutelati da DOP o IGP ma, al contempo, ha anche mostrato come l'uso dello stesso simbolo (stessi forma, colore e disegno), differenziato solo dalla *legenda* «Denominazione d'Origine Protetta» o «Indicazione Geografica Tipica», si prestasse a confusione e ha quindi indotto la Commissione a prevedere che, nel logo delle sole DOP, il colore blu fosse sostituito dal colore rosso (ferme restano le altre caratteristiche comuni ai due loghi) (quarto *considerando* e allegato al Regolamento (Ce) n. 628/2008¹⁰).

Al fine di evitare che questa modifica del colore del simbolo relativo ai prodotti DOP avesse ripercussioni economiche sui produttori e operatori interessati, è stato previsto che gli imballaggi e le etichette su cui figuravano i simboli nei colori giallo e blu (anziché rosso e blu) potessero essere applicati fino al 1° maggio 2010.

Si può dedurre da questa lunga ma necessaria ricostruzione legislativa che, in virtù di successivi laboriosi rimaneggiamenti legislativi, i prodotti DOP messi in commercio dopo il 1° maggio 2010 devono obbligatoriamente riprodurre il summenzionato logo rosso e giallo, in cui è iscritta la *legenda* «Denominazione d'Origine Protetta» in caratteri Times Roman.

⁸ Regolamento (Ce) n. 510/2006 del Consiglio del 20 marzo 2006 relativo alla protezione delle indicazioni geografiche e delle denominazioni d'origine dei prodotti agricoli e alimentari, *Gu-Ue* n. L 93 del 31 marzo 2006, p. 12.

⁹ Regolamento (Ce) n. 1898/2006 della Commissione del 14 dicembre 2006 recante modalità di applicazione del Regolamento (Ce) n. 510/2006 del Consiglio, relativo alla protezione delle indicazioni geografiche tipiche e delle denominazioni d'origine dei prodotti agricoli e alimentari, *Gu-Ue* n. L 369 del 23 dicembre 2006, p. 1.

¹⁰ Regolamento (Ce) n. 628/2008 della Commissione del 2 luglio 2008 che modifica il Regolamento (Ce) n. 1898/2006 recante modalità di applicazione del Regolamento (Ce) n. 510/2006 del Consiglio relativo alla protezione delle indicazioni geografiche e delle denominazioni d'origine dei prodotti agricoli e alimentari, *Gu-Ue* n. L 173 del 3 luglio 2008, p. 3.

3. Contraffazione o errore?

Come si è già ricordato, nel caso di cui si è occupata la magistratura savonese il formaggio oggetto del sequestro era stato effettivamente fabbricato nel rispetto del disciplinare di produzione previsto per la Feta.

Il presidente del consiglio di amministrazione di LIDL Italia era stato rinviato a giudizio perché imputato del reato previsto dall'art. 517 *quater*, comma 2, del codice penale, secondo il quale chiunque, al fine di trarne profitto, introduce nel territorio dello Stato, detiene per la vendita o pone in vendita con offerta diretta ai consumatori o mette comunque in circolazione prodotti agroalimentari con indicazioni geografiche o denominazioni d'origine contraffatte è punito con la reclusione fino a due anni e con la multa fino a ventimila euro.

Ora, a prescindere dalle questioni puramente penalistiche quanto alla possibilità di ascrivere la condotta contestata al presidente del consiglio di amministrazione della LIDL Italia (su cui v. la sentenza in commento), appare evidente che un errore nei colori del logo DOP (usando, tra l'altro, colori legittimi fino a pochissimo tempo prima) non può costituire contraffazione della DOP stessa.

In primo luogo, infatti, se un illecito vi fosse stato, questo sarebbe stato ascrivibile alla ditta che ha provveduto a confezionare il prodotto e non al rivenditore, che non avrebbe potuto apportare alcuna modifica alle confezioni stesse¹¹.

In secondo luogo, il reato in questione sussiste solo quando l'immissione in commercio di prodotti contraffatti sia stata commessa al fine di trarne profitto, mentre nella fattispecie non si vede quale profitto potrebbe uno trarre a porre in commercio prodotti rispettosi del disciplinare di produzione ma con un logo errato che potrebbe indurre il consumatore più attento ed in grado di avvedersi dell'errore cromatico nel logo a dubitare della genuinità del prodotto stesso e, quindi, a non comprarlo.

In terzo luogo, la misura da adottarsi nel caso di mancato rispetto delle regole grafiche previste per il logo DOP non possono che essere proporzionate all'obiettivo che il Regolamento avrebbe voluto conseguire con le disposizioni al riguardo, ovvero quello di consentire ai consumatori di distinguere le IGP dalle DOP, le prime essendo meno collegate al territorio che le seconde¹².

¹¹ Così ha concluso anche l'ordinanza n. 220/2012 del Ministero delle Politiche Agricole, Alimentari e Forestali che ha disposto l'archiviazione di un analogo verbale di contestazione redatto dagli agenti del Corpo Forestale di Genova.

¹² In virtù dell'art. 2 del Regolamento (Ce) n. 510/2006 si intende per denominazione d'origine un nome geografico volto a designare un prodotto agroalimentare originario di tale luogo, la cui qualità o le cui caratteristiche sono dovute essenzialmente o esclusivamente ad un particolare ambiente geografico e la cui produzione, trasformazione e elaborazione avvengono nello stesso luogo. Per un'indicazione geografica, invece, è sufficiente che una determinata qualità, la reputazione o

Si tratta quindi di permettere al consumatore di distinguere le DOP dalle IGP affinché non compri un prodotto IGP, meno radicato al territorio, pensando che sia DOP. Pertanto, la sanzione penale appare del tutto sproporzionata quando l'errore non comporta che il consumatore sia eventualmente indotto a comprare un prodotto genuino DOP quando il logo apposto gli ha fatto credere che fosse "solo" un IGP.

In quarto luogo, se è vero che le denominazioni registrate sono tutelate, tra l'altro, anche contro qualsiasi prassi che possa indurre in errore il consumatore sulla vera origine dei prodotti (art. 13, par. 1, lett. *d.* del Regolamento (Ce) n. 510/2006), e se è vero che rientrano tra queste pratiche proibite anche quelle che riguardano le menzioni inserite nelle etichette e negli imballaggi, ciò non toglie che deve trattarsi di pratiche capaci di indurre il consumatore in errore quanto all'origine autentica del prodotto e non anche di pratiche che lo inducano erroneamente a credere che esso possieda delle qualità che in realtà non ha¹³, tanto più poi se, come si è visto, le qualità erroneamente percepite siano inferiori a quelle effettive.

A ben vedere, queste ultime osservazioni valgono non solo nei confronti del venditore di cui al secondo comma dell'art. 517 *quater* del codice penale, ma anche nei confronti del produttore di cui al primo comma dello stesso articolo, il quale prevede che alla stessa pena sia soggetto chiunque contraffà o comunque altera indicazioni geografiche o denominazioni d'origine di prodotti agroalimentari, giacché, invero, non di contraffazione del prodotto si tratta ma di mero errore nella riproduzione del logo, errore che va a discapito innanzitutto dello stesso produttore che non potrà trarre pieno vantaggio dall'uso del logo comunitario, volto a far conoscere al meglio ai consumatori questa categoria di prodotti di eccellenza (quinto *considerando* del Regolamento (Ce) n. 510/2006).

Per dirla con il giudice savonese, la semplice lettura del capo di imputazione avrebbe dovuto destare, da subito, alcune perplessità ...

Giuseppe Bertoli*

SINTESI

Nel gennaio 2011, il Corpo Forestale dello Stato sequestrava nel magazzino di un punto vendita della LIDL in Savona quaranta confezioni di autentico formaggio

altre caratteristiche di un prodotto agroalimentare, originario di un determinato luogo geografico, possano essere attribuite a tale origine geografica e che la produzione e/o trasformazione e/o elaborazione di tale prodotto avvengano nello stesso luogo.

¹³ V. M. J. BOTANA AGRA, *Las denominaciones de origen*, in AA.VV., *Tratado de Derecho mercantil*, tomo XX, vol. 2, Madrid, Marcial Pons, 2001, p. 211.

* Membro delle Commissioni di ricorso / Ufficio per l'armonizzazione nel mercato interno (UAMI) di Alicante.

Feta, prodotto conformemente al disciplinare di produzione della relativa DOP ma recante il logo comunitario riprodotto nei colori blu e giallo, anziché nei colori rosso e giallo previsti dal Regolamento (Ce) n. 628/2008. Il presidente del consiglio di amministrazione delle LIDL veniva imputato del reato di cui all'art. 517 *quater*, secondo comma, del codice penale (immissione in commercio di formaggio Feta con marchio di denominazione d'origine contraffatto al fine di trarne profitto).

La sentenza di assoluzione del Tribunale di Savona chiarisce l'assenza di dolo specifico in quanto il marchio, seppur graficamente incorretto, non ha tratto in errore nessun consumatore che ha comunque sempre acquistato vera Feta DOP.

Una ricostruzione della legislazione al riguardo dimostra come l'errore commesso non violasse il fine perseguito, ovvero quello di permettere ai produttori di trarre maggior vantaggio ed ai consumatori di poter distinguere più facilmente i prodotti DOP da quelli IGP, con minor radicazione sul territorio.

ABSTRACT

In January 2011, in the storeroom of one of the LIDL points of sale in Savona, the National Ranger Police seized forty packages of authentic Feta cheese, produced in agreement with the specification foreseen for that PDO, but bearing the Community logo in blue and red, instead of red and yellow, as provided for by Regulation (EC) n. 628/2008. The Chairman of LIDL's Management Board was charged with the crime ruled in Article 517(4), paragraph 2, Italian criminal code (in relation to the alleged offering for sale of Feta cheese bearing a counterfeited PDO logo, with the intention of making profit out of it).

The verdict of acquittal rendered by the Savona Court made it clear that there was no criminal intent in this case, as the logo, albeit graphically incorrect, had not misled consumers, who had in any case bought true PDO Feta.

A thorough analyses of the relevant legislation shows that the error committed in this case did not violate the aim pursued by the applicable provisions, that is allowing producers and consumers to respectively take greater advantage from PDOs and more easily distinguish PDO from PGI products, which have less close connections with the relevant territory than the former.

ATTI DELLE ISTITUZIONI EUROPEE

PROPOSTA DI MODIFICA DEL REGOLAMENTO SUI *NOVEL FOODS*: TUTELA DELLA SALUTE DEI CONSUMATORI EUROPEI E NUOVI PROCESSI PRODUTTIVI CHE UTILIZZANO LE NANOTECNOLOGIE E LE NANOSCIENZE

Proposta di Regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio relativo ai nuovi prodotti alimentari e recante modifica del Regolamento (Ce) n. XXX/XXXX [procedura uniforme] del 14 gennaio 2008, Com(2007)872 def.*

(Omissis)

6. Dovrebbe anche essere chiarito che un prodotto alimentare va considerato nuovo quando si applica una tecnologia di produzione che non veniva utilizzata in precedenza. In particolare, il presente Regolamento dovrebbe applicarsi alle nuove tecnologie di allevamento e ai nuovi processi di produzione che hanno un impatto sugli alimenti, e dunque potrebbero averlo sulla sicurezza alimentare. I nuovi prodotti alimentari pertanto dovrebbero comprendere alimenti derivati da piante e animali, prodotti mediante tecniche di allevamento non tradizionali o modificati mediante nuovi processi produttivi, come la nanotecnologia e la nanoscienza, che potrebbero avere un impatto sugli alimenti. I prodotti alimentari derivati da nuove varietà di piante, o da animali ottenuti mediante le tecniche d'allevamento tradizionali non dovrebbero essere considerati nuovi.

(Omissis)

Articolo 3 Definizioni

1. Ai fini del presente Regolamento si applicano le definizioni di cui al Regolamento (Ce) n. 178/2002.

* Il testo integrale della proposta di Regolamento di seguito riportata è reperibile sul sito internet <http://eur-lex.europa.eu>. In argomento si veda *infra*, p. 557 ss., il commento di *DANIELA MARRANI*.

2. Inoltre, s'intende per:

a. «nuovo prodotto alimentare»:

i. un alimento non utilizzato in misura significativa per il consumo umano nella Comunità prima del 15 maggio 1997. (*Omissis*)

ii. un alimento di origine vegetale o animale nei casi in cui alle piante o agli animali rispettivi sia applicata una tecnica non tradizionale di allevamento non utilizzata prima del 15 maggio 1997; nonché

iii. un alimento sottoposto a un processo di produzione nuovo e non utilizzato prima del 15 maggio 1997, per il quale tale processo comporti cambiamenti significativi nella composizione o nella struttura tali da incidere sul suo valore nutritivo, sul metabolismo o sul tenore di sostanze indesiderabili.

(*Omissis*)

Posizione del Parlamento europeo definita in seconda lettura il 7 luglio 2010 in vista dell'adozione del Regolamento (Ue) n. .../2010 del Parlamento europeo e del Consiglio relativo ai nuovi alimenti, che modifica il Regolamento (Ce) n. 1331/2008 e che abroga il Regolamento (Ce) n. 258/97 ed il Regolamento (Ce) n. 1852/2001 della Commissione (P7_TC2-COD(2008)0002)**

(*Omissis*)

16. L'impiego di nanomateriali ingegnerizzati nella produzione di alimenti potrebbe aumentare con l'ulteriore evoluzione della tecnologia. Al fine di garantire un livello elevato di protezione della salute umana, è necessario sviluppare una definizione uniforme di nanomateriali ingegnerizzati.

17. I metodi di prova attualmente disponibili non sono adeguati per valutare i rischi connessi ai nanomateriali. Occorre mettere a punto con urgenza metodi di prova per i nanomateriali che non prevedano la sperimentazione su animali.

18. È opportuno che solo i nanomateriali che figurano in un elenco di nanomateriali approvati siano presenti negli imballaggi degli alimenti, con indicazione del limite di cessione nei o sui prodotti alimentari contenuti negli imballaggi stessi.

(*Omissis*)

Articolo 3 *Definizioni*

1. Ai fini del presente Regolamento si applicano le definizioni stabilite dal Regolamento (Ce) n. 178/2002.

2. S'intende inoltre per:

a. «nuovo alimento»:

** In *Gu-Ue* n. C 351 E del 2 dicembre 2011, p. 174 ss. Il testo integrale della Posizione del Parlamento europeo, di seguito riportata, è reperibile sul sito internet <http://eur-lex.europa.eu>.

i. un alimento non utilizzato in misura significativa per il consumo umano nell'Unione prima del 15 maggio 1997;

ii. gli alimenti di origine vegetale o animale quando alle piante o agli animali è applicata una tecnica di riproduzione non tradizionale non usata prima del 15 maggio 1997, ad eccezione degli alimenti derivati da animali clonati e dalla loro progenie;

iii. gli alimenti sottoposti a un nuovo processo di produzione non usato per la produzione di alimenti nell'Unione prima del 15 maggio 1997, se tale processo di produzione comporta cambiamenti significativi nella composizione o nella struttura dell'alimento tali da incidere sul suo valore nutritivo, su come è metabolizzato o sul tenore di sostanze indesiderabili;

iv. gli alimenti che contengono o sono costituiti da nanomateriali ingegnerizzati;

b. «nanomateriale ingegnerizzato», qualsiasi materiale prodotto intenzionalmente e caratterizzato da una o più dimensioni dell'ordine di 100 nm o inferiori, o che è composto di parti funzionali distinte, interne o in superficie, molte delle quali presentano una o più dimensioni dell'ordine di 100 nm o inferiori, compresi strutture, agglomerati o aggregati che possono avere dimensioni superiori all'ordine di 100 nm, ma che presentano proprietà caratteristiche della scala nanometrica.

Le proprietà caratteristiche della scala nanometrica comprendono:

i. proprietà connesse all'elevata superficie specifica dei materiali considerati; e/o

ii. proprietà fisico-chimiche specifiche che differiscono da quelle dello stesso materiale privo di caratteristiche nanometriche;

(*Omissis*)

3. Alla luce delle varie definizioni di nanomateriali pubblicate da diversi organismi a livello internazionale, nonché dei continui sviluppi tecnici e scientifici nel settore delle nanotecnologie, la Commissione modifica e adatta la lett. *b.* del par. 2 del presente articolo al progresso tecnico e scientifico e utilizzando le definizioni concordate di conseguenza a livello internazionale mediante atti delegati a norma dell'art. 20 e fatte salve le condizioni di cui agli artt. 21 e 22.

(*Omissis*)

NANOFOODS E NOVEL FOODS NELLA LEGISLAZIONE ALIMENTARE DELL'UNIONE EUROPEA

Sommario: *Premessa. Le nanotecnologie come «tecnologie abilitanti»: applicazioni al settore alimentare - 1. L'iter legislativo della proposta di Regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio relativo ai nuovi alimenti e le ragioni della sua mancata adozione - 2. La questione definitoria dei nanofoods. - 3. Problematiche attuali sulla sicurezza dei nanofoods alla luce della disciplina generale sugli alimenti - 4. Considerazioni conclusive.*

Premessa. Le nanotecnologie come «tecnologie abilitanti»: applicazioni al settore alimentare

Le nanoscienze e nanotecnologie, utilizzate già da tempo in una varietà di ambiti tra i più diversificati (dall'industria elettronica, chimica, cosmetica a quella farmaceutica, per fare solo alcuni esempi), sembrano destinate a trovare un rapido sviluppo nel settore alimentare. La possibilità di modificare la struttura della materia nella dimensione atomica e molecolare¹ consente tra l'altro di conferire proprietà inedite ai nanomateriali² aprendo il mercato ad una serie di nuovi prodotti nanostrutturati (*engineered nanomaterials*)³. Tali potenzialità, ancora in larga parte inesplorate, troverebbero molteplici applicazioni nel settore alimentare (c.d. *nanofoods*), consentendo, tra l'altro, di monitorare la qualità e la freschezza degli alimenti, anche mediante materiali

¹ In ragione delle enormi potenzialità, che fanno leva sull'applicazione di conoscenze interdisciplinari, le nanotecnologie sono dette tecnologie «orizzontali» o «abilitanti». La dimensione alla quale operano le nanotecnologie è «nanometrica», ovvero corrispondente ad un milionesimo di metro. I primi orientamenti di politica normativa dell'Unione europea sulle nanoscienze e nanotecnologie sono contenuti nella Comunicazione della Commissione europea, *Verso una strategia europea a favore delle nanotecnologie* del 12 maggio 2004, Com(2004)338 def. e nella Comunicazione della Commissione al Consiglio, al Parlamento europeo e al Comitato economico e sociale *Nanoscienze e nanotecnologie: un piano d'azione per l'Europa 2005-2009*, Com(2005) 243, Bruxelles, 7 giugno 2005. Si veda, da ultimo, il *Report on the European Commission's public online consultation. Towards a strategic nanotechnology action plan (SNAP) 2010-2015*, reperibile all'indirizzo internet: http://ec.europa.eu/research/consultations/snap/report_en.pdf.

² Si deve rilevare che solo di recente la Commissione ha adottato una definizione di «nano materiale», nella Raccomandazione del 18 ottobre 2011 sulla definizione di nanomateriale, in *Gu-Ue* n. L 275, del 20 ottobre 2011, p. 38 ss., su cui si tornerà più avanti al par. 2.

³ La nozione di «engineered nanomaterials» o «nanomateriale ingegnerizzato» è contenuta nell'art. 3, comma 2, b. della proposta come emendata dal Parlamento europeo. Si veda oltre nel testo.

e oggetti attivi o intelligenti destinati a venire a contatto con i prodotti alimentari (*food contact materials*)⁴, o di modificarne a piacimento il gusto, la consistenza o il contenuto, oppure di incidere sul loro valore nutritivo o di aumentare la biodisponibilità di alcune sostanze.

A fronte dei benefici per i consumatori in termini di una più ampia scelta di prodotti alimentari, emerge il problema dei potenziali rischi per la vita e la salute umana⁵. È stato ipotizzato, infatti, che le dimensioni e alcune caratteristiche di superficie e di massa dei nanomateriali possano generare effetti di tossicità per l'organismo umano, non ancora ben ponderati. Su tale presupposto, su sollecitazione della Commissione europea, da tempo gli organi tecnici dell'Unione europea sono impegnati nell'analisi del rischio (*risk assessment*)⁶ di alcune sostanze e prodotti.

Nell'ottica di una possibile regolamentazione che tenga conto delle specifiche caratteristiche dei *nanofoods* e delle imprescindibili esigenze di sicurezza alimentare, si è posto, quindi, il problema di verificare l'adequatezza di alcune normative dell'Unione europea⁷, riguardanti in particolare i nuovi alimenti⁸.

In tale prospettiva, si deve lamentare la mancata adozione della proposta di Regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio relativo ai nuovi prodotti alimentari – che abroga il Regolamento n. 258/97/Ce e il Regolamento n. 1852/2001/Ce della Commissione – naufragata nel marzo 2011 dopo un *iter* legislativo lungo e complesso⁹. La proposta, integrata e modificata dal Parlamento europeo, nell'esplicitare meglio la nozione di «nuovo alimento», con riferimento ai nuovi processi produttivi che utilizzano la nanotecnologia e la nanoscienza e alla nozione di «nanomateriale ingegnerizzato», costituiva

⁴ Il quadro regolamentare per i materiali e gli oggetti destinati a venire a contatto con i prodotti alimentari è contenuto nel Regolamento n. 1935/2004/Ce, in *Gu-Ue* n. L 338 del 13 novembre 2004, p. 4.

⁵ In generale, sui profili di tutela della salute e di protezione dei consumatori con riguardo alla disciplina alimentare nell'Unione europea, si veda C. MACMAOLÁIN, *EU Food Law: Protecting Consumers and Health in a Common Market*, Oxford, Hart Publishing, 2007; R. O'ROURKE, *European Food Law*, London, Sweet & Maxwell, 2005.

⁶ Un ruolo particolarmente rilevante nella valutazione e gestione del rischio è svolto dalla European Food Safety Authority (EFSA), dallo Scientific Committee on Emerging and Newly Identified Health Risks (SCENHIR) e dal Joint Research Centre (JRC). Va appena osservato che, nella prospettiva globale, l'adozione di *standard* a valenza regionale europea rischia di porsi in contrasto con *standard* tecnici elaborati in altri contesti nazionali ed internazionali e di generare controversie commerciali.

⁷ Un'analisi puntuale della disciplina comunitaria applicabile ai *nanofoods* è svolta da A. GERGELY - D. BOWMAN - Q. CHAUDHRY, *Small Ingredients in a Big Picture: Regulatory Perspectives on Nanotechnologies in Food and Food Contact Materials*, in Q. CHAUDHRY - L. CASTLE - R. WATKINS (eds), *Nanotechnologies in Food*, London, The Royal Society of Chemistry, 2010.

⁸ Altre discipline su cui sono in corso interventi normativi riguardano gli integratori (vitamine e minerali), gli additivi alimentari, gli aromi, gli enzimi, i solventi da estrazione utilizzati nella preparazione di alimenti, i materiali di imballaggio.

⁹ Proposta di Regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio relativo ai nuovi prodotti alimentari e recante modifica del Regolamento (Ce) n. XXX/XXXX [procedure uniforme], Com(2007)872 def., del 14 gennaio 2008.

un tassello importante di regolamentazione della materia. Il presente lavoro si propone di esaminare l'*iter* legislativo della proposta in parola, evidenziando i punti critici della stessa e le problematiche attuali sottese alla regolamentazione dei *nanofoods*.

1. L'*iter* legislativo della proposta di Regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio relativo ai nuovi alimenti e le ragioni della sua mancata adozione

L'esigenza di sviluppare e aggiornare le norme relative ai nuovi prodotti alimentari contenute nel Regolamento n. 258/97/Ce sui nuovi prodotti e i nuovi ingredienti alimentari (di seguito: Regolamento sui *novel foods*) si inserisce nel quadro dell'attività della Commissione europea volta a «migliorare e rendere più coerente la normativa comunitaria "dai campi alla tavola"», come annunciato nel Libro Bianco sulla sicurezza alimentare adottato il 12 gennaio 2000¹⁰. In linea con tali esigenze, è stata avviata una consultazione pubblica nel 2002 che ha fornito le basi alla Commissione europea per la formulazione della proposta di modifica del Regolamento sui *novel foods* (di seguito: la proposta), dopo un lungo periodo di "gestazione". Infatti la proposta ha visto la luce soltanto nel gennaio 2008. Si deve sottolineare che la proposta, adottata sulla base dell'art. 95 del TCE (ora art. 114 TFUE), prevedeva l'abrogazione di due precedenti normative: il Regolamento sui *novel foods* e il Regolamento n. 1852/2001/Ce della Commissione che stabilisce precise norme per rendere talune informazioni accessibili al pubblico e per la tutela delle informazioni presentate in virtù del Regolamento n. 258/97/Ce.

L'obiettivo dell'iniziativa legislativa della Commissione era quello di «aggiornare e chiarire il quadro normativo relativo all'autorizzazione e all'immissione sul mercato di nuovi alimenti, garantendo nel contempo la sicurezza alimentare, la tutela della salute pubblica e degli interessi dei consumatori, nonché il funzionamento del mercato interno». A tale scopo la proposta istituiva una procedura centralizzata di autorizzazione e chiariva la definizione di «nuovo alimento» tenendo conto delle nuove tecnologie che hanno un impatto sugli alimenti, ed istituiva altresì un elenco comunitario dei nuovi prodotti alimentari¹¹.

Anticipando alcune considerazioni critiche che saranno svolte nel prosieguo, basti osservare come l'intento di snellire la procedura amministrativa di autorizzazione dei nuovi alimenti sembri volto più a facilitare la libera circo-

¹⁰ Com(1999)719 def.

¹¹ Altra novità della proposta riguarda l'introduzione di una specifica disciplina di notifica alla Commissione ai fini dell'immissione sul mercato comunitario di un alimento tradizionale proveniente da un Paese terzo (art. 8).

lazione dei *novel foods* e degli alimenti tradizionali provenienti da un Paese terzo che ad affrontare sul piano normativo le nuove sfide poste alla sicurezza alimentare dai nuovi alimenti¹².

La procedura legislativa di adozione dell'atto, coerentemente con la base giuridica indicata, nel contesto dell'armonizzazione del mercato interno, è la procedura di codecisione la quale prevede un accordo del Consiglio e del Parlamento europeo sul testo dell'atto normativo proposto dalla Commissione. Tale precisazione è rilevante al fine di comprendere meglio l'*iter* legislativo che si è concluso il 29 marzo 2011 con la mancata adozione dell'atto, a seguito del mancato accordo tra Consiglio dell'Unione e Parlamento europeo in sede di conciliazione.

Senza volersi soffermare sulle peculiarità della procedura legislativa in parola, basti ricordare che la proposta è stata oggetto di numerosi emendamenti del Parlamento europeo in prima ed in seconda lettura (mediante risoluzione legislativa adottata rispettivamente il 25 marzo 2009 e il 7 luglio 2010)¹³. La Commissione europea nel parere sulla proposta, adottato l'11 ottobre 2010¹⁴, ha accolto parte degli emendamenti presentati dal Parlamento europeo, inclusa la definizione normativa di «nanomateriali ingegnerizzati», destinata ad essere applicata dagli operatori del settore alimentare e dalle autorità di controllo degli Stati membri, ed ha condiviso la necessità di adeguare la definizione in parola al progresso scientifico e agli sviluppi internazionali. Su tali aspetti vi è stata anche la convergenza del Consiglio.

Il principale punto di disaccordo tra Parlamento europeo e Consiglio riguardava i nuovi alimenti derivati dalla clonazione di animali¹⁵. Il Consiglio era disposto a concedere soltanto l'etichettatura obbligatoria della carne di animali clonati ma non quella dei prodotti derivati dalla loro progenie¹⁶. L'assenza di accordo su tale tematica ha impedito di adottare l'atto, quindi di in-

¹² N. SALMON, *What's Cooking? From GM Food to Nanofood: Regulating Risk and Trade in Europe*, in *Environmental Law Review*, 2009, p. 111.

¹³ Rispettivamente in *Gu-Ue* n. C 117 E del 6 maggio 2010, p. 236 e in *Gu-Ue* n. C 351 E del 2 dicembre 2011, p. 174.

¹⁴ Com(2010)570 def.

¹⁵ Non è possibile dare conto della complessa problematica della clonazione degli animali per scopi di produzione alimentare nell'ambito del presente lavoro. Basti ricordare che sulla questione è intervenuta più volte l'Autorità europea per la sicurezza alimentare (EFSA) con un parere (luglio 2008), una dichiarazione (giugno 2009) ed una ulteriore dichiarazione (settembre 2010) in cui l'Autorità ha fornito un aggiornamento della valutazione scientifica sulla clonazione. Nel gennaio 2008 si è pronunciato anche il Gruppo europeo sull'etica delle scienze e delle nuove tecnologie (EGE) con una relazione sugli aspetti etici della questione. Le diverse valutazioni scientifiche ed etiche, che tengono conto anche dell'attenzione riservata dall'Unione europea al benessere animale, sono confluite nella Relazione della Commissione al Parlamento europeo e al Consiglio sulla clonazione degli animali per scopi di produzione alimentare, adottata il 19 ottobre 2010, Com(2010)585 def.

¹⁶ Gli emendamenti del Parlamento europeo erano volti a escludere dal campo di applicazione della proposta i prodotti derivati da cloni e dalla loro progenie e a vietare l'utilizzo di alimenti derivati da cloni e dalla loro progenie o, in subordine, a introdurre una moratoria fino all'entrata in vigore di una legislazione specifica.

trovare una specifica disciplina sull'utilizzo delle nanotecnologie nel settore alimentare.

Un ulteriore motivo di rammarico della mancata adozione della proposta riguarda il venir meno del coordinamento con la disciplina contenuta nel Regolamento n. 178/2002/Ce, con riferimento in particolare alla nozione generale di prodotto alimentare e alle nuove competenze attribuite all'Autorità europea per la sicurezza alimentare nella valutazione scientifica armonizzata dei nuovi prodotti alimentari¹⁷. La medesima e imprescindibile esigenza di coordinamento si impone anche con riguardo al Regolamento n. 1169/2011/Ue relativo alla fornitura di informazioni sugli alimenti ai consumatori.

2. La questione definitoria dei *nanofoods*

Nell'impossibilità di adottare la proposta come emendata dal Parlamento europeo, resta in vigore il Regolamento sui *novel foods* nella versione originaria approvata nel 1997 che non contempla i «nanomateriali ingegnerizzati». La disciplina applicabile ai *nanofoods* sarebbe in ogni caso da individuare nella legislazione generale sugli alimenti, contenuta nel Regolamento n. 178/2002/Ce, su cui si tornerà più avanti¹⁸.

A prescindere dall'inclusione nelle categorie previste dal Regolamento n. 258/97/Ce si potrebbe riflettere se sul piano sostanziale i *nanofoods* siano sempre da qualificare come *novel foods* (e sulla base di quali presupposti) oppure soltanto a determinate condizioni, anche nella prospettiva di una futura regolamentazione che tenga conto dei loro peculiari profili di rischio. L'assenza di una definizione univoca di «nanofood» e la confusione generata dall'introduzione di diverse definizioni di «nanomateriale ingegnerizzato» e di «nanomateriale» all'interno di diverse discipline settoriali dell'Unione europea (ad esempio REACH, cosmetici, e nella stessa proposta di Regolamento sui *novel foods*) sembra suggerire l'opportunità di dedicare qualche riflessione all'argomento.

Le categorie di nuovi alimenti contemplate dal Regolamento sui *novel foods* riguardano gli alimenti: 1. aventi una struttura molecolare nuova o modificata; 2. quelli costituiti a partire da funghi o alghe; 3. quelli costituiti a partire da vegetali (esclusi, però, i prodotti ottenuti mediante pratiche tradizionali di moltiplicazione o riproduzione che vantino un «uso alimentare sicuro storicamente comprovato»); 4. quelli che sono stati sottoposti a processi di

¹⁷ Cfr. art. 10 della proposta.

¹⁸ Regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio n. 178/2002/Ce, del 28 gennaio 2002, che stabilisce i principi e i requisiti generali della legislazione alimentare, istituisce l'Autorità europea per la sicurezza alimentare e fissa procedure nel campo della sicurezza alimentare, in *Gu-Ue* n. L 31 del 1° febbraio 2002, p. 1.

produzione che comportino cambiamenti significativi del valore nutritivo, del loro metabolismo o del tenore di sostanze indesiderate; e 5. anche i prodotti contenenti Ogm e i prodotti ottenuti a partire da Ogm ancorché non li contengano più (quest'ultima categoria è stata eliminata dal successivo Regolamento n. 1829/2003/Ce).

L'immissione in commercio dei *novel foods* ai sensi del Regolamento in esame è disciplinata in base a diverse procedure: una procedura ordinaria decentrata con notifica ad uno degli Stati membri a scelta del notificante, con la successiva decisione o «consenso scritto» di tale Stato membro, con l'applicazione del principio del mutuo riconoscimento e con la clausola di salvaguardia; una procedura semplificata qualora i *novel foods* fossero sostanzialmente equivalenti agli alimenti tradizionali: in tale caso è sufficiente una notifica alla Commissione, senza che segua alcuna decisione. Infine, era prevista una situazione che escludeva qualsiasi procedura: per i *novel foods* che erano stati ottenuti a partire da un Ogm ma che non li contenevano più, purché l'Ogm di partenza avesse già ottenuto una decisione favorevole per l'immissione sul mercato.

Un'analisi della disciplina contenuta nel Regolamento sui *novel foods* sembra suggerire la praticabilità *prima facie* di una sua applicazione ai *nanofoods*. Appare, infatti, proprio delle nanotecnologie, intervenire sulla struttura atomica e molecolare della materia al fine di conferire alla stessa nuove proprietà. Di conseguenza, i *nanofoods* potrebbero rientrare in più di una categoria elencata dal Regolamento sui *novel foods* (quanto meno nelle categorie 1 e 4). La precisazione fornita dalla Corte di giustizia dei requisiti previsti dal Regolamento in parola appare ulteriormente chiarificatrice. In particolare, in una controversia volta a chiarire se ai fini della qualificazione come «nuovo alimento» l'«uso alimentare sicuro storicamente comprovato» dovesse riguardare i singoli ingredienti o, invece, il prodotto risultante dal loro processo di produzione o lavorazione, soprattutto qualora questi fossero, per esperienza, già da considerarsi innocui, la Corte ha precisato che anche se tutti gli elementi di un prodotto presentino un carattere innocuo, tale circostanza non è sufficiente ad escludere l'applicazione della normativa comunitaria sui *novel foods* al prodotto alimentare elaborato¹⁹. Al riguardo, ha aggiunto la Corte, sarebbe spettato all'autorità nazionale «valutare caso per caso» se il prodotto alimentare sia da definire *novel food*, tenendo conto dell'insieme delle caratteristiche dello stesso e del suo processo di produzione. Dal momento che il processo di produzione costituisce l'elemento controverso nella valutazione dei rischi delle nanotecnologie, anche in ambito alimentare, la sentenza menzionata sembra rivestire un'importanza significativa.

¹⁹ Cfr. sentenza della Corte di giustizia del 15 gennaio 2009 in causa n. C-383/07, *M-K Europa GmbH & Co. KG c. Stadt Regensburg*, in *Raccolta*, 2009, I, p. 115. Per un commento v. A. GERMANÒ, *Sui novel foods. Nota a CGCE sez. II 15 gennaio 2009 (causa C-383/07)*, in *Diritto e Giurisprudenza Agraria, Alimentare e dell'Ambiente*, n. 9, 2009, p. 532 ss.

Potrebbe, d'altro canto, risultare particolarmente complicato invocare il criterio della «equivalenza sostanziale» previsto dal Regolamento n. 258/97/Ce ai fini dell'applicazione della procedura semplificata di notifica alla Commissione europea. Se è vero, come ha precisato la Corte di giustizia nel celebre caso *Monsanto*²⁰, che la nozione di sostanziale equivalenza «non esclude che nuovi prodotti alimentari che presentano differenze di composizione *prive di effetti sulla salute pubblica* siano considerati come sostanzialmente equivalenti a prodotti alimentari esistenti»²¹, tale conclusione non si applica «qualora le conoscenze scientifiche disponibili all'epoca della valutazione iniziale permettano di individuare l'esistenza di un rischio di effetti potenzialmente pericolosi per la salute umana»²², spettando al giudice nazionale verificare se tale condizione sia soddisfatta. Ebbene, considerato il limite oggettivo delle attuali conoscenze e l'inadeguatezza dei metodi di analisi del rischio esistenti a valutare gli effetti potenzialmente dannosi dei nanomateriali²³, in ragione della loro dimensione, significherebbe affidare ai giudici nazionali una *mission impossible*. Per tale ragione, probabilmente il principio dell'equivalenza sostanziale è stato abbandonato nella successiva disciplina comunitaria relativa agli alimenti e mangimi geneticamente modificati.

D'altro canto, l'esperienza maturata con riguardo agli organismi geneticamente modificati, caratterizzata dall'adozione di un quadro normativo articolato e complesso da parte dell'Unione europea al fine di regolamentare i profili di rischio²⁴, non sembra costituire un modello regolatorio idoneo per i *nanofoods*²⁵. È noto infatti l'orientamento della Commissione europea volto a scongiurare fenomeni di allarmismo ingiustificato dei consumatori nei confronti dei *nanofoods*, onde evitare di compromettere lo sviluppo del mercato di tali prodotti²⁶. In questo contesto, tuttavia, una condizione di *deficit* regolatorio potrebbe rivelarsi dannosa per i consumatori e sollevare difficili pro-

²⁰ Cfr. sentenza della Corte di giustizia del 9 settembre 2003 in causa n. C-236/01, *Monsanto Agricoltura Italia S.p.a. e altri c. Presidenza del Consiglio dei Ministri e altri*, in *Raccolta*, 2003, I, p. 8105.

²¹ Cfr. punto 74 della motivazione (corsivo aggiunto).

²² Cfr. *ivi*, punto 84.

²³ Sulla questione si veda *infra*, par. 3.

²⁴ Sul punto si veda, per tutti, L. MARINI, *Principio di precauzione, sicurezza alimentare e organismi geneticamente modificati nel diritto comunitario*, in *Dir. Un. Eur.*, 2004, p. 7 ss.

²⁵ Se confrontata con il regime regolatorio sugli Ogm, che ha richiesto un lungo periodo di tempo per essere implementato ed ha generato una vera e propria rivolta dei cittadini nei confronti dei potenziali rischi biotecnologici, la *governance* delle nanotecnologie è caratterizzata dall'enfasi «on products and processes which carry a promise for the improvement of life and the environment of individual consumers, as opposed to the products which were first being rolled out in biotechnology, which had a direct impact on collective communities such as agriculture». Così G. VAN CALSTER, *Simply Swallow? The application of Nanotechnologies in European Food Law*, in *European Food and Feed Law*, n. 3, 2009, p. 169.

²⁶ Sul punto si veda B. HABER - S. STÄHLE, *Nanotechnology in Foods – Fact or Fiction?*, in *European Food and Feed Law Review*, 2008, Issue 6, pp. 400-406.

blemi di responsabilità dei produttori²⁷. Infatti, lasciare ai produttori dell'industria alimentare la valutazione di merito sulla applicazione della disciplina sui *novel foods* rischia di compromettere le finalità generali di sicurezza alimentare. Non è chiaro, peraltro, se il mercato si avvantaggi dell'assenza di regole o se al contrario (come sembra più ragionevole ritenere) lo sviluppo dell'industria alimentare dei *nanofoods* necessiti di un quadro minimo di regole per sostenere il proprio sviluppo e la capacità di conquista del mercato globale.

A fronte di tali incertezze, sembra che le Istituzioni comunitarie si stiano orientando diversamente, come emerge dagli sforzi nel pervenire ad una definizione scientifica di «nanomateriale» ai fini dell'adozione nella legislazione dell'Unione europea. A seguito di un'ampia consultazione pubblica²⁸, la Commissione europea ha adottato la Raccomandazione sulla definizione di nanomateriale (Bruxelles, 18 ottobre 2011)²⁹. Come viene chiarito nel *considerando* n. 4, la definizione in parola è destinata ad essere usata come riferimento per determinare se un materiale debba essere considerato un «nanomateriale» ai fini delle politiche e della legislazione dell'Unione. In particolare, gli Stati membri, le agenzie dell'Unione e gli operatori economici «sono invitati ad usare la definizione del termine «nanomateriale» nell'adozione e nell'applicazione della legislazione e dei programmi strategici e di ricerca relativi ai prodotti derivanti dalle nanotecnologie» (cfr. punto 1 della Raccomandazione).

Va ricordato che inizialmente non vi è stato consenso su tale definizione tra le Istituzioni, i *policy maker* e gli *stakeholder* in ragione dei diversi parametri tecnico-scientifici (alternativi) da utilizzare al fine di definire i «nanomateriali». Nell'elaborazione della definizione, la Commissione ha chiesto il parere dello *Scientific Committee on Emerging and Newly Identified Health Risks* (SCENIHR)³⁰ il quale si è orientato per il criterio della distribuzione dimensionale delle nanoparticelle nei nanomateriali (c.d. concentrazione numerica), piuttosto che sul criterio della massa³¹. Tuttavia, la Commissione è

²⁷ Un esame dei profili di responsabilità del produttore di prodotti *nanotech* che parte dall'esame del principio di precauzione e dall'approccio anticipatorio fondato sull'onere della prova del distributore («no health and safety data, no market») per suggerire un criterio diverso basato su un'analisi *ex post*, al fine di mediare tra l'importanza per l'innovazione tecnologica di avere continui stimoli e la necessità di tutelare gli esseri umani e l'ambiente, è suggerito da I. LINCESSO, *Nanotecnologie e principio di precauzione*, in *Danno e responsabilità*, 2010, fasc. 12, pp. 1093-1103.

²⁸ La consultazione pubblica si è conclusa il 10 novembre 2010.

²⁹ Cfr. *supra*, nota 2.

³⁰ Il parere «Scientific Basis for the Definition of the Term "Nanomaterial"» è stato adottato in una versione preliminare ai fini della consultazione pubblica il 6 luglio 2010, e approvato nella stesura definitiva l'8 dicembre 2010. La pubblicazione, a cura della Commissione europea, è reperibile sul sito istituzionale del Comitato scientifico, all'indirizzo internet: http://ec.europa.eu/health/scientific_committees/emerging/docs/scenihr_o_032.pdf.

³¹ In base alla definizione adottata nella Raccomandazione della Commissione europea, citata nel testo, per nanomateriale «s'intende un materiale naturale, derivato o fabbricato contenente particelle allo stato libero, aggregato o agglomerato, e in cui, per almeno il 50% delle particelle nella distribuzione dimensionale numerica, una o più dimensioni esterne siano comprese fra 1 nm e 100 nm» (v. punto 2).

consapevole che in alcuni casi la definizione potrebbe rivelarsi inadeguata³² e di conseguenza ha previsto la revisione della stessa entro dicembre 2014, alla luce dell'esperienza e degli sviluppi scientifici e tecnologici intercorsi³³.

Se confrontata con la definizione di «nanomateriale ingegnerizzato» indicata dal Parlamento europeo nell'ambito degli emendamenti alla proposta di Regolamento sui *novel foods* emerge che la definizione indicata nella Raccomandazione della Commissione europea coincide solo parzialmente³⁴. Pertanto, nella prospettiva di una regolamentazione futura dei *nanofoods* si dovrà tenere conto di tale divergenza. Come è stato osservato, inoltre, il Parlamento europeo non ha incluso le nanotecnologie utilizzate nel processo di produzione, ma di cui non resta traccia nel prodotto finale, come criterio definitorio ai fini della regolamentazione dei *nanofoods*³⁵.

Su un piano generale, si deve rilevare che una definizione scientifica di nanomateriale, destinata ad applicarsi a vari settori industriali e commerciali può essere difficile da applicare nella pratica. L'interpretazione di elementi tecnico-scientifici può risultare complicata per i giudici (e per gli altri operatori giuridici) che saranno chiamati ad applicare le discipline contenenti un riferimento ai nanomateriali. Inoltre, come è stato osservato, un approccio tecnico, se ha il vantaggio di promuovere la libera circolazione delle merci e dei servizi, limitando la distorsione della concorrenza, può risultare carente di legittimazione democratica³⁶. Occorre, peraltro, tenere in considerazione anche gli aspetti etici e sociali connessi con il consumo alimentare che richiamano l'esigenza di una corretta informazione del consumatore al fine di consentire una scelta consapevole.

Da ultimo, occorre considerare l'esigenza di adottare una definizione univoca di nanomateriale sul piano internazionale, al fine di prevenire eventuali controversie commerciali, come è già avvenuto in passato per gli Ogm. Tra le iniziative avviate da diverse organizzazioni internazionali (OCSE *Working party on Nanotechnology*, ISO, CEN), si deve ricordare che da alcuni anni

³² Come ha osservato la Commissione nel *considerando* n. 6 della Raccomandazione sulla definizione di nanomateriale: «Spesso la misurazione delle dimensioni e della distribuzione dimensionale nei nanomateriali risulta difficoltosa e il ricorso a metodi di misurazione differenti può non fornire risultati comparabili».

³³ Come viene precisato al punto 6, la revisione si concentrerà particolarmente sull'innalzamento o sull'abbassamento della soglia del 50% relativa alla distribuzione dimensionale numerica.

³⁴ La definizione di «engineered nanomaterial» proposta dal Parlamento europeo riguardava «any intentionally produced material that has one or more dimensions of the order of 100 nm or less or is composed of discrete functional parts, either internally or at the surface, many of which have one or more dimensions of the order of 100 nm or less, including structures, agglomerates or aggregates, which may have a size above the order of 100 nm but retain properties that are characteristic to the nanoscale» (cfr. art. 3, n. 2, lett. b.)

³⁵ G. VAN CALSTER, *Simply Swallow?*, cit. *supra*, nota 25, p. 169.

³⁶ S. LACOUR (sous la direction de), *La régulation des nanotechnologies. Clair-obscur normatif*, Bruxelles, Larcier, 2010, p. 41.

L'Organizzazione per l'alimentazione e l'agricoltura (FAO) e l'Organizzazione Mondiale della Sanità (OMS) hanno allo studio l'analisi dei rischi e benefici delle nanotecnologie. Nell'ambito di tale studio, nel 2012 è stato pubblicato un documento di sintesi delle attività in corso a livello internazionale sull'impatto dei nanomateriali nei settori alimentare e agricolo³⁷ in cui, tra l'altro, viene indicata la Commissione del *Codex Alimentarius* quale organismo competente ad elaborare una definizione chiara e condivisa a livello internazionale di «nanomateriale» applicabile al settore alimentare.

3. Problematiche attuali sulla sicurezza dei *nanofoods* alla luce della disciplina generale sugli alimenti

L'iter legislativo della proposta di Regolamento sui *novel foods*, come illustrato, è stato fortemente influenzato dal Parlamento europeo, il quale mediante una serie di emendamenti ha proposto, tra l'altro, una definizione di *novel foods* che contempla esplicitamente i «nanomateriali ingegnerizzati». In tal modo il Parlamento europeo, in piena conformità con le proprie competenze, si è fatto garante delle istanze di tutela della salute e di sicurezza dei cittadini dell'Unione³⁸.

È agevole osservare che la strategia dell'Unione europea a favore delle nanoscienze e nanotecnologie è stata in larga parte ispirata ad un approccio mercantile volto a cogliere i potenziali effetti concorrenziali per il mercato comunitario derivanti dalle innovazioni nanotecnologiche³⁹. In particolare, il modello di regolamentazione proposto dalla Commissione è stato fondato «nella misura del possibile sulla legislazione esistente» (c.d. *incremental approach*)⁴⁰. L'approccio adottato è stato oggetto di critiche in dottrina in quan-

³⁷ Cfr. FAO/WHO, *State of the art on the initiatives and activities relevant to risk assessment and risk management of nanotechnologies in the food and agriculture sectors*, Draft Version for Public Review, deadline: 30 November 2012. Il testo del documento è reperibile sul sito istituzionale dell'Organizzazione Mondiale della Sanità, all'indirizzo internet: http://www.who.int/food_safety/biotech/FAO_WHO_Nano_Paper_Public_Review_20120608.pdf.

³⁸ È appena il caso di ricordare che l'Unione europea si propone di garantire un elevato livello di protezione della salute umana e contribuisce a tutelare la salute, la sicurezza e gli interessi economici dei consumatori (artt. 168 e 169 del TFUE). Su tali basi giuridiche trovano fondamento gli interventi anche normativi finalizzati a garantire la sicurezza degli alimenti in generale e dei *nanofoods* in particolare. In questa prospettiva rileva anche il diritto fondamentale all'integrità fisica e mentale dei cittadini europei, che trova fondamento nell'art. 6 del TUE e nell'art. 3 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea.

³⁹ Per un approfondimento sui primi orientamenti di politica normativa dell'Unione europea, con riferimento alle politiche per l'innovazione e il mercato, sia consentito rinviare a D. MARRANI, *Profili di diritto internazionale e comunitario dell'innovazione nanotecnologica*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2007.

⁴⁰ Si veda, in particolare, la Comunicazione della Commissione al Parlamento Europeo, al Consiglio e al Comitato economico e sociale europeo - *Aspetti normativi in tema di nanomateriali*, adottata il 17 giugno 2008, Com(2008)366 def. e la più recente Comunicazione della Commissione

to l'operazione di adattamento al quadro regolatorio esistente è resa problematica dall'assenza di conoscenze adeguate e dalla necessità di definire numerosi aspetti tecnici delle nanoscienze e nanotecnologie⁴¹.

A contrastare la linea di tendenza tracciata dalla Commissione, è intervenuta la Risoluzione del Parlamento europeo sugli aspetti normativi in tema di nanomateriali del 24 aprile 2009⁴² la quale ha promosso l'adozione di «un chiaro quadro regolamentare e politico (disposizioni legislative e di altro genere) che affronti espressamente le applicazioni esistenti e prevedibili dei nanomateriali nonché la natura stessa dei potenziali problemi di sicurezza relativi ai nanomateriali» al fine di rispondere alle reali esigenze dei cittadini⁴³, invitando la Commissione a rivedere entro due anni l'intera normativa in materia⁴⁴.

In tale contesto si inserisce la revisione della disciplina sui *novel foods*, sopra esaminata, e vanno considerate le problematiche attuali relative alla sicurezza dei *nanofoods* alla luce della disciplina generale sui prodotti alimentari. È chiaro, peraltro, che la regolazione di tecnologie emergenti con un elevato potenziale di rischio, come le nanotecnologie, non richiama soltanto esigenze di sicurezza ma comporta altresì di considerare le implicazioni etiche e sociali ad essa collegate⁴⁵. È questo l'ambito in cui opera il principio di precauzione che trova ormai un'affermazione chiara e definita nella legislazione e nella giurisprudenza dell'Unione europea⁴⁶. L'applicazione del principio di precauzione anche alle nanotecnologie e ai *nanofoods* è ormai accertata⁴⁷.

La mancata adozione della proposta di Regolamento sui *novel foods* pone la questione della disciplina applicabile ai *nanofoods* alla luce delle norme generali sulla sicurezza alimentare nell'Unione europea. In proposito è utile ricordare che, nel giugno 2008, la Commissione europea ha adottato una Co-

al Parlamento europeo, al Consiglio e al Comitato economico e sociale europeo – *Secondo esame regolamentare relativo ai nanomateriali*, adottata il 3 ottobre 2012, Com(2012) 572 def.

⁴¹ Su tali problematiche, si veda per tutti, G. GUERRA - A. MURATORIO - E. PARIOTTI - M. PICCINNI - D. RUGGIU, (a cura di), *Forme di responsabilità, regolazione e nanotecnologie*, Bologna, Il Mulino, 2011.

⁴² P6_TA(2009)0328. Per un commento si veda A. MANZO - F. TAJANI, *Verso una regolamentazione europea delle nanotecnologie* (Commento a Ris. P.E. 24 aprile 2009), in *Riv. it. dir. pubbl. comun.*, 2010, p. 370 ss.

⁴³ V. punto 1.

⁴⁴ V. punto 5.

⁴⁵ Per tale ragione la proposta di Regolamento sui *novel foods* come emendata dal Parlamento europeo prevedeva la consultazione del Gruppo europeo sull'Etica nella Scienza e nelle Nuove Tecnologie (EGE). Cfr. art.13.

⁴⁶ Cfr. L. MARINI, *Il principio di precauzione nel diritto internazionale e comunitario. Disciplina del commercio di organismi geneticamente modificati e profili di sicurezza alimentare*, Padova, Cedam, 2004.

⁴⁷ Sul punto sia consentito rinviare a D. MARRANI, *La Comunità europea e le nanotecnologie: verso la negazione del principio di precauzione?*, in L. MARINI - L. PALAZZANI (a cura di), *Il principio di precauzione tra filosofia biodiritto e biopolitica*, Roma, Ed. Studium, 2008, p. 179 ss.

municazione⁴⁸ e uno *Staff working document*⁴⁹ che si proponevano il riesame di alcune discipline, tra le quali: la normativa generale sugli alimenti (Regolamento n. 178/2002/Ce), le discipline settoriali riguardanti i materiali di plastica a contatto con gli alimenti, i nuovi alimenti, gli additivi, i mangimi, ecc. In sostanza è emerso che la disciplina vigente sembra adeguata a coprire i rischi derivanti dalle nanotecnologie nel settore alimentare e negli altri ambiti considerati, sulla base dei requisiti generali di salute e sicurezza dei consumatori. Qualora dovessero emergere dei rischi non preventivati saranno adottate specifiche misure (c.d. *incremental approach*).

La disciplina applicabile sulla base del Regolamento n. 178/2002/Ce è fondata su un elevato livello di protezione della vita e della salute dei cittadini/consumatori dell'Unione europea. A tale riguardo l'art. 14 recita: «Gli alimenti a rischio non possono essere immessi sul mercato». Se non è possibile esaminare nel dettaglio la disciplina in parola, basti osservare che, ai fini del conseguimento delle finalità indicate, la legislazione alimentare si basa sull'analisi del rischio e sull'applicazione del principio di precauzione. L'analisi del rischio per la salute umana e per l'ambiente collegato o conseguente all'utilizzo di nanomateriali negli alimenti è di competenza dell'Autorità europea per la sicurezza alimentare.

Il problema principale riguarda il *risk assessment*, considerata la dimensione dei nanomateriali che sfugge agli attuali metodi di valutazione del rischio⁵⁰. La ragione è che le conoscenze attuali riguardanti gli effetti sulla salute umana delle sostanze chimiche e dei materiali, che si basano sulle loro proprietà chimiche e fisiche, potrebbero non essere applicabili ai nanomateriali in quanto la dimensione degli stessi può alterare la loro interazione con i sistemi biologici ed avere effetti tossicologici difficili da valutare allo stato attuale⁵¹. A tale riguardo, il Comitato Scientifico dell'Autorità europea per la sicurezza alimentare, nel parere adottato nel febbraio 2009 su richiesta della Commissione europea: «The Potential Risks Arising from Nanoscience and Nanotechnologies on Food and Feed Safety» ha sottolineato l'incertezza che caratterizza il processo di *risk assessment* e la necessità di considerare le proprietà

⁴⁸ Com(2008)366 fin.

⁴⁹ Commission staff working document accompanying document to the communication from the Commission to the European Parliament, the Council and the European Economic and Social Committee - Regulatory aspects of nanomaterials - Summary of legislation in relation to health, safety and environment aspects of nanomaterials, regulatory research needs and related measures.

⁵⁰ Per un'analisi in generale delle problematiche del rischio associato alle nanotecnologie, si veda M. LEE, *Risk and Beyond: EU Regulation of Nanotechnology*, in *EL Rev.*, 2010, vol. 35, pp. 818-819.

⁵¹ Sui profili di rischio dei *nanofoods*, si veda, J. DINGMAN, *Nanotechnology: Its Impact on Food Safety*, in *Journal of Environmental Health*, Vol. 70, 2008, p. 48; A. MEISTERERNST - D. HANNELORE - M. THRON, *Nanoparticles in Food and Cosmetics – Scientific and Legal Aspects*, *European Food and Feed Law*, 2006, Vol. 74, Issue 2, p. 774; COCKBURN ET AL., *Approaches to the safety assessment of engineered nanomaterials (ENM) in food*, in *Food and Chemical Toxicology*, Vol. 50, Issue 6, June 2012, pp. 2224-2242.

dei nanomateriali ingegnerizzati insieme alle proprietà dei loro equivalenti «non-nanoforms». Nel formulare alcune raccomandazioni in vista dello sviluppo di metodi adeguati di valutazione del rischio, il Comitato Scientifico ha evidenziato la necessità di procedere ad una analisi del rischio da effettuare «on a case-by-case basis». Le differenze esistenti nei profili di rischio dei diversi nanomateriali potrebbero ostacolare l'adozione di una disciplina uniforme nel settore alimentare.

Peraltro, la preoccupazione per l'immissione sul mercato comunitario di *nanofood* che non siano stati oggetto di una adeguata valutazione del rischio è stata avvertita da più parti. Basti ricordare che nel gennaio 2012 la House of Lords⁵² britannica ha pubblicato un rapporto nel quale rivolge alcune critiche all'industria alimentare per l'assenza di trasparenza in merito alle ricerche condotte sull'utilizzo delle nanotecnologie e dei nanomateriali. Il rapporto esorta a colmare i *gap* di conoscenze ai fini di un effettivo *risk assessment* dei nanomateriali contenuti negli alimenti e dei loro effetti una volta introdotti nell'organismo, nonché sollecita l'istituzione di un registro pubblico degli alimenti e degli imballaggi alimentari contenenti nanomateriali.

A dimostrazione dell'incertezza esistente tuttora in merito all'analisi dei rischi e dell'esigenza di indicare parametri armonizzati, l'EFSA ha adottato nel maggio 2011 una *Guidance for risk assessment of nanomaterials in food, feed and pesticides*, contenente linee guida destinate ad applicarsi lungo l'intera catena di produzione degli alimenti («the whole feed-food chain»). In particolare l'EFSA ha confermato che il modello di valutazione dei rischi dei prodotti alimentari è appropriato anche per le applicazioni dei nanomateriali nella catena alimentare umana e animale, ribadendo che è necessario adottare un approccio caso per caso. Tale approccio è previsto dalla legislazione relativa ai prodotti alimentari e ai mangimi attraverso un sistema di previa autorizzazione alla commercializzazione (in particolare per quanto riguarda i *novel foods*, gli additivi per l'alimentazione umana e animale e i materiali di plastica a contatto con gli alimenti). Allo stato, l'Autorità europea per la sicurezza alimentare ha autorizzato alcuni nanomateriali (ad esempio tre materiali a contatto con prodotti alimentari⁵³ ed alcuni additivi alimentari⁵⁴) e si è pro-

⁵² Cfr. HOUSE OF LORDS, *House of Lords Science and Technology Committee report of session 2009-10 "Nanotechnologies and Food"* London, 7 January 2012.

⁵³ Si tratta dei seguenti: biossido di silicio, nerofumo e nitrato di titanio. Cfr. *Scientific Opinion of the Panel on food contact materials, enzymes, flavourings and processing aids (CEF). 21st list of substances for food contact materials*. Parma, European Food Safety Authority, 2008 (<http://www.efsa.europa.eu/en/efsajournal/pub/888.htm>). Il biossido di silicio è stato autorizzato anche come additivo alimentare.

⁵⁴ Scientific Statement of the Panel on Food Additives and Nutrient Sources added to Food (ANS). Scientific opinion on re-evaluation of calcium carbonate (E 170) as a food additive. Parma, European Food Safety Authority, 2011 (<http://www.efsa.europa.eu/en/efsajournal/pub/2318.htm>).

nunciata in alcuni casi sulla carenza di evidenze necessarie al fine di concludere il *risk assessment*⁵⁵.

4. Considerazioni conclusive

Il problema della regolamentazione dei *nanofoods* appare complesso in quanto la legislazione alimentare è frammentata e adotta soluzioni differenziate (*novel foods*, additivi alimentari, ingredienti, materiali di plastica a contatto con gli alimenti, ecc.) in merito alla valutazione del rischio ed ai regimi di autorizzazione all'immissione sul mercato. A ciò si aggiunge, in assenza di conoscenze scientifiche e di metodi armonizzati di *risk assessment*, l'esigenza di un'analisi dei rischi da effettuare caso per caso, come ha più volte precisato l'Autorità europea per la sicurezza alimentare.

In tale contesto, la mancata approvazione della proposta di Regolamento sui *novel foods* costituisce un'occasione mancata di regolamentazione dei *nanofoods* che rischia di generare incertezza per le imprese e per i consumatori. Invero, la decisione di ricorrere al *risk assessment* quindi di sottoporre a regime autorizzatorio *pre-market* prodotti alimentari derivanti da processi produttivi che utilizzano nanotecnologie, ritenuti (ad una valutazione con metodi tradizionali) altrettanto sicuri dei loro omologhi non-nanotech, non può essere lasciata al caso (o meglio, alla "diligenza" e alla "buona fede" degli imprenditori) e necessita di chiari criteri normativi e di puntuali e accurati controlli.

L'adozione di una definizione di «nanomateriale» (sia pure con i limiti derivanti da parametri scientifici discutibili, in evoluzione e che richiedono di trovare un accordo anche in sede internazionale) ai fini della legislazione e delle politiche dell'Unione europea, anche in ambito alimentare, costituisce una soluzione di non facile praticabilità. La piena operatività di tale definizione potrà essere esaminata nell'ambito della prossima revisione del Regolamento sui *novel foods* (prevista nel 2013).

De iure condendo, gli operatori dell'industria alimentare hanno l'obbligo (ma soltanto a partire da dicembre 2014!) di indicare nell'elenco degli ingredienti contenuti in un alimento tutti gli ingredienti presenti sotto forma di «nanomateriali ingegnerizzati» con la dicitura «nano» tra parentesi, come stabilito dal Regolamento n. 1169/2011/UE relativo alla fornitura di informazioni sugli alimenti ai consumatori⁵⁶. Tuttavia la finalità di quest'ultimo Regolamento non è quella di perseguire la «sicurezza alimentare» né di educare il

⁵⁵ Scientific Statement of the Panel on Food Additives and Nutrient Sources added to Food (ANS). Inability to assess the safety of a silver hydrosol added for nutritional purposes as a source of silver in food supplements and the bioavailability of silver from this source based on the supporting dossier, Parma, European Food Safety Authority, 2008 (<http://www.efsa.europa.eu/en/efsa-journal/pub/884.htm>).

⁵⁶ *Gu-UE* n. L 304 del 22 novembre 2011, pp. 18-63.

consumatore ad un regime alimentare "sano"⁵⁷, ma piuttosto quella di favorire una «scelta informata» dei prodotti alimentari ritenuti più idonei al proprio uso e consumo⁵⁸.

Daniela Marrani*

SINTESI

Il contributo esamina il complesso *iter* legislativo della proposta di Regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio relativo ai nuovi prodotti alimentari, e lamenta il mancato raggiungimento di un accordo tra le Istituzioni in sede di conciliazione nel marzo 2011. La proposta di riforma della disciplina sui *novel foods* conteneva una definizione di «nanomateriale ingegnerizzato» utile ai fini di una efficace regolamentazione delle nanotecnologie nel settore alimentare. Nelle more, trova applicazione la disciplina alimentare dell'Unione europea contenuta nel Regolamento n. 178/2002/Ce, a tutela della sicurezza alimentare e del consumatore, che prevede una valutazione caso per caso del rischio dei *nanofoods*, affidata all'Autorità europea per la sicurezza alimentare. Tale disciplina sembra tuttavia insufficiente a tutelare i consumatori in quanto non prevede una autorizzazione all'immissione sul mercato comunitario basata su una preventiva analisi del rischio per i *nanofoods*. L'adozione di una definizione di «nanomateriale» in una recente Raccomandazione della Commissione, ai fini della legislazione e delle politiche dell'Unione europea, non contribuisce a rendere più chiaro il quadro normativo e sembra di difficile applicazione nella pratica.

ABSTRACT

The contribution analyzes the problems debated in the context of the revision of Novel Food Regulation (failed in March 2011). With the purpose of regulating nanotechnologies, the inclusion of «engineered nanomaterials» in the definition of «novel foods» would have been opportune. In the absence of specific regulation, General Food Law applies to nanofoods in terms of safety requirements and a case-by-case risk assessment is performed by the European Food Safety Authority. However, the so-called incremental approach adopted by the European Commission and criticized by the Parliament seems not adequate in terms of food safety and consumer protection. A pre-market authorization for nanofoods seems necessary in the actual context characterized by scientific uncertainty. Nor the adoption of a definition of nanomaterial for legislative purposes seems useful. The legal framework appears still unclear and difficult to apply in the practice.

⁵⁷ Si veda quanto osservato da F. CAPELLI, *Evoluzione del ruolo dell'etichettatura degli alimenti: dalle proprietà nutritive agli effetti sulla salute, alla luce della proposta di nuovo regolamento sull'informazione al consumatore di prodotti alimentari*, in questa Rivista, 2009, p. 838.

⁵⁸ Cfr. E. STOKES, *You are what you eat: market citizens and the right to know about nanofoods*, in *Journal of Human Rights and the Environment*, Issue 2, 2011, p. 188.

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

**ARMONIZZAZIONE DELLE DISCIPLINE NAZIONALI PER UNA
MAGGIOR TUTELA DEI DIRITTI DEI CONSUMATORI NEI CONTRATTI
A DISTANZA E NEI CONTRATTI NEGOZIATI FUORI DEI LOCALI
COMMERCIALI**

Direttiva n. 2011/83/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 25 ottobre 2011, sui diritti dei consumatori, recante modifica della direttiva n. 93/13/CEE del Consiglio e della direttiva n. 1999/44/CE del Parlamento europeo e del Consiglio e che abroga la direttiva n. 85/577/CEE del Consiglio e la direttiva n. 97/7/CE del Parlamento europeo e del Consiglio*

Il Parlamento europeo e il Consiglio dell'Unione europea,
visto il Trattato sul funzionamento dell'Unione europea, in particolare l'art. 114,
vista la proposta della Commissione europea,
visto il parere del Comitato economico e sociale europeo¹,
visto il parere del Comitato delle regioni²,
deliberando secondo la procedura legislativa ordinaria³,
considerando quanto segue:

1. La direttiva n. 85/577/CEE del Consiglio, del 20 dicembre 1985, per la tutela dei consumatori in caso di contratti negoziati fuori dei locali commerciali⁴, e la direttiva n. 97/7/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 20 maggio 1997, riguardante la protezione dei consumatori in materia di contratti a distanza⁵, stabiliscono una serie di diritti contrattuali dei consumatori.

2. Tali direttive sono state riesaminate alla luce dell'esperienza al fine di semplificare e aggiornare le norme applicabili, rimuovere le incoerenze e colmare le lacune indesiderate nella normativa. Il riesame ha dimostrato che è opportuno sostituire queste due direttive con una direttiva unica. La presente direttiva dovrebbe pertanto stabilire norme standard per gli aspetti comuni dei contratti a distanza e dei contratti negoziati fuori dei locali commerciali distanziandosi dall'approccio di armonizza-

* In *Gu-UE* n. L 304 del 22 novembre 2011, p. 64 ss. Il testo integrale della direttiva di seguito riportata è reperibile sul sito internet <http://eur-lex.europa.eu>. In argomento si veda *infra*, p. 583 ss., il contributo di *SILVIA MARINO*.

¹ *Gu-UE* n. C 317 del 23 dicembre 2009, p. 54.

² *Gu-UE* n. C 200 del 25 agosto 2009, p. 76.

³ Posizione del Parlamento europeo del 23 giugno 2011 (non ancora pubblicata nella *Gazzetta ufficiale*) e decisione del Consiglio del 10 ottobre 2011.

⁴ *Guce* n. L 372 del 31 dicembre 1985, p. 31.

⁵ *Guce* n. L 144 del 4 giugno 1997, p. 19.

zione minima di cui alle precedenti direttive e consentendo, al contempo, agli Stati membri di mantenere o adottare norme nazionali relative a taluni aspetti. (*Omissis*)

10. La presente direttiva non dovrebbe pregiudicare il regolamento (Ce) n. 593/2008 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 17 giugno 2008, sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali (Roma I)⁶.

11. La presente direttiva dovrebbe lasciare impregiudicate le disposizioni dell'Unione relative a settori specifici, quali i medicinali per uso umano, i dispositivi medici, la vita privata e le comunicazioni elettroniche, i diritti dei pazienti relativi all'assistenza sanitaria transfrontaliera, l'etichettatura dei prodotti alimentari e il mercato interno dell'energia elettrica e del gas naturale. (*Omissis*)

14. La presente direttiva non dovrebbe pregiudicare la legislazione nazionale afferente al diritto contrattuale per gli aspetti di diritto contrattuale che non sono disciplinati dalla presente direttiva. Pertanto, la presente direttiva dovrebbe lasciare impregiudicata la legislazione nazionale che disciplina, ad esempio, la conclusione o la validità di un contratto (ad esempio nel caso di vizio del consenso). Analogamente, la presente direttiva non dovrebbe pregiudicare il diritto nazionale con riferimento ai rimedi generali previsti dal diritto contrattuale, le norme sull'ordine pubblico economico, ad esempio le norme sui prezzi eccessivi o esorbitanti, e le norme sulle transazioni giuridiche non etiche.

15. La presente direttiva non dovrebbe armonizzare i requisiti linguistici applicabili ai contratti stipulati con i consumatori. Pertanto, gli Stati membri possono mantenere o introdurre nel diritto nazionale requisiti linguistici relativi all'informazione contrattuale e alle clausole contrattuali.

16. La presente direttiva non dovrebbe pregiudicare le disposizioni nazionali in materia di assistenza legale quali le norme relative ad una persona che agisce in nome o per conto del professionista (quale un agente o un fiduciario). In questo settore rimangono competenti gli Stati membri. La presente direttiva dovrebbe applicarsi a tutti i professionisti, sia pubblici che privati. (*Omissis*)

18. La presente direttiva non pregiudica la libertà degli Stati membri di definire, in conformità del diritto dell'Unione, quali sono i servizi che considerano di interesse economico generale, le modalità di organizzazione e finanziamento di tali servizi, conformemente alle norme in materia di aiuti di Stato, e gli obblighi specifici cui dovrebbero essere soggetti. (*Omissis*)

31. I giochi d'azzardo dovrebbero essere esclusi dall'ambito di applicazione della presente direttiva. Le attività d'azzardo sono quelle che implicano una posta di valore pecuniario in giochi di fortuna, comprese le lotterie, i giochi d'azzardo nei casinò e le scommesse. Gli Stati membri dovrebbero poter adottare altre misure, anche più rigorose, di protezione dei consumatori in relazione a dette attività. (*Omissis*)

67. Conformemente al punto 34 dell'accordo interistituzionale «Legiferare meglio»⁷, gli Stati membri sono incoraggiati a redigere e a rendere pubblici, nell'interesse proprio e dell'Unione, prospetti indicanti, per quanto possibile, la concordanza tra le direttive e i provvedimenti di recepimento, hanno adottato la presente direttiva:

⁶ *Gu-UE* n. L 177 del 4 luglio 2008, p. 6.

⁷ *Gu-UE* n. C 321 del 31 dicembre 2003, p. 1.

CAPO I - Oggetto, definizioni e ambito di applicazione

Articolo 1 - Oggetto

La presente direttiva, tramite il conseguimento di un livello elevato di tutela dei consumatori, intende contribuire al corretto funzionamento del mercato interno mediante l'armonizzazione di taluni aspetti delle disposizioni legislative, regolamentari e amministrative degli Stati membri in materia di contratti conclusi tra consumatori e professionisti.

Articolo 2 - Definizioni

Ai fini della presente direttiva si intende per:

- 1) «consumatore»: qualsiasi persona fisica che, nei contratti oggetto della presente direttiva, agisca per fini che non rientrano nel quadro della sua attività commerciale, industriale, artigianale o professionale;
- 2) «professionista»: qualsiasi persona fisica o giuridica che, indipendentemente dal fatto che si tratti di un soggetto pubblico o privato, agisca nel quadro della sua attività commerciale, industriale, artigianale o professionale nei contratti oggetto della presente direttiva, anche tramite qualsiasi altra persona che agisca in suo nome o per suo conto;
- 3) «bene»: qualsiasi bene mobile materiale ad esclusione dei beni oggetto di vendita forzata o comunque venduti secondo altre modalità dalle autorità giudiziarie; rientrano fra i beni oggetto della presente direttiva l'acqua, il gas e l'elettricità, quando sono messi in vendita in un volume delimitato o in quantità determinata;
- 4) «beni prodotti secondo le indicazioni del consumatore»: qualsiasi bene non prefabbricato prodotto in base a una scelta o decisione individuale del consumatore;
- 5) «contratto di vendita»: qualsiasi contratto in base al quale il professionista trasferisce o si impegna a trasferire la proprietà di beni al consumatore e il consumatore ne paga o si impegna a pagarne il prezzo, inclusi i contratti che hanno come oggetto sia beni che servizi;
- 6) «contratto di servizi»: qualsiasi contratto diverso da un contratto di vendita in base al quale il professionista fornisce o si impegna a fornire un servizio al consumatore e il consumatore paga o si impegna a pagarne il prezzo;
- 7) «contratto a distanza»: qualsiasi contratto concluso tra il professionista e il consumatore nel quadro di un regime organizzato di vendita o di prestazione di servizi a distanza senza la presenza fisica e simultanea del professionista e del consumatore, mediante l'uso esclusivo di uno o più mezzi di comunicazione a distanza fino alla conclusione del contratto, compresa la conclusione del contratto stesso;
- 8) «contratto negoziato fuori dei locali commerciali»:
qualsiasi contratto tra il professionista e il consumatore:
 - a. concluso alla presenza fisica e simultanea del professionista e del consumatore, in un luogo diverso dai locali del professionista;
 - b. per cui è stata fatta un'offerta da parte del consumatore, nelle stesse circostanze di cui alla lett. a.;
 - c. concluso nei locali del professionista o mediante qualsiasi mezzo di comunicazione a distanza immediatamente dopo che il consumatore è stato avvicinato personalmente e singolarmente in un luogo diverso dai locali del professionista, alla presenza fisica e simultanea del professionista e del consumatore; oppure

d. concluso durante un viaggio promozionale organizzato dal professionista e avente lo scopo o l'effetto di promuovere e vendere beni o servizi al consumatore;

9) «locali commerciali» :

a. qualsiasi locale immobile adibito alla vendita al dettaglio in cui il professionista esercita la sua attività su base permanente; oppure

b. qualsiasi locale mobile adibito alla vendita al dettaglio in cui il professionista esercita la propria attività a carattere abituale;

10) «supporto durevole»: ogni strumento che permetta al consumatore o al professionista di conservare le informazioni che gli sono personalmente indirizzate in modo da potervi accedere in futuro per un periodo di tempo adeguato alle finalità cui esse sono destinate e che permetta la riproduzione identica delle informazioni memorizzate;

11) «contenuto digitale»: i dati prodotti e forniti in formato digitale;

12) «servizio finanziario»: qualsiasi servizio di natura bancaria, creditizia, assicurativa, servizi pensionistici individuali, di investimento o di pagamento;

13) «asta pubblica»: metodo di vendita in cui beni o servizi sono offerti dal professionista ai consumatori che partecipano o cui è data la possibilità di partecipare all'asta di persona, mediante una trasparente procedura competitiva di offerte gestita da una casa d'aste e in cui l'aggiudicatario è vincolato all'acquisto dei beni o servizi;

14) «garanzia»: qualsiasi impegno di un professionista o di un produttore (il «garante»), assunto nei confronti del consumatore, in aggiunta agli obblighi di legge in merito alla garanzia di conformità, di rimborsare il prezzo pagato, sostituire, riparare, o intervenire altrimenti sul bene, qualora esso non corrisponda alle caratteristiche, o a qualsiasi altro requisito non relativo alla conformità, enunciati nella dichiarazione di garanzia o nella relativa pubblicità disponibile al momento o prima della conclusione del contratto;

15) «contratto accessorio»: un contratto mediante il quale il consumatore acquista beni o servizi connessi a un contratto a distanza o negoziato fuori dei locali commerciali e in cui tali beni o servizi sono forniti dal professionista o da un terzo in base ad un accordo tra il terzo e il professionista.

Articolo 3 - Ambito di applicazione

1. La presente direttiva si applica, alle condizioni e nella misura stabilita nelle sue disposizioni, a qualsiasi contratto concluso tra un professionista e un consumatore. Si applica altresì ai contratti per la fornitura di acqua, gas, elettricità o teleriscaldamento, anche da parte di prestatori pubblici, nella misura in cui detti prodotti di base sono forniti su base contrattuale.

2. In caso di conflitto tra le disposizioni della presente direttiva e una disposizione di un altro atto dell'Unione che disciplini settori specifici, la disposizione di tale altro atto dell'Unione prevale e si applica a tali settori specifici.

3. La presente direttiva non si applica ai contratti:

a. per i servizi sociali, compresi gli alloggi popolari, l'assistenza all'infanzia e il sostegno alle famiglie e alle persone temporaneamente o permanentemente in stato di bisogno, ivi compresa l'assistenza a lungo termine;

b. di assistenza sanitaria come definita all'art. 3, lett. a., della direttiva 2011/24/UE, sia essa fornita o meno attraverso le strutture di assistenza sanitaria;

c. di attività di azzardo che implicano una posta di valore pecuniario in giochi di

fortuna, comprese le lotterie, i giochi d'azzardo nei casinò e le scommesse;

d. di servizi finanziari;

e. per la creazione, l'acquisizione o il trasferimento di beni immobili o di diritti su beni immobili;

f. per la costruzione di nuovi edifici, la trasformazione sostanziale di edifici esistenti e per la locazione di alloggi a scopo residenziale;

g. che rientrano nell'ambito di applicazione della direttiva n. 90/314/Cee del Consiglio, del 13 giugno 1990, concernente i viaggi, le vacanze ed i circuiti «tutto compreso»⁸;

h. che rientrano nell'ambito di applicazione della direttiva n. 2008/122/Ce del Parlamento europeo e del Consiglio, del 14 gennaio 2009, sulla tutela dei consumatori per quanto riguarda taluni aspetti dei contratti di multiproprietà, dei contratti relativi ai prodotti per le vacanze di lungo termine e dei contratti di rivendita e di scambio⁹;

i. che, secondo i diritti degli Stati membri, sono istituiti con l'intervento di un pubblico ufficiale, tenuto per legge all'indipendenza e all'imparzialità, il quale deve garantire, fornendo un'informazione giuridica completa, che il consumatore conclude il contratto soltanto sulla base di una decisione giuridica ponderata e con conoscenza della sua rilevanza giuridica;

j. di fornitura di alimenti, bevande o altri beni destinati al consumo corrente nella famiglia e fisicamente forniti da un professionista in giri frequenti e regolari al domicilio, alla residenza o al posto di lavoro del consumatore;

k. di servizi di trasporto passeggeri, fatti salvi l'art. 8, par. 2, e gli artt. 19 e 22;

l. conclusi tramite distributori automatici o locali commerciali automatizzati;

m. conclusi con operatori delle telecomunicazioni impiegando telefoni pubblici a pagamento per il loro utilizzo o conclusi per l'utilizzo di un solo collegamento tramite telefono, Internet o fax, stabilito dal consumatore.

4. Gli Stati membri possono decidere di non applicare la presente direttiva o di non mantenere né introdurre disposizioni nazionali corrispondenti ai contratti negoziati fuori dei locali commerciali in base ai quali il corrispettivo che il consumatore deve pagare non è superiore a 50 EUR. Gli Stati membri possono stabilire un valore inferiore nella rispettiva legislazione nazionale.

5. La presente direttiva non pregiudica il diritto contrattuale nazionale generale, quali le norme sulla validità, formazione o efficacia di un contratto, nella misura in cui gli aspetti relativi al diritto contrattuale generale non sono disciplinati dalla presente direttiva.

6. La presente direttiva non impedisce ai professionisti di offrire ai consumatori condizioni contrattuali che vanno oltre la tutela prevista dalla presente direttiva.

Articolo 4 - Livello di armonizzazione

Salvo che la presente direttiva disponga altrimenti, gli Stati membri non mantengono o adottano nel loro diritto nazionale disposizioni divergenti da quelle stabilite dalla presente direttiva, incluse le disposizioni più o meno severe per garantire al consumatore un livello di tutela diverso.

⁸ *Guce* n. L 158 del 23 giugno 1990, p. 59.

⁹ *Gu-Ue* n. L 33 del 3 febbraio 2009, p. 10.

**CAPO II - Informazioni per i consumatori per contratti diversi
dai contratti a distanza o negoziati fuori dei locali commerciali**

*Articolo 5 - Obblighi d'informazione per contratti diversi
dai contratti a distanza o negoziati fuori dei locali commerciali*

1. Prima che il consumatore sia vincolato da un contratto diverso da un contratto a distanza o negoziato fuori dei locali commerciali o da una corrispondente offerta, il professionista fornisce al consumatore le seguenti informazioni in modo chiaro e comprensibile, qualora esse non siano già apparenti dal contesto:

a. le caratteristiche principali dei beni o servizi, nella misura adeguata al supporto e ai beni o servizi;

b. l'identità del professionista, ad esempio la sua denominazione sociale, l'indirizzo geografico in cui è stabilito e il numero di telefono;

c. il prezzo totale dei beni o servizi comprensivo delle imposte o, se la natura dei beni o dei servizi comporta l'impossibilità di calcolare ragionevolmente il prezzo in anticipo, le modalità di calcolo del prezzo e, se applicabili, tutte le spese aggiuntive di spedizione, consegna o postali oppure, qualora tali spese non possano ragionevolmente essere calcolate in anticipo, l'indicazione che tali spese potranno essere addebitate al consumatore;

d. se applicabili, le modalità di pagamento, consegna ed esecuzione, la data entro la quale il professionista si impegna a consegnare i beni o a prestare il servizio e il trattamento dei reclami da parte del professionista;

e. oltre a un richiamo dell'esistenza della garanzia legale di conformità per i beni, l'esistenza e le condizioni del servizio postvendita e delle garanzie commerciali, se applicabili;

f. la durata del contratto, se applicabile, o, se il contratto è a tempo indeterminato o è un contratto a rinnovo automatico, le condizioni di risoluzione del contratto;

g. se applicabile, la funzionalità del contenuto digitale, comprese le misure applicabili di protezione tecnica;

h. qualsiasi interoperabilità pertinente del contenuto digitale con l'*hardware* e il *software*, di cui il professionista sia a conoscenza o di cui ci si può ragionevolmente attendere che sia venuto a conoscenza, se applicabili.

2. Il par. 1 si applica anche ai contratti per la fornitura di acqua, gas o elettricità, quando non sono messi in vendita in un volume limitato o in quantità determinata, di teleriscaldamento o di contenuto digitale non fornito su un supporto materiale.

3. Gli Stati membri non dovrebbero essere tenuti ad applicare il par. 1 ai contratti che implicano transazioni quotidiane e che sono eseguiti immediatamente al momento della loro conclusione.

4. Gli Stati membri possono emanare o mantenere obblighi aggiuntivi di informazione precontrattuale per i contratti ai quali si applica il presente articolo.

**CAPO III - Informazioni per il consumatore e diritto di recesso per i contratti
a distanza e per i contratti negoziati fuori dei locali commerciali**

*Articolo 6 - Obblighi di informazione per i contratti a distanza
e per i contratti negoziati fuori dei locali commerciali
(Omissis)*

*Articolo 7 - Requisiti formali per i contratti negoziati fuori dei locali commerciali
(Omissis)*

*Articolo 8 - Requisiti formali per i contratti a distanza
(Omissis)*

Articolo 9 - Diritto di recesso

1. Fatte salve le eccezioni di cui all'art. 16, il consumatore dispone di un periodo di quattordici giorni per recedere da un contratto a distanza o negoziato fuori dei locali commerciali senza dover fornire alcuna motivazione e senza dover sostenere costi diversi da quelli previsti all'art. 13, par. 2, e all'art. 14.

2. Fatto salvo l'art. 10, il periodo di recesso di cui al par. 1 del presente articolo scade dopo quattordici giorni a partire:

- a. nel caso dei contratti di servizi, dal giorno della conclusione del contratto;
- b. nel caso di contratti di vendita, dal giorno in cui il consumatore o un terzo, diverso dal vettore e designato dal consumatore, acquisisce il possesso fisico dei beni o:
 - i. nel caso di beni multipli ordinati dal consumatore mediante un solo ordine e consegnati separatamente, dal giorno in cui il consumatore o un terzo, diverso dal vettore e designato dal consumatore, acquisisce il possesso fisico dell'ultimo bene;
 - ii. nel caso di consegna di un bene costituito da lotti o pezzi multipli, dal giorno in cui il consumatore o un terzo, diverso dal vettore e designato dal consumatore, acquisisce il possesso fisico dell'ultimo lotto o pezzo;
 - iii. nel caso di contratti per la consegna periodica di beni durante un determinato periodo di tempo, dal giorno in cui il consumatore o un terzo, diverso dal vettore e designato dal consumatore, acquisisce il possesso fisico del primo bene;
- c. nel caso di contratti per la fornitura di acqua, gas o elettricità, quando non sono messi in vendita in un volume limitato o in quantità determinata, di teleriscaldamento o di contenuto digitale non fornito su un supporto materiale, dal giorno della conclusione del contratto.

3. Gli Stati membri non vietano alle parti del contratto di adempiere ai loro obblighi contrattuali durante il periodo di recesso. Tuttavia, nel caso di contratti negoziati fuori dei locali commerciali, gli Stati membri possono mantenere la legislazione nazionale in vigore che vieta al professionista di percepire il pagamento da parte del consumatore durante un determinato periodo dopo la conclusione del contratto.

Articolo 10 - Non adempimento dell'obbligo d'informazione sul diritto di recesso

1. Se in violazione dell'art. 6, par. 1, lett. h., il professionista non fornisce al consumatore le informazioni sul diritto di recesso, il periodo di recesso scade dodici mesi dopo la fine del periodo di recesso iniziale, come determinato a norma dell'art. 9, par. 2.

2. Se il professionista fornisce al consumatore le informazioni di cui al par. 1 del presente articolo entro dodici mesi dalla data di cui all'art. 9, par. 2, il periodo di recesso scade quattordici giorni dopo il giorno in cui il consumatore riceve le informazioni.

Articolo 11 - Esercizio del diritto di recesso

1. Prima della scadenza del periodo di recesso, il consumatore informa il profes-

sionista della sua decisione di esercitare il diritto di recesso dal contratto. A tal fine il consumatore può:

- a. utilizzare il modulo tipo di recesso di cui all'allegato I, parte B; oppure
- b. presentare una qualsiasi altra dichiarazione esplicita della sua decisione di recedere dal contratto.

Gli Stati membri non prevedono requisiti formali applicabili al modulo tipo di recesso diversi da quelli indicati all'allegato I, parte B.

2. Il consumatore ha esercitato il proprio diritto di recesso entro il periodo di recesso di cui all'art. 9, par. 2, e all'art. 10, se la comunicazione relativa all'esercizio del diritto di recesso è inviata dal consumatore prima della scadenza del periodo di recesso.

3. Il professionista, oltre alle possibilità di cui al par. 1, può offrire al consumatore l'opzione di compilare e inviare elettronicamente il modulo di recesso tipo riportato all'allegato I, parte B, o una qualsiasi altra dichiarazione esplicita sul sito web del professionista. In tali casi il professionista comunica senza indugio al consumatore una conferma di ricevimento del recesso su un supporto durevole.

4. L'onere della prova relativa all'esercizio del diritto di recesso conformemente al presente articolo incombe sul consumatore.

Articolo 12 - Effetti del recesso

L'esercizio del diritto di recesso pone termine agli obblighi delle parti:

- a. di eseguire il contratto a distanza o negoziato fuori dei locali commerciali; oppure
- b. di concludere un contratto a distanza o negoziato fuori dei locali commerciali nei casi in cui un'offerta sia stata fatta dal consumatore. (*Omissis*)

Articolo 13 - Obblighi del professionista nel caso di recesso (Omissis)

Articolo 14 - Obblighi del consumatore nel caso di recesso (Omissis)

Articolo 15 - Effetti dell'esercizio del diritto di recesso sui contratti accessori (Omissis)

Articolo 16 - Eccezioni al diritto di recesso (Omissis)

CAPO IV - Altri diritti del consumatore (*Omissis*)

CAPO V - Disposizioni generali (*Omissis*)

Articolo 28 - Recepimento

1. Gli Stati membri adottano e pubblicano, entro il 13 dicembre 2013, le disposizioni legislative, regolamentari e amministrative necessarie per conformarsi alla presente direttiva. Essi comunicano immediatamente alla Commissione il testo di tali misure in forma di documenti. La Commissione utilizza detti documenti ai fini della relazione di cui all'art. 30.

Essi applicano tali misure a decorrere dal 13 giugno 2014.

Quando gli Stati membri adottano tali misure, queste contengono un riferimento alla presente direttiva o sono corredate di un siffatto riferimento all'atto della pubblicazione ufficiale. Le modalità di tale riferimento sono stabilite dagli Stati membri.

2. Le disposizioni della presente direttiva si applicano ai contratti conclusi dopo il 13 giugno 2014.

Articolo 29 - Obblighi di informare (Omissis)

Articolo 30 - Presentazione di relazioni da parte della Commissione e riesame (Omissis)

CAPO VI - Disposizioni finali (Omissis)

Articolo 34 - Entrata in vigore

La presente direttiva entra in vigore il ventesimo giorno successivo alla pubblicazione nella *Gazzetta ufficiale dell'Unione europea*.

Articolo 35 - Destinatari

Gli Stati membri sono destinatari della presente direttiva.

(Omissis)

L'EVOLUZIONE DEL PROCESSO DI ARMONIZZAZIONE IN MATERIA DI DIRITTI DEI CONSUMATORI NELL'UNIONE EUROPEA ALLA LUCE DELLE RECENTI DIRETTIVE E PROPOSTE DELL'UE

Sommario: 1. *L'armonizzazione minima nelle direttive sui contratti di consumo* - 2. *Le problematiche e le prime soluzioni della Commissione* - 3. *L'armonizzazione completa: atti in vigore e recenti proposte* - 4. *La tutela sostanziale del consumatore e l'armonizzazione completa* - 5. *La legittimità dell'armonizzazione completa* - 6. *Alcune problematiche: il funzionamento delle norme di conflitto* - 7. **Segue:** *Le disposizioni imperative nazionali e comunitarie* - 8. *L'armonizzazione completa e i costi per il professionista*.

1. L'armonizzazione minima nelle direttive sui contratti di consumo

La tutela dei diritti del consumatore rientra tra le politiche fondamentali dell'Unione europea e degli Stati membri. Infatti, non solo è orientata a riequilibrare le posizioni negoziali delle parti¹, ma dispiega anche effetti importanti a livello economico e politico. Si pensi, ad esempio, al credito al consumo, sempre maggiormente utilizzato anche al fine di effettuare acquisti di beni di uso comune e quotidiano, e fino a pochi anni fa considerato indispensabile per sostenere l'attività economica². L'importanza di questa forma di credito è confermata a livello comunitario dall'adozione della direttiva n. 2008/48/Ce³, che riforma profondamente la disciplina contenuta nella precedente direttiva

¹ F. POCAR, *La protection de la partie faible en droit international privé*, in *Recueil des Cours*, 1984, tomo 188, p. 339; F. LECLERC, *La protection de la partie faible dans les contrats internationaux*, Bruxelles, Bruylant, 1996.

² Si veda l'attenta analisi di G. ROJAS ELGUETA, *L'esdebitamento del debitore civile: una rilettura del rapporto civil law-common law*, in *Banca, borsa e tit. cred.*, 2012, p. 310, che mette in luce le diverse politiche e soluzioni giuridiche adottate nel tempo nei sistemi di *civil law* e di *common law*, con le differenti conseguenze in termini di responsabilità del debitore.

³ Direttiva n. 2008/48/Ce del Parlamento europeo e del Consiglio del 23 aprile 2008 relativa ai contratti di credito ai consumatori e che abroga la direttiva n. 87/102/Cee, in *Gu-Ue* n. L 133 del 22 maggio 2008. L'art. 3, par. 1, lett. c., definisce come contratto di credito «un contratto in base al quale il creditore concede o s'impegna a concedere al consumatore un credito sotto forma di dilazione di pagamento, di prestito o di altra agevolazione finanziaria analoga, ad eccezione dei contratti relativi alla prestazione continuata di un servizio o alla fornitura di merci dello stesso tipo in base ai quali il consumatore versa il corrispettivo, per la durata della prestazione o fornitura, mediante pagamenti rateali».

del 1987⁴. A tale proposito, le conseguenze dovute all'attuale crisi economica e alla difficoltà di soddisfare i creditori hanno indotto anche il legislatore italiano a introdurre una nuova procedura di composizione delle situazioni debitorie dei privati, soggetti diversi dagli imprenditori assoggettabili a procedure concorsuali⁵.

Il presente scritto si propone di analizzare le recenti novità in materia di contratti a tutela dei consumatori.

Le prime direttive comunitarie, emanate negli anni Ottanta e Novanta⁶, disciplinavano aspetti specifici dei contratti o singole tipologie contrattuali, e contenevano una serie di disposizioni finalizzate ad assicurare al consumatore una tutela elevata. A tale scopo si prevedeva l'irrinunciabilità dei diritti garantiti, a cui si aggiungeva l'applicabilità delle direttive non solo alle fattispecie intracomunitarie, ma anche nei casi in cui si presentasse solo uno stretto collegamento comunitario⁷, nonostante un'eventuale scelta della legge di uno Stato terzo come regolatrice del rapporto. Inoltre, era sempre contenuta una disposizione sull'armonizzazione minima, che lasciava cioè agli Stati la facoltà di garantire una maggior tutela sostanziale al consumatore. Questa disposizione era formulata in modi diversi, prevedendosi in alcuni casi il controlimite della compatibilità con il Trattato (art. 8, direttiva n. 93/13/Cee), in altri consentendo semplicemente che la legislazione nazionale fosse più favorevole al consumatore (art. 8, direttiva n. 85/577/Cee), in altre ipotesi, infine,

⁴ Direttiva n. 87/102/Cee del Consiglio del 22 dicembre 1986 relativa al ravvicinamento delle disposizioni legislative, regolamentari e amministrative degli Stati membri in materia di credito al consumo, in *Guce* n. L 42 del 12 febbraio 1987.

⁵ Si veda la recente legge italiana n. 3 del 27 gennaio 2012, contenente «Disposizioni in materia di usura e di estorsione, nonché di composizione delle crisi da sovraindebitamento», in *Guri* n. 24 del 30 gennaio 2012, che stabilisce una procedura di conciliazione per i consumatori che hanno contratto credito. La procedura si fonda su una proposta del debitore, che preveda la ristrutturazione dei debiti, accompagnata dall'elencazione dei propri debiti e redditi nonché delle spese necessarie per il sostentamento suo e della sua famiglia. Il piano deve essere approvato da almeno il 70% dei creditori e deve essere omologato da apposito organo.

⁶ Direttiva n. 85/577/Cee del Consiglio del 20 dicembre 1985 per la tutela dei consumatori in caso di contratti negoziati fuori dei locali commerciali, in *Guce* n. L 372 del 31 dicembre 1985, p. 31; direttiva n. 90/314/Cee del Consiglio del 13 giugno 1990, concernente i viaggi, le vacanze ed i circuiti «tutto compreso», in *Guce* n. L 158 del 23 giugno 1990, p. 59; direttiva n. 93/13/Cee del Consiglio del 5 aprile 1993, concernente le clausole abusive nei contratti stipulati con i consumatori, in *Guce* n. L 95 del 21 aprile 1993, p. 29; direttiva n. 97/7/Ce del Parlamento europeo e del Consiglio, del 20 maggio 1997, riguardante la protezione dei consumatori in materia di contratti a distanza, in *Guce* n. L del 4 maggio 1997, p. 19; direttiva n. 1999/44/Ce del Parlamento europeo e del Consiglio, del 25 maggio 1999, su taluni aspetti della vendita e della garanzia dei beni di consumo, in *Guce* n. L 171 del 7 luglio 1999, p. 12.

⁷ Questa disposizione non era stabilita in tutte le direttive ed era formulata diversamente; in alcuni casi il riferimento è all'esistenza di nessi significativi con il territorio di uno o più Stati membri (art. 12, par. 2, della direttiva n. 2002/65/Ce del Parlamento europeo e del Consiglio, del 23 settembre 2002, concernente la commercializzazione a distanza di servizi finanziari ai consumatori e che modifica la direttiva n. 90/619/Cee del Consiglio e le direttive n. 97/7/Ce e n. 98/27/Ce, in *Guce* n. L 271 del 9 ottobre 2002 p. 16), oppure di un solo Paese (art. 6, par. 2, direttiva 93/13/Cee).

specificando che gli Stati membri potessero sia mantenere sia introdurre disposizioni nazionali di maggior tutela (art. 8, direttiva n. 90/314/Cee).

In questo modo, la protezione offerta dalle direttive doveva considerarsi minima, nel senso che il consumatore godeva almeno del regime di tutela comunitario, ma la legge applicabile al contratto poteva essere maggiormente favorevole allo stesso, avvantaggiando così la parte debole dal punto di vista sostanziale. L'armonizzazione era quindi intesa a fornire uno *standard* di tutela che gli Stati membri dovevano garantire e potevano eventualmente migliorare. Il livello minimo di protezione era assolutamente inderogabile, indipendentemente dalla volontà del consumatore, data l'irrinunciabilità dei diritti. L'unico limite, non sempre espresso, era determinato dalla compatibilità con il Trattato.

2. Le problematiche e le prime soluzioni della Commissione

Già nel 2001 la Commissione europea aveva rilevato alcune conseguenze negative derivanti da questo sistema. Nel Libro Verde sulla tutela dei consumatori⁸ la Commissione sottolineava le differenze esistenti negli ordinamenti degli Stati membri, a livello sia normativo, sia giurisprudenziale, specialmente per quanto riguardava gli obblighi informativi, nonché l'adozione e il valore dei codici di condotta. Si osservava, inoltre, che queste divergenze sarebbero aumentate nel corso del tempo, a causa dello sviluppo di nuove pratiche di *marketing*, come la sponsorizzazione di siti internet o gli acquisti di gruppo, per i quali non esistevano ancora discipline specifiche. Pertanto, la Commissione apriva il dibattito sulla necessità di incrementare il livello di armonizzazione, proponendo due possibili soluzioni, ovvero l'introduzione di nuove direttive (o una direttiva quadro unica) sui contratti di consumo, o la riduzione dei margini di discrezionalità degli Stati. Di c.d. piena armonizzazione si parlava solo nella Comunicazione della Commissione «Strategia della politica dei consumatori»⁹ come obiettivo da raggiungere tramite successive modifiche alla legislazione vigente.

Successivamente sono state approvate due direttive settoriali di armonizzazione completa. La prima è la già citata direttiva n. 2008/48/Ce sui contratti di credito al consumo, ai sensi della quale nei settori armonizzati gli Stati membri non possono mantenere né introdurre disposizioni diverse da quelle stabilite dalla direttiva medesima. La scelta non è motivata in modo rigoroso

⁸ Libro Verde sulla tutela dei consumatori nell'Unione europea, Bruxelles, 2 ottobre 2001 Com(2001)531 def. Già critico a questi approcci: H. J. SONNENBERGER, *L'harmonisation ou l'uniformisation européenne du droit des contrats sont-elles nécessaires? Quels problèmes suscitent-elles? - Réflexions sur la Communication de la Commission de la CE du 11 juillet 2001 et de la Résolution du Parlement européen du 15 novembre 2001*, in *Rev. crit. dr. int. priv.*, 2002, p. 405.

⁹ 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, presentata il 7 maggio 2003, Com(2002)208 def.

nel commento alla proposta¹⁰; solo il *considerando* n. 9 chiarisce che l'armonizzazione piena consente di usufruire dello stesso livello di tutela in tutti gli Stati membri, creandosi così un effettivo mercato interno. Analogamente dispone il *considerando* n. 3 della direttiva n. 2008/122/Ce, sulla multiproprietà¹¹, la quale non contiene tuttavia una norma espressa sull'armonizzazione.

Queste nuove disposizioni hanno già dato luogo a dubbi interpretativi, tanto che sono state presentate alla Corte di giustizia due questioni pregiudiziali sull'art. 22 della direttiva n. 2008/48. In particolare, i giudici *a quibus* chiedono se la disposizione debba essere interpretata nel senso che non sia consentito agli Stati estendere l'ambito di applicazione delle norme contenute nella direttiva n. 2008/48 a contratti espressamente esclusi dal campo di applicazione della stessa (come, nel caso di specie, i contratti di prestito ipotecario) oppure istituire obblighi aggiuntivi a carico dei professionisti nei contratti di credito al consumo rientranti nell'ambito di applicazione della disposizione nazionale di trasposizione. Come prevedibile, la Corte di giustizia¹² ha affermato che gli Stati membri sono liberi di estendere il campo di applicazione della direttiva a settori dalla stessa esclusi¹³. Alla luce di diversi *considerando* della direttiva medesima, la Corte conclude inoltre nel senso che la piena armonizzazione «dispiega carattere obbligatorio» nel senso che «gli Stati membri non sono autorizzati a mantenere o introdurre disposizioni nazionali diverse da quelle previste dalla direttiva in parola» (punto 38 della sentenza). Pertanto, gli Stati possono introdurre obblighi diversi e ulteriori solo nei settori non armonizzati. L'effetto dell'armonizzazione completa sarebbe pertanto analogo all'uniformazione delle discipline nazionali, data l'assenza di discrezionalità lasciata agli Stati membri¹⁴.

¹⁰ Né si segnala un particolare dibattito dottrinale.

¹¹ Direttiva n. 2008/122/Ce del Parlamento europeo e del Consiglio del 14 gennaio 2009 sulla tutela dei consumatori per quanto riguarda taluni aspetti dei contratti di multiproprietà, dei contratti relativi ai prodotti per le vacanze di lungo termine e dei contratti di rivendita e di scambio, in *Gu-Ue* n. L 33 del 3 febbraio 2009, p. 10.

¹² Sentenza della Corte di giustizia del 12 luglio 2012 in causa n. C- 602/10, *SC Volksbank*, non ancora pubblicata in *Raccolta*. A seguito della sentenza, il secondo ricorso presentato sulle stesse questioni pregiudiziali è stato cancellato dal ruolo della Corte (ordinanza del 14 settembre 2012 in causa n. C-47/11, *SC Volksbank*, non ancora pubblicata in *Raccolta*).

¹³ Ciò si verifica già normalmente in diversi settori del diritto dell'Unione europea, come risulta anche dalla giurisprudenza della Corte di giustizia chiamata a interpretare le norme nazionali che estendono la disciplina del diritto comunitario a fattispecie escluse dal suo campo di applicazione: sentenze della Corte di giustizia del 18 ottobre 1990 in cause riunite n. C-297/88 e n. C-197/89, *Dzodzi*, in *Raccolta*, 1990, I, p. 3763; del 18 novembre 1990 in causa n. C-231/89, *Gmurzynka-Bscher*, in *Raccolta*, 1990, I, p. 4003; del 28 marzo 1995 in causa n. C-346/95, *Kleinwort Benson*, in *Raccolta*, 1995, I, p. 615; del 17 luglio 1997 in causa n. C-28/95, *Leur-Bloem*, in *Raccolta*, 1997, I, p. 4161; del 17 luglio 1997 in causa n. C-130/95, *Giloy*, in *Raccolta*, 1997, I, p. 4291; del 14 dicembre 2006 in causa C-217/05, *Confederación Española de Empresarios de Estaciones de Servicio*, in *Raccolta*, 2006, I, p. 11987.

¹⁴ Si veda in proposito il parere del Comitato economico e sociale europeo in merito alla Proposta di direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio sui diritti dei consumatori, Com(2008)614 def. - 2008/0196 (Cod), del 16 luglio 2009.

3. L'armonizzazione completa: atti in vigore e recenti proposte

Anche la recente direttiva n. 2011/83/UE sui diritti dei consumatori¹⁵, contenente la riforma di alcune precedenti direttive¹⁶, adotta la soluzione dell'armonizzazione piena (art. 4). Secondo la Commissione, il sistema finora vigente ha creato un'ampia frammentazione delle legislazioni nazionali, che causa costi significativi in termini di adempimento per le imprese che operano a livello transfrontaliero. Le norme di conflitto comunitarie non risolvono questo problema¹⁷, dal momento che viene salvaguardata l'applicazione delle norme inderogabili del Paese della residenza abituale del consumatore¹⁸, diverse nel contenuto in ciascuno Stato. Secondo la Commissione, il principale effetto di questa frammentazione normativa consiste nell'incertezza sulle norme regolatrici del contratto, e conseguentemente nella minor disponibilità delle imprese a operare nell'intero mercato comune. Da questa situazione derivano svantaggi anche ai consumatori, poiché viene loro precluso l'accesso a beni e servizi offerti in Stati diversi dal proprio, riducendosi la scelta del prodotto e la concorrenza sul prezzo. Inoltre, la frammentazione rende difficile l'informazione al consumatore sui propri diritti, restando basso il livello di fiducia di questi ultimi negli acquisti transfrontalieri. Quindi, l'armonizzazione piena stimola sia i produttori e i professionisti sia i consumatori, a concludere contratti transnazionali.

Questa posizione è stata fortemente osteggiata nel corso della procedura di approvazione della proposta, sia dal Comitato delle Regioni, sia dal Comi-

¹⁵ Direttiva n. 2011/83/UE del Parlamento europeo e del Consiglio del 25 ottobre 2011 sui diritti dei consumatori, recante modifica della direttiva n. 93/13/CEE del Consiglio e della direttiva n. 1999/44/CE del Parlamento europeo e del Consiglio e che abroga la direttiva n. 85/577/CEE del Consiglio e la direttiva n. 97/7/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, in *Gu-UE* n. L 304 del 22 novembre 2011, p. 64.

¹⁶ Nonostante il suo vasto campo di applicazione materiale, non sembra che l'atto corrisponda all'opzione presentata dalla Commissione nel Libro Verde del 2001 per l'adozione di una direttiva quadro in materia di contratti di consumo. Infatti, non si tratta di norme generalmente applicabili a questa categoria di contratti, ed eventualmente integrabili con norme di dettaglio per problematiche specifiche, ma di singole discipline per alcuni contratti determinati. Pertanto, la direttiva piuttosto segue l'altra opzione indicata, ovvero la riduzione della discrezionalità normativa degli Stati membri. L'uso di uno strumento unico per una serie di questioni diverse è giustificato, secondo la proposta della Commissione, da esigenze di maggior chiarezza e sistematicità, cfr. Proposta di Direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio sui diritti dei consumatori Bruxelles, 8 ottobre 2008, Com(2008)614 def., 2008/0196 (Cod), p. 3.

¹⁷ La Commissione fa espresso riferimento al Regolamento (CE) n. 593/2008 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 17 giugno 2008, sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali (Roma I), in *Gu-UE* n. L 177 del 4 luglio 2008, p. 6. Questo Regolamento sembrerebbe diventare uno strumento di divergenza delle legislazioni nazionali, nonostante il fatto che sia stato adottato proprio per motivi di uniformità (si veda il *considerando* n. 6 del Regolamento, secondo il quale: «Il corretto funzionamento del mercato interno esige che le regole di conflitto di leggi in vigore negli Stati membri designino la medesima legge nazionale quale che sia il paese del giudice adito, onde favorire la prevedibilità dell'esito delle controversie giudiziarie, la certezza circa la legge applicabile e la libera circolazione delle sentenze»).

¹⁸ Art. 6, par. 2, Regolamento n. 593/2008.

tato economico e sociale, in quanto inidonea a risolvere i problemi del mercato interno e potenzialmente pregiudizievole dei diritti dei consumatori¹⁹. La stessa relazione del Consiglio del 12 maggio 2010 ha avuto quasi ad esclusivo oggetto il livello di armonizzazione da stabilire nella direttiva²⁰. Al fine di contemperare le due posizioni, il Parlamento europeo ha apportato numerosi emendamenti alla proposta originaria²¹, riducendone il campo di applicazione materiale e mantenendo un'armonizzazione completa solo per alcune questioni.

La stessa soluzione è stabilita nella proposta di Regolamento relativo a un diritto comune europeo della vendita²², che costituirebbe una sorta di codice comunitario di questo contratto. L'obiettivo espresso è, ancora una volta, quello di uniformare le discipline nazionali al fine di diminuire i costi per i professionisti, stimolando così lo scambio intracomunitario. Se approvato nei termini di cui alla proposta, il Regolamento costituirebbe un secondo sistema all'interno degli ordinamenti statali, identico in tutta l'Unione e coesistente con le norme vigenti di diritto nazionale²³, creando un regime di diritto della vendita facoltativo. Infatti, il diritto comune europeo della vendita si applicherebbe ai contratti transfrontalieri su base volontaria, per accordo espresso delle parti, non incidendo – almeno nelle intenzioni della Commissione – sulle norme di conflitto applicabili (*considerando* n. 9 della proposta). Trattandosi di uno strumento completo e meramente facoltativo, l'armonizzazione piena sembra necessaria al fine di fornire alle parti del contratto una disciplina unitaria del loro rapporto giuridico indipendentemente dalla legge che sarebbe applicabile.

¹⁹ Si veda il parere del Comitato delle Regioni emanato nel corso della 79° sessione plenaria del 21 e 22 aprile 2009. Dal punto di vista sostanziale, il comitato sottolineava come i problemi dei consumatori siano dovuti piuttosto all'incertezza e alla complessità dell'applicazione delle norme negli scambi transfrontalieri (come ad esempio le barriere linguistiche), problematiche alle quali la proposta non apportava alcun miglioramento.

²⁰ Bruxelles, 12 maggio 2010, Fascicolo interistituzionale: 2008/0196 (Cod), 9480/10, Limite, Consom 44, Justciv 92, Codec 398.

²¹ P7_TA-Prov(2011)0293, Diritti dei consumatori, Risoluzione legislativa del Parlamento europeo del 23 giugno 2011 sulla proposta di direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio sui diritti dei consumatori, Com(2008)0614 - C6-0349/2008 - 2008/0196(Cod).

²² Proposta di Regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio relativo a un diritto comune europeo della vendita, Bruxelles, 11 ottobre 2011, Com(2011)635 def., 2011/0284 (Cod). A uno studio completo di tutte le parti della proposta è dedicato il fasc. n. 6/2011 della *European Review of Private Law*, al quale si rinvia per tutte le questioni non trattate nel presente contributo. Tranne quando indicato contrariamente, si farà riferimento al contratto di consumo anche analizzando il diritto comune della vendita, per uno studio in parallelo fra questo futuro strumento e le direttive già in vigore.

²³ Sulle modalità con cui è possibile aggiungere un secondo strumento nazionale sulla base di un Regolamento dell'Unione europea: M. W. HESSELINK, *How to opt into the common European sales law? Brief comments on the Commission's proposal for a Regulation*, in *Amsterdam Law School Legal Studies Research*, Paper No. 2011-43, p. 6.

4. La tutela sostanziale del consumatore e l'armonizzazione completa

Come già messo in rilievo a livello istituzionale nel corso della procedura di approvazione della direttiva²⁴, l'armonizzazione completa pone alcuni dubbi quanto alla sua idoneità ad assicurare una sufficiente tutela degli interessi del consumatore. Infatti, venendo meno la discrezionalità da parte degli Stati membri nella disciplina dei settori armonizzati dalla direttiva, le normative nazionali saranno omogenee e in alcuni casi dovranno persino livellarsi verso il basso, abrogando disposizioni interne più vantaggiose per il consumatore adottate conformemente alle precedenti direttive²⁵.

Queste perplessità sono fondate solo parzialmente. Infatti, la direttiva stabilisce un'armonizzazione completa molto settoriale, diversamente da quanto proposto nell'originario progetto della Commissione. Per quanto attiene alla disciplina delle clausole abusive e della vendita e garanzie dei beni di consumo, la direttiva si limita a inserire un nuovo articolo che impone agli Stati di comunicare alla Commissione eventuali misure di maggior rigore adottate a livello nazionale, mantenendosi così la possibilità di stabilire o introdurre una disciplina più favorevole per il consumatore.

Per quanto riguarda, invece, i contratti conclusi fuori dei locali commerciali e a distanza, la direttiva del 2011 abroga le precedenti (art. 31); la nuova disciplina è molto più completa ed articolata, stabilendo ad esempio maggiori obblighi informativi a carico del professionista (art. 6), prescrivendo maggiori oneri formali (artt. 7 e 8) e disciplinando dettagliatamente l'esercizio e gli effetti del diritto di recesso (artt. 9 ss.). Pertanto, anche se in questi settori gli Stati membri non potranno mantenere in vigore o adottare norme maggiormente favorevoli per il consumatore, il livello di protezione garantito nel diritto dell'Unione europea si innalza notevolmente rispetto allo *standard* minimo precedente, per cui risulta difficile affermare in via generale che nei

²⁴ Parlando di armonizzazione piena nell'ambito delle direttive si farà riferimento solamente alla più recente, sui diritti dei consumatori, a causa del suo più ampio ambito di applicazione, restando che le medesime osservazioni possono proporsi anche in riferimento alle due citate direttive del 2008.

²⁵ S. J. WHITTAKER, *Unfair Terms and Consumer Guarantees: the Proposal for a Directive on Consumer Rights and the Significance of "Full Harmonisation"*, in *European Review of Contract Law*, 2009, p. 2; I. RIVA, *La direttiva di armonizzazione massima sui diritti dei consumatori, o almeno ciò che ne resta*, in *Contr. e impr./Europa*, 2011, p. 757. T. BOURGOIGNIE, *Vers un droit européen de la consommation: unifié, harmonisé, codifié ou fragmenté?*, in *Les cahiers de droit*, 2005, p. 165, mette in luce la frammentarietà della tutela del consumatore a livello comunitario causata non solo dal margine di discrezionalità statale, ma anche dalle diverse interpretazioni di nozioni generali contenute nelle direttive degli anni Ottanta e Novanta. Ne consegue che quella stabilita dall'Unione europea non risulta più essere la più alta protezione possibile. Secondo l'Autore, questa frammentazione dovrebbe essere risolta tramite nuovi atti comunitari che stabiliscano una tutela più elevata. In senso contrario, ma consapevolmente minoritario, E. HONDIUS, *The Proposal for a Directive on Consumer Rights: The Emperor's New Clothes?*, in *European Review of Private Law*, 2011, p. 163.

singoli Stati membri la tutela sostanziale accordata al consumatore diminuisce notevolmente²⁶.

Il diritto comune della vendita potrebbe avere un effetto di riduzione della tutela accordata al consumatore più marcato, pur trattandosi di un atto facoltativo; infatti, i professionisti potrebbero cercare di inserire in questi contratti una clausola di scelta del diritto comune nei casi in cui la legge applicabile, normalmente quella della residenza abituale del consumatore, sia più favorevole a quest'ultimo²⁷. L'armonizzazione completa inserita in uno strumento facoltativo sarebbe così utilizzabile dal professionista per eludere normative nazionali protettive del consumatore e avrebbe effetti contrari all'interesse della parte debole²⁸. Si deve osservare tuttavia che l'attuale testo della proposta garantisce un'elevata tutela del consumatore²⁹ e saranno poco probabili situazioni elusive di questo tipo.

Sulla base della proposta della Commissione, si potrebbe ritenere che l'uniformità normativa comporti minori costi per il professionista, per quanto attiene sia alla necessità di accertare la legge applicabile e il suo contenuto sia ai successivi adeguamenti a quest'ultima, con conseguenze positive in questi termini anche sul bene o servizio fornito, a favore del consumatore. Questa conclusione non è del tutto condivisibile. Secondo un orientamento della dottrina, le valutazioni della Commissione in relazione al collegamento fra armonizzazione completa, aumento del commercio transnazionale e maggior fiducia del consumatore costituiscono un presupposto piuttosto che una serie

²⁶ Ad avviso di chi scrive, la possibilità per gli Stati membri di mantenere o introdurre norme maggiormente favorevoli per il consumatore non può dedursi nemmeno dal combinato disposto degli artt. 38 e 53 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea del 2007. La prima disposizione stabilisce che nelle politiche dell'Unione è garantito un livello elevato di protezione dei consumatori; nella seconda, si coordinano le fonti, comunitarie, internazionali e nazionali, relative alla tutela dei diritti dell'uomo, affermando che in ogni caso la Carta non può essere interpretata nel senso di limitare o ledere i diritti fondamentali riconosciuti, fra le varie, anche dalle costituzioni degli Stati membri. Anche se i diritti dei consumatori fossero qualificati come inviolabili a livello costituzionale, proprio per l'elevato livello di tutela comunitario non si potrebbe affermare che il recepimento delle direttive dell'Unione europea si ponga in conflitto con questo principio. L'unica ipotesi di eventuale contrasto si porrebbe se la legislazione ordinaria nazionale fosse molto più protettiva rispetto a quella di origine comunitaria; in questo caso, l'attuazione del diritto dell'Unione europea comporterebbe una riduzione sensibile del livello di tutela, che potrebbe confliggere con l'art. 53 della Carta dei diritti fondamentali. Proprio alla luce dell'elevata tutela comunitaria, questa circostanza pare più un'eventualità teorica che una concreta possibilità.

²⁷ Questa ipotesi è possibile chiaramente nei settori non armonizzati dalle nuove direttive dell'Unione europea, e quindi essenzialmente nelle vendite concluse *inter presentes*, che non siano contratti di credito o di multiproprietà, ovvero relativi ai prodotti per le vacanze di lungo termine e di rivendita e di scambio.

²⁸ M. CZEPELAK, *Would We Like to Have a European Code of Private international Law?*, in *European Review of Private Law*, 2010, p. 705; H. ROESLER, *Protection of the Weaker Party in European Contract Law: Standardized and Individual Inferiority in Multi-level Private Law*, *ivi*, 2010, p. 729; I. RIVA, *La direttiva di armonizzazione massima*, *cit. supra*, nota 25, p. 759.

²⁹ Addirittura normalmente maggiore di quella garantita dai diritti nazionali (E. A. POSNER, *The Questionable Basis of the Common European Sales Law: The Role of an Optional Instrument in Jurisdictional Competition*, in *Chicago Institute for Law and Economics Working Paper No. 597*, (2d Series), p. 7).

di conseguenze logiche ed economiche dimostrate³⁰. Anche a prescindere da tali valutazioni³¹, si deve comunque rilevare che l'adozione di un sistema opzionale comporta altri costi per il professionista³², non necessariamente inferiori in maniera significativa rispetto a quelli determinati dalla diversità di leggi applicabili. Come risulta chiaramente dalla valutazione di impatto presentata dalla Commissione assieme alla proposta, lo strumento più efficace per l'eliminazione dei costi di adeguamento è costituita dal Regolamento contenente la disciplina del contratto di vendita, obbligatorio e direttamente applicabile in tutti gli Stati membri. Non è chiaro perché non sia stata presentata piuttosto una proposta di questo tipo, essendo la riduzione dei costi uno dei principali scopi che si vogliono perseguire³³.

Il sistema di armonizzazione completa non è del tutto convincente per altri due ordini di motivi. In primo luogo, non pare adeguato alla luce dello sviluppo di nuove tipologie di contratti e di diverse forme di conclusione degli stessi, come ad esempio si è già verificato per i contratti conclusi *on line*. Infatti, sarebbe necessario procedere alla modifica del diritto dell'Unione europea armonizzato, ma la procedura legislativa è piuttosto lunga; nel frattempo, gli Stati non potranno nemmeno adeguare il diritto nazionale avvalendosi della clausola di maggior favore per il consumatore.

Inoltre, l'armonizzazione piena non è un obiettivo così semplice e immediato. Come messo in rilievo da un orientamento della dottrina³⁴, mentre può essere raggiunta agevolmente quando si tratti di «regole numeriche» (ad esempio, il periodo di recesso)³⁵, è un'illusione ritenere che gli Stati membri rinuncino ad alcune norme proprie, come ad esempio gli obblighi informativi; rimane peraltro il rischio di interpretazione difforme di clausole generali, come la buona fede e la correttezza (v. ad esempio art. 2, all. I, della proposta sul diritto comune della vendita). Inoltre, la regolamentazione della direttiva e del diritto del-

³⁰ P. ROTT - E. TERRY, *The Proposal for a Directive on Consumer Rights. No Single Set of Rules*, in *Zeitschrift für Europäisches Privatrecht*, 2009, p. 461; M. DE HOON - V. MAK, *Consumer Empowerment Strategies - A Rights-oriented Approach Versus a Needs-Oriented Approach*, *ivi*, 2011, p. 531. Del resto, già le direttive esistenti potevano essere viste come un sistema di uniformazione dei diritti nazionali: P. C. MUELLER-GRAF, *EC Directives as a Means of Private Law Unification*, in A. S. HARTKAMP - M. W. HESSELINK (a cura di), *Towards a European Civil Code*, Nijmegen, Kluwer, 2004, p. 77.

³¹ Si tratta di una critica eccessivamente severa: la valutazione di impatto della Commissione presentata assieme alla proposta analizza dettagliatamente i costi/benefici di diverse scelte normative.

³² Si veda *infra*, par. 5 e 8.

³³ Nel documento del Consiglio del 1° giugno 2012 (Dibattito orientativo/talune questioni, *Justiciv* 210 *Consom* 85 *Codec* 1496) si esprime la necessità di continuare i dibattiti sulla tipologia di atto da adottare.

³⁴ P. ROTT - E. TERRY, *The Proposal for a Directive on Consumer Rights*, *loc. cit.*, p. 459.

³⁵ G. PAISANT, *Proposition de directive relative aux droits des consommateurs. Avantage pour les consommateurs ou faveurs pour les professionnels?*, in *La semaine juridique*, 2009, n. 9, p. 118 pone l'accento sulle possibili interpretazioni divergenti dello stesso atto nei diversi Stati membri; si veda anche: I. RIVA, *La direttiva di armonizzazione massima*, *cit. supra*, nota 25, p. 760.

la vendita, in quanto frammentaria, non può operare senza un diritto generale sui contratti e talvolta anche sulla proprietà; pertanto, l'armonizzazione completa non può sostituire completamente le legislazioni nazionali.

5. La legittimità dell'armonizzazione completa

La direttiva e la proposta di Regolamento, peraltro, suscitano dubbi di compatibilità con alcune norme del Trattato.

Per quanto attiene alla prima, nel parere del Comitato delle Regioni³⁶ si sollevano profili di incompatibilità dell'armonizzazione completa con il principio di sussidiarietà. Una lettura restrittiva di quest'ultimo è stata fornita dalla Corte di giustizia nella nota sentenza *Germania c. Parlamento e Consiglio*, nella quale si afferma che l'allora art. 100 A non conferisce all'Unione competenze generali nella disciplina del mercato interno e che la disparità delle legislazioni nazionali non è di per sé sufficiente per giustificare l'armonizzazione³⁷. Più recentemente la Corte ha seguito un approccio più ampio, superando la necessità di giustificare altrimenti l'armonizzazione e ammettendo altresì che l'art. 114 TFUE fosse una base giuridica corretta per l'emanazione di una direttiva contenente norme molto dettagliate che non lasciano alcun margine di discrezionalità agli Stati³⁸. Analogamente, nel caso *Vodafone*³⁹, la Corte ha specificato che «con l'espressione "misure relative al ravvicinamento" di cui all'art. 95 CE, gli autori del Trattato hanno voluto attribuire al legislatore comunitario, in funzione del contesto generale e delle circostanze spe-

³⁶ V. *supra*, nota 19.

³⁷ Sentenza della Corte di giustizia del 5 ottobre 2000 in causa n. C-376/98, *Germania c. Parlamento europeo e Consiglio*, in *Raccolta*, 2000, I, p. 8419; si legge ai punti 83 e 84: «dalla lettura combinata di tali disposizioni risulta che le misure di cui all'art. 100 A, n. 1, del Trattato sono destinate a migliorare le condizioni di instaurazione e di funzionamento del mercato interno. Interpretare tale articolo nel senso che attribuisca al legislatore comunitario una competenza generale a disciplinare il mercato interno non solo sarebbe contrario al tenore stesso delle disposizioni citate, ma sarebbe altresì incompatibile con il principio sancito all'art. 3 B del Trattato CE (divenuto art. 5 CE), secondo cui le competenze della Comunità sono competenze di attribuzione. Inoltre, un atto adottato sul fondamento dell'art. 100 A del Trattato deve avere effettivamente per oggetto il miglioramento delle condizioni di instaurazione e di funzionamento del mercato interno. Se la semplice constatazione di disparità tra le normative nazionali e del rischio di ostacoli alle libertà fondamentali o di distorsioni della concorrenza che ne potrebbero derivare fosse sufficiente a giustificare la scelta dell'art. 100 A come fondamento giuridico, il controllo giurisdizionale del rispetto del fondamento giuridico potrebbe essere privato di ogni efficacia».

³⁸ Si tratta del secondo procedimento per annullamento della direttiva tabacco come modificata dopo la pronuncia della Corte citata nella nota precedente: sentenza della Corte di giustizia del 12 dicembre 2006 in causa n. C-380/03, *Germania c. Parlamento europeo e Consiglio*, in *Raccolta*, 2006, I, p. 11573. Nella stessa sentenza la Corte si è pronunciata anche sul principio di proporzionalità, ricordando che «solo la manifesta inidoneità di una misura adottata in tale ambito, in relazione allo scopo che l'istituzione competente intende perseguire, può inficiare la legittimità di tale misura» (par. 145), affermando quindi il rispetto del principio nel caso di specie.

³⁹ Sentenza della Corte di giustizia dell'8 giugno 2010 in causa n. C- 58/08, *Vodafone Ltd. e a.*, in *Raccolta*, 2010, I, p. 4999.

cifiche della materia da armonizzare, un margine di discrezionalità in merito alla tecnica di ravvicinamento più appropriata per ottenere il risultato auspicato, in particolare in settori caratterizzati da particolarità tecniche complesse» (punto 35), ammettendo l'adozione di regolamenti per il ravvicinamento delle legislazioni nazionali.

Alla luce della più recente e ampia interpretazione della Corte, la direttiva sarebbe quindi conforme al principio, poiché il legislatore comunitario gode di una certa discrezionalità, anche relativamente alla materia da armonizzare, e sono ammissibili misure dettagliate. Nemmeno il riferimento contenuto nella sentenza *Vodafone* alle «particolarità tecniche complesse» incide sulla valutazione di legittimità, perché enuncia un esempio, come risulta evidente dall'uso della locuzione «in particolare».

Dubbi possono porsi anche in riferimento alle norme comuni in materia di vendita, con particolare riguardo alla sua base giuridica. A seguito di ampie discussioni a livello istituzionale, quest'ultima si troverebbe nell'art. 114 TFUE; la correttezza della scelta dipende, tuttavia, dall'interpretazione del termine «armonizzazione», e, concretamente, se possa con ciò intendersi anche l'adozione di misure facoltative⁴⁰. Sulla base della giurisprudenza della Corte⁴¹ sembra possibile delineare due ipotesi rientranti nella nozione di armonizzazione: in primo luogo, qualora le norme degli Stati membri debbano essere modificate al fine dell'adeguamento; in secondo luogo, se la misura adottata a livello comunitario costituisce un primo passo verso la modifica delle legislazioni nazionali. A parere di chi scrive, non è affatto semplice comprendere se la proposta di Regolamento sul diritto comune della vendita sia una misura di armonizzazione alla luce di queste definizioni.

Anzitutto, qualora il diritto comune della vendita venga adottato tramite Regolamento, non è chiaro se saranno necessarie misure interne di adeguamento; la risposta dovrebbe essere comunque negativa, dal momento che questa regolamentazione non dovrebbe lasciare alcun margine di discrezionalità o di facoltà agli Stati membri, i quali dovrebbero semplicemente consentire la scelta di questo sistema alle parti interessate. Del resto non esistono norme nazionali disciplinanti il contratto internazionale di vendita che dovrebbero essere modificate conformemente al Regolamento⁴².

⁴⁰ Sulle differenti posizioni dottrinali: H. FLEISCHER, *Optionales europäisches Privatrecht* („28. Modell“), in *Max Planck Private Law Research Paper*, n. 12/5, p. 11.

⁴¹ Sentenze della Corte di giustizia del 6 dicembre 2005 in causa n. C-66/03, *Regno Unito c. Parlamento europeo e Consiglio*, in *Raccolta*, 2005, I, p. 10553; del 2 maggio 2006 in causa n. C-346/03, *Parlamento europeo c. Consiglio*, in *Raccolta*, 2006, I, p. 3733; del 2 maggio 2006 in causa n. C-217/04, *Regno Unito c. Parlamento europeo e Consiglio*, in *Raccolta*, 2006, I, p. 3771. Per una recente analisi: G. LOW, *A Numbers Game - The Legal Basis For An Optional Instrument In European Contract Law*, in *Maastricht European Private Law Institute Working Paper*, n. 2012/2, p. 1.

⁴² J. BASEDOW, *Fakultatives Unionsprivatrecht*, in *Festschrift für Franz Jürgen Säcker zum 70. Geburtstag*, München, Beck, 2011, p. 38.

D'altro canto si potrebbe presupporre⁴³ che questo strumento sia uno stimolo al ravvicinamento delle legislazioni nazionali⁴⁴. In tal caso, l'art. 114 sarebbe la corretta base giuridica, dal momento che gli Stati membri modificherebbero spontaneamente il loro diritto nazionale, modellandolo sul diritto comune della vendita, non perché obbligati, ma perché strumento efficace di regolamentazione dei rapporti privati.

Ad avviso di chi scrive, questa conseguenza rimane comunque eventuale, ed è concretamente verificabile solo dopo l'entrata in vigore del Regolamento. Infatti, se il diritto comune della vendita sarà spesso scelto, sia nei contratti *business to business* sia in quelli di consumo, allora gli Stati membri potrebbero essere indotti a modificare la propria legislazione interna al fine di fornire una disciplina rispondente alle esigenze del commercio transnazionale, modellata su quella del diritto comune della vendita. Si tratta di una conseguenza meramente eventuale e non prevedibile al momento attuale⁴⁵. Anzi, alla luce delle precedenti esperienze relative ad altri atti facoltativi di origine comunitaria⁴⁶, si può presumere piuttosto che non vi sarà tale effetto. Pertanto, sembrerebbe quantomeno opportuna la modifica della base giuridica, preferendosi l'art. 352 TFUE, già impiegato per l'adozione di atti facoltativi⁴⁷. Ciò comporterebbe la necessità di ricominciare la procedura di approvazione dall'inizio, ma darebbe la totale garanzia della legittimità del Regolamento indipendentemente dalle conseguenze che quest'ultimo avrà sulle legislazioni nazionali, non profilandosi alcun dubbio relativo alla violazione delle forme sostanziali.

La questione della corretta base giuridica è in effetti ancora aperta, tanto che nel documento del Consiglio del 1° giugno 2012 è indicata fra i punti di interesse per ulteriori discussioni⁴⁸.

⁴³ J. SMITS, *European Private Law: A Plea for a Spontaneous Legal Order*, in D. CURTIN - J. SMITS (a cura di), *European Integration and Law*, Antwerpen, Oxford, Intersentia, 2006, p. 55.

⁴⁴ Per alcuni spunti in questo senso si veda *infra*, par. 6.

⁴⁵ Secondo G. DONADIO, *Diritto contrattuale comunitario e "optional instrument": una valutazione preventiva*, in *Contr. e impr./Europa*, 2011, p. 658 la disciplina stabilita sarebbe poco "appetibile" per le imprese. Si veda anche SMITS, *Party Choice and the Common European Sales Law, or: How to Prevent the CESL from Becoming a Lemon on the Law Market*, in *Maastricht Faculty of Law Working Paper No. 2012/13*.

⁴⁶ Si vedano ad esempio: Regolamento (Cee) n. 2137/85 del Consiglio del 25 luglio 1985 relativo all'istituzione di un gruppo europeo di interesse economico (GEIE), in *Guce* n. L 199 del 31 luglio 1985 p. 1; Regolamento (Ce) n. 1435/2003 del Consiglio, del 22 luglio 2003, relativo allo statuto della Società cooperativa europea (SCE), in *Gu-Ue* n. L 207 del 18 agosto 2003, p. 1.

⁴⁷ Nella sentenza del 2 maggio 2006 in causa n. C-436/03, *Parlamento europeo c. Consiglio*, in *Raccolta*, 2006, I, p. 3733, relativa alla base giuridica del Regolamento sulla Società cooperativa europea, la Corte di giustizia ha affermato che «il regolamento impugnato, che lascia invariati i diversi diritti nazionali esistenti, non può essere considerato nel senso che ha per oggetto il ravvicinamento delle legislazioni degli Stati membri applicabili alle società cooperative; esso ha invece per oggetto la creazione di una nuova forma di società cooperativa che si sovrappone alle forme nazionali» (punto 44). Sebbene una nuova disciplina della vendita non sia assimilabile alla creazione di una nuova forma societaria, tuttavia la prima parte del ragionamento della Corte sembra pertinente anche nel nostro caso, rimanendo invariati i diritti nazionali.

⁴⁸ Addirittura si dà atto del fatto che taluni Stati chiedono ulteriori delucidazioni sulla necessità dello strumento nonché sulla forma che deve avere. Si noti che il parere del Servizio giuridico del

6. Alcune problematiche: il funzionamento delle norme di conflitto

La novità derivante dall'armonizzazione piena pone altresì la questione del rapporto che si instaura tra la nuova normativa e il diritto internazionale privato comunitario.

Il *considerando* n. 10 della direttiva chiarisce che quest'ultima non pregiudica l'applicazione del Regolamento n. 593/2008. Pertanto, sarà applicabile al contratto di consumo la legge della residenza abituale del consumatore, a meno che le parti abbiano scelto la legge regolatrice (art. 6). Poiché, ai sensi dell'art. 25 della direttiva, se il diritto applicabile è quello di uno Stato membro⁴⁹, i consumatori non possono rinunciare ai diritti conferiti dalle misure nazionali di recepimento della direttiva⁵⁰, il consumatore residente in un Paese membro gode sempre della protezione stabilita da questa regolamentazione, indipendentemente dalla sede del professionista. Analogamente accade se le parti scelgono come applicabile la legge di uno Stato membro. Tuttavia, in assenza di scelta, se il consumatore ha la residenza abituale in un Paese terzo, lo *standard* comunitario non avrà alcun rilievo, anche se l'altra parte contraente abbia la sede o comunque stretti collegamenti con l'Unione europea.

Più complesso pare stabilire il rapporto fra le norme di conflitto e la proposta sul diritto comune della vendita. Quest'ultima menziona i Regolamenti «Roma I» e «Roma II»⁵¹ solo nei *considerando*. In particolare, il *considerando* n. 10 specifica che la scelta di utilizzare questo sistema deve essere fatta espressamente «nell'ambito del proprio diritto nazionale applicabile» in virtù dei due regolamenti citati, e che questo accordo «non può pertanto essere assimilato o confuso con la scelta della legge applicabile ai sensi delle norme di conflitto, né può pregiudicarne l'applicazione»: ne consegue che il Regolamento non incide sulle norme di conflitto vigenti.

Questa indicazione non chiarisce del tutto il rapporto fra la scelta del diritto comune della vendita e la determinazione della legge regolatrice. Sembra che questo nuovo sistema possa essere scelto espressamente solo se sia applicabile la legge di uno Stato membro, oggettivamente o per accordo delle par-

Consiglio del 16 marzo 2012, solo parzialmente accessibile al pubblico, ha ad esclusivo oggetto la questione della base giuridica (Jur 116 Justciv 77 Consom 27 Codec 534).

⁴⁹ Si noti che il campo di applicazione di questo atto è più ristretto delle direttive degli anni Ottanta e Novanta, le quali contenevano una clausola di perdurante applicabilità nel caso di scelta della legge di uno Stato terzo, se sussisteva uno stretto collegamento comunitario (ad esempio l'art. 6, par. 2, della direttiva n. 93/13/Cee).

⁵⁰ Trattandosi di uno strumento di armonizzazione completa, le norme nazionali saranno sostanzialmente identiche a quelle comunitarie, non ponendosi la questione del rapporto fra disciplina comunitaria e norme nazionali maggiormente favorevoli.

⁵¹ Regolamento (Ce) n. 864/2007 del Parlamento europeo e del Consiglio, dell'11 luglio 2007, sulla legge applicabile alle obbligazioni extracontrattuali («Roma II»), in *Gu-Ue* n. L 199 del 31 luglio 2007, p. 40.

ti, dal momento che costituirebbe un secondo sistema nazionale. Questa scelta si distinguerebbe, e si aggiungerebbe, a quella relativa alla legge regolatrice.

Non è chiaro tuttavia quale effetto abbia l'accordo sul diritto comune della vendita, contenuto in un contratto al quale sia applicabile la legge di uno Stato terzo. Si potrebbe ritenere di doverne verificare la validità, ma dall'attuale proposta non è chiaro quale sia la legge applicabile a tale questione: infatti, il *considerando* n. 10 fa riferimento ai diritti nazionali, mentre gli artt. 8 e 9 stabiliscono norme uniformi, senza individuare tuttavia la conseguenza della loro violazione⁵².

Diversamente, l'accordo sul diritto comune potrebbe essere interpretato come scelta implicita della legge di uno Stato membro; in questo caso, tuttavia, si porrebbe il problema di determinare quale legge sia concretamente scelta. La questione non è marginale, dal momento che non tutti gli aspetti del rapporto contrattuale sono disciplinati dal diritto comune della vendita, come sottolineato dal *considerando* n. 27⁵³, e la proposta di Regolamento non fornisce alcuna soluzione. Forse si potrebbe parlare di una scelta tacita ai sensi dell'art. 3 Regolamento n. 593/2008, che però dovrebbe risultare chiaramente dalle disposizioni del contratto e dalle circostanze del caso. Tuttavia, non è certo che si possa giungere a questa soluzione, poiché le parti potrebbero aver ritenuto sufficiente la sola scelta del diritto comune della vendita al fine di regolare il proprio rapporto, per cui le circostanze non condurrebbero all'individuazione logica di una legge di uno Stato membro. Ne risulta che potrebbe non essere prevedibile, nemmeno per il professionista, l'applicazione della legge di un Paese membro quando conclude un contratto con un consumatore residente in un Paese terzo e scelga⁵⁴ il diritto comune della vendita. Sarebbe quindi necessario inserire espressamente nel contratto due accordi, uno sulla legge nazionale regolatrice, uno relativo a questa disciplina comune, le cui

⁵² Su queste difficoltà: S. J. WHITTAKER, *The Proposed Common European Sales Law: Legal Framework and the Agreement of the Parties*, in *Legal Research Paper Series*, University of Oxford, Paper n. 10/2012, February 2012, p. 32. Non si può nemmeno escludere che la legge di uno Stato terzo non attribuisca validità a un accordo sulla scelta di un sistema normativo facoltativo.

⁵³ Ai sensi di questo *considerando*: «Qualsiasi materia di natura contrattuale o extracontrattuale non rientrante nel campo di applicazione del diritto comune europeo della vendita è regolata dalle norme preesistenti, estranee al diritto comune europeo, della legge nazionale applicabile in virtù del Regolamento (Ce) n. 593/2008, del Regolamento (Ce) n. 864/2007 o di altre norme di conflitto pertinenti. Tali materie includono la personalità giuridica, l'invalidità del contratto derivante da incapacità giuridica, illegalità o immoralità, la determinazione della lingua del contratto, la non discriminazione, la rappresentanza, la pluralità di debitori e creditori, la modifica delle parti compresa la cessione, la compensazione e la confusione, il diritto di proprietà compreso il trasferimento del titolo, la proprietà intellettuale e la responsabilità extracontrattuale. La questione se domande concorrenti attinenti alla responsabilità contrattuale ed extracontrattuale possano essere fatte valere assieme è anch'essa esclusa dal campo di applicazione del diritto comune europeo della vendita». Un'ulteriore difficoltà sorgerebbe per la determinazione della legge regolatrice della responsabilità precontrattuale nel caso in cui le parti si siano accordate per la sola applicazione del diritto comune della vendita (S. J. WHITTAKER, *The Proposed Common European Sales Law*, cit. *supra*, nota 52, p. 18).

⁵⁴ G. CUNIBERTI, *Common European Sales Law and Third State Sellers*, reperibile sul sito internet www.conflictoflaws.net.

validità, come visto, devono essere probabilmente valutate sulla base di due sistemi diversi.

7. *Segue: Le disposizioni imperative nazionali e comunitarie*

Un'ultima questione problematica attiene alla rilevanza delle norme imperative e di applicazione necessaria.

Nell'ambito armonizzato dalla direttiva n. 2011/83/UE non è possibile individuare disposizioni interne così qualificabili vista l'impossibilità per gli Stati membri di adottare misure diverse; al di fuori dei settori completamente armonizzati, continua ad avere rilevanza l'art. 6, par. 2, del Regolamento «Roma I», che richiama le norme imperative della legge dello Stato di residenza abituale del consumatore in caso di scelta di legge, ovvero l'art. 9 sulle norme di applicazione necessaria.

Tuttavia, se la legge scelta è quella di un Paese terzo, ma tutti gli elementi del contratto sono intracomunitari, l'art. 3, par. 4, del Regolamento «Roma I» fa salva l'invocabilità delle norme imperative comunitarie⁵⁵. Si deve quindi verificare se [tutte o alcune del]le norme della direttiva possano essere così qualificate. La giurisprudenza della Corte di giustizia ha affermato il carattere imperativo di alcune delle disposizioni contenute nelle direttive degli anni Ottanta e Novanta sulla base di considerazioni attinenti alla tutela del consumatore⁵⁶. Nonostante il campo di applicazione spaziale più limitato della nuova direttiva rispetto alle precedenti⁵⁷, si deve ritenere che anche le sue disposizioni siano imperative. Infatti, l'ipotesi contraria comporterebbe una tutela del consumatore minore rispetto a quella precedentemente garantita, essendo possibile per il professionista inserire una clausola di scelta della legge di uno Stato terzo per escludere l'applicazione dello *standard* comunitario e l'irrinunciabilità dei diritti stabilita dall'art. 25. Il richiamo contenuto nel *considerando* n. 58 al Regolamento «Roma I» per determinare la protezione garantita al consumatore in caso di applicazione della legge di un Paese terzo sembra proprio riferirsi all'art. 3, par. 4, confermando indirettamente il carattere imperativo delle disposizioni della direttiva.

⁵⁵ Il *considerando* n. 58 specifica che «se la legge applicabile a un contratto è quella di un Paese terzo, dovrebbe essere applicato il Regolamento (CE) n. 593/2008 al fine di determinare se il consumatore mantiene la protezione concessa dalla presente direttiva».

⁵⁶ Sentenze della Corte di giustizia del 27 giugno 2000 in cause riunite da n. C-240 a n. C-244/98, *Oceano*, in *Raccolta*, 2000, I, p. 4941; del 21 novembre 2002 in causa n. C-473/00, *Cofidis*, in *Raccolta*, 2002, I, p. 10875; del 4 ottobre 2007 in causa n. C-429/07, *Rampion*, in *Raccolta*, 2007, I, p. 8017; più ampiamente: M. EBERS, *From Oceano to Asturcom: Mandatory Consumer Law, Ex Officio Application of European Union Law and Res Judicata*, in *European Review of Private Law*, 2010, p. 823.

⁵⁷ L'art. 25 della direttiva limita il proprio ambito al solo caso in cui sia applicabile la legge di uno Stato membro.

Ne consegue, ad avviso di chi scrive, che dal sistema della direttiva e del Regolamento «Roma I» l'inderogabilità verrebbe meno solo se la legge di uno Stato terzo fosse applicabile oggettivamente.

Il diritto uniforme della vendita esclude espressamente qualsiasi rilevanza di norme imperative, semplici o di applicazione necessaria, di origine nazionale. Il *considerando* n. 12 afferma che l'art. 6, par. 2, del Regolamento «Roma I» non ha rilevanza pratica; pertanto, se le parti avranno convenuto di applicarlo, non sarà possibile invocare alcun'altra norma nazionale. Secondo la proposta di Regolamento, poiché le norme di diritto comune della vendita del diritto nazionale prescelto sono identiche alle norme di diritto comune europeo della vendita del Paese del consumatore, le norme imperative del Paese di quest'ultimo non sono superiori né questi è privato della protezione assicurata dalla legge del Paese in cui ha la residenza abituale⁵⁸.

Questa conclusione non considera tuttavia due aspetti: *a.*, l'esistenza nel diritto nazionale di norme di maggior tutela nei confronti della parte debole nei settori non armonizzati dalle recenti direttive; *b.*, la derogabilità delle norme comuni sulla vendita. Pur non essendo possibile nei contratti di consumo il *depeçage*, cioè la scelta di applicarne solo alcune norme (art. 8, par. 3)⁵⁹, l'imperatività in favore del consumatore è stabilita solo per un numero limitato di disposizioni⁶⁰. Questo significa anzitutto che il consumatore potrebbe vedersi costretto a rinunciare a una protezione più ampia, stabilita dalla legge del Paese della propria residenza abituale, a causa di una scelta, imposta o non del tutto consapevole, del diritto comune della vendita, a cui si aggiungerebbero ulteriori deroghe a favore della parte forte. Inoltre, non può porsi come presupposto il fatto che il diritto comune della vendita costituisca il sistema di tutela più avanzato negli ordinamenti nazionali, anche se il livello di tutela garantito è effettivamente elevato. Infine, è in ogni caso contraddittorio affermare che questa normativa garantisce la miglior protezione, se la stessa è derogabile, salvi alcuni settori già pacificamente rientranti nell'*acquis* comunitario.

Pur non essendo espressamente prese in considerazione nel testo della proposta, anche le norme di applicazione necessaria di cui all'art. 9 del Regolamento «Roma I» non sarebbero invocabili nel caso in cui sia effettuata la

⁵⁸ M. W. HESSELINK, *How to opt into the common European sales law?*, cit. *supra* nota 23, p. 3, sottolinea i diversi effetti derivanti dalla qualificazione del diritto comune come secondo sistema nazionale, ovvero ventottesimo all'interno dell'Unione europea. In quest'ultimo caso, la scelta di applicare il diritto comune costituirebbe esercizio dell'autonomia internazionaleprivatistica e le norme del Regolamento «Roma I» sarebbero comunque invocabili.

⁵⁹ La possibilità di "spezzettamento" potrebbe pregiudicare del tutto la tutela sostanziale del consumatore, e quindi la necessità di garantire un livello alto di protezione ai sensi dell'art. 169 TFUE (M. W. HESSELINK, *How to opt into the common European sales law?*, loc. cit., p. 9).

⁶⁰ Si tratta essenzialmente degli stessi settori riconosciuti come inderogabili dalle direttive già in vigore e dalla giurisprudenza della Corte di giustizia cit. *supra*, nota 56.

scelta, nelle materie disciplinate dallo stesso. Tuttavia⁶¹, molte di queste norme internazionalmente imperative previste nei diritti nazionali attengono a settori diversi da quelli rientranti nell'ambito della proposta sul diritto comune, come ad esempio l'oggetto illegale del contratto o l'incapacità dei minori, e rimarrebbero comunque invocabili.

Complessivamente, nell'ambito del diritto della vendita, il ruolo del diritto nazionale sarebbe quindi ancora minore rispetto alla direttiva n. 2011/83/UE⁶² per lo scarso rilievo di norme imperative nazionali e il più ampio ambito materiale di applicazione.

8. L'armonizzazione completa e i costi per il professionista

In conclusione, rimane brevemente da verificare se i due strumenti siano idonei a raggiungere lo scopo perseguito, ovvero la riduzione dei costi per i professionisti.

Si deve rilevare che questo obiettivo è raggiunto solo parzialmente dalla direttiva sui contratti di consumo, poiché stabilisce l'armonizzazione completa per settori molto limitati; il miglioramento appare quindi di modesta portata, poiché l'adeguamento a norme nazionali diverse rimane necessario.

Più efficace in tal senso pare la proposta sul diritto comune della vendita. Certamente, i costi di adeguamento non si eliminano per l'introduzione di uno strumento normativo ulteriore, che può essere scelto dalle parti, e che non sostituisce i diritti nazionali. Solo se il diritto comune della vendita sarà sempre scelto, allora i costi di adeguamento saranno eliminati, perché gli obblighi del professionista saranno sempre gli stessi in tutti i rapporti. Nei contratti di consumo questa uniformità è possibile, perché normalmente si tratta di contratti *standard*, nei quali la parte forte potrebbe avere interesse a inserire una clausola sulla scelta del diritto comune della vendita⁶³.

Non si può tuttavia parlare di totale eliminazione dei costi di adeguamento, poiché – in entrambi i sistemi esaminati – non è esclusa l'applicabilità di una legge nazionale, o nelle materie non comprese da questi due atti, o quan-

⁶¹ M. W. HESSELINK, *How to opt into the common European sales law?*, cit. *supra*, nota 58, p. 5.

⁶² H. W. MICKLITZ - N. REICH, *The Commission Proposal for a "Regulation on a Common European Sales Law (CESL)" - Too Broad or Not Broad Enough*, in *EUI Working Papers LAW*, 2012/04, p. 22.

⁶³ Deve rilevarsi che in alcune ipotesi il consumatore ha comunque un certo potere negoziale, per cui potrebbe rifiutare l'applicazione del diritto comune della vendita. Esempio ne è il caso *Mietz* (sentenza della Corte di giustizia del 27 aprile 1999 in causa n. C-99/96, in *Raccolta*, 1999, I, p. 2277). La riduzione dei costi non dipende, tuttavia, dalla mera disponibilità di uno strumento normativo facoltativo, ma dall'uso che se ne farà. Del resto, vi è motivo di ritenere non si tratterà di uno strumento largamente utilizzato, perché la tutela garantita al consumatore è molto elevata. Pertanto, nonostante le premesse, non dovrebbe conseguire concretamente una significativa riduzione dei costi di adeguamento.

tomeno in relazione alle disposizioni internazionalmente imperative⁶⁴. Ne consegue che permangono oneri di adeguamento a carico dei professionisti.

Infine, questi due strumenti paiono comportare ulteriori costi, diversi da quelli presi in considerazione dalla Commissione.

Ad esempio, nella direttiva sui contratti di consumo sono previsti onerosi obblighi informativi e formali. Ciò significa che il professionista deve sopportare dei costi per la predisposizione, ad esempio, di documenti informativi, o di contratti aventi forma e contenuto determinati. Tuttavia, non dovrebbero essere costi particolarmente rilevanti, soprattutto nei casi di contratti *standard*, dal momento che gli stessi moduli e modelli contrattuali possono essere forniti a un numero elevato di consumatori.

Nell'ambito del diritto comune della vendita vi è una serie di oneri impliciti a carico del professionista, che voglia assicurarsi la massima certezza giuridica circa il regime normativo. Infatti, qualora intendesse applicare il diritto comune della vendita, dovrebbe in primo luogo accertare quale sia la legge regolatrice del contratto, adempimento che ha comunque un costo – anche se non così importante come l'accertamento del contenuto della stessa e delle disposizioni imperative nazionali a tutela del consumatore. Quindi, se si tratta della legge di uno Stato terzo, deve inserire la scelta della legge di un Paese membro, e solo successivamente del diritto comune della vendita. Si tratta di adempimenti probabilmente non eccessivamente onerosi, soprattutto nei contratti di consumo, ma necessari al fine di assicurarsi l'applicazione di questo regime giuridico. Ne risulta, ad avviso di chi scrive, che l'adozione di questo atto facoltativo non sembra così vantaggioso come appare dalla proposta della Commissione⁶⁵, in quanto la sua applicabilità non è davvero immediata. Alla luce di queste riflessioni, non è possibile affermare con certezza che i costi complessivi per l'accesso al commercio internazionale diminuiscano in maniera sensibile, nemmeno in relazione a contratti conclusi con i consumatori.

Silvia Marino*

SINTESI

Il presente articolo si propone di analizzare un aspetto specifico delle più recenti direttive e proposte dell'Unione europea in materia di contratti di consumo, ovvero l'armonizzazione completa o piena. Gli ultimi atti adottati nel settore stabiliscono

⁶⁴ V. *supra*, par. 6 e 7.

⁶⁵ Ancora maggiori sono i costi nel caso di contratti fra professionisti, dal momento che si innalzano i c.d. costi di transazione, determinati dalla necessaria negoziazione sulla legge applicabile (si veda, con maggior dettaglio: E. A. POSNER, *The Questionable Basis of the Common European Sales Law*, cit. *supra*, nota 29, p. 5).

* Ricercatore / Università degli Studi dell'Insubria.

che nei settori armonizzati gli Stati membri non mantengono né introducono norme diverse da quelle stabilite nelle direttive, nel loro campo di applicazione. Dopo aver chiarito, anche a seguito di un recente intervento della Corte di giustizia in proposito, cosa debba intendersi per armonizzazione minima, si affrontano alcune problematiche del tutto nuove, quali la legittimità di questa forma di armonizzazione, la correttezza della scelta della base giuridica, il livello di tutela sostanziale garantito al consumatore, e il rapporto fra le nuove normative e il diritto internazionale privato dell'Unione europea. Alla luce di queste considerazioni, si conclude verificando se questi atti siano davvero efficaci al fine del raggiungimento dell'obiettivo perseguito.

ABSTRACT

This article aims to analyze the consequence of the full harmonisation of national legislation by recent EU Directives on consumer contracts, and by the EU Proposal on a Common European Sales Law. These acts state that Member States may not maintain or introduce in their national law provisions diverging from those laid down in the directives. Starting from this provision, the article clarifies what is meant by minimum harmonization, having regard to recent European Court of Justice case law. Then, it faces some new and consequent problems, such as the legitimacy of this kind of harmonization, the correctness of legal basis chosen, the level of the protection guaranteed to the consumer, and the relationship between the new regulations and the EU private international law. After these considerations, it concludes by checking whether these acts are really effective in order to achieve the objectives pursued.

CONSIGLIO EUROPEO

Conclusioni della Presidenza del Consiglio europeo, 28-29 giugno 2012*

Negli ultimi due anni e mezzo l'Unione europea ha adottato importanti misure di ampio respiro per superare la crisi e migliorare la governance dell'UEM. Tuttavia, l'Europa sta vivendo una nuova recrudescenza delle tensioni. La crisi che assedia il debito sovrano e la debolezza del settore finanziario, unitamente alla scarsa crescita persistente e agli squilibri macroeconomici, stanno rallentando la ripresa economica e creando rischi per la stabilità dell'UEM. Ciò sta avendo conseguenze negative sulla disoccupazione e potrebbe ridurre il potenziale dell'Europa di beneficiare di un graduale miglioramento delle prospettive economiche globali.

Siamo pertanto impegnati ad adottare ferme misure per affrontare le tensioni nei mercati finanziari, ripristinare la fiducia e dare nuovo impulso alla crescita. Ribadiamo il nostro impegno a preservare l'UEM e a darle una base più solida per il futuro. La nostra priorità fondamentale rimane una crescita forte, intelligente, sostenibile e inclusiva, basata su finanze pubbliche sane, riforme strutturali e investimenti per incrementare la competitività.

Per questo motivo i Capi di Stato o di Governo hanno convenuto oggi un «patto per la crescita e l'occupazione» comprendente le misure che gli Stati membri e l'Unione europea dovranno adottare al fine di rilanciare la crescita, gli investimenti e l'occupazione e rendere l'Europa più competitiva. Abbiamo inoltre approvato le raccomandazioni specifiche per paese volte a fornire orientamenti per le politiche e i bilanci degli Stati membri. Abbiamo infine evidenziato il ruolo che dovrebbe svolgere il prossimo quadro finanziario pluriennale per consolidare la crescita e l'occupazione. Il presidente del Consiglio europeo ha presentato la relazione «Verso un'autentica Unione economica e monetaria».

Siamo determinati ad adottare le misure necessarie per garantire un'Europa finanziariamente stabile, competitiva e prospera e accrescere in tal modo il benessere dei cittadini.

I. Crescita, investimenti e occupazione (Omissis)

II. Relazione sull'UEM (Omissis)

III. Quadro finanziario pluriennale (Omissis)

* Il testo integrale delle Conclusioni del Consiglio europeo è reperibile sul sito internet <http://www.european-council.europa.eu/council-meetings/conclusions.aspx?lang=it> (n.d.r.).

IV. Altri punti (*Omissis*)

ALLEGATO

«Patto per la crescita e l'occupazione»

I Capi di Stato o di Governo, dichiarandosi determinati a stimolare una crescita intelligente, sostenibile e inclusiva, efficiente sotto il profilo delle risorse e creatrice di occupazione, nel quadro della strategia Europa 2020, sottolineando la necessità di mobilitare a tal fine tutti gli strumenti, leve e politiche, ad ogni livello di *governance* nell'Unione europea, ricordando l'importanza che rivestono finanze pubbliche sane, riforme strutturali e investimenti mirati per una crescita sostenibile, hanno convenuto il seguente patto:

Misure da adottare a livello degli Stati membri

1. Tutti gli Stati membri restano pienamente impegnati ad adottare le misure immediate e necessarie a livello nazionale per conseguire gli obiettivi della strategia Europa 2020. I nuovi strumenti di *governance* economica dell'Unione europea devono essere applicati appieno e con efficacia e si dovrebbe ricorrere maggiormente alla "pressione tra pari". Le proposte in sospeso volte a completare questo quadro ("two-pack") devono essere adottate celermente.

2. Nell'attuare le raccomandazioni specifiche per paese, gli Stati membri insisteranno in modo particolare sulle seguenti azioni:

a. portare avanti un *risanamento di bilancio* differenziato e *favorevole alla crescita* rispettando il patto di stabilità e crescita e tenendo conto delle specificità dei singoli paesi; deve essere prestata un'attenzione particolare agli investimenti nei settori orientati al futuro aventi un nesso diretto con il potenziale di crescita dell'economia e alla garanzia della sostenibilità dei regimi pensionistici. La Commissione sta valutando attentamente l'incidenza delle forti restrizioni di bilancio sulla spesa pubblica a favore della crescita e sugli investimenti pubblici. Pubblicherà una relazione sulla qualità della spesa pubblica e sulla portata di possibili azioni entro i limiti dei quadri di bilancio nazionali e dell'UE;

b. ripristinare la normale *erogazione di prestiti all'economia* e completare con urgenza la ristrutturazione del settore bancario;

c. promuovere la *crescita e la competitività*, in particolare rimediando agli squilibri radicati e portando avanti le riforme strutturali per liberare il proprio potenziale di crescita, anche attraverso l'apertura alla concorrenza delle industrie di rete, la promozione dell'economia digitale, lo sfruttamento del potenziale di un'economia verde, l'abolizione delle restrizioni ingiustificate imposte ai fornitori di servizi e l'agevolazione dell'avvio di un'attività commerciale;

d. lottare contro la *disoccupazione* e affrontare con efficacia le *conseguenze sociali* della crisi; portare avanti le riforme per migliorare i livelli di occupazione; intensificare gli sforzi, anche sostenuti dall'FSE, intesi ad aumentare l'occupazione giovanile, in particolare per facilitare la prima esperienza lavorativa dei giovani e la loro partecipazione al mercato del lavoro, al fine di assicurare che entro alcuni mesi dal completamento del percorso scolastico i giovani ricevano un'offerta qualitativamente buona di occupazione, proseguimento degli studi, apprendistato o tirocinio, e sviluppare e attuare politiche efficaci per combattere la povertà e fornire assistenza alle categorie vulnerabili. Gli Stati membri attueranno rapidamente i propri piani nazionali per l'occupazione e ne elaboreranno di più ambiziosi e precisi per il prossimo semestre europeo. Gli Stati membri dovranno avvalersi delle possibilità di finanziare temporaneamente, a partire dal Fondo sociale europeo, gli incentivi a favore delle assunzioni;

e. modernizzare la *pubblica amministrazione*, in particolare rimediando ai ritardi della giustizia, riducendo gli oneri amministrativi e sviluppando i servizi amministrativi online. A tale riguardo dovrebbero essere condivise le migliori pratiche.

Contributo delle politiche europee alla crescita e all'occupazione

3. Sono necessarie nuove misure urgenti a livello di Unione europea per stimolare la crescita e l'occupazione, potenziare il finanziamento dell'economia nel breve e medio periodo e rendere l'Europa più competitiva come luogo di produzione e di investimento. (*Omissis*)

h. È fondamentale potenziare il *finanziamento dell'economia*. Vengono mobilitati 120 miliardi di EUR (equivalenti a circa l'1% dell'RNL dell'UE) per misure ad effetto rapido a favore della crescita:

– si dovrà aumentare di 10 miliardi di EUR il capitale versato della BEI, allo scopo di aumentare la base di capitale e di accrescere la capacità totale di prestito di 60 miliardi di EUR, liberando in tal modo fino a 180 miliardi di EUR di investimenti supplementari, ripartiti in tutta l'Unione europea, compresi i paesi più vulnerabili. Tale decisione dovrà essere adottata dal consiglio dei governatori della BEI affinché entri in vigore entro il 31 dicembre 2012;

– si dovrà avviare immediatamente la fase pilota dell’iniziativa sui prestiti obbligazionari per il finanziamento di progetti, consentendo investimenti supplementari fino a 4,5 miliardi di EUR a favore di progetti pilota nei settori chiave dei trasporti, dell’energia e dell’infrastruttura a banda larga. In futuro potrebbe essere potenziato ulteriormente in tutti i paesi il volume di tali strumenti finanziari, anche a sostegno del meccanismo per collegare l’Europa, a condizione che la relazione e la valutazione intermedie dalla fase pilota siano positive;

– ove opportuno e nel rispetto delle regole di disimpegno, gli Stati membri hanno la possibilità di collaborare con la Commissione, nell’ambito delle norme e prassi esistenti, per usare parte delle dotazioni provenienti dai fondi strutturali in modo tale da condividere il rischio di prestito della BEI e offrire garanzie sui prestiti per conoscenze e competenze, efficienza delle risorse, infrastrutture strategiche e accesso ai finanziamenti per le PMI. I fondi strutturali hanno riassegnato risorse a sostegno della ricerca e dell’innovazione, delle PMI e dell’occupazione giovanile e ulteriori 55 miliardi di EUR saranno destinati a misure a sostegno della crescita nel periodo in corso. Dovrebbe essere ulteriormente rafforzato il sostegno alle PMI, anche facilitando il loro accesso ai finanziamenti dell’UE.

Gli Stati membri hanno anche la possibilità di valutare l’eventualità di riassegnazioni all’interno delle dotazioni nazionali, nel rispetto delle norme vigenti e in cooperazione con la Commissione;

– occorre ampliare l’intervento del Fondo europeo per gli investimenti, in particolare con riguardo all’attività di *venture capital*, in collegamento con le strutture nazionali esistenti.

i. Il bilancio dell’Unione europea deve costituire un catalizzatore della crescita e dell’occupazione in tutta Europa, stimolando in particolare gli investimenti produttivi e in capitale umano. Nell’ambito del futuro quadro finanziario pluriennale la spesa dovrà essere mobilitata a sostegno della crescita, dell’occupazione, della competitività e della convergenza, in linea con la strategia Europa 2020.

j. La politica tributaria dovrebbe contribuire al risanamento di bilancio e alla crescita sostenibile. Occorre proseguire i lavori e le discussioni sulle proposte della Commissione riguardanti la tassazione dell’energia, la base imponibile consolidata comune per l’imposta sulle società e la revisione della direttiva sulla tassazione dei redditi da risparmio. Come rilevato nella sessione del Consiglio del 22 giugno 2012, la proposta relativa a una tassa sulle transazioni finanziarie non sarà adottata dal Consiglio entro un periodo ragionevole. Vari Stati membri chiederanno pertanto una cooperazione rafforzata in questo settore, affinché tale proposta sia adottata entro dicembre 2012. La Commissione continua a lavorare su soluzioni concrete per potenziare la lotta contro la frode e l’evasione fiscali e presenterà a breve un piano d’azione comprendente opzioni a tal fine. Devono essere rapidamente convenute le direttive di negoziato per gli accordi sulla tassazione dei redditi da risparmio con i paesi terzi. Gli Stati membri che partecipano al patto Euro Plus proseguiranno le loro discussioni strutturate in materia di politica tributaria, in particolare per assicurare gli scambi di migliori pratiche.

k. Promuovere l’occupazione sia delle donne sia degli uomini, in particolare tra i giovani e i disoccupati di lungo periodo, rappresenta una precisa priorità. Il Consiglio esaminerà e deciderà celermente sulle proposte contenute nel pacchetto occupazione della Commissione, in cui si insiste sulla creazione di posti di lavoro di qualità, sulla riforma strutturale dei mercati del lavoro e sugli investimenti in capitale umano. È fondamentale affrontare la disoccupazione giovanile, ricorrendo soprattutto alle iniziative della Commissione sulle garanzie per i giovani e sul quadro di qualità per i tirocini. È anche importante promuovere la riattivazione dei lavoratori anziani. La *governance* UE, anche sotto il profilo della sorveglianza multilaterale sulle politiche per l’occupazione, dev’essere migliorata.

l. La mobilità dei lavoratori all’interno dell’UE deve essere agevolata. Occorre trasformare il portale EURES in un autentico strumento europeo di collocamento e assunzione ed esaminare la possibilità di estenderlo agli apprendistati e ai tirocini nonché di fornire ulteriore sostegno all’azione preparatoria «Il tuo primo posto di lavoro EURES». È necessario sviluppare nuovi strumenti UE per individuare meglio le nuove competenze richieste, migliorare il riconoscimento delle qualifiche professionali e delle competenze linguistiche, ridurre il numero delle professioni regolamentate e consolidare l’acquisizione e il mantenimento dei diritti a pensione transfrontalieri e altri diritti di sicurezza sociale dei lavoratori dell’UE. Occorre anche proseguire i lavori sulla proposta relativa all’esercizio dei diritti dei lavoratori distaccati.

m. Il commercio deve essere usato meglio come motore della crescita. L’Unione europea è determinata a promuovere scambi liberi, equi e aperti affermando nel contempo i propri interessi, in uno spirito di reciprocità e di mutuo vantaggio, specialmente nei confronti delle più importanti economie mondiali. Si dovrebbe esaminare rapidamente la proposta della Commissione relativa all’accesso ai mercati degli appalti pubblici nei paesi terzi.

Fermo restando che il rafforzamento del sistema multilaterale rimane un obiettivo essenziale, i negoziati bilaterali in corso e i possibili negoziati bilaterali futuri rivestono un’importanza economica particolarmente elevata. Un maggiore impegno dovrà in particolare essere orientato verso l’eliminazione degli ostacoli agli scambi, il miglioramento dell’accesso al mercato, condizioni di

investimento appropriate, la protezione della proprietà intellettuale e l'apertura dei mercati degli appalti pubblici. Gli accordi finalizzati devono essere firmati e ratificati con rapidità. Gli accordi di libero scambio con Singapore e con il Canada dovranno essere messi a punto entro la fine dell'anno; i negoziati con l'India richiedono un nuovo impulso da ambo le parti e dovranno proseguire i lavori per l'approfondimento delle relazioni commerciali dell'UE con il Giappone. I Capi di Stato o di Governo attendono con interesse le raccomandazioni del Gruppo di lavoro UE-USA ad alto livello su occupazione e crescita e si impegnano a lavorare per il conseguimento dell'obiettivo di avviare nel 2013 i negoziati su un accordo globale transatlantico sul commercio e gli investimenti.

n. La *stabilità finanziaria* è un prerequisito della crescita. La relazione «Verso un'autentica Unione economica e monetaria» delinea idee significative al riguardo. In alcuni settori gli Stati membri che condividono una moneta unica e altri che desiderano associarsi allo sforzo intendono spingersi oltre, per coordinare e integrare le rispettive politiche finanziarie, di bilancio ed economiche nell'ambito dell'Unione europea, rispettando appieno l'integrità del mercato unico e dell'Unione europea nel suo complesso.

Dichiarazione del vertice della zona euro del 29 giugno 2012

- Affermiamo che è imperativo spezzare il circolo vizioso tra banche e debito sovrano. La Commissione presenterà a breve proposte relative a un meccanismo di vigilanza unico fondate sull'art. 127, par. 6. Chiediamo al Consiglio di prenderle in esame in via d'urgenza entro la fine del 2012. Una volta istituito, per le banche della zona euro, un efficace meccanismo di vigilanza unico con il coinvolgimento della BCE, il MES potrà avere facoltà, sulla scorta di una decisione ordinaria, di ricapitalizzare direttamente gli istituti bancari. Questa procedura si baserà su un'appropriata condizionalità, ivi compresa l'osservanza delle regole sugli aiuti di Stato, che dovrebbe essere specifica per ciascun istituto, specifica per settore ovvero applicabile a tutta l'economia e sarà formalizzata in un memorandum d'intesa. L'Eurogruppo esaminerà la situazione del settore finanziario irlandese nella prospettiva di migliorare ulteriormente la sostenibilità del programma di aggiustamento che sta dando buoni risultati. Casi simili saranno trattati allo stesso modo.

- Insistiamo affinché sia concluso celermente il *memorandum* d'intesa allegato al sostegno finanziario a favore della Spagna per la ricapitalizzazione del suo settore bancario.

Riaffermiamo che l'assistenza finanziaria sarà fornita dal FESF fino a quando il MES non sarà disponibile, meccanismo al quale sarà in seguito trasferita senza ottenere *status* preferenziale.

- Affermiamo il nostro forte impegno a compiere quanto necessario per assicurare la stabilità finanziaria della zona euro, in particolare facendo ricorso, in modo flessibile ed efficace, agli strumenti FESF/MES esistenti al fine di stabilizzare i mercati per gli Stati membri che rispettino le raccomandazioni specifiche per paese e gli altri impegni, tra cui i rispettivi calendari, nell'ambito del semestre europeo, del patto di stabilità e crescita e delle procedure per gli squilibri eccessivi. Tali condizioni dovranno figurare in un *memorandum* d'intesa. Ci compiacciamo che la BCE abbia convenuto di fungere da agente per conto del FESF/MES nel condurre operazioni di mercato in modo effettivo ed efficace.

- Incarichiamo l'Eurogruppo di attuare tali decisioni entro il 9 luglio 2012.

DOCUMENTAZIONE

LA CROAZIA NEL 2013 DIVENTA MEMBRO DELL'UNIONE EUROPEA: GESTIONE DELLE NUOVE FRONTIERE ESTERNE E CONTROLLO DI FRONTIERA SUI VALICHI COMUNI

Trattato tra il Regno del Belgio, la Repubblica di Bulgaria, la Repubblica ceca, il Regno di Danimarca, la Repubblica federale di Germania, la Repubblica di Estonia, l'Irlanda, la Repubblica ellenica, il Regno di Spagna, la Repubblica francese, la Repubblica italiana, la Repubblica di Cipro, la Repubblica di Lettonia, la Repubblica di Lituania, il Granducato di Lussemburgo, la Repubblica di Ungheria, la Repubblica di Malta, il Regno dei Paesi Bassi, la Repubblica d'Austria, la Repubblica di Polonia, la Repubblica portoghese, la Romania, la Repubblica di Slovenia, la Repubblica Slovacca, la Repubblica di Finlandia, il Regno di Svezia, il Regno Unito di Gran Bretagna e Irlanda del Nord (Stati membri dell'Unione europea) e la Repubblica di Croazia relativo all'adesione della Repubblica di Croazia all'Unione europea*

(*Omissis*)

Articolo 1

1. La Repubblica di Croazia diventa membro dell'Unione europea e della Comunità europea dell'energia atomica.
2. La Repubblica di Croazia diventa Parte del Trattato sull'Unione europea, del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea e del Trattato che istituisce la Comunità europea dell'energia atomica, così come modificati o integrati.
3. Le condizioni di ammissione e gli adattamenti ai trattati di cui al par. 2 resi necessari da tale ammissione sono contenuti nell'atto allegato al presente trattato. Le disposizioni di tale atto costituiscono parte integrante del presente trattato.

* In *Gu-Ue* n. L 112 del 24 aprile 2012, p. 14 ss. In argomento v. *infra*, p. 613 ss., la nota di GIUSEPPE LICASTRO.

Articolo 2

Le disposizioni concernenti i diritti e gli obblighi degli Stati membri, nonché i poteri e le competenze delle istituzioni dell'Unione, quali figurano nei trattati di cui la Repubblica di Croazia diventa Parte in virtù dell'art. 1, par. 2, si applicano ai fini del presente trattato.

Articolo 3

1. Il presente trattato è ratificato dalle Alte Parti Contraenti conformemente alle rispettive norme costituzionali. Gli strumenti di ratifica sono depositati presso il governo della Repubblica italiana entro il 30 giugno 2013.

2. Con la ratifica del presente trattato si intendono ratificati o approvati dalla Repubblica di Croazia anche le modifiche dei trattati di cui all'art. 1, par. 2, aperte alla ratifica o all'approvazione degli Stati membri in virtù dell'art. 48 del Trattato sull'Unione europea al momento della ratifica del presente trattato da parte della Repubblica di Croazia, e gli atti delle istituzioni adottati in quel momento o anteriormente e che entreranno in vigore solo dopo l'approvazione degli Stati membri conformemente alle rispettive norme costituzionali.

3. Il presente trattato entra in vigore il 1° luglio 2013, a condizione che tutti gli strumenti di ratifica siano stati depositati prima di tale data.

4. In deroga al par. 3, le istituzioni dell'Unione possono adottare prima dell'adesione le misure di cui all'art. 3, par. 7, all'art. 6, par. 2, secondo comma, all'art. 6, par. 3, secondo comma, all'art. 6, par. 6, secondo e terzo comma, all'art. 6, par. 7, secondo comma, all'art. 6, par. 8, terzo comma, all'art. 17, all'art. 29, par. 1, all'art. 30, par. 5, all'art. 31, par. 5, all'art. 35, par. 3 e 4, agli artt. 38, 39, 41, 42, 43, 44, 49, 50 e 51 e agli allegati da IV a VI dell'atto di cui all'art. 1, par. 3.

Tali misure entrano in vigore subordinatamente all'entrata in vigore del presente trattato alla data di entrata in vigore dello stesso.

5. In deroga al par. 3, l'art. 36 dell'atto di cui all'art. 1, par. 3, si applica dal momento della firma del presente trattato.

Articolo 4

Il presente trattato, redatto in unico esemplare in lingua bulgara, ceca, croata, danese, estone, finlandese, francese, greca, inglese, irlandese, italiana, lettone, lituana, maltese, neerlandese, polacca, portoghese, rumena, slovacca, slovena, spagnola, svedese, tedesca e ungherese, i testi in ciascuna di queste lingue facenti ugualmente fede, è depositato negli archivi del governo della Repubblica italiana, che provvederà a trasmetterne copia certificata conforme a ciascuno dei governi degli altri Stati firmatari.

(Omissis)

Atto relativo alle condizioni di adesione della Repubblica di Croazia e agli adattamenti del Trattato sull'Unione europea, del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea e del Trattato che istituisce la Comunità europea dell'energia atomica**

Parte Prima - Principi

Articolo 1

Ai fini del presente atto:

- per «trattati originari» si intendono:

a. il Trattato sull'Unione europea (TUE) e il Trattato sul funzionamento dell'Unione europea (TFUE), quali modificati o integrati da trattati o altri atti entrati in vigore prima dell'adesione della Repubblica di Croazia;

b. il Trattato che istituisce la Comunità europea dell'energia atomica (Trattato CEEA), quale modificato o integrato da trattati o altri atti entrati in vigore prima dell'adesione della Repubblica di Croazia;

- per «Stati membri attuali» si intendono il Regno del Belgio, la Repubblica di Bulgaria, la Repubblica ceca, il Regno di Danimarca, la Repubblica federale di Germania, la Repubblica di Estonia, l'Irlanda, la Repubblica ellenica, il Regno di Spagna, la Repubblica francese, la Repubblica italiana, la Repubblica di Cipro, la Repubblica di Lettonia, la Repubblica di Lituania, il Granducato di Lussemburgo, la Repubblica di Ungheria, la Repubblica di Malta, il Regno dei Paesi Bassi, la Repubblica d'Austria, la Repubblica di Polonia, la Repubblica portoghese, la Romania, la Repubblica di Slovenia, la Repubblica slovacca, la Repubblica di Finlandia, il Regno di Svezia e il Regno Unito di Gran Bretagna e Irlanda del Nord,

- per «Unione» si intende l'Unione europea che si fonda sul TUE e sul TFUE e/o, a seconda dei casi, la Comunità europea dell'energia atomica,

- per «istituzioni» si intendono le istituzioni create dal TUE.

Articolo 2

Dalla data di adesione le disposizioni dei trattati originari e degli atti adottati dalle istituzioni prima dell'adesione vincolano la Croazia e si applicano in tale Stato alle condizioni previste da detti trattati e dal presente atto.

Qualora i rappresentanti dei governi degli Stati membri abbiano convenuto modifiche dei trattati originari in virtù dell'art. 48, par. 4, TUE dopo la ratifica del trattato di adesione da parte della Croazia e tali modifiche non siano entrate in vigore entro la data di adesione, la Croazia ratifica dette modifiche in conformità delle proprie norme costituzionali.

Articolo 3

1. La Croazia aderisce alle decisioni e agli accordi adottati dai capi di Stato o di governo degli Stati membri riuniti in sede di Consiglio europeo.

2. La Croazia aderisce alle decisioni e agli accordi adottati dai rappresentanti dei

** In *Gu-Ue* n. L 112 del 24 aprile 2012, p. 21 ss.

governi degli Stati membri riuniti in sede di Consiglio.

3. La Croazia si trova nella stessa situazione degli Stati membri attuali rispetto alle dichiarazioni, risoluzioni o altre posizioni adottate dal Consiglio europeo o dal Consiglio, nonché rispetto a quelle relative all'Unione adottate di comune accordo dagli Stati membri. La Croazia rispetterà quindi i principi e gli orientamenti che derivano da tali dichiarazioni, risoluzioni o altre posizioni e prenderà le misure che possano risultare necessarie per assicurarne l'applicazione.

4. La Croazia aderisce alle convenzioni e ai protocolli elencati nell'allegato I. Tali convenzioni e protocolli entrano in vigore per la Croazia alla data stabilita dal Consiglio nelle decisioni di cui al par. 5.

5. Il Consiglio, deliberando all'unanimità su raccomandazione della Commissione e previa consultazione del Parlamento europeo, decide di apportare alle convenzioni e ai protocolli di cui al par. 4 tutti gli adattamenti resisi necessari a motivo dell'adesione e pubblica i testi adattati nella Gazzetta ufficiale dell'Unione europea.

6. La Croazia si impegna, relativamente alle convenzioni e ai protocolli di cui al par. 4, ad adottare disposizioni di carattere amministrativo e di altra natura, quali quelle già adottate alla data di adesione dagli Stati membri attuali o dal Consiglio, e ad agevolare la cooperazione pratica tra le istituzioni e le organizzazioni degli Stati membri.

7. Il Consiglio, deliberando all'unanimità su proposta della Commissione, può integrare l'allegato I con le convenzioni, gli accordi e i protocolli pertinenti firmati prima della data di adesione.

Articolo 4

1. Le disposizioni dell'*acquis* di Schengen di cui al protocollo sull'*acquis* di Schengen integrato nell'ambito dell'Unione europea (in prosieguo: «protocollo di Schengen»), allegato al TUE e al TFUE, e gli atti basati su detto *acquis* o ad esso altrimenti connessi, elencati nell'allegato II, così come ogni altro atto analogo adottato prima della data di adesione sono vincolanti e si applicano in Croazia dalla data di adesione.

2. Le disposizioni dell'*acquis* di Schengen integrate nell'ambito dell'Unione europea e gli atti basati su detto *acquis* o ad esso altrimenti connessi non rientranti nel par. 1, pur essendo vincolanti per la Croazia dalla data di adesione, si applicano in tale Stato solo in virtù di una decisione adottata dal Consiglio a tal fine, previa verifica, conformemente alle procedure di valutazione Schengen applicabili, che le condizioni necessarie per l'applicazione di tutte le parti dell'*acquis* in questione siano soddisfatte in Croazia, compresa l'applicazione effettiva di tutte le regole di Schengen conformemente alle norme comuni concordate e ai principi fondamentali. Tale decisione è adottata dal Consiglio conformemente alle procedure di Schengen applicabili e tenendo conto di una relazione della Commissione che conferma che la Croazia continua a rispettare gli impegni assunti nei negoziati di adesione pertinenti per l'*acquis* di Schengen.

Il Consiglio adotta la sua decisione, previa consultazione del Parlamento europeo, deliberando all'unanimità dei suoi membri che rappresentano i governi degli Stati membri in relazione ai quali sono già state messe in vigore le disposizioni di cui al presente par. e del rappresentante del governo della Repubblica di Croazia. I

membri del Consiglio che rappresentano i governi dell'Irlanda e del Regno Unito di Gran Bretagna e Irlanda del Nord partecipano a tale decisione nella misura in cui essa si riferisce a disposizioni dell'*acquis* di Schengen e ad atti basati su di esso, o ad esso altrimenti connessi, di cui detti Stati membri sono parti.

(Omissis)

Parte Seconda - Adattamenti dei Trattati
Titolo I - Disposizioni istituzionali *(Omissis)*

Titolo II - Altri adattamenti *(Omissis)*

Parte Terza - Disposizioni permanenti *(Omissis)*

Parte Quarta - Disposizioni temporanee
Titolo I - Misure transitorie

Articolo 18

Le misure elencate nell'allegato V si applicano nei confronti della Croazia alle condizioni previste in tale allegato.

(Omissis)

Titolo II - Disposizioni istituzionali *(Omissis)*

Titolo III - Disposizioni finanziarie *(Omissis)*

Articolo 31

1. È istituito uno strumento Schengen a carattere temporaneo (in prosieguo: «strumento temporaneo Schengen») allo scopo di aiutare la Croazia a finanziare, fra la data di adesione e la fine del 2014, azioni alle nuove frontiere esterne dell'Unione per l'attuazione dell'*acquis* di Schengen e il controllo di tali frontiere. *(Omissis)*

Titolo IV - Altre disposizioni *(Omissis)*

Parte Quinta - Disposizioni di applicazione del presente atto *(Omissis)*

Titolo I - Adattamenti dei regolamenti interni e di procedura delle istituzioni e degli statuti e dei regolamenti interni dei comitati *(Omissis)*

Titolo II - Applicabilità degli atti delle istituzioni *(Omissis)*

Titolo III - Disposizioni finali *(Omissis)*

L'EVOLUZIONE DEL "CONTROLLO DI FRONTIERA": I «VALICHI DI FRONTIERA CONDIVISI» NEL CONTESTO DELL'ALLARGAMENTO DELL'UNIONE EUROPEA

La *possibilità*, contemplata dalla *proposta* di modifica del *codice*¹, di concludere, nel quadro del «controllo di frontiera»², accordi bilaterali di *cooperazione* (Stati membri-Paesi terzi limitrofi) tesi all'istituzione di «valichi di frontiera condivisi» posti sul *territorio* dello Stato membro o del Paese terzo *limitrofo* assume rilevanza anche nel contesto dell'allargamento dell'Unione europea con particolare riferimento alla disciplina relativa alla *gestione* delle frontiere esterne (nell'ambito ovviamente della frontiera *terrestre*): il *codice* nonché il suo *sviluppo* rappresenta (quindi) un significativo *strumento* anche nel contesto dell'allargamento dell'Unione europea³.

¹ In merito cfr. G. LICASTRO, *L'evoluzione del "controllo di frontiera": i «valichi di frontiera condivisi»*, in questa *Rivista*, 2011, p. 769 ss., specificamente p. 770 s. Sul *codice* (anche per importanti riferimenti) v. da ultimo S. PEERS, *Amending the EU's Borders Code*, *Statewatch analysis*, 2012, p. 1 ss., consultabile sul sito internet <http://www.statewatch.org/analyses/no-176-schengen-borders-code.pdf>.

² Secondo quanto *esplicitato* all'art. 2, par. 9, del *codice*, il «controllo di frontiera» riguarda le *verifiche* e la *sorveglianza* di frontiera: occorre succintamente ricordare che la "*sorveglianza*" «si prefigge» anche il fine di "*combattere*" la criminalità transfrontaliera (art. 12, par. 1, del *codice*): quindi di contrastare, altresì, le attività delle organizzazioni criminali dedite al *traffico di migranti clandestini* (Ersiliagrazia Spatafora considera il *codice* uno *strumento* per contrastare il suddetto fenomeno: cfr. E. SPATAFORA, *Il contrasto al traffico di migranti nel contesto giuridico internazionale e comunitario*, in G. PALMISANO (a cura di), *Il contrasto al traffico di migranti nel diritto internazionale, comunitario e interno*, Milano, Giuffrè, 2008, pp. 18-19); occorre inoltre brevemente rammentare che il «Manuale pratico per le guardie di frontiera» (Manuale Schengen) comune, ad uso delle autorità competenti degli Stati membri per lo svolgimento del controllo di frontiera sulle persone» contiene rilevanti *indicazioni* (anche) per quanto concerne l'attività di *sorveglianza* non solo dei valichi di frontiera ma anche in punti diversi dai suddetti valichi (cfr. il documento della Commissione C (2006) 5186 definitivo in doc. n. 15010/06 del Consiglio dell'Unione europea del 9 novembre 2006, p. 2 ss., specificamente pp. 78-79. Appare significativo evidenziare che la Commissione *aggiorna* periodicamente il (suddetto) «Manuale pratico», v. ad esempio l'aggiornamento contenuto in doc. n. 13380/10 del Consiglio dell'Unione europea dell'8 settembre 2010, p. 2 ss.: trattasi (però) di aggiornamenti che rilevano nel quadro *generale* del (summenzionato) «Manuale pratico»: si tratta, appunto, di rilevanti *indicazioni* da "*seguire*" nel delicato e complesso *contesto* della suddetta attività di *sorveglianza*.

³ Per una breve ma puntuale disamina riguardo la "rilevanza" del *codice* nonché del suo *sviluppo* nel contesto sia dell'allargamento dell'Ue che dell'adesione della Croazia all'Ue, sia

Il testo dell'atto di adesione della Croazia all'Unione europea⁴ prevede, specificatamente nel contesto dell'allegato V del suddetto *Atto* di adesione che contiene l'*elenco* delle (diverse) *misure transitorie* di cui all'art. 18 del summenzionato *Atto*, l'*inclusione* di una disposizione, l'art. 19 bis, nel quadro del Titolo II (artt. 4-19) del *codice*⁵ dedicato proprio alla disciplina relativa alle frontiere *esterne*, concernente le *modalità* delle verifiche di frontiera da effettuare ai valichi "comuni" con la Bosnia-Erzegovina (ovviamente, un *Paese* che appartiene all'*area* dei Balcani⁶ occidentali), ossia:

«In deroga alle disposizioni del presente regolamento sull'istituzione di valichi di frontiera e fino all'entrata in vigore di una decisione del Consiglio sulla piena applicazione delle disposizioni dell'*acquis* di Schengen in Croazia ai sensi dell'art. 4, par. 2, dell'atto di adesione o, se anteriore, fino alla modifica del presente regolamento per includervi le disposizioni che disciplinano il controllo di frontiera ai valichi comuni, la Croazia può mantenere i valichi comuni alla frontiera con la Bosnia-Erzegovina. A questi valichi le guardie di frontiera di una delle parti effettuano verifiche all'ingresso e all'uscita sul territorio dell'altra parte. Le guardie di frontiera croate effettuano tutte le verifiche in ingresso e uscita in conformità dell'*acquis* dell'Unione, anche per quanto attiene agli obblighi degli Stati membri in materia di protezione internazionale e di non respingimento. I pertinenti accordi bilaterali che istituiscono i valichi di frontiera comuni in questione sono in caso modificati a tal fine»⁷.

Tale disposizione, presenta profili di indubbio interesse *soprattutto* per quanto riguarda la "possibilità" di *ritenere* appunto l'art. 19 bis *applicabile* nel quadro della particolare disciplina contemplata (ovviamente) dalla *proposta* di modifica del *codice* specificamente nel contesto del *punto* 1.1.4.3. «Valichi di frontiera condivisi situati sul territorio del paese terzo»: quindi la "possibilità" di apportare *modifiche / innovazioni* secondo quanto previsto dal

consentito di rinviare a G. LICASTRO, *Il «codice frontiere Schengen» e l'allargamento dell'Unione europea*, in *Il Politico*, n. 1/2012, pp. 152-156 (nonché la dottrina ivi citata). Sull'*allargamento* nonché sull'*adesione* v. A. LANG, *La politica di allargamento dell'Unione europea*, in *Studi int. eur.*, 2010, pp. 477-491.

⁴ Cfr. il testo dell'*Atto relativo alle condizioni di adesione della Repubblica di Croazia e agli adattamenti del TUE, del TFUE e del Trattato CEEA*, in *Gu-Ue* n. L 112 del 24 aprile 2012, p. 21 ss. (cfr. anche il "contenuto" dell'art. 4 dell'*Atto*, *ivi*, p. 22). I molteplici *Documenti relativi all'adesione della Repubblica di Croazia all'Unione europea*, *ivi*, p. 3 ss. (il testo del *Trattato* tra gli Stati membri dell'Unione europea e la *Repubblica di Croazia relativo all'adesione della Repubblica di Croazia all'Unione europea*, *ivi*, p. 10 ss.).

⁵ *Atto* (il "*codice*"), ovviamente, contemplato all'Allegato II dell'atto di adesione dedicato all'*elenco delle disposizioni dell'acquis di Schengen integrate nell'ambito dell'Unione europea e degli atti basati sul medesimo o ad esso altrimenti collegati* (...), *ivi*, p. 40.

⁶ Riguardo ai Balcani v. anche E. HÖSCH, *Storia dei Balcani*, Bologna, il Mulino, 2006, p. 7 ss. Si ritiene inoltre interessante rinviare al recente *report* dell'Agenzia FRONTEX, *Western Balkans Annual Risk Analysis 2012* che contiene informazioni e dati appunto interessanti, p. 5 ss., consultabile sul sito internet http://www.frontex.europa.eu/assets/Publications/Risk_Analysis/WB_ARA_2012.pdf.

⁷ Cfr. *Gu-Ue* n. L 112 del 24 aprile 2012, p. 76 (corsivo aggiunto).

punto 1.1.4.3., lett. *a.* relativamente alla *richiesta di protezione internazionale*⁸ (naturalmente *osservando*, con particolare cura, la "*procedura*" prevista al successivo punto 1.1.4.4.⁹).

Giuseppe Licastro*

SINTESI

Questa nota tratta l'*evoluzione* del "controllo di frontiera" (come definito nel «codice frontiere Schengen»): «valichi di frontiera condivisi» (come definito nel Com(2011) 118 def.: *Proposta* di Regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio che *modifica* il Regolamento (Ce) n. 562/2006 «codice frontiere Schengen») nel contesto dell'allargamento UE, in particolare: adesione della Croazia all'UE.

ABSTRACT

This note discusses the evolution of "border control" (as defined in the «Schengen Borders Code»): «joint border crossing points» (as defined in the Com(2011)118 fin.: Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council amending Regulation (EC) No 562/2006 «Schengen Borders Code») in the context of EU enlargement, in particular: Croatia's EU accession.

⁸ In merito cfr. G. LICASTRO, *L'evoluzione del "controllo di frontiera"*, ivi cit. *supra*, nota 1, p. 771 nonché la dottrina ivi citata, rispettivamente, la dottrina che figura alle seguenti note (p. 771): nota n. 17; nota n. 19; nota n. 20.

⁹ Sul punto cfr. G. LICASTRO, *L'evoluzione del "controllo di frontiera"*, loc. cit., p. 771.

* Dottore in Giurisprudenza / Università degli Studi «Mediterranea» di Reggio Calabria.

COMUNICAZIONI E NOTE INFORMATIVE

Introduzione del Presidente della Corte dei conti in occasione del 150° anniversario dell'istituzione della Corte dei conti*

Signor Presidente della Repubblica, Signor Presidente del Senato, Signor Presidente della Camera dei Deputati, Signor Presidente della Corte Costituzionale, Signor Presidente del Consiglio dei Ministri, Autorità, Signore e Signori,

Sono profondamente onorato e grato di esprimere, a titolo personale e a nome della Corte dei conti tutta, la più viva e profonda riconoscenza a Lei, Signor Presidente della Repubblica, per aver voluto ospitare nel Palazzo del Quirinale la cerimonia celebrativa dei 150 anni della Corte dei conti, dimostrando la Sua costante attenzione alla storia e all'attività delle nostre Istituzioni e, nella specie, della Magistratura contabile.

Istituita nel 1862, in luogo delle istituzioni di controllo dislocate negli ordinamenti preesistenti (a Torino, a Firenze, a Napoli e a Palermo), la Corte dei conti ha attraversato l'intera storia dell'ordinamento italiano, dall'*incipit* dell'unificazione alla sua evoluzione repubblicana e alla sua proiezione europea.

L'Istituto e le sue vicende portano, quindi, il segno delle trasformazioni che sono state impresse all'ordinamento dalle diverse costituzioni dell'Italia unita: vicende che vanno dalla prima collocazione della Corte all'interno di un assetto liberal-parlamentare – in cui la funzione della Corte era identificata come servizio ai poteri di bilancio propri del Parlamento – all'affermarsi dell'Esecutivo come centro del sistema e, quindi, come referente del controllo

* La cerimonia celebrativa del 150° anniversario dell'istituzione della Corte dei conti si è svolta il 30 ottobre 2012 a Roma, Palazzo del Quirinale.

sull'amministrazione esercitato dalla Corte; fino a giungere all'approdo e al radicamento in Costituzione – successivamente rafforzato dalla riforma costituzionale del 2001 – dei valori sui quali si fondano le sue attribuzioni di controllo e giurisdizionali.

Sotto quest'ultimo profilo, la fisionomia e le funzioni della Corte e, insomma, le invarianti della sua collocazione nella rete delle istituzioni democratiche sono quelle che tutt'ora risultano dalla Carta costituzionale del 1947.

Con essa, non solo l'Istituto venne al più alto livello della gerarchia delle fonti ed il Costituente non si limitò al mero recupero del disegno originario di una Corte in proficuo e positivo rapporto con il Parlamento.

Accadde, invece, qualcosa di più e di diverso.

La Corte venne appieno inserita nel circuito istituzionale del nuovo regime democratico-parlamentare con una serie di rilevanti conseguenze: non soltanto la *restituzione* all'Istituto, dopo la parentesi del periodo fascista, delle sue funzioni di controllo in diretta relazione referente verso il Parlamento, ma la proclamazione dell'*autonomia* della Corte dal Governo, la garanzia dell'*indipendenza* dei componenti della Corte, l'affermazione dei suoi poteri di controllo – come *longa manus* del Parlamento – sia (a preventivo) sugli atti "del Governo", sia (a consuntivo) sulla gestione del bilancio dello Stato da parte dell'amministrazione e del Governo, i quali al Parlamento e, in ultima analisi, alla comunità debbono rispondere e dar conto.

Ma di qui, anche, una relazione di sostanziale ausilio al Governo, che è – e non può che essere – il primo interessato alla legalità e all'efficienza della spesa, alla probità dei suoi amministratori e funzionari, alla speditezza e alla trasparenza delle pubbliche gestioni.

Il tutto, nel segno e sul presupposto di una prerogativa concettuale e istituzionale – quella dell'*ausiliarietà* – che solo in quanto costituzionalmente garantita consente di sostenere, da un lato, la rigorosa separazione fra poteri di controllo della Corte e poteri di indirizzo sull'amministrazione intestati ai competenti vertici politici; dall'altro lato, l'estraneità e la non interferenza della Corte nei processi decisionali degli apparati amministrativi, con riguardo all'ordine delle loro competenze e responsabilità.

Inoltre, proprio in quanto oggetto di garanzia costituzionale, l'"ausiliarietà" della funzione di controllo ne implica la necessità, nel senso – ha spiegato la Corte costituzionale – che il suo esercizio non è suscettibile di essere menomato o inciso da atti o comportamenti di qualsiasi altro organo, compresi quelli costituzionalmente ausiliati (Corte Cost. 14 luglio 1989, n. 406).

Più piana l'intestazione alla Corte di una funzione giurisdizionale in tema di contabilità pubblica che il Costituente recepì dopo un memorabile confronto che si svolse sul tema della unità della giurisdizione e che, comunque, in seguito, necessitò di una maggiore individuazione.

L'attuazione del nuovo statuto costituzionale conferito alla Corte soffrì inerzie e incertezze comuni ad altre parti della Costituzione, ma si giovò ap-

pieno del "disgelo istituzionale" che si attuò a partire dagli anni sessanta.

La prima giurisprudenza costituzionale sulla copertura finanziaria delle leggi di spesa, le crescenti "pressioni" sulla spesa pubblica dovute alle trasformazioni della struttura economica e alla progressiva affermazione dei diritti del *welfare*, l'istituzione delle regioni (e, poi, le regionalizzazioni successive alla prima) determinarono all'interno della Corte la consapevolezza che occorresse sviluppare un sistema di controlli incentrato su valutazioni che andassero oltre le verifiche della conformità di atti a norme di legge, spingendosi a misurare – in linea con la dinamicità, i tempi e l'effettività richiesti a una moderna amministrazione – l'efficacia e l'efficienza della spesa pubblica: la prospettiva era, ancora una volta, quella originaria (1862), raccolta ed elevata a potenza dalla Costituzione, di adjuvare il Parlamento nel sindacato sull'attività del Governo e dell'amministrazione, segnalandogli gli interventi necessari a migliorare – date le dimensioni dei fabbisogni rispetto alla "capienza" dei bilanci – i rapporti qualitativi e quantitativi fra risorse, obiettivi e risultati.

La riforma degli anni Novanta conferì alla Corte dei conti una posizione centrale nell'assetto dei controlli: una posizione che consentiva di qualificarla – ebbe a dire la Corte costituzionale – come organo al servizio dello Stato-ordinamento, "garante imparziale" dell'equilibrio economico-finanziario dell'intero settore pubblico, nonché della corretta gestione delle risorse collettive sotto il profilo dell'efficacia, dell'efficienza e dell'economicità. Organo, quindi, di controllo e di garanzia per tutti i livelli istituzionali nei quali si articola la Repubblica (lo Stato, le regioni, gli enti locali), poiché da tutti indipendente e verso tutti in rapporto di ausiliarità ai fini della coesione del sistema finanziario.

È in quella riforma che trova le sue radici un nuovo tipo di interlocuzione che, da allora, si è sviluppato con il Parlamento e con il Governo: attraverso l'analisi dei documenti di bilancio, con la valutazione delle politiche di entrata e di spesa, con l'impostazione dei grandi provvedimenti di riforma (dalla struttura dei bilanci pubblici al federalismo fiscale, alla *spending review*), con lo scrutinio sistematico della nuova legislazione di spesa sotto il duplice profilo della quantificazione degli oneri e delle coperture finanziarie.

La riforma del Titolo V della parte seconda della Costituzione ha, poi, completato il quadro della riforma, rafforzando ulteriormente il ruolo della Corte come organo di garanzia per tutte le componenti della Repubblica, stavolta sotto il profilo della più efficiente ed equa allocazione-redistribuzione e gestione della ricchezza comune.

In questo senso, i controlli della Corte fanno ormai parte del complesso sistema di equilibri che governano, in diretta attuazione costituzionale, l'assetto del federalismo.

La giurisdizione della Corte, dal canto suo, originata dall'antico e tutt'ora valido giudizio di conto – richiamato, anzi, di recente, dai magistrati della Corte a rinnovata vitalità – si è evoluta anch'essa sul fondamento di sentenze della Corte costituzionale e della Suprema Corte di cassazione.

Essa ha seguito l'espandersi dell'intervento pubblico nell'economia ed ha configurato sempre più l'istituto della responsabilità amministrativa, della quale la Corte conosce, come istituto di garanzia dei valori costituzionalmente tutelati (artt. 81, 97, 119 Cost., anche come di recente novellati) e da essa, in senso moderno, sempre più avvertiti.

In tal modo, la responsabilità amministrativa, da singole fattispecie conosciute dalla Corte, veniva, anzitutto, sussunta nella più organica fattispecie della responsabilità civile dove l'elemento del danno era evidenziato e si riempiva, col tempo, di sempre più articolati contenuti fino a configurarsi come danno finanziario inteso in senso lato. Ma, intanto, a questa fattispecie generale, dalla legislazione erano aggiunte altre ipotesi sanzionatorie tipizzate, sì che l'istituto della responsabilità amministrativa si presenta ora in una variegata configurazione.

La storia recente della Corte è quella che il Parlamento sta scrivendo in questi giorni, con norme che accrescono il ruolo dei controlli e della giurisdizione ai fini di una maggiore coesione e produttività della spesa pubblica, in un momento di grave difficoltà economica e finanziaria, ma anche di crisi della politica come "attività di servizio".

Vi è, in queste norme, un forte accento di austerità e di rigore nell'uso e nella finalizzazione delle risorse e del patrimonio collettivi, con la Corte che è chiamata ad offrire un contributo straordinario – e "a forze immutate" – sul fronte delle alterazioni, delle distorsioni e delle degenerazioni che, in assenza di sufficienti "sensori", hanno infiltrato e devastato molti luoghi della pratica democratica.

È caratteristica precipua dei controlli e della funzione della giurisdizione, del resto, quella per cui la varietà e la complessità delle gestioni di pubblico denaro implicano modelli di controllo e forme di responsabilità non precostituiti o astratti ma, piuttosto, capaci di affrontare pragmaticamente situazioni nuove; situazioni che, specie se impreviste o inattese, vanno aggredite con strumenti adeguati all'urgenza di adottare, secondo l'ordine delle competenze e delle responsabilità, politiche e amministrative, le conseguenti misure correttive o repressive.

Posso, quindi, assicurare tutto l'impegno dell'Istituto nello sforzo di ripristinare la correttezza e la trasparenza di gestioni rimesse a organismi e figure soggettive alle quali non si estendeva, finora, la competenza di controllo e di giurisdizione della Corte.

La storia recente offre anche un motivo di riflessione sulla collocazione della Corte dei conti nel quadro, tutt'ora in movimento, della *governance* economica europea. La prospettiva di una progressiva cessione di sovranità (peraltro già in atto) alle istituzioni europee autorizza a prevedere un ruolo di rilievo per l'Istituto nell'assetto dei poteri di controllo sulla finanza pubblica nazionale e sugli obiettivi ad essa imposti dall'Unione. Si aggiunga che una funzione indipendente di controllo è richiesta agli Stati da tutte le istanze eu-

rocomunitarie che si occupano – sotto diversi profili – della crisi finanziaria e delle sue implicazioni all'interno dei singoli Paesi.

Esiste infatti una stretta correlazione tra le funzioni che la Corte dei conti esercita sul piano nazionale e gli effetti che si ripercuotono sul contesto europeo.

In un momento nel quale il baricentro delle decisioni si sposta al livello europeo, nell'ottica di costruire un effettivo sistema economico comune, è, quindi, necessario che il ruolo di garanzia delle Istituzioni superiori di controllo si estenda al piano sovranazionale.

Anche su questo fronte la Corte, che fa parte dell'INTOSAI (International Organisation of Supreme Audit Institutions), l'Organizzazione che raggruppa tutti gli Organismi Superiori di controllo dei Paesi dell'ONU ed i cui atti fondamentali, come la dichiarazione di Lima del 1977, furono redatti con il decisivo contributo italiano del nostro Presidente Antonino De Stefano, ha espresso, finora, contributi di informazione e di analisi per il Parlamento e per il Governo, in spirito di cooperazione al conseguimento degli obiettivi di risanamento finanziario e fiscale.

Né sono mancate occasioni nelle quali l'Istituto ha avuto modo di rappresentare, in sedi europee, le proprie valutazioni indipendenti sugli andamenti e sulle prospettive della realtà economico-finanziaria nazionale, come nel recente *Contact Committee* dei Presidenti che si è tenuto in Portogallo lo scorso 18 e 19 ottobre.

Emerge, dunque, dalla Storia della Corte dei conti, il profilo di un'istituzione complessa che, pur nell'immutato rispetto del suo compito originario – provvedere cioè che il Potere politico ed amministrativo renda il conto del proprio operato, specie nel campo finanziario, ai cittadini e che rispetti la legge che è fonte e misura del suo potere – ha saputo adattarsi a tutte le mutazioni dell'ordinamento costituzionale e del più vasto quadro normativo sovranazionale, fino a diventare elemento indispensabile di un compiuto sistema democratico e punto di riferimento europeo ed internazionale nei processi di governo della finanza pubblica.

Adattamento delle funzioni e delle strutture ai mutamenti costituzionali; ma fedeltà immutata ai valori per i quali la Corte fu istituita: il *redde rationem* dell'uso delle pubbliche risorse che sono sempre risorse altrui, la verifica dell'osservanza della legge nell'esercizio del pubblico potere.

Valori custoditi, con dedizione ed onestà di intenti, da una magistratura che uno dei suoi più esemplari Presidenti (F. Carbone) definì «colta, serena, integerrima» e che tale ambisce a rimanere.

Luigi Giampaolino**

** Presidente della Corte dei conti.

RECENSIONI

Armin von Bogdandy, *I principi fondamentali dell'Unione Europea - Un contributo allo sviluppo del costituzionalismo europeo*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2011, € 14,00

Armin von Bogdandy nella sua ricostruzione dei principi fondamentali dell'Unione europea – intesa come un «un contributo allo sviluppo del costituzionalismo europeo» – si pone coraggiosamente in contrapposizione con una vastissima letteratura internazionale, in gran parte in lingua inglese. Questa letteratura, partendo dal prevalente obiettivo di integrazione economico-monetaria in funzione di regolazione del mercato comunitario dell'UE, ha sollevato fondati dubbi su una dimensione formalmente costituzionale di un ordinamento giuridico i cui connotati normativi ed istituzionali sono stati spesso imposti dalla Corte di giustizia europea e successivamente recepiti dagli Stati membri, divenendo elementi portanti dei Trattati comunitari. Il progetto costituzionalista di *von Bogdandy* si contrappone così al tradizionale (e storico) progetto funzionalista che ha guidato le tappe del processo di integrazione europea culminato nel tentativo di varo di un Trattato che istituisce una Costituzione per l'Europa, respinto dal doppio voto popolare francese e olandese e riproposto in termini (formalmente) più modesti dal Trattato di Lisbona, ratificato dagli Stati membri anche grazie all'esclusione del ricorso a "rischiosi" *referendum* popolari.

Le intenzioni di *von Bogdandy* sono esplicite quanto ambiziose: l'A. si propone non solo di dare corpo ad un costituzionalismo comunitario fondato su una complessa ed articolata teoria dei principi fondamentali dell'UE ma di «sviluppare un costituzionalismo critico (e anche autocritico)» che non si identifichi con le tradizioni costituzionali dei Paesi membri senza trascurarne però storia contenuti e funzioni. *von Bogdandy* si propone quindi di offrire

«una efficace chiave di lettura per cogliere la specificità di principi» dell'UE e «quindi per evidenziare la specificità del costituzionalismo sovranazionale europeo» (p. 17) nello spirito di una propensione valutativa fondamentale *pro-Unione europea* (p. 19).

La valutazione o se si preferisce la teoria scientifica proposta dall'A. si contrappone deliberatamente alle intenzioni dichiarate dalla conferenza inter-governativa di Lisbona e dal Consiglio Europeo che avrebbero escluso "autoritativamente" la natura costituzionale del Trattato di Lisbona (pp. 20-21). Mentre per l'A. per qualificare o meno come costituzionale il Trattato di Lisbona non sarebbe sufficiente il riferimento alle sole funzioni ma anche alla «semantica» ed al «codice linguistico» del diritto primario dell'UE (p. 22) senza dimenticare il fondamentale contributo all'elaborazione di un costituzionalismo comunitario della giurisprudenza della Corte di giustizia europea nel superare l'idea che il diritto primario dell'UE si riduca a un «diritto del mercato interno» (p. 24).

Il «costruttivismo dottrinale» cui si ispira l'A. si propone dunque l'ambizioso obiettivo di combinare un approccio filosofico (dichiaratamente hegeliano) con un attento riferimento ad elementi metodologici e contenutistici dedotti dal diritto comunitario primario; un costruttivismo che secondo l'A. deve «procedere» sulla scorta della scuola storica del diritto ad una strutturazione dei diritti attraverso l'elaborazione di concetti autonomi (p. 28).

Ricostruzione teorico-filosofica e necessità di non dimenticare la dimensione pratica dell'impegno del giurista «orientato all'applicazione delle norme» sono due approcci dell'A. al tema «principi fondamentali» dell'UE che consentirebbero anche di porre «in connessione l'ordinamento giuridico con il discorso sociale su come convivere» (p. 35) nella misura in cui essi favorirebbero «una critica immanente al diritto positivo» divenendo «agenti della ragione universale contro (p. 36) le razionalità locali» nella linea di un dichiarato approccio hegeliano di cui l'A., come si è detto, non fa mistero. Ed è proprio questa dimensione in qualche modo esterna al diritto positivo che rafforzerebbe «l'indipendenza dei Tribunali rispetto alla politica» (p. 37) consentendo non di rado la traduzione «dei conflitti politici e sociali» in «conflitti fra principi» contribuendo a favorire il dibattito democratico in ambito comunitario, divenendo – come è noto nei casi del primato del diritto comunitario e dell'effetto diretto – tasselli fondamentali del processo di integrazione sia pure sfociando talora in una «funzione ideologica o apologetica» che per l'A. presenta fra l'altro il rischio di trasformare – anche per esplicito riferimento dell'art. 2 TUE – i principi in valori con una deriva di tenore etico per cui in questi ultimi «assumono facilmente una dimensione paternalistica» (p. 42). Continuando nella disamina della tesi dell'A. ci imbattiamo nel contributo più utile e certo meno contestabile dell'indagine: la definizione dei principi fondamentali dell'Ue come principi costituzionali, termine che del resto nel Trat-

tato di Lisbona (o almeno nelle versioni inglese ed italiana) ricorre ben novantotto volte, a partire dall'art. 6 TUE che fonda l'Unione sui principi della libertà, della democrazia, del rispetto dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, così come dello Stato di diritto.

Si tratta, come è fin troppo noto, di un'assimilazione dei principi fondamentali dell'ordinamento comunitario ad analoghi principi delle costituzioni degli Stati membri (a partire dalla Costituzione italiana e dalla Legge Fondamentale Tedesca) – dovuta inizialmente alla Corte di giustizia europea – indispensabile per ottenere dai Tribunali costituzionali dei Paesi membri dell'Ue una rinuncia a sindacare la costituzionalità sia del diritto comunitario primario che secondario favorendo così la formazione di quel gigantesco *acquis communautaire* che altrimenti avrebbe incontrato sul suo cammino ostacoli insormontabili.

Liquidato in modo un po' sbrigativo il rapporto principi del diritto internazionale-ordinamento giuridico comunitario partendo dall'idea che quest'ultimo (seguendo la giurisprudenza della Corte di giustizia) sia un ordinamento autonomo *tout court* (p. 52) i cui principi fondamentali si ispirano, nei limiti della compatibilità, con le funzioni dell'ordinamento comunitario e delle sue istituzioni, l'A. dedica particolare attenzione al principio dello Stato di diritto soprattutto per il suo ruolo basilare di strumento di regolazione dei rapporti fra Unione europea e Stati membri, e fra Unione e «cittadini europei».

La natura confederale (se si ritiene questa definizione più idonea a descrivere lo *status-quo* dell'UE, di quella di Confederazione di Stati) imponeva di dare a quella che è stata (ed è tuttora) una *Wirtschaftsgemeinschaft* una veste di *Rechtsgemeinschaft*.

Una scelta probabilmente inevitabile sia per garantire il funzionamento del mercato comune in modo da evitare che i rapporti di forza fra Stati ed economia prevalessero sull'eguaglianza di tutti come talora avviene a livello OMG, sia per vietare gli aiuti di Stato e fissare in modo prevedibile e trasparente le eccezioni alle regole di mercato.

Ritengo, però, che proprio e soprattutto per quanto riguarda i rapporti UE/Stati membri forse più che seguire i parametri dello Stato di diritto l'UE abbia adottato una strategia più flessibile che definirei di Stato secondo il diritto e non è certo un caso che a questo proposito l'A. si sia guardato bene dal riprendere il noto dibattito tedesco circa le variabili del lemma *Rechtsstaat* che anche in relazione a quello di *Sozialstaat*, tema del quale in Germania, ma non solo in Germania, si sono riempite intere biblioteche. Così la pluralità di fonti del diritto comunitario che come è noto non si limitano ai regolamenti ed alle direttive, l'uso strategico del principio di sussidiarietà sia orizzontale che verticale e la delimitazione delle competenze UE/Stati membri (con la Corte di giustizia che in non pochi casi si è riservata il compito di fissare la *Kompetenz-Kompetenzen*) sembrano rientrare più nell'ottica generica ed ela-

stica del lemma «Stato secondo il diritto» più che di «Stato di diritto» inteso in modo rigoroso ed a contenuti strettamente definiti. Ciò rientra pienamente nell'ottica della Corte di giustizia europea che evita di appellarsi esplicitamente al concetto di «Stato di diritto» mentre avrebbe – secondo quanto riporta l'A. – invocato ben duemilaquattrocentotrentanove volte «l'argomento dell'efficacia del diritto comunitario» (p. 66), elaborando una serie ulteriore e più dettagliata di principi volti a garantire la prevalenza del diritto comunitario e la responsabilità degli Stati nel quadro del diritto comunitario.

Come fa rilevare opportunamente l'A., l'ampliamento delle competenze della Corte di giustizia europea – soprattutto nei confronti degli Stati membri nel senso che essa «possa effettivamente controllare che il comportamento degli Stati membri sia conforme al diritto comunitario» – da un lato pone la Corte su un piano completamente diverso da quello dei tradizionali Tribunali internazionali e dall'altro è un elemento che rafforza in modo significativo la dimensione confederale del sistema giuridico-politico comunitario. Ciò grazie anche alla cooperazione con le Corti costituzionali ed i Tribunali di superiore giurisdizione dei Paesi membri che dopo una fase iniziale di contrapposizione muro contro muro, non solo hanno accettato il dialogo con la Corte di giustizia europea ma hanno contribuito a consolidare la dimensione materialmente costituzionale del diritto comunitario primario con «un collegamento talmente stretto da superare» secondo l'A. «la debolezza strutturale che affligge il sindacato giurisdizionale sovrastatale» (p. 76). Si è trattato in effetti di una sorta di compensazione con le Corti costituzionali ed in particolare con quella italiana, sia attraverso il rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia (ai sensi dell'art. 267 TFUE) sia attraverso i sempre più frequenti riferimenti ai Trattati, alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo e alla stessa Carta di Nizza come parametro (assieme alle norme costituzionali) nei giudizi di legittimità costituzionale o come criteri interpretativi soprattutto in tema di diritti fondamentali e di diritti umani.

È questo certamente un campo nel quale il principio di legalità (emanazione diretta del principio dello Stato di diritto, o più realisticamente della *rule of law* nella versione inglese forse più aderente al contesto storico in cui agisce l'Unione europea) degli atti comunitari, soprattutto dopo l'inserimento a pieno titolo della Carta di Nizza nel Trattato di Lisbona, esplica i suoi effetti in modo particolarmente efficace.

Indubbiamente non si può negare con l'A. che il riconoscimento ai cittadini degli Stati membri dell'UE di una piena soggettività giuridica sia non solo un dato acquisito ma anche ormai assicurato al livello di diritto comunitario primario e giurisdizionalmente garantito.

L'interrogativo però è se questa garanzia dei diritti dei cittadini e delle imprese a livello di ordinamento giuridico sovranazionale li concerna come partecipanti del mercato come ammette l'A. (p. 102) o ne tuteli quella vasta

gamma di diritti sociali come diritto ad ottenere diritti di accesso (a certe condizioni garantito) a quei diritti di prestazione che le Costituzioni dei principali Paesi membri dell'UE assicurano ai propri cittadini e a cui i principi fondamentali dell'UE alludono in termini estremamente vaghi senza che a ciò corrisponda una strumentazione idonea a dare attuazione ad essi e tanto meno un adeguato sostegno finanziario comunitario.

Se infatti la progressiva crescita di competenze dell'ordinamento comunitario e il contestuale allargamento a 27 dei Paesi membri dell'Ue imponeva un riconoscimento dei diritti di libertà – anche sul piano comunitario – al di là del regime giuridico delle c.d. «quattro libertà», si è trattato però di un catalogo di diritti di ispirazione decisamente liberale e formulati in modo tale da non rappresentare seri "rischi", per la tenuta di un modello economico sociale fondato sul primato del mercato.

Quid juris dunque quando i diritti politici e sociali dei cittadini dell'UE entrano in rotta di collisione col primato del mercato e con le regole imposte dal patto di stabilità e dai correlativi criteri di Maastricht?

Ci si imbatte così in tre problemi basilari per la "tenuta" dell'ordinamento comunitario che il volume dell'A. ha trascurato, ritenendoli estranei alla sua scelta di campo, o ha appena sfiorato considerandoli irrilevanti nell'economia di un discorso concentrato appunto sulla definizione teorica o sulla ricostruzione dei principi fondamentali dell'ordinamento comunitario come ordinamento costituzionale sovranazionale autonomo e peculiare rispetto ai canoni tradizionali sia delle organizzazioni internazionali (e dei rispettivi ordinamenti) sia delle Costituzioni degli Stati nazionali.

Partiamo dalla stessa teoria dei principi fondamentali dell'UE prospettata con ampiezza di particolari ed articolata argomentazione dall'A.

Perché la teoria di R. Alexy che contrappone i principi alle regole attribuendo solo a queste ultime efficacia normativa mentre i primi imporrebbero un'attuazione attraverso un'operazione di bilanciamento è errata e poco convincente (non solo) per il diritto europeo come sostiene a ragione l'A. (p.44)?

Innanzitutto perché la distinzione fra principi e regole è puramente nominalistica perché il rispettivo contenuto normativo dipende dalla formulazione concreta dei primi e delle seconde.

Così esistono principi fondamentali come il principio di eguaglianza dell'art. 3 della Costituzione italiana che, da un lato, è divenuto il parametro costituzionale per valutare la ragionevolezza delle leggi e, dall'altro, è il principio costituzionale più frequentemente invocato da cittadini ed istituzioni per far valere i loro diritti, per violazione di quegli elementi normativi di cui all'art. 3 della Costituzione che tali discriminazioni non consentono.

Esiste un secondo aspetto del problema che non può essere ignorato: nelle Costituzioni vigenti nei Paesi membri dell'Ue, ed in particolare in quella italiana che soprattutto nella parte prima, dedicata ai principi fondamentali ed

ai diritti ed ai doveri dell'uomo e del cittadino, è indubbiamente la più articolata e la più coerente per quanto riguarda i suoi contenuti normativi fra le Costituzioni del secondo dopoguerra, esiste un rapporto fra principi fondamentali e organizzazione istituzionale che dottrina e giurisprudenza hanno sempre evidenziato ritenendo che le istituzioni devono organizzarsi ed operare rispettando e dando concreta attuazione ai principi contenuti nella prima parte.

Ora pur apprezzando il generoso tentativo dell'A. di dare nuova ed ampia legittimazione al Trattato di Lisbona, la sovrapposizione ad un *corpus* normativo destinato ad assicurare il funzionamento ottimale del mercato comune europeo a partire dalla garanzia della libera concorrenza e la stabilità del sistema economico e la tenuta (sia interna che internazionale) della moneta unica può bastare ad assicurare le precondizioni per un'organizzazione politico-economica in grado di favorire uno «sviluppo sostenibile dell'Europa basato su una crescita economica equilibrata e sulla stabilità dei prezzi (...) un'economia (...) che mira alla piena occupazione e al progresso sociale» (come prevede l'art. 3.3 del Trattato sull'Unione europea in vigore).

Le esperienze più recenti sembrano dunque dimostrare senza ombra di dubbio che la raffinata operazione di *maquillage* costituzionale proposto dall'A. non può certo rappresentare un'inversione di rotta per un'organizzazione economico-monetaria come l'UE che anche se diversamente sia dalla Troika della globalizzazione – OMC, FMI e BM – che da alleanze mercantili, flebili sul piano normativo ed istituzionale, come il NAFTA malgrado il suo ampio apparato istituzionale che non manca di istituzioni e principi rigidi ben più efficaci delle organizzazioni geo-politiche e geo-economiche suddette non riesce a governare né lo sviluppo economico né le crisi come quella attualmente in corso. In realtà l'organizzazione economica comunitaria ossia quell'Unione economica e monetaria, che è la "madre naturale" dell'Unione europea di oggi, gode di un'autonomia organizzativa, istituzionale e soprattutto operativa relativa, perché i c.d. grandi, a cominciare dalla Repubblica federale tedesca, dalla Francia e dalla Gran Bretagna, per un verso e "soggetti deboli", per un altro sono pienamente immersi, nel mercato mondiale di cui sono obbligati a rispettare principi e regole di comportamento essendo sottoposti a controlli periodici del FMI e della Banca Mondiale.

Per farla breve il sistema di "*global governance*" esercita un'influenza determinante su moneta, finanza, sviluppo economico e occupazione anche dei Paesi membri dell'UE con la conseguenza che la c.d. *governance europea*, ossia quell'organizzazione politico-economica che accanto al Consiglio dei ministri dell'UE ed al Parlamento europeo vede una vasta gamma di Comitati e organi consultivi e deliberativi fra i quali spiccano la Commissione e la Banca europea (che costituisce la tecnostuttura che gioca un ruolo determinante nel processo di *decision-making* comunitario) è legata a più fili al sistema di governo della c.d. «economia globale».

Risulta perciò quanto meno curioso che fra i principi fondamentali dell'UE presi in considerazione da *von Bogdandy* risultino assenti i *principi del mercato e della concorrenza*, della *stabilità finanziaria budgetaria e monetaria* che non sono solo gli obiettivi fondamentali dell'UE ma i principi o criteri organizzativi ed operativi che guidano l'intera attività economica, politica e sociale comunitaria a Bruxelles come nell'intero territorio comunitario.

Senza dunque negare i non pochi meriti di questo contributo allo sviluppo del costituzionalismo europeo, nel solco tracciato da Peter Häberle – che distinse tra la costituzionalizzazione latenti dei trattati, le norme delle costituzioni statali in materia comunitaria ed il diritto costituzionale europeo comparato – che ha favorito l'idea e le *guide-lines* dei principi di diritto costituzionale comune – sono irrinunciabili alcuni rilievi critici.

Possibile che mercato e concorrenza, tutela della stabilità e rigore *budgetario*, tutela dell'euro, gli strumenti fondamentali del processo di integrazione europea non assumono la veste di principi fondamentali di uno "*European Constitutionalism*" in lenta e (non poco contestata) evoluzione?

E non risulta tuttora attuale, dato che gli articoli del nuovo Trattato dedicati al mercato, alla concorrenza, alla Banca centrale europea, alla moneta, sono rimasti sostanzialmente immutati? L'affermazione è fatta da *B. Cassen* a proposito del Trattato Costituzionale del '74: «trattarsi non solo di un documento lontano da qualsiasi costituzione nazionale, quanto da un testo letteralmente diverso da essa (...)» dal momento che «molte delle sue parole sono estranee alla tradizione del linguaggio costituzionale» (...) giacché «da un'indagine realizzata con il computer risulta infatti che in 202 pagine del testo principale si rinvennero 176 volte la parola banca e i suoi derivati, 88 volte la parola mercato, 38 commercio, 29 concorrenza, 23 capitali e 11 beni»? (traduzione libera di *B. Cassen, Europe: "No it is not a disaster"*, edizione inglese di *Le Monde Diplomatique*, aprile 2005).

Ed è possibile non vedere il conflitto frontale tra i paladini impavidi di una *governance* comunitaria fondamentalmente *verfassungsfeindlich* frutto dell'alleanza tra amministrativisti e comunitaristi ed i promotori di un "*constitutional government*" fondato sulle migliori tradizioni costituzionali europee che non possono certo ridursi a principi fondamentali sovrapposti ad un *corpus* di disposizioni di carattere economico e monetario che rappresentano il cuore di una "costituzione europea" comunque la si voglia intendere?

È possibile che la maggior parte dei costituzionalisti italiani, ai quali ovviamente il volume di *von Bogdandy* si rivolge in modo privilegiato, non si renda conto che il "*deficit democratico*" non riguarda solo le istituzioni di Bruxelles? E che vengono sottostimati gli effetti devastanti e delegittimanti sulla forma di "governo parlamentare" e soprattutto sui principi di responsabilità politica verso i cittadini europei che si sentono sempre più distanti dalle sedi giuridiche istituzionali e logistiche dove vengono prese decisioni (ahimè

prevalentemente di tenore monetario, finanziario ed economico *tout court*) che pure ricadono su di essi e ancor più sui più deboli fra essi?

Resta solo da sperare che i cieli azzurri del costituzionalismo comunitario che il volume di *von Bogdandy* evoca fin dall'accattivante colore dell'elegante copertina sia di buon auspicio per fugare le minacciose nuvole che Eolo si ostina ad inviare dalla Grecia e che sorvolando la Spagna ed il Portogallo incombono anche sul nostro Paese.

Carlo Amirante*

AA. VV. (a cura di Marilisa D'Amico e Barbara Randazzo), *Alle frontiere del diritto costituzionale. Scritti in onore di Valerio Onida*, Milano, Giuffrè, 2012, pp. 2055, € 180,00

Si segnala all'attenzione del lettore questa monumentale raccolta di scritti di diritto costituzionale, affidati alla cura redazionale di due Allieve e preceduta dal «Discorso per il conferimento del dottorato *honoris causa* al professor Valerio Onida, da parte della Facoltà di Giurisprudenza dell'Università di Verona». Apre il volume una dotta *Prefazione* accompagnata dall'usuale corredo di bibliografia ed elenco degli scritti di *Valerio Onida* (pp. I-XIX). A parte il predetto discorso tenuto da *G. Zagrebelsky*, due ulteriori contributi illustrano il significato e l'importanza dell'opera scientifica svolta dall'insignito, come vero e proprio scopritore di nuovi profili tematici della disciplina gius-costituzionalistica, "difesa" sulle sue frontiere sia interne che esterne (*A. D'Andrea*, p. 667, sulle "nitide tracce" in tema di deformazione del sistema di governo parlamentare; *C. Pettinari*, p. 1369, sul coordinamento ex art.119 Cost. come nuova frontiera dello stato costituzionale finanziario negli scritti del Nostro; *M. Ruotolo*, p. 1781, "sui luoghi della legalità"). Il volume non segue il criterio di partizione degli scritti "*ratione materiae*", stante l'evidente difficoltà di rigida allocazione dei contributi, tutti profondamente unificati dalla scelta di campi tematici particolarmente significativi ed innovatori. Nell'impossibilità di operarne una descrizione complessiva se pur sommaria, la presente recensione resta circoscritta a quelli nei quali di maggiore evidenza risulta il profilo euro-internazionalistico e più precisamente di diritto comunitario europeo. Ovviamente occorre sottolineare la forte apertura dell'intero volume alle grandi correnti del pensiero gius-costituzionalistico contemporaneo, in continuo dialogo con la giurisprudenza costituzionale e la cultura giuridica di altri Paesi.

* Già Ordinario di Dottrina dello Stato e supplente di Diritto Costituzionale / Università degli Studi di Napoli «Federico II».

Come si diceva innanzi il "blocco centrale" degli scritti dedicati al "nuovo" diritto costituzionale tocca più punti da cui emerge una sua strisciante riforma testimoniata dalla natura aperta del testo del 1948 e dal faticoso lavoro della giurisprudenza costituzionale nelle tecniche di un sistema aperto. Si parte dai modelli costituzionali già configurati all'epoca dello Statuto Albertino in tema di liberalismo autoritario e di rapporto tra società civile e *leadership* democratiche, anche nella prospettiva degli ordinamenti complessi di tipo federale (G. Azzariti, p. 45; F. Lanchester, p. 1087; R. Bifulco, p. 147). Siffatta sperimentazione ancora del tutto iniziale, provvisoria e talora istantanea viene da alcuni contributi segnalata in tema di varchi, più o meno trasparenti e visibili, già aperti dalla giurisprudenza costituzionale. Tracciabili sono divenuti i relativi "percorsi casistici", di rinvio a principi costituzionali "comuni" a più ordinamenti è "*bon gré mal gré*" mediante citazioni di sentenze costituzionali straniere incluse nella motivazione di sentenze emesse dal nostro Palazzo della Consulta (M. Calamo Specchia, p. 273 ; M. Carducci, p. 347; T. Groppi, p. 969). Ovviamente in tema di sperimentazione della "costituzione materiale", variamente ed in più luoghi affrontata da vari saggi del volume qui recensito, resta come una vera e propria icona la parte dedicata alle forme di governo ed alla sua mutevole fenomenologia. D'obbligo, pertanto, diventa il richiamo agli specifici contributi dedicati alle alterne vicende del "maggioritario", declinato all'"italiana" come vera e propria *res in transitu* a costituzione invariata (A. D'Arena, p. 689; E. De Marco, p. 701; P. A. Capotosti, p. 323).

Sarebbe stata inimmaginabile in un'opera di tale levatura politico-istituzionale una mancata ridefinizione dei confini classici del diritto costituzionale esterno, in un'ottica giustamente allargata dai vecchi confini dell'art. 7, concernenti il diritto pubblico ecclesiastico, ai nuovi confini del diritto "interconfessionale" ex art. 117 Cost. A tale compito si dedica l'unico contributo redatto in lingua inglese concernente le "radici cristiane" dello Stato "secolare" (S. Ferrari, p. 773, *The Christian roots of the secular State*) nonché al diritto ecclesiastico delle libertà civili nei "primi anni" duemila (A. Albisetti, p. 9; S. Lariccia, p. 1113). Raccolgono tale invito "in foro interno" altri contributi fondamentali, grazie ai quali si intravede se non un vero punto e a capo almeno l'inizio di un nuovo lavoro scientifico, riprogrammato intorno ai grandi valori costituzionali e dalle relative categorie giuridiche della dignità umana, della non discriminazione nonché della Corte europea di Strasburgo intesa come sede di elaborazione di un nuovo "processo costituzionale" (A. Ruggeri, p. 1755; M. Cartabia, p. 415; B. Randazzo, p. 1545). A seguire vengono nella scia alcuni contributi anche di tipo casistico dedicati alle nuove frontiere concernenti vari temi. A solo titolo esemplificativo si segnalano quelli attinenti alla revisione della "*res iudicata*" interna ed a una fenomenologia di situazioni personali internazionali degne di protezione per i soggetti

migranti nelle contestuali posizioni sia personali che familiari (*E. Bettinelli*, p. 127; *E. Crivelli*, p. 541; *R. Granata*, p. 913; *G. Guiglia*, p. 1003; *E. Malfatti*, p. 1239; *V. Piergigli*, p. 1403).

Conclusivamente un *liber amicorum et discipulorum* non avrebbe raggiunto appieno un suo obbiettivo senza affrontare *ex professo* alcuni punti critici e delicati, registratisi nel confronto con ordinamenti e organi di giustizia costituzionale degli altri Paesi dell'Europa comunitaria. Alcuni contributi mettono da parte almeno per ora la classica questione concernente il decennio del "*konstitutionelle Debatte*" concernente il mai entrato in vigore, ma ugualmente mai del tutto abbandonato progetto di una costituzione per l'Europa. Ma "oltre" tale confine il c.d. processo di "Karlsruhe" rappresenta ancora una spina aperta nei rapporti culturali italo-tedeschi, all'interno dei quali spesso ingiustificate sono state le prese di posizione estreme e dove maggiormente continua a presentarsi utile una riaperta fase di riflessione (*P. G. Grasso*, p. 921; *J. Luther*, p. 1181). Bisogna qui segnalare con soddisfazione il contributo reso dai molti studiosi di tale campo d'indagine, definito dallo spazio libertà, sicurezza e giustizia, nella ricerca di difficili equilibri tra le fonti normative della triade "Costituzione - Carta di Nizza - CEDU", definizione non sempre facile di un futuro dei diritti fondamentali in Europa e dei luoghi e dei mercati nei quali essi trovano lo sviluppo della loro vita quotidiana (*P. Bilancia*, p. 197; *M. Bignami*, p. 169; *G. De Minico*, p. 721; *S. Mangiameli*, p. 1261; *B. Nascimbene*, p. 1301; *G. Tiberi*, p. 1881). Grazie all'autorità e all'attualità di siffatti contributi, il volume qui recensito è destinato a coprire un ruolo straordinariamente importante non solo per gli studiosi delle relative discipline, quanto anche per gli specialisti operatori dei singoli settori. A ciascuno di essi va ovviamente la *gratulatio* del pubblico dei lettori, unitamente all'omaggio per l'illustre Autore onorato da tali studi.

Massimo Panebianco**

** Ordinario di Diritto Internazionale Pubblico / 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*

CARLO AMIRANTE, *già Ordinario di Dottrina dello Stato e supplente di Diritto Costituzionale / Università degli Studi di Napoli «Federico II»*

GIUSEPPE BERTOLI, *Membro delle Commissioni di ricorso / Ufficio per l'armonizzazione nel mercato interno (UAMI) di Alicante*

FAUSTO CAPELLI, *Direttore della Rivista*

LUIGI GIAMPAOLINO, *Presidente della Corte dei conti*

MARCO INGLESE, *Dottorando di ricerca in Diritto europeo / Università degli Studi di Bologna*

GIUSEPPE LICASTRO, *Dottore in Giurisprudenza / Università degli Studi «Mediterranea» di Reggio Calabria*

SILVIA MARINO, *Ricercatore / Università degli Studi dell'Insubria*

DANIELA MARRANI, *Ricercatore di Diritto Internazionale / Università degli Studi di Salerno*

EMMANUEL PAGANO, *Dottore in Giurisprudenza / Università degli Studi di Napoli «Federico II»*

MASSIMO PANEBIANCO, *Ordinario di Diritto Internazionale Pubblico / Università degli Studi di Salerno*

VALENTINA PETRALIA, *Dottore di ricerca in Diritto processuale generale e internazionale / Università degli Studi di Catania*

PAOLO STAZI, *Dottore in Giurisprudenza / Università degli Studi di Siena*

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**

- 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.
- 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 2010*, in due volumi, pubblicata nel 2011.

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.*