

DIRITTO COMUNITARIO E DEGLI SCAMBI INTERNAZIONALI

Anno LII – n. 3 – *Luglio-Settembre 2013*

Nuova serie de “Il diritto negli scambi internazionali”

Indice – Sommario

ARTICOLI

Giuseppe Cogliandro - L'impatto del *fiscal compact* sul sistema di *governance* europea Pag. 337
(*The Impact of the Fiscal Compact on the European Governance System*)

Wilma Viscardini - Riflessioni sull'efficacia diretta della normativa dell'Unione europea e sull'effetto utile della giurisprudenza della Corte di giustizia » 345
(*Reflections on the Direct Effect of EU Law and on the Practical Effect of the Case-Law of the EU Court of Justice*)

COMMENTI

Daniele Pisanello - La potenza di uno starnuto: spunti dalla sentenza *Albrecht* della Corte di giustizia in tema di conformità ai requisiti igienico-sanitari » 377
(*Mapping Roles in Food Safety: the Court of Justice Shows Off Risk Analysis Based Approach in Enforcing Food Law*)

Federico Forni - La nuova indicazione di un vecchio principio attivo conquista il certificato protettivo complementare » 399
(*The New Indication of an Old Active Substance Gets the Supplementary Protection Certificate*)

<i>Andrea Soncini</i> - Gli accordi tra pubbliche amministrazioni ex art. 15 l. 241/90 e il divieto di affidamenti diretti (<i>The Infringement of National and European Union Public Procurement Legislation Through Cooperation Agreements Among Public Entities (ex art. 15 L. 241/90)</i>)	Pag. 433
<i>Gregorio Leone</i> - L'IVA all'importazione: oggetto dell'imposizione, controversie e sanzioni (<i>The Import Vat: Subject of Taxation, Disputes and Penalties</i>)	» 467
<i>Pietro Troianiello</i> - L'efficacia dei provvedimenti di <i>competition advocacy</i> dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato nell'ambito della cooperazione di cui al Regolamento (Ce) n. 1/2003 (<i>The Effects of Antitrust Authority's Provisions Concerning Competition Advocacy within the Cooperation as set out in the (Ec) Regulation n. 1/2003</i>)	» 495
<i>Fausto Capelli</i> - Il Regolamento (Ue) n. 1151/2012 sui regimi di qualità dei prodotti agro-alimentari: luci ed ombre (<i>Regulation (EU) No. 1151/2012 on Quality Schemes for Food and Agricultural Products: Lights and Shadows</i>)	» 515
<i>Salvatore D'Acunto</i> - Unione europea e diritti dei passeggeri: bilancio e prospettive (<i>Parte Seconda</i>) (<i>European Union and Passenger Rights: State of Play and Prospects - Second Part</i>)	» 541

COMUNICAZIONI E NOTE INFORMATIVE

<i>Fausto Capelli</i> - Trasparenza e lotta alla corruzione: necessità di avviare corsi di formazione in materia di controlli all'interno della pubblica amministrazione (<i>Transparency and Fight against Corruption: the Need to Start Training-courses on Controls within the Public Administration</i>)	» 565
---	-------

GIURISPRUDENZA COMUNITARIA

I. SENTENZE E COMMENTI

Sicurezza dei prodotti alimentari, tutela dei consumatori e responsabilità degli operatori del settore alimentare
Sentenza della Corte di giustizia del 6 ottobre 2011 in causa

n. C-382/10
Erich Albrecht, Thomas Neumann, Van-Ly Sundara, Alexander Svoboda, Stefan Toth c. Landeshauptmann von Wien
(con commento di *Daniele Pisanello*)

Pag. 373

La Corte di giustizia muta il proprio orientamento giurisprudenziale ed estende la durata temporale dei brevetti sui nuovi medicinali contenenti principi attivi precedentemente autorizzati nell'Unione europea
Sentenza della Corte di giustizia del 19 luglio 2012 in causa n. C-130/11
Neurim Pharmaceuticals (1991) Ltd c. Comptroller-General of Patents
(con commento di *Federico Forni*)

» 395

Accordi di collaborazione tra enti pubblici per attività di interesse comune. Al vaglio della Corte di giustizia la legittimità di affidamenti senza gara negli appalti pubblici
Sentenza della Corte di giustizia del 19 dicembre 2012 in causa n. C-159/11
Azienda Sanitaria Locale di Lecce, Università del Salento c. Ordine degli Ingegneri della Provincia di Lecce e altri
(con commento di *Andrea Soncini*)

» 429

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

La Corte di giustizia interpreta il Regolamento sul procedimento di ingiunzione europeo
Sentenza della Corte di giustizia del 13 giugno 2013 in causa n. C-144/12
Goldbet Sportwetten GmbH c. Massimo Sperindeo

» 447

La Corte di giustizia si pronuncia sull'ambito di applicazione del principio della libera circolazione dei lavoratori
Sentenza della Corte di giustizia del 20 giugno 2013 in causa n. C-20/12
Elodie Giersch, Benjamin Marco Stemper, Julien Taminiaux, Xavier Renaud Hodin, Joëlle Hodin c. État du Grand-Duché de Luxembourg

» 448

Contrasta con il diritto dell'Unione europea la normativa tedesca che condiziona l'accesso ad una sovvenzione per la formazione all'estero al requisito di anzianità di residenza triennale in Germania

Sentenza della Corte di giustizia del 18 luglio 2013 in causa n. C-523/11 e n. C-585/11

Laurence Prinz c. Region Hannover (C-523/11) e *Philipp Seeberger c. Studentenwerk Heidelberg* (C-585/11)

Pag. 451

I limiti di "affollamento pubblicitario" previsti dalla normativa italiana sono adeguati alla direttiva n. 2010/13/UE

Sentenza della Corte di giustizia del 18 luglio 2013 in causa n. C-234/12

Sky Italia srl c. Autorità per le Garanzie nelle comunicazioni, nei confronti di *Reti Televisive Italiane (RTI) SpA*, *Maria Iaccarino*

» 452

I consumatori/viaggiatori hanno diritto al rimborso parziale del prezzo del biglietto del treno in caso di ritardo

Sentenza della Corte di giustizia del 26 settembre 2013 in causa n. C-509/11

ÖBB c. Personenverkehr AG

» 454

I limiti posti dalla disciplina comunitaria sulla libertà di stabilimento alla normativa siciliana riferita ai criteri demografici e geografici di apertura di attività per ottici

Sentenza della Corte di giustizia del 26 settembre 2013 in causa n. C-539/11

Ottica New Line di Accardi Vincenzo c. Comune di Campobello di Mazara e nei confronti di *Fotottica Media Vision di Luppino Natale Fabrizio e C. S.n.c.*

» 456

La Corte di giustizia si pronuncia ancora sulla direttiva in materia di garanzie dei beni di consumo

Sentenza della Corte di giustizia del 3 ottobre 2013 in causa n. C-32/12

Soledad Duarte Hueros c. Autociba SA, Automóviles Citroën España SA

» 458

La Corte di giustizia precisa l'ambito di applicazione della direttiva sulle pratiche commerciali sleali

Sentenza della Corte di giustizia del 3 ottobre 2013 in causa

n. C-59/12 <i>BKK Mobil Oil Körperschaft des öffentlichen Rechts c. Zentrale zur Bekämpfung unlauteren Wettbewerbs eV</i>	Pag. 460
Sentenza della Corte di giustizia del 19 settembre 2013 in causa n. C-435/11 <i>CHS Tour Services GmbH c. Team4 Travel GMBH</i>	» 460
Interpretazione del Regolamento (Ce) n. 44/2001 nell'ambito della violazione dei diritti patrimoniali d'autore Sentenza della Corte di giustizia del 3 ottobre 2013 in causa n. C-170/12 <i>Peter Pinckney c. KDG Mediatech AG</i>	» 462

GIURISPRUDENZA ITALIANA E STRANIERA

Per la Corte di cassazione il mancato pagamento dell'Iva all'importazione non è contrabbando, ma integra il reato di evasione Sentenza della Corte di cassazione, III sezione penale, dell'11 dicembre 2012 n. 1172	» 465
Sentenza della Corte di cassazione, III sezione penale, del 17 marzo 2010 n. 16860 (con commento di <i>Gregorio Leone</i>)	» 466
Condizioni e modalità dell'esercizio del nuovo potere dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato di impugnare gli atti amministrativi Sentenza del Tribunale amministrativo regionale del Lazio, sede di Roma, sez. II, del 6 marzo-6 maggio 2013 n. 4451 <i>Autorità garante della concorrenza e del mercato c. Roma Capitale</i> (con commento di <i>Pietro Troianiello</i>)	» 485
Accordi tra amministrazioni: vietati gli affidamenti senza gara di servizi di cui all'Allegato II-A del Codice dei Contratti Pubblici e, in ogni caso, l'affidamento diretto di contratti di natura patrimoniale Sentenza del Consiglio di Stato in sede giurisdizionale, V sezione, n. 3849 del 18 giugno-15 luglio 2013	

Azienda Sanitaria Locale di Lecce c. Ordine degli Ingegneri della Provincia di Lecce, Consiglio Nazionale degli Ingegneri, Oice - Associazione delle Organizzazioni di Ingegneri, di Architettura e di Consultazione Tecnico-Economica, Eta-cons Srl, Ing. Vito Prato Engineering Srl, Barletti - del Grosso & Associati Srl, Ordine degli Architetti della Provincia di Lecce, Consiglio Nazionale Architetti Pianificatori Paesaggisti e Conservatori - Cnappc, nei confronti di Università del Salento
(con commento di *Andrea Soncini*)

Pag. 505

ATTI DELLE ISTITUZIONI EUROPEE

La nuova disciplina europea in materia di tutela della qualità dei prodotti agro-alimentari

Regolamento (Ue) n. 1151/2012 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 21 novembre 2012, sui regimi di qualità dei prodotti agricoli e alimentari
(con commento di *Fausto Capelli*)

» 507

Consiglio europeo

Conclusioni del Consiglio europeo, 24-25 ottobre 2013

» 535

RECENSIONI

Fernanda Gallo, Dalla patria allo Stato. *Bertrando Spaventa*, una biografia intellettuale (*Alberto Nones*)

» 575

Karl P. Sauvant (ed.), Yearbook on International Investment Law and Policy 2011-2012 (*Ilaria Espa*)

» 577

Fausto Capelli (a cura di), La tutela giuridica del consumatore (contraente debole) in Europa e nel mondo (*Enrica Adobati*)

» 580

Hanno collaborato a questo numero

» 583

ARTICOLI

L'IMPATTO DEL *FISCAL COMPACT* SUL SISTEMA DI *GOVERNANCE* EUROPEA*

Sommario: 1. *Peculiarità dell'ordinamento europeo* - 2. *Pluralità di Unioni* - 3. *Ridondanza del quadro istituzionale* - 4. *Complessità del processo decisionale*.

1. Peculiarità dell'ordinamento europeo

Nella modellistica degli ordinamenti giuridici, quello dell'Unione ha spiccate peculiarità. Esso presenta analogie e differenze rispetto sia agli Stati, sia alle Organizzazioni internazionali.

Come gli Stati, l'Unione è un ordinamento indipendente, ma, a differenza di essi, non ha competenza generale¹, in quanto agisce in base al principio di attribuzione, nel senso che, di regola², le istituzioni esercitano i poteri ad esse conferiti da espresse disposizioni dei Trattati.

Come le organizzazioni internazionali, l'Unione è stata creata da Trattati, ma, a differenza di esse:

* Intervento al seminario tenutosi a Roma il 9 novembre 2012 su: «La nuova *governance* fiscale europea. *Fiscal Compact*, cornice europea e modifiche costituzionali in Italia: problemi aperti e prospettive», organizzato da Fondazione Bruno Visentini e LUISS Ceradi (Centro di ricerca per il diritto d'impresa). Le opinioni espresse impegnano solo l'Autore.

¹ La competenza generale non è un attributo esclusivo degli Stati, ma anche del più piccolo comune italiano. L'art. 13 del Testo unico degli Enti locali, approvato con dlgs n. 267/2000 e successive modificazioni, stabilisce infatti che spettano al comune tutte le funzioni che riguardano la popolazione ed il territorio comunale.

² Il principio trova un contemperamento nell'art. 352 del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea il quale stabilisce che, «se un'azione dell'Unione appare necessaria (...) per realizzare uno degli obiettivi di cui ai Trattati senza che questi ultimi abbiano previsto i poteri di azione richiesti a tal fine», il Consiglio, in presenza di determinati presupposti e con l'osservanza di una procedura rafforzata, può adottare le «disposizioni appropriate».

- ha un Parlamento;
- emana norme direttamente applicabili nei confronti dei cittadini dell'Unione³;
- dispone di risorse finanziarie proprie: risorse proprie tradizionali (dazi doganali, risorse di origine agricola, tassa sulla produzione dello zucchero); risorsa propria basata sull'IVA (imposta sul valore aggiunto); risorsa propria basata sul RNL (reddito nazionale lordo)⁴.

Le altre peculiarità dell'Unione riguardano la struttura di *governance*⁵: *primo*, non esiste l'Unione ma una pluralità di Unioni; *secondo*, il quadro istituzionale è caratterizzato da ridondanza; *terzo*, il processo decisionale è particolarmente complesso.

2. Pluralità di Unioni

Prima dell'entrata in vigore del *Fiscal compact*⁶ (1° gennaio 2013), l'ordinamento dell'Unione prevedeva l'Europa a 27 del mercato unico, quella a 17 dell'euro e del Meccanismo europeo di stabilità, detto anche Fondo salva-Stati⁷, quella a 23 del Patto *Europlus*⁸. Inoltre, il Trattato sul

³ Sul punto, acquista rilevanza anche l'aspetto quantitativo. Le norme emanate, prima, dalle Comunità europee e, ora, dall'Unione sono incomparabilmente superiori a quelle emanate da qualsiasi organizzazione internazionale.

⁴ Corte dei conti, Relazione annuale 2012. I rapporti finanziari con l'Unione europea e l'utilizzazione dei fondi comunitari, p. 23.

⁵ In argomento, G. COGLIANDRO, *La governance economica europea*, in *Federalismi.it*, n. 8/2011; G. NAPOLITANO, *L'incerto futuro della nuova governance economica europea*, in *Quaderni costituzionali*, a. XXXII, n. 1, marzo 2012; P. BILANCIA, *La nuova governance dell'Eurozona e i "riflessi" sugli ordinamenti nazionali*, in *www.federalismi.it*, n. 21/2012; R. DICKMANN, *Le regole della governance economica europea e il pareggio di bilancio in Costituzione*, in *www.federalismi.it*, n. 4/2012; L. ALLA, *Verso una nuova governance economica della UE*, novembre 2011, *www.amministrazioneincammino.luiss.it*; Camera dei Deputati - Ufficio Rapporti con l'Unione Europea, XVI legislatura, *La riforma della governance economica dell'UE*, Dossier n. 189, 23 novembre 2011, in *www.camera.it*; Senato della Repubblica - Servizio affari internazionali - Ufficio per i rapporti con le istituzioni dell'Unione europea, XVI legislatura, *Il Consiglio europeo del 9 dicembre 2011 e la nuova governance economica*, Dossier 81/DN, 13 dicembre 2011, in *www.senato.it*.

⁶ Trattato sulla stabilità, coordinamento e *governance* nell'Unione economica e monetaria. Secondo il prof. Giuseppe Guarino, il *Fiscal compact* è illegittimo, perché, attesa la sua natura di Trattato internazionale, essendo stato approvato, come si dirà dopo nel testo, da 25 Stati membri, non può modificare l'art. 126 del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea che ha riprodotto la disciplina sui disavanzi pubblici eccessivi, contenuta nell'art. 104 C del Trattato sull'Unione europea (*Milano Finanza*, 28 novembre 2012). *Contra*, O. PORCHIA, *Perché sbaglia chi ritiene "illegale" il Fiscal compact merkeliano*, in *www.ilfoglio.it*, 14 dicembre 2012.

⁷ V. il nuovo testo dell'art. 136 del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea, modificato con decisione del Consiglio n. 2011/199/UE del 25 marzo 2011. Il Trattato istitutivo del Meccanismo europeo di stabilità è stato sottoscritto dai 17 Paesi dell'area Euro il 2 febbraio 2012 ed è entrato in vigore il 27 settembre 2012. Sull'argomento, AA. VV., *La nuova governance economica e monetaria: ESM e Fiscal compact*, in *Semestre europeo*, n. 2/2012, p. 62.

funzionamento dell'Unione europea (TFUE), mediante appositi protocolli, ha esentato dalla sua applicazione alcuni Stati membri (Danimarca, Regno Unito, Irlanda, Francia, Polonia, Paesi Bassi, Groenlandia). Va poi menzionata la «cooperazione rafforzata»⁹, che consiste in azioni cui partecipano solo alcuni Stati membri¹⁰.

Il *Fiscal compact* ha delineato un'Europa intergovernativa a 25 (Regno Unito e Repubblica ceca non hanno sottoscritto il Trattato)¹¹, che in qualche caso può recedere a 24, in quanto la Danimarca gode ancora di alcune esenzioni.

Conclusivamente, *non esiste l'Unione ma una pluralità di Unioni*.

3. Ridondanza del quadro istituzionale

Originariamente, erano denominate «istituzioni» (strutture, corrispondenti agli organi costituzionali dell'ordinamento italiano, deputate a promuovere i valori fondamentali delle Comunità e a perseguirne gli obiettivi) solo l'Assemblea, il Consiglio, la Commissione e la Corte di giustizia¹². Successivamente¹³, sono state qualificate «istituzioni» anche il Consiglio europeo, la Banca centrale europea e la Corte dei conti¹⁴.

Cfr., inoltre, G. ADINOLFI - M. VELLANO (a cura di), *La crisi del debito sovrano degli Stati dell'area euro*, Torino, Giappichelli, 2013.

⁸ Conclusioni del Consiglio europeo, Bruxelles, 20 aprile 2011, punto 11.

⁹ Art. 20 del (nuovo) Trattato sull'Unione europea - TUE, che rinvia agli articoli da 326 a 334 TFUE.

¹⁰ Le cooperazioni rafforzate sono intese a promuovere la realizzazione degli obiettivi dell'Unione, a proteggere i suoi interessi e a rafforzare il suo processo di integrazione. Possono essere instaurate solo nel quadro delle competenze non esclusive; devono essere esercitate nei limiti e con le modalità previsti dal TFUE; sono aperte in qualsiasi momento a tutti gli Stati membri. La decisione che autorizza una cooperazione rafforzata è adottata dal Consiglio in ultima istanza, qualora esso stabilisca che gli obiettivi ricercati da detta cooperazione non possono essere conseguiti entro un termine ragionevole dall'Unione nel suo insieme, e a condizione che vi partecipino almeno nove Stati membri. Tutti i membri del Consiglio possono partecipare alle sue deliberazioni, ma solo i membri del Consiglio che rappresentano gli Stati membri partecipanti ad una cooperazione rafforzata prendono parte al voto. Le modalità di voto sono previste dall'art. 330 del TFUE (v. art. 20 TUE, *loc. cit.*). Gli atti adottati nel quadro di una cooperazione rafforzata vincolano solo gli Stati membri partecipanti. Non sono considerati un *acquis* che deve essere accettato dagli Stati candidati all'adesione all'Unione.

¹¹ L'art. 15 del Trattato prevede che gli Stati membri che non siano Parti contraenti potranno aderirvi successivamente.

¹² Trattato che istituisce la Comunità europea, parte quinta, titolo I, capo I.

¹³ Art. 13 TUE e parte sesta, titolo I, capo I, TFUE.

¹⁴ In tema, G. COGLIANDRO, *I controlli nel sistema comunitario*, in M. P. CHITI e G. GRECO (diretto da), *Trattato di diritto amministrativo europeo*, Milano, Giuffrè, 2007, parte generale, tomo II, p. 539 nonché ID., *Corte dei conti delle Comunità europee*, in S. CASSESE (diretto da), *Dizionario di diritto pubblico*, Milano, Giuffrè, 2006, vol. II, p. 1578.

In ordine alla situazione attuale, va preliminarmente rilevato che l'art. 11 del *Fiscal compact* fa obbligo alle parti contraenti di discutere *ex ante* e coordinare tra loro tutte le grandi riforme di politica economica che intendono intraprendere, precisando che a tale coordinamento partecipano le istituzioni dell'Unione europea.

Ad alcune di esse il *Fiscal compact* attribuisce competenze operative sul Patto di bilancio (art. 3 ss.), modificando la normativa sui disavanzi pubblici eccessivi¹⁵. Si tratta del Consiglio dell'Unione europea, della Commissione europea e della Corte di giustizia dell'Unione europea, con esclusione pertanto della Corte dei conti¹⁶, del Parlamento¹⁷ e della Banca centrale europea¹⁸.

Infine, il *Fiscal compact* istituisce la nuova struttura dedicata alla *governance* della zona euro (artt. 12 e 13), così articolata:

Vertice euro: riunione informale dei Capi di Stato o di Governo delle Parti contraenti la cui moneta è l'euro e del Presidente della Commissione (nonché, eventualmente, del Presidente della Banca centrale europea). Le riunioni del Vertice euro sono convocate quando necessario, almeno due volte all'anno, per discutere questioni connesse alle competenze specifiche che le Parti contraenti la cui moneta è l'euro condividono in relazione alla moneta unica, altre questioni concernenti la *governance* della zona euro e gli orientamenti strategici per la condotta delle politiche economiche per aumentare la convergenza nella zona euro¹⁹;

Presidente del Vertice euro: è nominato a maggioranza semplice dai Capi di Stato o di Governo delle Parti contraenti la cui moneta è l'euro nello stesso momento in cui il Consiglio europeo elegge il proprio presidente e con un mandato di pari durata. Assicura la preparazione e la continuità delle riunioni del Vertice euro, in stretta cooperazione con il Presidente della Commissione europea. Riferisce al Parlamento europeo dopo

¹⁵ Art. 126 TFUE (ex art. 104 del Trattato della Comunità europea) e protocollo (n. 12) sulla procedura per disavanzi eccessivi.

¹⁶ La Corte dei conti non viene neanche menzionata nella parte del *Fiscal compact* relativa alla *governance* della zona euro.

¹⁷ L'art. 12, par. 5, si limita a stabilire che il presidente del Vertice euro riferisce al Parlamento europeo dopo ogni riunione del Vertice euro e che il Presidente del Parlamento europeo può essere invitato dallo stesso Vertice per essere ascoltato.

¹⁸ Il Presidente della Banca centrale europea è invitato a partecipare alle riunioni del Vertice euro (art. 12, par. 1).

¹⁹ I Capi di Stato o di Governo delle Parti contraenti che hanno ratificato il Trattato diverse da quelle la cui moneta è l'euro partecipano alle discussioni delle riunioni del Vertice euro relative alla competitività per le Parti contraenti, alla modifica dell'architettura complessiva della zona euro e alle regole fondamentali che ad essa si applicheranno in futuro, nonché, ove opportuno e almeno una volta all'anno, a discussioni su questioni specifiche di attuazione del *Fiscal compact* (art. 12, par. 3).

ogni riunione del Vertice. Tiene strettamente informate le Parti contraenti diverse da quelle la cui moneta è l'euro e gli altri Stati membri dell'Unione dei preparativi e degli esiti delle riunioni del Vertice;

Eurogruppo: Organismo di coordinamento che riunisce i Ministri dell'economia e delle finanze degli Stati membri che hanno adottato l'Euro (la c.d. «Eurozona»²⁰). Esso è incaricato di preparare e dar seguito alle riunioni del Vertice euro. Alle riunioni dell'Eurogruppo partecipa la Commissione. La Banca centrale europea è invitata a parteciparvi²¹;

Presidente dell'Eurogruppo: può essere invitato a partecipare alle riunioni del Vertice euro;

Conferenza dei rappresentanti delle pertinenti commissioni del Parlamento europeo e dei rappresentanti delle pertinenti commissioni dei Parlamenti nazionali: è la sede della discussione delle politiche di bilancio e di altre questioni rientranti nell'ambito di applicazione del Trattato. Essa è organizzata dal Parlamento europeo e dai Parlamenti nazionali²²;

Presidente del Parlamento europeo: può essere invitato alle riunioni del Vertice euro per essere ascoltato;

Presidente della Commissione europea: partecipa alle riunioni del Vertice euro, collaborando con il suo Presidente nella preparazione delle relative riunioni;

Presidente della Banca centrale europea: è invitato alle riunioni del Vertice euro.

Conclusivamente, il *Fiscal compact* ha aumentato in modo rilevante le figure soggettive titolari di poteri autonomi.

4. Complessità del processo decisionale

Il quadro istituzionale preesistente al *Fiscal compact* si ispirava ai seguenti principi:

- Doppia titolarità del potere esecutivo (Commissione in caso di prevalenza del metodo comunitario, Consiglio per le decisioni intergovernative);
- Attribuzione alla Commissione della titolarità esclusiva del potere di iniziativa²³ degli atti legislativi, salva contraria previsione dei Trattati²⁴;

²⁰ In tema, U. DRAETTA, *Quale futuro per l'Eurozona e l'Unione europea?*, in questa *Rivista*, 2012, p. 391.

²¹ Protocollo (n. 14) sull'Eurogruppo, allegato al TFUE.

²² Sul punto, protocollo (n. 1) sul ruolo dei Parlamenti nazionali nell'Unione europea, allegato al TFUE.

²³ La proposta della Commissione può essere sollecitata dal Consiglio (art. 241 TFUE) o dal Parlamento (art. 225 TFUE). Se la Commissione non ritiene di presentare una proposta, essa ne

- Diarchia Parlamento/Consiglio: se le due istituzioni non raggiungono un accordo, «l'atto non è adottato» (art. 294, par. 12 e 13, TFUE). Considerazioni simili valgono per l'approvazione del bilancio: se non viene raggiunto l'accordo tra Parlamento europeo e Consiglio, la Commissione deve presentare un nuovo progetto di bilancio (art. 314, par. 8, TFUE).

La situazione attuale, dopo l'entrata in vigore del *Fiscal compact*, si caratterizza per i seguenti aspetti:

- scarsa incidenza sul processo decisionale del Parlamento europeo, che si occupa sì di politiche di bilancio, ma in un contesto organizzativo («Conferenza dei rappresentanti delle pertinenti commissioni del Parlamento europeo e dei rappresentanti delle pertinenti commissioni dei Parlamenti nazionali») che rende scarsamente rilevante la funzione. E ciò costituisce un'inversione di tendenza rispetto al processo di democratizzazione dell'Unione;

- valorizzazione del ruolo della Commissione nelle decisioni concernenti sia il Patto del bilancio (titolo III del Trattato), sia la *governance* della zona euro (titolo V);

- previsione di sanzioni per l'inosservanza dell'obbligo delle parti contraenti di recepire la «regola del pareggio di bilancio» nei loro ordinamenti giuridici nazionali, tramite disposizioni vincolanti, permanenti e preferibilmente di natura costituzionale. Stabilisce l'art. 8 che una Parte contraente può adire la Corte di giustizia dell'Unione europea qualora ritenga che un'altra Parte contraente non abbia rispettato l'art. 3, par. 2 (obbligo di attivare il meccanismo di correzione in caso di deviazioni significative dall'obiettivo di medio termine concernente il saldo strutturale annuo). La sentenza della Corte è vincolante per le parti del procedimento, le quali devono adottare i provvedimenti previsti dalla sentenza. La Corte, qualora constati che la Parte contraente interessata non si è conformata alla sua sentenza, può comminarle il pagamento di una somma forfettaria o di una penalità non superiore allo 0,1% del suo prodotto interno lordo.

L'attribuzione esclusiva alla Corte di giustizia di competenze in materia finanziaria (con la conseguente emarginazione della Corte dei conti) suscita perplessità sul piano procedurale. Il *Fiscal compact*, nel conferire alla Corte di giustizia il potere di esprimere valutazioni sul rispetto della regola europea del pareggio strutturale del bilancio dell'Unione, dissocia

comunica i motivi al Consiglio ed al Parlamento. Anche i cittadini dell'Unione possono prendere l'iniziativa d'invitare la Commissione a presentare una proposta (art. 11, par. 4, TUE).

²⁴ Ai sensi dell'art. 289, par. 4, TFUE, nei casi previsti dai Trattati, gli atti legislativi possono essere adottati su iniziativa di un gruppo di Stati o del Parlamento europeo, su raccomandazione della Banca centrale europea o su richiesta della Corte di giustizia o della Banca europea degli investimenti.

la *competenza formale* (legittimazione di un'istituzione a prendere una decisione) dalla *competenza sostanziale* (possessione delle nozioni tecnico-scientifiche necessarie per l'esercizio del potere). Non è stato infatti considerato che i membri della Corte di giustizia sono «giureconsulti» (art. 253 TFUE) incaricati di assicurare «il rispetto del diritto nell'interpretazione e nell'applicazione dei Trattati» (art. 19, par 1, TUE) e che quindi sono privi delle nozioni economico-finanziarie e contabili necessarie per esercitare adeguatamente il potere.

Queste nozioni costituiscono, invece, oggetto specifico della formazione dei membri della Corte dei conti europea, deputati ad attestare l'affidabilità dei conti dell'Unione e controllare la legittimità²⁵ delle entrate e delle spese. La Corte dei conti è quindi la sola istituzione europea che possiede le conoscenze tecnico-scientifiche per esprimere valutazioni sul rispetto della regola europea del pareggio strutturale del bilancio.

Da questa asserzione non può tuttavia farsi derivare il corollario che spetti a questa Corte la competenza a comminare sanzioni per la violazione della regola sul pareggio strutturale, dato che essa, a differenza della Corte dei conti italiana²⁶, non ha competenze giurisdizionali, competenze che l'ordinamento europeo riserva in via esclusiva alla Corte di giustizia.

Conclusivamente, sarebbe opportuno associare la competenza sostanziale a quella formale, stabilendo che *la decisione della Corte di giustizia di comminare la sanzione sia preceduta dal parere della Corte dei conti*²⁷.

Giuseppe Cogliandro*

²⁵ G. COGLIANDRO, *La legalità finanziaria nell'ordinamento italiano ed in quello europeo*, in CORTE DEI CONTI E COMMISSION EUROPEENNE-OFFICE EUROPEEN DE LUTTE CONTRE LA FRAUDE, *Programma Hercules II. Attività conoscitiva e di formazione nel settore dei recuperi amministrativi e giudiziari conseguenti a irregolarità e frodi nell'utilizzo delle risorse comunitarie*, Fase conclusiva, 11, 12, 13 maggio 2010, p. 427.

²⁶ G. COGLIANDRO, *The Audit System*, in *International Journal of Public Administration*, 2000, vol. 23, numbers 2&3, p. 383; Id., *The role of the Italian Supreme Audit Institution in fighting corruption and mismanagement, in "performance auditing", and in the privatisation process*, - Ruolo dell'Istituzione Superiore di Controllo nella lotta alla corruzione ed alla cattiva gestione, nel "performance auditing" e nel processo di privatizzazione, in CORTE DEI CONTI - MINISTERO AFFARI ESTERI - UNITED NATIONS-DEPARTMENT OF ECONOMICS AND SOCIAL AFFAIRS, *Globalization and new challenges of public finance - Globalizzazione e nuove sfide della finanza pubblica*, edited by G. BERTUCCI & G. COGLIANDRO, Roma, Istituto Poligrafico e Zecca dello Stato, 2004, p. 244; Id., *I sistemi di controllo: modelli pubblico-privati*, in FORMEZ, *Note e commenti sul sistema amministrativo italiano in contesto internazionale 2006*, a cura di G. PENNELLA, vol. 3, *Il mercato tra semplificazione e controllo*, p. 85.

²⁷ Il potere della Corte dei conti di dare pareri è previsto dall'art. 287, par. 4, TFUE.

* Presidente della Sezione di controllo per gli affari comunitari ed internazionali della Corte dei conti

SINTESI

Nella modellistica degli ordinamenti giuridici, quello dell'Unione europea ha spiccate peculiarità. Esso presenta analogie e differenze sia rispetto agli Stati sia alle Organizzazioni internazionali. Come gli Stati, l'Unione è un ordinamento indipendente, ma, a differenza di essi, non ha competenza generale, in quanto di regola agisce in base al principio di attribuzione. Come le organizzazioni internazionali, l'UE è stata istituita da Trattati, ma, a differenza di esse, ha un Parlamento, emana norme direttamente applicabili nei confronti dei propri cittadini e dispone di risorse finanziarie proprie.

Le peculiarità dell'Unione sono state accentuate dal *Fiscal compact* (Trattato sulla stabilità, coordinamento e governance nell'Unione economica e monetaria, entrato in vigore il 1° gennaio 2013), il quale: *a.* ha delineato un'Europa intergovernativa a 25 (Regno Unito e Repubblica ceca non hanno sottoscritto il Trattato), che in qualche caso può recedere a 24 (in quanto la Danimarca gode ancora di alcune esenzioni); *b.* ha aumentato in modo rilevante le figure soggetti titolari di poteri autonomi; *c.* ha reso ancora più complesso il processo decisionale.

ABSTRACT

Among the shaped legal orders, the one of the European Union presents strong distinctive figures; it has analogies and diversities, both in respect to States and to International Organizations. As the States, the European Union is an independent order; but, unlike the States, it does not have a general competence, acting, as a rule, according to the attribution principle. The European Union, like the International Organizations, was established by Treaties, but, unlike those, has a Parliament, set out rules directly applicable to its citizens and benefits of its own financial resources.

The European Union peculiarities have been accentuated by the Fiscal Compact (Treaty on stability, coordination and governance in the Economic and Monetary Union, entered into force the 1st of January 2013). This Treaty has: a. outlined an Intergovernmental Europe of 25 members (United Kingdom and Czech Republic did not sign the Treaty), which in some case can retreat to 24 members (as Denmark is still benefitting of some exemptions); b. increased in a substantial way the figures which are subjects in charge of autonomous powers; c. made even more complex the decision procedure.

RIFLESSIONI SULL'EFFICACIA DIRETTA DELLA NORMATIVA DELL'UNIONE EUROPEA E SULL'EFFETTO UTILE DELLA GIURISPRUDENZA DELLA CORTE DI GIUSTIZIA*

Sommario: *Introduzione - 1. Sentenze in materia di ripetizione dell'indebito - 2. Sentenze in materia di imposta di consumo sulle banane importate da Paesi ACP - 3. Sentenze in materia di premi speciali per i bovini maschi e di pagamento per l'estensivizzazione - 4. Conclusioni.*

Introduzione

Il 13 maggio 2013 la Corte di giustizia ha dedicato un convegno, nelle sue aule, al cinquantesimo anniversario della famosa sentenza *Van Gend en Loos*¹.

Con tale pronuncia la Corte ha infatti messo le fondamenta della costruzione europea sancendo il principio dell'applicabilità diretta del diritto comunitario (e di qui la sua importanza²).

È grazie al principio dell'applicabilità diretta e a quello della supremazia del diritto comunitario, affermato dalla Corte nell'altrettanto famosa sentenza *Costa c. Enel*³, che si è sviluppata una vasta giurisprudenza a se-

* Il presente contributo è destinato agli *Scritti in onore di Luigi Costato*, in corso di pubblicazione con i tipi della casa editrice Jovene.

¹ Sentenza della Corte di giustizia del 5 febbraio 1963 in causa n. 26/62, *Van Gend en Loos*, in *Raccolta*, 1963, p. 3.

² In questo scritto, per semplificare, continuerò ad utilizzare il termine «comunitario» anche se sarebbe più corretto attualmente parlare del diritto dell'Unione europea. Al di là della terminologia non vi è però una sostanziale differenza dato che il Trattato di Lisbona del 13 dicembre 2007, entrato in vigore il 1° dicembre 2009, ha conferito all'Unione europea, istituita dal Trattato di Maastricht del 7 febbraio 1992, le competenze che erano prima della Comunità economica europea, divenuta, con il Trattato di Maastricht, Comunità europea.

³ Sentenza della Corte di giustizia del 15 luglio 1964 in causa n. 6/64, *Costa c. Enel*, in *Raccolta*, 1964, p. 1141.

guito di rinvii pregiudiziali effettuati dai giudici nazionali (ex art. 177 Trattato CEE e poi 234 TCE e ora 267 TFUE⁴).

È evidente, infatti, che, se il diritto comunitario non fosse considerato direttamente applicabile e prevalente rispetto al diritto nazionale contrastante, avrebbe poco senso il rinvio pregiudiziale previsto dal Trattato, che i giudici nazionali possono o, in ultima istanza, devono attuare al fine di ottenere dalla Corte di giustizia l'interpretazione delle norme comunitarie rilevanti.

La funzione del rinvio pregiudiziale è certo quella di garantire un'interpretazione uniforme del diritto comunitario, ma i giudici nazionali non avrebbero alcun interesse a sollecitare tale interpretazione se poi non potessero avvalersene per risolvere correttamente le vertenze sottoposte alla loro giurisdizione.

Per poter risolvere una vertenza in cui le parti o invocano entrambe il diritto comunitario, attribuendogli però una diversa interpretazione, o invocano una il diritto comunitario e l'altra il diritto nazionale, è necessario che la norma comunitaria invocata abbia efficacia immediata a favore dei singoli e prevalga su quella nazionale nell'ipotesi di norme contrastanti.

Molto si è scritto sulla sentenza *Van Gend en Loos*⁵ e sulla *Costa c. Enel* nonché sulle motivazioni addotte dalla Corte per giustificare i principi dell'applicabilità diretta (o, in altri termini, immediata) e della supremazia del diritto comunitario, per cui lo scopo di queste mie riflessioni non è di tornare su detti principi, ormai non più messi in discussione.

Mi preme solo rilevare come, talvolta, l'applicabilità diretta del diritto comunitario, proclamata dalla Corte, non abbia sempre assicurato l'applicazione uniforme di tale diritto in tutta l'Unione a causa dell'ambiguità o della poca chiarezza della giurisprudenza della Corte in sede di rinvio pregiudiziale.

Mi spiegherò meglio con alcuni esempi, non senza ricordare, a titolo preliminare, che con la sentenza *Van Gend en Loos* la Corte ha stabilito che alcune disposizioni del Trattato istitutivo della CEE dovevano consi-

⁴ Questi articoli, succedutisi nel tempo, sono simili nella sostanza. Tutti prevedono la competenza della Corte di giustizia a pronunciarsi in via pregiudiziale sull'interpretazione dei Trattati e sulla validità e l'interpretazione degli atti adottati dalle istituzioni comunitarie. In essi si legge, per quanto qui interessa, quanto segue: «Quando una questione del genere è sollevata dinanzi ad una giurisdizione di uno degli Stati membri, tale giurisdizione può, qualora reputi necessaria per emanare la sua sentenza una decisione su questo punto, domandare alla Corte di pronunciarsi sulla questione. Quando una questione del genere è sollevata in un giudizio pendente davanti a una giurisdizione nazionale, avverso le cui decisioni non possa proporsi un ricorso giurisdizionale di diritto interno, tale giurisdizione è tenuta a rivolgersi alla Corte».

⁵ Recentemente, in particolare, U. VILLANI, *Una rilettura della sentenza Van Gend en Loos dopo cinquant'anni*, in *Studi integr. eur.*, 2013, p. 225.

derarsi come direttamente applicabili nel senso che creavano diritti in capo ai cittadini (o alle imprese) non solo nei casi eventualmente previsti dal Trattato stesso, ma anche «come contropartita di precisi obblighi imposti dal Trattato ai singoli, agli Stati membri o alle Istituzioni comunitarie⁶».

Nel caso esaminato nella sentenza *Van Gend en Loos* si trattava di rispondere al seguente quesito, posto dalla Tariefcommissie, il supremo foro olandese in materia fiscale: «se l'articolo 12 del trattato abbia efficacia immediata negli ordinamenti interni degli stati membri, attribuendo ai singoli dei diritti soggettivi che il giudice nazionale ha il dovere di tutelare».

Ebbene, l'art. 12 Trattato CEE (divenuto poi art. 25 TCE e ora art. 30 TFUE) così recitava: «Gli Stati membri si astengono dall'introdurre tra loro nuovi dazi doganali all'importazione e all'esportazione o tasse di effetto equivalente e dall'aumentare quelli che applicano nei loro rapporti commerciali reciproci».

La Corte ha risposto: «Il disposto dell'articolo 12 pone un divieto chiaro e incondizionato che si concreta in un obbligo non già di fare, bensì di non fare. A questo obbligo non fa riscontro alcuna facoltà degli Stati di subordinarne l'efficacia all'emanazione di un provvedimento di diritto interno. Il divieto dell'articolo 12 è per sua natura perfettamente atto a produrre direttamente degli effetti sui rapporti giuridici intercorrenti fra gli Stati membri ed i loro amministratori».

Da questa presa di posizione della Corte scaturisce il principio secondo cui sono direttamente applicabili, e quindi invocabili dai singoli, tutte le disposizioni del Trattato (ora TFUE) che siano sufficientemente chiare e precise e la cui applicazione non richieda l'adozione, da parte degli Stati o delle istituzioni comunitarie, di atti esecutivi o integrativi⁷.

La Corte ha peraltro applicato lo stesso principio anche agli accordi stipulati dalla Comunità con Paesi terzi⁸.

⁶ V motivo nel merito.

⁷ Benché questa definizione della disposizione direttamente applicabile sia, in linea di massima, sufficiente a consentire ai giudici nazionali di individuare le disposizioni direttamente applicabili, molti giudici hanno ritenuto di rivolgersi alla Corte per avere la certezza che altre disposizioni del Trattato CEE avessero efficacia immediata. È così che la Corte stessa ha avuto modo di precisare che erano da considerarsi direttamente applicabili gli artt. 7, comma 1; 9; 13, par. 2; 16; 30; 31; 32, comma 1; 34; 37, par. 1; 37, par. 2, 48; 52; 53; 59; 60, comma 3; 95, comma 1; 95, comma 2; 119.

⁸ Ha aperto la strada in questo senso la sentenza della Corte di giustizia del 5 febbraio 1976 in causa n. 85/75, *Bresciani*, in *Raccolta*, 1976, p. 129, il cui punto 3 del dispositivo così recita: «L'art. 2, n. 1, della Convenzione firmata a Yaoundé il 20 luglio 1963 attribuisce ai singoli cittadini degli Stati membri della Comunità, dal 1° gennaio 1970, il diritto di non corrispondere allo Stato le tasse d'effetto equivalente ai dazi doganali, diritto che i giudici nazionali devono tutelare».

Se i Trattati nulla dicono per quanto riguarda l'applicabilità diretta di alcune loro disposizioni, v'è invece una previsione esplicita per quanto riguarda i «Regolamenti».

Già il Trattato CEE (all'art. 189) e poi il Trattato CE (all'art. 249) (ora art. 288 del TFUE) disponevano: «Il regolamento ha portata generale. Esso è obbligatorio in tutti i suoi elementi e direttamente applicabile in ciascuno degli Stati membri».

Nonostante la previsione di applicabilità diretta dei Regolamenti, la prassi ha dimostrato che non tutte le disposizioni contenute nei regolamenti sono di immediata applicazione, ma richiedono atti esecutivi o integrativi da parte degli Stati membri.

Talvolta è persino lasciato agli Stati membri la facoltà di integrare le prescrizioni dei regolamenti con proprie disposizioni aggiuntive.

In quest'ultima ipotesi si dovrà dunque esaminare se le norme nazionali aggiuntive siano o meno in contrasto con la lettera e lo spirito del Regolamento cui fanno riferimento.

Osservo subito che questo modo di legiferare da parte del legislatore comunitario crea non pochi problemi ai soggetti cui si applica il Regolamento e, in ultima analisi, al giudice eventualmente chiamato a fare chiarezza.

E spesso il rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia non è risolutivo perché la Corte stessa, come vedremo, non prende una posizione netta ma lascia "la patata bollente" al giudice nazionale, con il pretesto che spetta a quest'ultimo applicare il diritto comunitario al caso di specie tenendo conto delle circostanze di fatto che la Corte non può sindacare.

È pur vero che, nell'ambito della procedura di rinvio pregiudiziale, la Corte deve limitarsi ad interpretare le norme comunitarie rilevanti senza entrare nel merito della vertenza⁹.

Tuttavia, perché la pronuncia della Corte possa raggiungere lo scopo per il quale il rinvio pregiudiziale è stato previsto, la Corte non può rendere pronunce astratte, ma deve formulare l'interpretazione richiestale in modo che i giudici nazionali¹⁰ possano agevolmente farne applicazione al caso sottoposto alla loro giurisdizione¹¹.

⁹ Con riferimento all'art. 177 Trattato CEE la Corte ha dichiarato: «In base a tale disposizione la Corte non può applicare il Trattato a un caso determinato, né statuire sulla compatibilità di una norma giuridica interna col Trattato stesso, come invece le sarebbe possibile fare in virtù dell'art. 169» (sentenza *Costa c. Enel*, cit. *supra*, nota 3).

¹⁰ Sia quello che ha chiesto il rinvio, ma anche altri giudici che si trovino a dover dirimere vertenze analoghe.

¹¹ La stessa Corte ha ripetutamente affermato: «Nel contesto di un rinvio pregiudiziale, la Corte, chiamata a fornire al giudice risposte utili, è tuttavia competente a fornire delle

La Corte perciò ha bisogno di conoscere i fatti e non può prescindere dai fatti se vuole rendere una pronuncia utile.

Così però non avviene sempre: pur conoscendo i fatti della causa pendente davanti al giudice che ha effettuato il rinvio¹², spesso la Corte, nello stabilire il principio interpretativo, usa formule che lasciano al giudice nazionale un certo margine di discrezionalità nella sua applicazione al caso concreto.

Per rendere più comprensibili queste mie osservazioni citerò alcune sentenze della Corte che non sono state risolutive per i giudici nazionali, tant'è vero che vertenze analoghe sono state decise in modo diverso pur partendo dalla medesima pronuncia interpretativa.

In taluni casi, proprio per l'ambiguità delle pronunce della Corte, si sono resi necessari ulteriori rinvii.

1. Sentenze in materia di ripetizione dell'indebito

Nel corso degli anni, molti tributi istituiti dagli Stati membri sono stati definiti dalla Corte di giustizia come tasse d'effetto equivalente a dazi doganali o come imposizioni interne discriminatorie e, quindi, dichiarati illegittimi perché contrastanti con specifici divieti previsti dal Trattato CEE¹³ (poi CE e ora TFUE).

Ne è conseguito il diritto dei contribuenti di non pagare detti tributi o di chiederne il rimborso se già pagati.

La Corte ha chiaramente riconosciuto il diritto al rimborso dei tributi riscossi da uno Stato membro in contrasto con il diritto comunitario come «conseguenza e il complemento dei diritti riconosciuti ai singoli dalle norme che vietano le tasse d'effetto equivalente a dazi doganali o, secondo i casi, l'applicazione discriminatorie di imposte interne»¹⁴.

Come ha riconosciuto l'Avvocato Generale Tesouro: «Il fondamento del diritto alla restituzione delle somme indebitamente percepite dall'am-

indicazioni tratte dal fascicolo della causa a qua come pure dalle osservazioni sottoposte, idonee a mettere il giudice nazionale in grado di decidere». (Da ultimo, sentenza della Corte di giustizia del 16 maggio 2013 in causa n. C-191/12, *Alakor*, punto 31, non ancora pubblicata in *Raccolta*).

¹² Sia perché il giudice ha l'onere di esporli nell'ordinanza di rinvio, sia perché essi possono essere desunti dal fascicolo di causa che viene trasmesso alla Cancelleria della Corte.

¹³ Art. 12 o 95, a seconda dei casi.

¹⁴ Sentenza della Corte di giustizia del 9 novembre 1983 in causa n. 199/82, *San Giorgio*, in *Raccolta*, 1983, p. 3595, punto 12 e in questa *Rivista*, 1983, p. 483 con nota di F. CAPELLI, *Ripetizione d'indebito e diritto comunitario*, p. 483 e commento di S. ZARRILLI, *La ripetizione dell'indebito nel diritto comunitario*, p. 505 ss.

ministrazione è dunque ancorato all'effetto diretto delle norme comunitarie di cui si tratta e dell'effettività della tutela delle posizioni giuridiche soggettive create da tali norme. È fin troppo evidente che una tale tutela non sarebbe effettiva ove la sentenza dichiarativa di illegittimità di un tributo, perché riscosso in violazione di una norma comunitaria avente effetto diretto, non fosse accompagnata dalla possibilità per il singolo di ottenerne il rimborso»¹⁵.

In assenza di una normativa comune o quanto meno armonizzata relativa ai rimborsi di tributi indebitamente pagati, la Corte ha affermato che il rimborso deve avvenire secondo le norme interne di ciascuno Stato membro¹⁶.

La mancanza di regole comuni o armonizzate (circa i tempi, i modi, le procedure amministrative e giudiziarie) per ottenere il rimborso crea già di per sé disuguaglianze nella tutela dei diritti dei singoli, ma questo è imputabile al legislatore comunitario e non alla Corte di giustizia che non può sostituirsi al legislatore.

La Corte, anzi, ha messo dei paletti all'applicazione delle norme nazionali che non possono «essere meno favorevoli di quelle relative ad analoghe azioni del sistema processuale nazionale» e non debbono essere congeniate in modo da rendere praticamente «impossibile l'esercizio di diritti che i giudici nazionali sono tenuti a tutelare»¹⁷.

Questi principi, definiti come principi di equivalenza e di effettività, sono stati ribaditi costantemente nella giurisprudenza concernente la ripetizione dell'indebito¹⁸.

Tuttavia, questi limiti non si sono rivelati sufficienti a garantire il rimborso dei tributi in contrasto con il diritto comunitario indebitamente pagati in quanto la Corte ha ammesso che gli Stati membri possano negare la restituzione di un tributo indebitamente pagato «qualora sia appurato che la persona tenuta al pagamento del tributo lo ha di fatto riversato su altri soggetti»¹⁹.

¹⁵ Conclusioni pronunciate nelle cause riunite da n. C-192/95 a n. C-218/98, *Comateb e a.*, in *Raccolta*, 1997, I, p. 167, punto 11.

¹⁶ Sentenze della Corte di giustizia del 16 dicembre 1976 in causa n. 33/78, *Rewe*, in *Raccolta*, 1976, p. 1989, punto 5 e in causa n. 45/76, *Comet*, in *Raccolta*, 1976, p. 2043, punto 12.

¹⁷ Sentenza *Rewe*, *loc. cit.*, punto 5 e sentenza *Comet*, *loc. cit.*, punti 13 e 16.

¹⁸ Da ultimo, sentenza della Corte di giustizia del 19 luglio 2012 in causa n. 591/10, *Littlewoods Retail Ltd e a. c. Her Majesty's Commissioners of Revenue Customs*, non ancora pubblicata in *Raccolta*.

¹⁹ Sentenza *San Giorgio*, *cit. supra*, nota 14, punto 13.

Secondo la Corte, infatti, nella sua prima giurisprudenza in materia, il rimborso del tributo nell'ipotesi in cui l'onere relativo fosse stato sopportato da terzi avrebbe comportato di per sé un arricchimento senza causa.

La posizione della Corte è apparsa ai commentatori alquanto arbitraria in quanto la ripetizione dell'indebito, in tutti gli Stati membri, non era, fino a quel momento, subordinata ad alcuna condizione²⁰.

Inoltre non è affatto detto che, come la Corte stessa ha riconosciuto nella propria giurisprudenza più recente²¹, il rimborso di un tributo che sia stato ripercosso su terzi comporti automaticamente un arricchimento senza causa per il beneficiario.

Mentre è certo che il mancato rimborso comporterebbe un arricchimento senza causa per l'Amministrazione in quanto essa potrebbe trattenere un tributo che, essendo illegittimo, era stato riscosso senza causa²².

Resta il fatto che il caso che aveva indotto la Corte ad ammettere la non ripetibilità ove l'onere del tributo fosse stato trasferito su soggetti terzi era nato in Danimarca ed era molto specifico²³.

Si trattava infatti di un caso in cui era certo che l'onere di un tributo era stato incorporato nel prezzo di vendita del prodotto²⁴ in quanto tale prezzo era fissato d'autorità e, sempre d'autorità, era stato aumentato di un importo pari esattamente a quello del tributo poi dichiarato illegittimo.

In un caso così specifico la non ripetibilità del tributo, affermata dalla Corte, non avrebbe generato le difficoltà che l'applicazione della sua giu-

²⁰ Si vedano, tra gli altri, HUBEAU, *La répétition de l'indu en droit communautaire*, in *Rev. trim. dr. eur.*, 1981, p. 442 ss.; WAELBROECK, *La garantie du respect du droit communautaire par les Etats membres. Les actions au niveau national*, in *Cah. dr. eur.*, 1985, p. 37 ss.; D. BERLIN, *Chronique de jurisprudence fiscale européenne*, in *Rev. trim. dr. eur.*, 1997, p. 167, e, in particolare, le conclusioni presentate il 27 giugno 1996 dall'Avvocato Generale Tesauro nelle cause riunite *Comateb e a.*, *cit. supra*, nota 15).

Nello stesso senso, la risoluzione del Parlamento europeo del 9 febbraio 1983, sulla responsabilità degli Stati membri in ordine all'applicazione e al rispetto del diritto comunitario, enunciava che, «nei casi in cui la Corte di giustizia delle Comunità europee abbia dichiarato determinati dazi o imposte incompatibili con il Trattato, la successiva introduzione, a livello di legislazione nazionale, di disposizioni che limitino in qualunque modo il diritto di ottenere il rimborso delle imposte o dei dazi illegalmente percepiti, consentendo quindi agli Stati membri di avvalersi ingiustamente del gettito di imposte o dazi illegali, [è] incompatibile con lo spirito comunitario, e (...) le disposizioni di questa natura [devono] essere abrogate» (in *Guce* n. C 68 del 14 marzo 1983, p. 32).

²¹ Sentenza della Corte di giustizia del 2 ottobre 2003 in causa n. C-147/01, *Weber's Wine World e a.*, in *Raccolta*, 2003, I, p. 11365, punto 2 del dispositivo.

²² In questo senso sono particolarmente convincenti le considerazioni formulate dall'Avvocato Generale Tesauro al punto 21 delle sue conclusioni nelle cause riunite *Comateb e a.*, *loc. cit.*

²³ Sentenza della Corte di giustizia del 27 febbraio 1980 in causa n. 68/79, *Just*, in *Raccolta*, 1980, p. 501.

²⁴ Si trattava di pane.

risprudenza ha comportato se il principio della non rimborsabilità non fosse stato formulato in forma generalizzata.

Nella sentenza *Just*, concernente il caso danese, la Corte si era infatti così espressa: «Il diritto comunitario non esclude che si tenga conto del fatto che l'onere dei tributi indebitamente riscossi ha potuto venir riversato su altri operatori economici o sui consumatori»²⁵.

È vero che, nella medesima sentenza, la Corte ha aggiunto: «L'eventuale presa in considerazione a norma del diritto nazionale dello Stato interessato, del danno subito dalla persona costretta al pagamento dei tributi, a causa dell'effetto limitativo di questi sul volume delle importazioni da altri Stati membri, sarebbe conforme ai principi comunitari».

Ammettendo, però, in linea generale che possa essere presa in considerazione l'eventuale traslazione del tributo agli acquirenti e l'eventuale danno subito dal contribuente a causa del tributo, la Corte, anziché facilitare il compito dei giudici nazionali, ha introdotto un elemento di incertezza che ha reso aleatorio il diritto al rimborso e l'effettività della tutela di tale diritto.

E naturalmente non è parso vero ad alcuni Stati membri, tra cui l'Italia e la Francia, di cogliere l'occasione per modificare le proprie regole in materia di ripetizione dell'indebito pur di evitare di dover rimborsare i tributi contrastanti con le norme CEE.

È così che l'Italia che fino a quel momento ammetteva la ripetibilità dell'indebito senza alcuna condizione, a norma dell'art. 2033 del codice civile, a seguito della sentenza *Just* ha adottato una norma specifica per limitare il rimborso dei tributi indebitamente pagati al solo caso in cui l'interessato fornisse la prova di non aver ripercosso detti tributi su altri soggetti.

Con l'art. 19 del d.l. 30 settembre 1982, n. 688, convertito in l. 27 novembre 1982, n. 873, era stato infatti disposto quanto segue: «Chi ha indebitamente corrisposto diritti doganali all'importazione, imposte di fabbricazione, imposte di consumo o diritti erariali, anche anteriormente alla data di entrata in vigore del presente decreto, ha diritto al rimborso delle somme pagate quando prova documentalmente che l'onere relativo non è stato in qualsiasi modo trasferito su altri soggetti, salvo il caso di errore materiale. La prova documentale di cui al comma precedente deve essere fornita anche quando le merci, in relazione alle quali il pagamento è stato operato, siano state cedute dopo lavorazione, trasformazione, montaggio, assemblaggio o adattamento di esse».

Come si vede, il legislatore italiano, non solo ha subordinato il rimborso dei tributi indebitamente pagati alla condizione che non fossero stati trasferiti a soggetti terzi, ma ha accollato al contribuente l'onere di provare

²⁵ Punto 3 del dispositivo, seconda frase.

che tale trasferimento non era avvenuto ed esclusivamente fornendo una prova documentale.

È evidente che si trattava di una prova estremamente difficile o addirittura impossibile da fornire che annientava praticamente il diritto al rimborso.

In effetti l'art. 19 è stato oggetto di una procedura di infrazione da parte della Commissione europea, a norma dell'art. 169 del Trattato CEE, sfociata nella sentenza della Corte di giustizia del 24 marzo 1988²⁶ il cui dispositivo così recita: «La Repubblica italiana imponendo al contribuente, mediante l'art. 19 del decreto legge 30 settembre 1982, n. 688, convertito in legge 27 novembre 1982, n. 873, l'onere di provare, esclusivamente con la prova documentale, che diritti e tasse nazionali di cui egli chieda il rimborso in quanto indebitamente corrisposti, perché contrastanti con gli artt. 9 e seguenti e 95 del Trattato CEE, non sono stati trasferiti su altri soggetti e attribuendo alle relative disposizioni un effetto retroattivo, è venuta meno agli obblighi imposti dagli artt. 5, 9 e seguenti e 95 del Trattato».

Prima ancora, nell'ambito di un rinvio pregiudiziale effettuato dal Presidente del Tribunale di Trento, che aveva dato luogo alla causa *San Giorgio*, la Corte, aveva affermato che «sarebbero incompatibili con il diritto comunitario le condizioni di prova che avessero l'effetto di rendere praticamente impossibile o eccessivamente difficile ottenere il rimborso dei tributi riscossi in contrasto con il diritto comunitario. È quanto avviene, in particolare, per le presunzioni o i criteri di prova che tendono a lasciare al contribuente l'onere di dimostrare che i tributi indebitamente versati non sono stati trasferiti su altri soggetti, o di particolari limitazioni in merito alla forma della prova da fornire, come l'esclusione di qualsiasi prova non documentale»²⁷.

Anche nella causa *San Giorgio* era stato messo in discussione l'art. 19 del d.l. n. 688/82, convertito in l. n. 873/82, ma la Corte non aveva potuto dichiararne *expressis verbis* l'incompatibilità con il diritto comunitario perché, come ho ricordato all'inizio, nell'ambito della procedura pregiudiziale la Corte deve limitarsi a interpretare il diritto comunitario e non può pronunciarsi sulla compatibilità di una norma o una prassi nazionale con tale diritto come invece può fare nell'ambito di una procedura di infrazione promossa dalla Commissione.

Comunque il legislatore italiano ha dovuto prendere atto delle pronunce della Corte nella causa *San Giorgio* e in quella promossa dalla Commissione

²⁶ In causa n. 104/86, *Commissione c. Italia*, in *Raccolta*, 1988, p. 1799.

²⁷ Sentenza *San Giorgio*, cit. *supra*, nota 14, punto 14.

e, con l'art. 29, comma 2, l. n. 428/1990 ha così, disposto: «2. I diritti doganali all'importazione, le imposte di fabbricazione, le imposte di consumo, il sovrapprezzo dello zucchero e i diritti erariali riscossi in applicazione di disposizioni nazionali incompatibili con norme comunitarie sono rimborsati a meno che il relativo onere non sia stato trasferito su altri soggetti».

La nuova disposizione ha in sostanza eliminato l'onere, a carico del contribuente, di provare ed esclusivamente con mezzi documentali che il tributo chiesto in restituzione non era stato trasferito a terzi.

Spettava dunque all'Amministrazione provare che tale trasferimento era avvenuto.

Tutti i problemi sembravano perciò essere stati eliminati, ma così non è stato sia perché l'Amministrazione ha sistematicamente ottenuto che, in sede di contenzioso, fosse nominato un perito (il cosiddetto CTU, consulente tecnico d'ufficio) autorizzato a reperire e esaminare tutta la documentazione contabile in possesso del contribuente sia perché, a livello non solo dei giudici di merito ma della stessa Corte di cassazione, si è ritenuto che la prova dell'avvenuto trasferimento del tributo su terzi potesse anche essere data attraverso presunzioni semplici.

Sulla prassi di esigere l'esibizione dei documenti contabili, la stessa Corte di giustizia ha trovato poco o nulla da dire. Essa, infatti si è così pronunciata: «Tale richiesta, relativa agli anni per i quali viene chiesto il rimborso e formulata nel periodo in cui i documenti contabili in questione devono obbligatoriamente essere conservati, non può essere considerata di per sé alla stregua di un'inversione, a scapito dei soggetti passivi, dell'onere della prova relativa alla mancata traslazione del tributo su terzi. Siffatti documenti forniscono infatti dati di fatto neutri, basandosi sui quali l'amministrazione può, in particolare, cercare di dimostrare che i tributi sono stati trasferiti su altri soggetti (v., in tal senso, sentenza 2 ottobre 2003, causa-C-147/01, *Weber's Wine World e a.*, Racc. pag. I-11365, punto 115). Pertanto, salvo circostanze eccezionali di cui potrebbe avvalersi il ricorrente, la mancata produzione dei documenti contabili, quando essi sono stati richiesti dall'amministrazione, può essere considerata da quest'ultima o dal giudice un elemento di cui tener conto nella dimostrazione che i tributi sono stati trasferiti su terzi. Tuttavia tale elemento, da solo, non è sufficiente a far presumere che i detti tributi siano stati trasferiti su terzi, né, a maggior ragione, a far gravare sul ricorrente l'onere di confutare tale presunzione fornendo la prova contraria (v., in questo senso, sentenza *Weber's Wine World e a.*, citata, punto 116)»²⁸.

²⁸ Sentenza della Corte di giustizia del 9 dicembre 2003 in causa n. C-129/00, *Commissione c. Italia*, in *Raccolta*, 2003, I, p. 14637, punto 37 e annotata in questa *Rivista*, 2004, p. 534.

Sulla possibilità di dimostrare l'avvenuto trasferimento a terzi sulla base di semplici presunzioni, la Corte ha invece assunto una posizione molto netta.

Nella causa n. C-129/00 la Commissione aveva segnalato che vari giudici italiani, e costantemente la Corte suprema di cassazione, ritenevano provata la traslazione dei tributi a terzi per il solo fatto che il ricorrente fosse un'impresa commerciale, non fosse fallita e il tributo fosse stato riscosso per anni su tutto il territorio nazionale senza che venissero sollevate contestazioni.

La Corte di giustizia si è perciò così pronunciata: «Orbene, il ragionamento delle richiamate sentenze della Corte suprema di cassazione si fonda anch'esso su una premessa che altro non è che una presunzione, vale a dire che le imposte indirette siano in via di principio trasferite a valle della catena delle vendite da parte degli operatori economici quando ne hanno la possibilità. Gli altri elementi eventualmente presi in considerazione, cioè il carattere commerciale dell'attività del contribuente ed il fatto che la sua situazione finanziaria non sia deficitaria, nonché la riscossione del tributo in questione su tutto il territorio nazionale per un periodo rilevante e senza contestazioni, consentono, infatti, di concludere che un'impresa che ha esercitato la sua attività in un tale contesto abbia effettivamente trasferito i tributi in questione solo se ci si fonda sulla premessa che ogni operatore economico si comporta in tal modo, salvo nei casi particolari di assenza di uno qualsiasi dei detti elementi. Tuttavia, come la Corte ha già dichiarato (v. sentenze San Giorgio, citata, punti 14 e 15; 25 febbraio 1988, cause riunite 331/85, 376/85 e 378/85, Bianco e Girard, Racc. pag.I-1099, punto 17; Commissione/Italia, citata, punto 7, e Comateb e a., citata, punto 25), e per le ragioni di ordine economico ricordate dall'avvocato generale ai paragrafi 73-80 delle sue conclusioni, una siffatta premessa non si verifica in determinate circostanze e costituisce una semplice presunzione che non può essere ammessa in sede d'esame di domande di rimborso relative a imposte indirette in contrasto con il diritto comunitario»²⁹.

La Corte di giustizia, pur riconoscendo che l'art. 29, comma 2, della l. n. 428/1990 era di per sé neutro, ha constatato che esso veniva di fatto «interpretato e applicato in sede amministrativa e da una parte significativa degli organi giurisdizionali – compresa la Corte suprema di cassazione – in modo da rendere l'esercizio del diritto al rimborso di tributi riscossi in violazione del diritto comunitario eccessivamente difficile per il contribu-

²⁹ Sentenza *Commissione c. Italia*, cit. *supra*, nota 28, punto 35.

ente» ed ha quindi condannato l'Italia perché, così facendo, era venuta meno agli obblighi ad essa incombenti in forza del Trattato CE³⁰.

Fin qui la giurisprudenza della Corte era destinata a chiarire: *a.* che la ripercussione del tributo su soggetti terzi costituiva un'eccezione al principio della ripetibilità di tributi illegittimi perché contrastanti con il diritto comunitario; *b.* che la prova dell'avvenuto trasferimento non poteva essere data con presunzioni semplici in quanto, per superarle, il contribuente avrebbe dovuto fornire la prova contraria e quindi, in definitiva, assumersi l'onere di provare che il trasferimento del tributo non aveva avuto luogo.

Resasi conto che l'eccezione introdotta al principio della ripetibilità dell'indebito veniva applicata dalle Amministrazioni nazionali e dai giudici in modo tale da rendere praticamente impossibile il rimborso, con la più recente giurisprudenza la Corte di giustizia ha aggiunto una precisazione, già ventilata nelle conclusioni di alcuni avvocati generali ed esplicitata in modo inequivocabile nella sentenza del 2 ottobre 2003 in causa n. C-147/01³¹: «Per detto obbligo di rimborso vi è (...) soltanto un'eccezione. Uno Stato membro può opporsi al rimborso di un tributo indebitamente riscosso con riguardo al diritto comunitario soltanto se è provato dalle autorità nazionali che l'intero onere dell'imposta è stato sostenuto da una persona diversa dal soggetto passivo e il rimborso dell'imposta comporterebbe, per quest'ultimo, un arricchimento senza causa»³².

Conseguentemente, la Corte di giustizia ha dichiarato: «Le norme del diritto comunitario relative alla ripetizione dell'indebito devono essere interpretate nel senso che ostano a una normativa nazionale che rifiuti [...] il rimborso di un'imposta incompatibile con il diritto comunitario solo perché questa è stata trasferita sui terzi, senza esigere che sia stabilita la misura dell'arricchimento senza causa che il rimborso di detta imposta determinerebbe per il soggetto passivo»³³.

A seguito di questa giurisprudenza anche la Corte di cassazione si è adeguata e ora chiede ai giudici di merito di non accontentarsi della prova dell'avvenuto trasferimento, ma di esaminare anche se, in concreto, la restituzione del tributo indebitamente pagato comporterebbe un ingiustificato arricchimento.

La Corte di cassazione ha ammesso che «la traslazione non comporta automaticamente l'arricchimento del soggetto che chiede ed ottiene il rimborso perché anche qualora l'imposta sia completamente inserita nel prez-

³⁰ Sentenza *Commissione c. Italia*, cit. *supra*, nota 28, dispositivo.

³¹ Sentenza *Weber's Wine World e a.*, cit. *supra*, nota 21.

³² *Ivi*, punto 94.

³³ *Ivi*, punto 2 del dispositivo.

zo praticato e così trasferita sugli acquirenti, il soggetto passivo potrebbe nondimeno subire una flessione delle vendite dall'aumento del prezzo o comunque non ricavare un vantaggio per obbligo o prassi di riversamento delle somme rimborsate sui soggetti passivi»³⁴.

Mi sono limitata a citare alcune sentenze della Corte di giustizia, quelle che mi parevano le più significative al fine che mi sono proposta, ma la ripetizione dell'indebito è stata oggetto di una ben più copiosa giurisprudenza.

Tutto perché, a mio avviso, la Corte di giustizia nelle sue prime pronunce interpretative, ha ammesso un'eccezione al principio riconosciuto da tutti gli Stati membri (e quindi principio generale) che chi ha pagato una somma non dovuta ha diritto di vedersela rimborsare.

La ripetizione dell'indebito richiede semplicemente che chi ha effettuato un pagamento non dovuto debba solo dimostrare di aver effettuato il pagamento e che il pagamento non era dovuto.

Introducendo invece una limitazione all'obbligo di restituzione da parte di chi ha ricevuto un pagamento indebito alla condizione che chi l'ha effettuato non abbia ripercosso l'onere relativo su soggetti terzi, la Corte di giustizia ha introdotto, in via interpretativa, un'eccezione che non trova alcuna giustificazione giuridica, ma solo politica, dato che si tratta di un'eccezione che non viene applicata nei rapporti tra privati, ma va esclusivamente a beneficio della pubblica amministrazione che può così evitare di rimborsare tributi illegittimamente riscossi.

Tra l'altro, come ho già rilevato, la Corte ha dovuto progressivamente attenuare la propria giurisprudenza, contraddicendosi, laddove ha affermato in un primo momento che il fatto di riversare il tributo su terzi comporta di per sé un arricchimento senza causa per il contribuente al quale venisse restituito ed ha, dopo anni, riconosciuto che la restituzione di un tributo che fosse stato ripercosso su altri soggetti non comporta necessariamente un arricchimento senza causa.

Ma quand'anche fosse ammissibile un'eccezione ad un principio di diritto per via giudiziaria, resta il fatto che la Corte non è stata chiara e ha vanificato la portata dell'attività pregiudiziale rendendo possibili applicazioni divergenti delle sue pronunce e di fatto praticamente impossibile o eccessivamente difficile per i contribuenti che hanno pagato tributi illegittimi ottenerne il rimborso³⁵.

³⁴ Sentenza Cass., sez. tributaria, del 27 marzo 2007 n. 11224/07.

³⁵ È vero che alcuni giudici non hanno seguito l'orientamento della Corte di cassazione ed hanno accolto le richieste di rimborso dopo aver escluso che l'onere del tributo chiesto in restituzione fosse stato trasferito a terzi, basando il proprio convincimento su elementi concreti e non su semplici presunzioni, ma, come riconosciuto dalla Commissione nella causa n.

Così è stato, per esempio, per chi ha avuto l'avventura di dover radicare la propria causa, per ragioni di competenza territoriale, davanti al Tribunale di Genova e, successivamente, proseguire la causa davanti alla Corte d'appello della stessa città.

Ebbene una causa di rimborso iniziata davanti al Tribunale di Genova nel marzo 1990 – assolutamente identica ad altre esaminate dal Tribunale di Torino e positivamente risolte³⁶ – ha avuto esito negativo sia in primo grado che in grado d'appello ed è tuttora pendente davanti alla Corte d'appello di Genova su rinvio della Corte di cassazione³⁷.

Sono passati quasi 24 anni e il contribuente non ha ancora ottenuto, non solo il rimborso di un tributo indebitamente pagato, ma neppure una sentenza definitiva unicamente perché i giudici si sono accaniti a trovare la prova dell'avvenuto trasferimento su terzi attraverso ripetute nomine di CTU (ben tre), senza peraltro che l'Amministrazione, cui incombeva tale prova, muovesse un dito.

Il tutto perché, come già ho rilevato, la giurisprudenza della Corte di giustizia, per mancanza di chiarezza, ha consentito che ciò avvenisse³⁸.

2. Sentenze in materia di imposta di consumo sulle banane importate da Paesi ACP

Con legge del 9 ottobre 1964, n. 986, fu introdotta in Italia l'imposta di consumo sulle banane che veniva riscossa, per quanto riguarda le banane importate, al momento dello sdoganamento³⁹.

L'imposta inizialmente si attestava sulle 70 lire al chilogrammo (60 per le banane somale), ma è poi stata progressivamente aumentata nel corso degli anni fino a raggiungere, nel 1982, le 525 lire al chilogrammo.

C-129/00, *cit. supra*, nota 28, si è trattato di un'esigua minoranza. Tra questi giudici vanno citati il Tribunale e la Corte d'appello di Torino che hanno emesso in materia delle sentenze esemplari (si vedano, in particolare le sentenze n. 752, n. 858 e n. 859 del 2001, Consigliere relatore *Nello B. Morra*).

³⁶ Si tratta delle cause di cui alla nota 35.

³⁷ Si tratta della causa R.G. 466/08.

³⁸ Si può trovare un'ampia rassegna della giurisprudenza della Corte, con relativi commenti, sulla *Répétition de l'Indu*, in *Revue de l'Union Européenne*, settembre 2013, n. 571, pp. 474-509.

³⁹ L'imposta, secondo il dettato della legge, avrebbe dovuto essere applicata anche alle banane di produzione nazionale al momento della messa in consumo in modo da renderla non discriminatoria, ma poiché non c'era, non c'è e non c'è mai stata una produzione di banane in Italia la produzione nazionale non ne venne di fatto colpita.

L'imposta venne introdotta contestualmente alla soppressione del monopolio attraverso il quale l'Italia aveva gestito per anni l'importazione delle banane dalla Somalia.

Attraverso il monopolio, infatti, l'Italia aveva consentito l'importazione esclusivamente di banane somale e ciò allo scopo di proteggere la bananicoltura della Somalia, prima colonia e poi protettorato italiano.

L'imposta di consumo, come precedentemente il monopolio, aveva lo scopo di proteggere dalla concorrenza la frutta nazionale rispetto alle banane che l'Italia non produceva.

L'imposta di consumo venne abolita nel 1990⁴⁰ a seguito di due sentenze pronunciate dalla Corte di giustizia delle Comunità europee⁴¹ con le quali la Corte aveva constatato l'incompatibilità dell'imposta con l'art. 95, secondo comma, Trattato CEE (divenuto art. 90 TCE e ora art. 110 del TFUE⁴²).

Con dette sentenze la Corte aveva dichiarato che l'imposta sulle banane era incompatibile con l'art. 95, secondo comma, Trattato CEE sia che venisse applicata alle banane di origine comunitaria sia che venisse applicata alle banane originarie di Paesi terzi che si trovavano in libera pratica nella Comunità⁴³.

Si è posto successivamente il problema se l'imposta di cui trattasi fosse compatibile con il principio dell'uniformità della protezione tariffaria, garantita dalla Tariffa doganale comune, per quanto riguarda le banane importate direttamente dai Paesi terzi.

Con la sentenza *Simba e a.*, del 9 giugno 1992, emessa su rinvio pregiudiziale dei Pretori di Savona, La Spezia e Salerno, la Corte di giustizia, al punto 2 del dispositivo, dette la seguente risposta:

«2. In quanto si applica ad importazioni di banane fresche provenienti direttamente da paesi terzi, un tributo quale l'imposta nazionale di consu-

⁴⁰ Art. 32, l. n. 428/90.

⁴¹ Sentenze della Corte di giustizia del 7 maggio 1987 in causa n. 193/85, *Co-Frutta c. Amministrazione delle Finanze*, in *Raccolta*, 1987, p. 2085 e in questa *Rivista*, 1990, p. 27 e in causa n. 184/85, *Commissione c. Repubblica italiana*, in *Raccolta*, 1987, p. 2013 e in questa *Rivista*, 1990, p. 23 (per entrambe le sentenze v. il commento di D. RAMPAZZO, *La "libera circolazione" delle banane nel mercato europeo*, in questa *Rivista*, 1990, p. 33 ss.).

⁴² L'art. 95 così recitava: «Nessuno Stato membro applica direttamente o indirettamente ai prodotti degli altri Stati membri imposizioni interne, di qualsivoglia natura, superiori a quelle applicate direttamente o indirettamente ai prodotti nazionali simili. Inoltre, nessuno Stato membro applica ai prodotti degli altri Stati membri imposizioni interne intese a proteggere indirettamente altre produzioni».

⁴³ La Corte ha infatti ritenuto che, non essendoci in Italia una produzione di banane e poiché nessun altro tipo di frutta di produzione nazionale era soggetta ad imposta di consumo, l'imposta di consumo sulle banane fosse diretta a proteggere indirettamente la produzione di frutta nazionale.

mo non è incompatibile con lo spirito ed il sistema del diritto comunitario quali risultano dalle disposizioni del Trattato relative all'istituzione della politica commerciale comune, senza pregiudicare tuttavia l'applicazione di disposizioni di accordi internazionali eventualmente in vigore tra la Comunità e i paesi terzi di provenienza delle banane di cui trattasi nelle cause principali»⁴⁴.

Conseguentemente, gli operatori interessati ritennero che l'imposta in questione fosse incompatibile con le Convenzioni di Lomé, che erano appunto accordi internazionali stipulati fra la CEE e gli ACP, cioè con le ex colonie degli Stati membri situate in Africa, nei Caraibi e nel Pacifico⁴⁵.

Con la sentenza *Chiquita*, emessa su rinvio del Tribunale di Trieste⁴⁶, la Corte rilevò che le Convenzioni di Lomé non contenevano una disposizione simile all'art. 95 Trattato CEE, per cui l'imposta non poteva ritenersi illegittima, ma prevedevano un Protocollo «Banane» che vietava agli Stati membri della Comunità di peggiorare le condizioni di accesso delle banane dei Paesi ACP ai loro mercati tradizionali⁴⁷.

La Corte ne aveva tratto la conseguenza che, se l'imposta non era da considerarsi illegittima in quanto introdotta prima del 1° aprile 1976, data di entrata in vigore della prima Convenzione di Lomé, erano certamente incompatibili con la clausola di *standstill* - prevista senza soluzione di continuità dai Protocolli «Banane» - gli aumenti apportati all'imposta dopo tale data.

In particolare, al punto 60 della sentenza *Chiquita*, la Corte ha affermato «(...) la clausola di standstill osta agli aumenti di un tributo quale quello di cui trattasi. Aumenti del genere determinano infatti incrementi di prezzo per le banane interessate e, conseguentemente, ne rendono più difficile lo smercio sul mercato di cui trattasi».

Tutto sembrava molto chiaro, sennonché, nel dispositivo, la Corte si è così espressa:

⁴⁴ Sentenza della Corte di giustizia in cause riunite da n. C-228/90 a n. C-234/90 e da n. C-339/90 a n. C-353/90, *Simba c. Amministrazione delle Finanze*, in *Raccolta*, 1992, I, p. 3713.

⁴⁵ Le Convenzioni di Lomé erano quattro: la prima fu firmata il 28 febbraio 1975, la seconda il 31 ottobre 1979, la terza l'8 dicembre 1984 e la quarta il 15 dicembre 1989.

⁴⁶ Sentenza della Corte di giustizia in causa n. C-469/93, *Amministrazione delle Finanze c. Chiquita Italia*, in *Raccolta*, 1995, I, p. 4553.

⁴⁷ Più precisamente l'art. 1 del Protocollo n. 5, relativo alle banane, della quarta Convenzione di Lomé così recitava: «Per le esportazioni di banane nei mercati della Comunità, nessuno Stato ACP è posto in un situazione meno favorevole di quella passata o presente per quanto concerne l'accesso ai suoi mercati tradizionali ed i vantaggi di cui fruisce sui medesimi». Una clausola analoga figurava al par. 1 del Protocollo n. 6 allegato alla prima Convenzione di Lomé, all'art. 1 del Protocollo n. 4 allegato alla seconda Convenzione di Lomé e all'art. 1 del Protocollo n. 4 allegato alla terza Convenzione di Lomé.

«Tenuto conto del fatto che la prima convenzione ACP-CEE è entrata in vigore il 1° aprile 1976, se ne deve concludere che le convenzioni ACP-CEE ostano ad aumenti di un tributo interno sulle banane originarie degli Stati ACP quale l'imposta italiana di consumo, qualora tali aumenti siano successivi al 1° aprile 1976 e abbiano l'effetto di porre le esportazioni di banane in una situazione meno favorevole di quella precedente per quanto riguarda l'accesso ai loro mercati tradizionali ed i vantaggi di cui fruiscono sui medesimi».

Un dispositivo così formulato non poteva non creare problemi ai giudici nazionali chiamati a decidere le cause intentate dagli operatori interessati per ottenere il rimborso degli aumenti di imposta apportati dopo il 1° aprile 1976.

In effetti, benché al punto 60 della sentenza *Chiquita* la Corte avesse dichiarato che gli aumenti di imposta apportati dopo il 1° aprile 1976 violavano la clausola di *standstill* in quanto determinavano una maggiorazione dei prezzi di importazione e quindi ne rendevano più difficile lo smercio sul mercato, nel dispositivo la Corte lasciava intendere che gli aumenti non erano da considerarsi illegittimi in quanto tali, ma solo in quanto rendessero più difficile l'importazione rispetto alla situazione precedente.

Ovviamente, l'Amministrazione italiana, pur di non procedere al rimborso dell'imposta, sia pure per la parte corrispondente agli aumenti apportati dopo il 1° aprile 1976, si è "aggrappata" alla seconda parte del dispositivo sostenendo che detti aumenti non avevano avuto l'effetto di rendere l'accesso al mercato italiano di banane ACP più oneroso in quanto bisognava tener conto dell'inflazione e comunque le importazioni non erano diminuite, il che significava che, nonostante gli aumenti apportati all'imposta di consumo, esse continuavano ad essere vantaggiose.

I giudici di merito⁴⁸ e la stessa Corte di cassazione⁴⁹ hanno seguito questa tesi fino a quando, su rinvio del Tribunale di Firenze, con la sentenza *Camar*, la Corte di giustizia ha precisato quanto segue:

«2. Il giudice nazionale non è tenuto ad esaminare gli effetti concreti degli aumenti di un tributo sulle importazioni di banane originarie della Somalia, come quello istituito dalla normativa di cui trattasi nella causa principale, rispetto alla situazione precedente al 1° aprile 1976 per valutare la compatibilità di tali aumenti con la clausola di *standstill* che compare all'art. 1 del protocollo n. 5, relativo alle banane, allegato alla quarta Con-

⁴⁸ Si veda, in particolare, sentenza C. App. di Roma, I sez. civile del 15 novembre 2004, n. 4875/04.

⁴⁹ Si vedano, in particolare, sentenze Cass., sez. tributaria, del 2 luglio 2004 n. 12149 e del 7 luglio 2004 n. 12443.

venzione ACP-CEE, firmata a Lomé il 15 dicembre 1989. Non sono tuttavia contrari a detta clausola aumenti di un tributo siffatto che si limitino ad adeguarlo all'inflazione»⁵⁰.

La Corte di cassazione, in particolare, aveva sostenuto che per stabilire se gli aumenti di imposta fossero incompatibili con la clausola di *standstill* prevista dai Protocolli banane allegati alle Convenzioni di Lomé, occorreva effettuare degli accertamenti di fatto quali «l'eccedenza degli aumenti rispetto all'adeguamento all'inflazione» e la «contrazione delle importazioni in conseguenza degli stessi».

La Corte di giustizia ha quindi sgombrato il campo da una delle eccezioni che normalmente venivano sollevate dall'Amministrazione finanziaria (e cioè che gli aumenti di imposta non avevano avuto come conseguenza la contrazione delle importazioni), mentre ha accolto quella relativa alla necessità di adeguare l'imposta all'inflazione.

Per avere queste precisazioni è stato però necessario tornare alla Corte di giustizia⁵¹ perché la sua prima pronuncia aveva lasciato sussistere interrogativi irrisolti.

Dire, come aveva detto la Corte nella sentenza *Chiquita*, che gli aumenti di imposta erano illegittimi se avevano l'effetto di porre le importazioni di banane ACP in una situazione meno favorevole di quella precedente non aggiungeva niente di più a ciò che già prevedevano i Protocolli «Banane» allegati alle Convenzioni di Lomé.

E occorre rilevare che anche nella sentenza *Camar*, il dettato della Corte non è di estrema chiarezza: che significa infatti l'affermazione che non sono contrari alla clausola di *standstill* gli aumenti di un tributo che si limitino ad adeguarlo all'inflazione? Significa che se detti aumenti non si limitano ad adeguare il tributo all'inflazione sono illegittimi nella loro totalità o solo per la parte che eccede l'inflazione?

Come si vede, anche per questa problematica la Corte di giustizia ha dovuto essere interpellata più volte e le sue risposte hanno lasciato sempre un margine di dubbio per i giudici nazionali chiamati a decidere casi concreti.

Tant'è vero che sono tuttora pendenti cause iniziate nel 1990!

⁵⁰ Sentenza della Corte di giustizia del 29 aprile 2010 in causa n. C-102/09, *Camar c. Presidenza del Consiglio dei ministri*, in *Raccolta*, 2010, I, p. 4045.

⁵¹ Il che non è assolutamente facile perché il rinvio pregiudiziale dipende dalla volontà del giudice che ha in carico una causa e non dai singoli interessati che non possono adire la Corte direttamente.

3. Sentenze in materia di premi speciali per i bovini maschi e di pagamento per l'estensivizzazione

Tra i tanti esempi di poca chiarezza delle sentenze interpretative della Corte di giustizia e delle conseguenze che ne derivano, mi sembra molto significativo (e particolarmente grave) quello della sentenza *Luigi Pontini e altri*⁵².

Si tratta di una sentenza emessa in seguito a un rinvio pregiudiziale effettuato dal Tribunale penale di Treviso che doveva pronunciarsi su una richiesta di condanna di alcuni allevatori, formulata dal PM, per frode ai danni delle finanze comunitarie⁵³.

Detti allevatori erano accusati di aver percepito il premio speciale per i bovini maschi e il pagamento per l'estensivizzazione, previsti dal Regolamento (Ce) n. 1254/1999⁵⁴, allegando alle domande dei contratti di comodato delle superfici foraggere, utilizzate per il pascolo, che non erano stati conclusi con i proprietari e che si assumeva, perciò, fossero titoli non validi a dimostrare la disponibilità di dette superfici.

Si trattava di premi previsti per promuovere l'estensivizzazione degli allevamenti e per questo motivo i richiedenti dovevano disporre di superfici adeguate.

I premi venivano infatti accordati in base a predeterminati coefficienti di densità correlati alla superficie foraggera dell'azienda adibita all'alimentazione degli animali.

La difesa degli imputati sosteneva che, indipendentemente dal fatto che i titoli in base ai quali gli allevatori di cui trattasi fossero o meno validi, non era stata commessa nessuna frode poiché ciò che contava per la normativa comunitaria era l'utilizzo effettivo delle superfici dichiarate (utilizzo che, nella fattispecie, era stato ampiamente provato).

L'accusa sosteneva invece che non bastava la prova dell'utilizzo delle superfici in questione, ma occorreva altresì dimostrare di averne la dispo-

⁵² Sentenza della Corte di giustizia del 24 giugno 2010 in causa n. C-375/08, *Pontini e a.*, in *Raccolta*, 2010, I, p. 5767 e in questa *Rivista*, 2011, p. 73.

⁵³ Più precisamente, l'accusa era basata sull'art. 640 *bis* del nostro codice penale che, come noto, prevede la procedibilità d'ufficio e una pena aggravata che va da uno a sei anni quando il delitto di truffa, di cui all'art. 640, è commesso a danno delle finanze statali, di altri enti pubblici o delle Comunità europee (ora Unione europea). L'art. 640, par. 1, così recita: «Chiunque, con artifizii o raggiri, inducendo taluno in errore procura a sé o ad altri un ingiusto profitto con altrui danno, è punito con la reclusione da sei mesi a tre anni e con la multa da euro 51 a euro 1032».

⁵⁴ Regolamento (Ce) del Consiglio n. 1254 del 7 maggio 1999, relativo all'organizzazione comune dei mercati nel settore delle carni bovine, in *Guce* n. L 160 del 26 giugno 1999, p. 21 e successive modifiche in *Guce* n. L 282 del 5 novembre 1999, p. 16 e *Guce* n. L 263 del 18 ottobre 2000, p. 34.

nibilità giuridica in base a un titolo valido, come previsto da una Circolare dell'Agenzia per le Erogazioni in Agricoltura (AGEA⁵⁵).

Il Tribunale di Treviso, avvalendosi della procedura pregiudiziale, ha perciò posto alla Corte di giustizia il seguente quesito:

«Quali siano i presupposti per l'ammissione ai premi per bovini maschi ed ai pagamenti per l'estensivizzazione ed in particolare se sia sufficiente il requisito della utilizzazione di superfici foraggere, indipendentemente dall'esistenza di un valido titolo giuridico che la legittimi».

La Corte ha fatto un'ampia disamina della normativa comunitaria e ai punti 66, 68, 69 e 70 della sua sentenza si è così espressa:

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

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

69. Come sostengono gli imputati, il conseguimento di tale obiettivo del regolamento n. 1254/1999 non postula, come condizione per l'erogazione dei premi di cui trattasi, la previa produzione di un titolo giuridico valido che giustifichi l'utilizzazione delle superfici foraggere oggetto della domanda di aiuti, essendo sufficiente a tal fine la prova dell'utilizzazione effettiva di tali superfici.

70. Da quanto precede risulta che l'art. 12 del regolamento n. 1254/1999 non subordina l'ammissibilità di una domanda di aiuti alla produzione di un titolo giuridico valido che giustifichi il diritto del richiedente di utilizzare le superfici foraggere oggetto della domanda. Le pertinenti disposizioni del regolamento n. 1254/1999, il contesto in cui esse si inseriscono nonché le finalità perseguite in particolare da questo regolamento in-

⁵⁵ Circolare AGEA del 24 aprile 2001, n. 35, contenente Istruzioni concernenti adempimenti specifici derivanti dalla vigente normativa comunitaria in ordine ai settori: seminativi, zootecnia, sviluppo rurale e settore vitivinicolo, in *Guri* n. 106 del 9 maggio 2001.

dicano che è l'utilizzazione effettiva della superficie foraggera a costituire una delle condizioni di ammissibilità per l'erogazione dei premi in parola».

La Corte non si è però fermata a tali constatazioni, ma ha anche esaminato se la normativa comunitaria «osti a che gli Stati membri prevedano nella propria normativa nazionale un obbligo di produrre un titolo giuridico valido che giustifichi il diritto del richiedente di utilizzare le superfici foraggere oggetto della sua domanda di aiuti»⁵⁶.

Ed è giunta ad ammettere che, poiché gli Stati membri sono tenuti ad istituire un sistema di controllo efficace (il cosiddetto SIGC) per garantire il rispetto delle disposizioni comunitarie in materia di aiuti⁵⁷, nulla vieta che essi richiedano anche tale prova.

È vero che la Corte ha limitato il potere discrezionale degli Stati membri nello stabilire, per il richiedente un aiuto, obblighi non previsti dalla normativa comunitaria dichiarando che tali obblighi devono «rispettare gli obiettivi perseguiti dalla normativa comunitaria in materia e i principi generali del diritto comunitario, in particolare il principio di proporzionalità»⁵⁸.

Ma subito dopo ha anche dichiarato che se, come sostenuto dalle autorità italiane, l'obbligo di produzione di un titolo di conduzione valido delle superfici foraggere dichiarate rispondeva all'esigenza di impedire che gli allevatori potessero abusivamente sfruttare terreni altrui, tale obbligo sembrava conforme al principio di proporzionalità⁵⁹.

La Corte ha comunque demandato al giudice *a quo* il compito di «verificare se tale principio sia stato rispettato nella circostanza di cui al procedimento principale»⁶⁰.

Il dispositivo della sentenza recita testualmente: «La normativa comunitaria, ed in particolare il regolamento (CE) del Consiglio 17 maggio 1999, n. 1254, relativo all'organizzazione comune dei mercati nel settore delle carni bovine, non subordina l'ammissibilità di una domanda di premi speciali ai bovini maschi e di pagamento per l'estensivizzazione alla produzione di un titolo giuridico valido che giustifichi il diritto del richiedente di utilizzare le superfici foraggere oggetto di tale domanda di aiuti. Tut-

⁵⁶ Sentenza *Pontini e a.*, cit. *supra*, nota 52, punto 71.

⁵⁷ Cfr. Regolamento (Cee) del Consiglio n. 3508/92 del 27 novembre 1992, che istituisce un sistema integrato di gestione e di controllo di taluni regimi di aiuti comunitari, in *Guce* n. L 355 del 5 dicembre 1992, p. 1 e Regolamento (Cee) della Commissione n. 3887/92 del 23 dicembre 1992, recante modalità di applicazione del sistema integrato di gestione e di controllo relativo a taluni regimi di aiuti comunitari, in *Guce* n. L 391 del 31 dicembre 1992, p. 36.

⁵⁸ Sentenza *Pontini e a.*, loc. cit., punto 86.

⁵⁹ *Ivi*, punto 88.

⁶⁰ *Ivi*, punto 89.

tavia, la normativa comunitaria non osta a che gli Stati membri impongano nella loro normativa nazionale l'obbligo di produrre un titolo siffatto, a condizione che siano rispettati gli obiettivi perseguiti dalla normativa comunitaria e i principi generali del diritto comunitario, in particolare il principio di proporzionalità».

Appare subito evidente la contraddittorietà di una sentenza che, dopo aver affermato che la finalità perseguita dal Regolamento (Ce) n. 1254/99 è l'estensivizzazione della produzione di carne bovina, basata su un rapporto predeterminato tra animali allevati e superfici foraggiere disponibili (il cosiddetto coefficiente di densità), finalità che può essere realizzata solo attraverso l'utilizzo effettivo di dette superfici, dichiara che comunque l'obbligo di produzione di un titolo valido appare conforme al principio di proporzionalità perché rispetta l'obiettivo di impedire lo sfruttamento abusivo di terreni altrui.

Certo, se si possiede un titolo che giustifichi l'utilizzo di determinate superfici non si può essere accusati di sfruttamento abusivo di terreni altrui⁶¹.

Ma l'obiettivo perseguito dalla normativa comunitaria in materia di aiuti all'estensivizzazione non è quello di impedire che vengano sfruttati abusivamente terreni altrui.

L'unica prova perciò che può essere richiesta per controllare che gli obiettivi della normativa comunitaria siano stati rispettati è quella dell'effettivo utilizzo, prova che certamente non può essere costituita da un semplice titolo.

Si può infatti avere la proprietà di un terreno o averlo preso in affitto o in comodato con un regolare contratto, ma poi non utilizzarlo per l'allevamento.

In questo caso sì, ove venissero comunque chiesti i premi per l'estensivizzazione, verrebbe compiuta una frode a danno degli interessi finanziari della Comunità.

È peraltro estremamente pericoloso, per l'uniformità dell'applicazione del diritto comunitario, ammettere che gli Stati membri possano introdurre

⁶¹ A parte il fatto che lo sfruttamento di terreni altrui, di per sé, non è illecito se viene esercitato pacificamente senza che il proprietario si opponga, tant'è vero che il nostro codice civile prevede addirittura l'acquisto della proprietà per usucapione (art. 1158 c.c.). Si può obiettare che però il pascolo abusivo costituisce un reato (art. 636 c.p.), ma, a mio avviso, non può ritenersi abusivo il pascolo attuato nell'assoluta inerzia del proprietario, che lascia perciò presumere un consenso tacito. Tanto più se la persona offesa non presenta querela come ne avrebbe diritto. Peraltro, il fatto di aver stipulato un contratto di comodato con persona terza anziché con il proprietario, come nella fattispecie esaminata nella causa *Pontini*, non significa che si sia in presenza di un titolo non valido giacché «per dar vita al contratto di comodato è sufficiente la disponibilità di fatto della cosa» (Cass. 92/13110). E non v'è dubbio che, nella fattispecie il comodante avesse la disponibilità di fatto dei terreni di cui trattasi dato che i comodatari avevano potuto disporre senza problemi, peraltro per più annate (dal 2000 al 2004).

delle condizioni non previste dalla normativa comunitaria per stabilire l'ammissibilità delle domande di aiuti comunitari.

In effetti, così facendo potrebbero crearsi delle situazioni discriminatorie tra gli interessati dei diversi Stati membri⁶², come sembra peraltro sia avvenuto nel caso di specie⁶³.

A mio avviso, la Corte avrebbe potuto ammettere la compatibilità con la normativa comunitaria dell'obbligo di produrre un titolo ma unicamente allo scopo di verificare che gli stessi terreni non venissero dichiarati da più soggetti o di meglio identificare le superfici dichiarate, ma non certo come *conditio sine qua non* per ottenere il premio.

La sentenza *Luigi Pontini ed altri* è stata oggetto di critiche fin dalla sua apparizione⁶⁴ ed ha avuto applicazioni divergenti a livello nazionale.

⁶² Come ha riconosciuto la stessa Corte in altre occasioni. In particolare, con le sentenze del 14 gennaio 1993 in causa n. C-190/91, *Antonio Lante c. Regione Veneta*, in *Raccolta*, 1993, I, p. 67 e del 9 gennaio 1997 in causa n. C-255/95, *S. Agri e Agricola Veneta/Regione Veneto*, in *Raccolta*, 1997, I, p. 25 (che riguardavano il precedente regime di aiuti all'estensivizzazione degli allevamenti di bestiame), la Corte aveva dichiarato che il potere discrezionale di cui dispongono gli Stati membri in materia di aiuti previsti dalla normativa comunitaria deve limitarsi alle modalità tecniche e non pregiudicare «né l'obiettivo dell'azione comune né l'unicità dei concetti comunitari» e aveva riconosciuto che se fosse consentito agli Stati membri imporre condizioni addizionali alla concessione di un aiuto comunitario ne risulterebbero «ingiustificate discriminazioni fra i produttori nei diversi Stati membri, in violazione dell'art. 40, n. 3 del Trattato» (punto 16 della motivazione della sentenza *Lante*). (Per memoria: l'art. 40, n. 3, Trattato CEE – ora art. 40, n. 2, TFUE, già art. 34 TCE – con riferimento all'organizzazione comune di mercato, così recitava: «Essa deve limitarsi a perseguire gli obiettivi enunciati nell'articolo 39 e deve escludere qualsiasi discriminazione fra produttori e consumatori della Comunità». Sempre per memoria: gli obiettivi enunciati nell'articolo 39 sono quelli che deve perseguire la politica agricola comune e cioè «a. incrementare la produttività dell'agricoltura, sviluppando il progresso tecnico, assicurando lo sviluppo razionale della produzione agricola come pure un impiego migliore dei fattori di produzione, in particolare della mano d'opera; b. assicurare così un tenore di vita equo alla popolazione agricola, grazie in particolare al miglioramento del reddito individuale di coloro che lavorano in agricoltura; c. stabilizzare i mercati; d. garantire la sicurezza degli approvvigionamenti; e. assicurare prezzi ragionevoli nelle consegne ai consumatori».

⁶³ In effetti, la difesa degli imputati aveva svolto un'indagine presso le Amministrazioni degli altri Stati membri per vedere se anch'essi subordinavano l'ammissione al premio bovini maschi e il pagamento per l'estensivizzazione alla produzione obbligatoria di un titolo di conduzione delle superfici dichiarate. Ebbene, dalle risposte pervenute e prodotte in causa è emerso che nessuno dei Paesi interpellati poneva come *conditio sine qua non* per l'ammissione al premio bovini maschi la produzione di un titolo di conduzione dei terreni. Particolarmente significativa è stata la risposta dell'amministrazione tedesca: «(...) fino a quando non risultavano doppie domande di superfici a seguito di controlli amministrativi (confronti delle superfici a livello federale) o di controlli in loco, era sufficiente quanto indicato nella domanda. Se risultavano domande doppie, il richiedente doveva provare il diritto di utilizzo e l'utilizzo effettivo. In questo caso l'utilizzo era primariamente decisivo, così che il titolare del diritto all'utilizzo in caso di utilizzo illegittimo doveva agire per il danno ricorrendo all'Autorità giudiziaria civile». Da tale risposta risultava chiaro che eventuali contrasti sul titolo di godimento tra i vari interessati dovevano essere risolti sul piano civilistico, ma non avevano alcuna influenza sul diritto al premio che spettava a chi aveva effettivamente utilizzato le superfici dichiarate.

⁶⁴ Particolarmente premonitore è stato l'articolo di F. CAPELLI, *Quando la sentenza interpretativa della Corte di Giustizia mette in difficoltà i giudici nazionali – Sanzioni penali*

Il Tribunale di Treviso ha preso atto che, secondo la Corte di giustizia, la normativa comunitaria non prevedeva l'obbligo per i richiedenti i premi di giustificare con un titolo valido la disponibilità della superficie foraggere dichiarate.

Ha preso altresì atto che la Corte aveva ammesso che l'obbligo di produrre un titolo giuridico potesse rientrare nel margine di discrezionalità di cui godono gli Stati membri nell'ambito dei controlli che sono tenuti a fare purché fossero rispettati gli obiettivi della normativa comunitaria e il principio di proporzionalità.

Con riferimento a queste condizioni, il Tribunale ha così argomentato:

«(...) appare necessario ammettere che se la finalità perseguita dalla normativa comunitaria è quella di premiare l'effettiva utilizzazione della superficie foraggera, appare consequenziale ritenere che le disposizioni concernenti i controlli da effettuare, devono essere interpretate nel senso di permettere agli Stati membri di accertare, con certezza ed in modo da fugare possibili dubbi, l'avvenuta effettiva utilizzazione della superficie foraggera.

Non senza rilevare, per inciso, che il meccanismo tipico della frode è non già quello attuato da colui che in assenza di un titolo giuridico formale svolge di fatto l'attività ammessa al premio bensì quella di colui che in possesso di un siffatto titolo non svolge o svolge un'attività del tutto diversa da quella richiesta per l'erogazione del contributo.

Ne deriva che la condizione supplementare imposta agli allevatori attraverso le fonti normative interne (ed in particolare la circolare AGEA n. 35/2001 che ha dato esecuzione al regolamento comunitario n. 1254/1999), di fornire obbligatoriamente un titolo giuridico in grado di legittimare l'utilizzo delle superfici foraggere, non può essere considerata condizione indefettibile per l'acquisizione dell'aiuto. Diversamente infatti tale condizione sarebbe stata inserita direttamente nella normativa comunitaria: ciò che, invece non è avvenuto come la Corte di Giustizia ha espressamente riconosciuto e ribadito.

Giova, inoltre, sottolineare che la previsione di un titolo giuridico di godimento della superficie ammessa al contributo potrebbe svolgere tutt'al più la funzione di rendere più agevole l'individuazione del destinatario del premio prevenendo il rischio che di tale premio possa beneficiare persona

applicate in base al diritto nazionale per violazioni non previste dal diritto comunitario: le conseguenze di una sentenza della Corte di giustizia incompleta e contraddittoria, in *Alimenta*, 2010, n. 9, p. 192 (v. il commento anche in questa *Rivista*, 2011, p. 79). CAPELLI si riferiva proprio alla sentenza *Luigi Pontini ed altri* ed aveva previsto che la sentenza della Corte avrebbe messo in difficoltà i giudici nazionali, prima ancora che questi si pronunciassero.

diversa dall'avente diritto, (come nel caso di interposizione fittizia di imprenditori individuali o societari non legittimati alla percezione del premio), fermo restando comunque il principio della spettanza del premio all'effettivo utilizzatore delle superfici in conformità delle disposizioni previste dal regolamento CEE n. 1254/1999, cioè l'esistenza degli animali (bovini adulti presenti per almeno due mesi nell'azienda per il premio bovini maschi e per tutto l'anno per il premio estensivizzazione) e la disponibilità di fatto del pascolo (nella proporzione richiesta, per un periodo coincidente con la corretta pratica agronomica) e l'effettivo uso del terreno con la conduzione al pascolo».

In base a queste considerazioni il Tribunale di Treviso, avendo constatato attraverso numerose testimonianze e l'aiuto di un perito che le superfici dichiarate erano state effettivamente utilizzate, ha mandato assolti gli imputati.

Alle stesse conclusioni era arrivata anche la Corte d'appello di Trento, in una vicenda analoga, proprio richiamando la sentenza *Luigi Pontini ed altri* della Corte di giustizia.

La Corte d'appello di Trento ha anch'essa riconosciuto come l'obbligo di produrre «un titolo giuridico che colleghi imprenditore agricolo al terreno adibito a foraggio, non sia funzionale al perseguimento degli obiettivi voluti dalla Comunità con l'istituzione dei premi in parola e non rispetti il principio di proporzionalità (...)».

Essa ha aggiunto che «(...) la titolarità di un diritto sul terreno non da certezza del fatto che, pur esistendo un collegamento "formale" fra il pascolo e l'imprenditore, sia poi effettivamente quest'ultimo ad utilizzarlo per praticarvi l'allevamento estensivo; né è garanzia dell'esistenza di un legame di fatto fra terreno ed animali per tutto il tempo necessario, e quindi a confermare che quel particolare terreno sia disponibile esclusivamente per quel determinato allevamento (nulla dicendo del reale uso a cui il titolare del diritto lo abbia adibito)».

Di diverso avviso, invece, è stata la Corte di cassazione, davanti alla quale la sentenza della Corte d'appello di Trento era stata impugnata dalla pubblica accusa, che ha così sentenziato: «deve ritenersi legittima la normativa nazionale recettiva del reg. CE n. 1254/99 nella parte in cui stabilisce che il richiedente i premi previsti dal suddetto regolamento debba produrre validi titoli giuridici non essendo sufficiente la mera occupazione senza titolo delle superfici foraggere».

La Corte suprema ha enfatizzato un passaggio della motivazione della sentenza *Pontini* che recita: «(...) gli Stati membri sono legittimati ad introdurre precisazioni quanto alle prove da fornire a sostegno di una domanda di aiuti facendo riferimento, in particolare, alle prassi abituali sul

loro territorio nel settore dell'agricoltura relativa al godimento o all'utilizzazione delle superfici foraggiere nonché ai titoli da produrre a proposito di tale utilizzazione».

Da questo passaggio la Corte suprema ha tratto il seguente assunto:

«Due sono infatti, secondo la Corte di giustizia, i presupposti che legittimano l'agricoltore a richiedere i premi:

1. che possa produrre "titoli" relativi all'utilizzazione delle superfici foraggiere,

2. che, in assenza di alcun titolo, possa ugualmente provare di godere ed utilizzare le superfici foraggiere in base alle prassi abituali sul territorio nel settore dell'agricoltura».

Osservo, però, innanzitutto che la Corte di giustizia non ha affatto affermato che la produzione di un titolo è il presupposto perché l'agricoltore possa richiedere i premi.

La Corte ha semplicemente detto che gli Stati membri possono chiedere la produzione di un titolo, a condizione peraltro che siano rispettati gli obiettivi perseguiti dalla normativa comunitaria del settore e i principi generali del diritto comunitario, in particolare il principio di proporzionalità.

Non vi è dubbio che la Corte di cassazione abbia travisato il pensiero della Corte di giustizia, ma non c'è altresì dubbio che la Corte di giustizia abbia dato adito ad un'applicazione errata di ciò che voleva dire perché l'ha detto in modo ambiguo e contraddittorio.

4. Conclusioni

Dalle sentenze esaminate emerge con chiarezza che, nei casi citati, la Corte di giustizia è venuta meno al proprio compito fondamentale, quello di assicurare l'unità di interpretazione e l'applicazione uniforme del diritto comunitario⁶⁵.

Con dette sentenze, infatti, la Corte non ha assicurato l'applicazione uniforme del diritto comunitario in quanto, dopo la propria pronuncia interpretativa, casi concreti, pur identici, sono stati risolti in modo totalmente difforme. E si sono resi necessari ulteriori rinvii pregiudiziali, con grande dispendio di tempo e di denaro, per poter giungere a soluzioni corrette.

Con queste osservazioni non intendo affatto sminuire il ruolo della Corte di giustizia e l'importanza del rinvio pregiudiziale; anzi sono perso-

⁶⁵ Si tenga presente che le sentenze interpretative della Corte hanno efficacia *erga omnes*. Cioè esse non vincolano solo il giudice che ha effettuato il rinvio, ma anche tutti gli altri giudici che abbiano a confrontarsi con lo stesso problema.

nalmente convinta che solo attraverso il rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia sia possibile superare le difficoltà che pone al giudice nazionale – al quale è affidata l'applicazione del diritto comunitario – l'interpretazione di un diritto che non è di facile lettura e che comunque non gli è familiare.

È quindi nell'interesse del giudice e delle parti conoscere l'esatta portata delle norme comunitarie che risultano rilevanti ai fini della soluzione di una controversia o, se del caso, per sapere se «la corretta interpretazione della norma comunitaria precluda o no l'applicazione di un atto amministrativo, di una legge e persino, eventualmente, di una norma costituzionale dello Stato membro»⁶⁶.

Perché la pronuncia della Corte sia davvero utile, non deve però ammettere condizioni o introdurre *distinguo* lasciati alla valutazione del giudice nazionale, perché hanno il solo effetto di confondere le idee o, peggio, di essere sfruttati a favore dell'Amministrazione nazionale: non si dimentichi, infatti, che nelle cause in cui rileva il diritto comunitario è di norma l'Amministrazione la controparte del privato interessato a farlo valere.

Mi auguro perciò che le suesposte osservazioni non vengano lette come una critica fine a se stessa, ma come uno sprone per la Corte di giustizia a rendere sentenze interpretative più chiare, che non lascino spazio ad applicazioni arbitrarie o divergenti da parte dei giudici nazionali e quindi ingiuste o discriminatorie.

Wilma Viscardini**

SINTESI

L'articolo passa in rassegna alcune sentenze della Corte di giustizia dell'Unione europea, rese su rinvio pregiudiziale di diversi giudici italiani, e il seguito avuto da tali sentenze sul piano nazionale.

Si tratta di esempi di pronunce della Corte non risolutive (o non immediatamente risolutive) delle problematiche sollevate dai giudici di rinvio.

In effetti, dopo la pronuncia della Corte sull'interpretazione da darsi alla normativa comunitaria rilevante – pronuncia che, come è noto, i giudici nazionali sollecitano per trarre elementi decisivi per la soluzione del caso di specie sottoposto alla loro giurisdizione – si è verificato che il giudice *a quo* e altri giudici chiamati a dirimere vertenze analoghe si sono pronunciati in senso diametralmente opposto.

⁶⁶ G. TESAURO, *Diritto Comunitario*, III ed., Padova, Cedam, 2003, p. 288.

** Avvocato in Padova. Già Docente di Diritto comunitario e degli scambi internazionali / Università degli Studi di Padova

L'Autrice ritiene che, perché sia davvero utile, una pronuncia pregiudiziale della Corte non debba lasciare spazio a valutazioni discrezionali dei giudici nazionali perché tali valutazioni possono variare da giudice a giudice e quindi condurre ad applicazioni discriminatorie, a discapito dell'uniformità di interpretazione e di applicazione del diritto comunitario, che la procedura pregiudiziale tende ad assicurare.

ABSTRACT

This article reviews a few judgements by the EU Court of Justice, resulting from a request for a preliminary ruling by several Italian judges, and the resulting follow-up decisions by the Italian Courts.

These are examples of decisions which failed to resolve clearly and unequivocally the questions asked by the referring judges.

In fact, following the rulings by the EU Court of Justice on the interpretation of the applicable EU Law – rulings that, as it is known, national judges solicit to obtain decisive elements to solve the particular issues which they are called to decide – it has happened that the judge a quo and other judges who had to decide similar questions have rendered diametrically opposite judgements.

The Author argues that, in order to be concretely useful, a preliminary ruling by the EU Court of Justice should leave no room for discretionary appraisals by the national judges. This is because these appraisals can differ very significantly from judge to judge and therefore lead to discriminatory application – to the detriment of the uniformity of interpretation and application of EU Law which the reference for a preliminary ruling is intended to ensure.

GIURISPRUDENZA COMUNITARIA

I. SENTENZE E COMMENTI

SICUREZZA DEI PRODOTTI ALIMENTARI, TUTELA DEI CONSUMATORI E RESPONSABILITÀ DEGLI OPERATORI DEL SETTORE ALIMENTARE

Corte di giustizia

Sentenza del 6 ottobre 2011 in causa n. C-382/10*

Erich Albrecht, Thomas Neumann, Van-Ly Sundara, Alexander Svoboda, Stefan Toth c. Landeshauptmann von Wien

Art. 267 TFUE - Questione pregiudiziale - Regolamento (Ce) n. 852/2004, allegato II, capitolo IX, punto 3 - Norme in materia di igiene dei prodotti alimentari - Prodotti da forno - Allestimento di contenitori destinati alle vendite in *self service* - Obblighi degli operatori del settore - Rispetto dei requisiti generali in materia di igiene - Protezione degli alimenti destinati al consumo umano - Accertamento in concreto di qualsiasi forma di contaminazione.

L'allegato II, capitolo IX, punto 3, del Regolamento (Ce) del Parlamento europeo e del Consiglio 29 aprile 2004, n. 852, sull'igiene dei prodotti alimentari, deve essere interpretato nel senso che, in circostanze come quelle oggetto della causa principale, nel caso di contenitori destinati alla vendita in self service di prodotti da forno, il fatto che un potenziale acquirente

* Il testo integrale della sentenza, sopra riportata, è reperibile sul sito internet <http://curia.europa.eu> (n.d.r.). In argomento v. *infra*, p. 377 ss., il commento di DANIELE PISANELLO.

possa aver teoricamente toccato a mani nude gli alimenti in vendita o starnutito su questi ultimi non consente, di per sé, di constatare che tali alimenti non sono stati protetti da qualsiasi forma di contaminazione atta a renderli inadatti al consumo umano, nocivi per la salute o contaminati in modo tale da non poter essere ragionevolmente consumati in tali condizioni.

(Omissis) In diritto

1. La domanda di pronuncia pregiudiziale verte sull'interpretazione dell'allegato II, capitolo IX, punto 3, del Regolamento (Ce) del Parlamento europeo e del Consiglio 29 aprile 2004, n. 852, sull'igiene dei prodotti alimentari (*GU* n. L 139, p. 1, e rettifica in *GU* n. L 226, p. 3; in prosieguo: il «Regolamento»).

2. Tale domanda è stata proposta nell'ambito di una controversia tra i signori Albrecht, Neumann, Sundara, Svoboda nonché Toth e il Landeshauptmann von Wien (governatore del Land di Vienna) attinente a decisioni riguardanti l'allestimento di contenitori destinati alla vendita in *self service* di prodotti da forno.

(Omissis)

Cause principali e questioni pregiudiziali

9. Il giudice del rinvio è investito di diversi ricorsi proposti da operatori commerciali in *franchising* i quali vendono prodotti da forno. Le autorità competenti hanno imposto a tali operatori di allestire contenitori destinati alla vendita di tali prodotti in *self service* in modo tale che questi ultimi potessero essere presi solo con l'ausilio di strumenti tecnici, come pinze o dispositivi di erogazione, e che non fosse possibile la reintroduzione di prodotti da forno già prelevati.

10. Tali prescrizioni seguivano a controlli amministrativi nel corso dei quali è stato accertato che, nei negozi di generi alimentari di cui trattasi nella causa principale, erano stati predisposti contenitori destinati alla vendita in *self service* di prodotti da forno. Secondo gli accertamenti effettuati, i coperchi di tali contenitori sono provvisti di manici che consentono di sollevarli con una mano, mentre, con l'altra, possono essere presi i prodotti mediante una pinza messa a disposizione del cliente. In seguito, quest'ultimo deve rimettere la pinza al suo posto e richiudere il coperchio.

11. Il Landeshauptmann von Wien ha considerato che tali contenitori per la vendita in *self service* presentano l'inconveniente di consentire ai clienti di prendere e toccare le merci a mani nude, nonché di tossire e starnutire su dette merci. Inoltre, tale autorità ha sottolineato il fatto che il dispositivo di chiusura non impedisce al cliente di reintrodurre la merce nel contenitore. Secondo la citata autorità, l'esposizione di tali prodotti alimentari agli starnuti dei clienti può provocare il deposito, su tali prodotti, di germi e virus. Parimenti, il fatto di prendere gli alimenti a mani nude potrebbe contribuire alla trasmissione dei germi.

12. Dinanzi al giudice del rinvio i ricorrenti nella causa principale fanno valere che i contenitori in questione sarebbero stati importati dalla Germania e che qui

verrebbero utilizzati a centinaia, se non a migliaia, nel commercio di prodotti alimentari. Le autorità tedesche non avrebbero mai contestato la conformità di tali contenitori, in particolare, con i requisiti di cui all'allegato II, capitolo IX, punto 3, del Regolamento. I ricorrenti nella causa principale sottolineano anche il fatto che i clienti sono stati espressamente invitati a non reintrodurre i prodotti nei contenitori.

13. Il giudice del rinvio aggiunge che emerge da perizie di esperti tedeschi ed austriaci che i citati contenitori non pongono alcun problema in materia di igiene.

14. Considerando che la soluzione delle controversie sottopostegli richieda l'interpretazione dell'allegato II, capitolo IX, punto 3, del Regolamento, l'Unabhängiger Verwaltungssenat Wien ha deciso di sospendere il procedimento e di sottoporre alla Corte le seguenti questioni pregiudiziali:

«1. In base a quali criteri si deve accertare se un prodotto alimentare sia inadatto al consumo umano ai sensi dell'allegato II, capitolo IX, punto 3, del [Regolamento]. Se, a tal fine, sia sufficiente che un potenziale acquirente possa aver toccato un alimento in vendita o averci starnutito sopra.

2. In base a quali criteri si deve accertare se un prodotto sia nocivo per la salute ai sensi dell'allegato II, capitolo IX, punto 3, del [Regolamento]. Se, a tal fine, sia sufficiente che un potenziale acquirente possa aver toccato un alimento in vendita o averci starnutito sopra.

3. In base a quali criteri si deve accertare se sussista una contaminazione tale che non si possa più ragionevolmente considerare che un alimento possa essere consumato nelle condizioni in cui si trova ai sensi dell'allegato II, capitolo IX, punto 3, del [Regolamento]. Se, a tal fine, sia sufficiente che un potenziale acquirente possa aver toccato un alimento in vendita o averci starnutito sopra».

Sulle questioni pregiudiziali

15. Con le sue questioni, che vanno esaminate congiuntamente, il giudice del rinvio chiede, sostanzialmente, se l'allegato II, capitolo IX, punto 3, del Regolamento debba essere interpretato nel senso che, in circostanze come quelle oggetto della causa principale, nel caso di contenitori destinati alla vendita in *self service* di prodotti da forno, il fatto che un potenziale acquirente possa aver teoricamente toccato a mani nude gli alimenti in vendita o starnutito su questi ultimi consenta, di per sé, di constatare che tali alimenti non sono stati protetti da qualsiasi forma di contaminazione atta a renderli inadatti al consumo umano, nocivi per la salute o contaminati in modo tale da non poter essere ragionevolmente consumati in tali condizioni.

16. A tale proposito si deve rilevare che il citato punto 3 sancisce una norma generale di igiene alla quale gli operatori del settore alimentare, menzionati nell'art. 4, n. 2, del Regolamento, devono conformarsi in forza di tale medesima disposizione.

17. Lo stesso punto 3, in combinato disposto con l'art. 4, n. 2, del Regolamento, impone ai citati operatori, in qualsivoglia fase della produzione, della trasformazione e della distribuzione, di proteggere gli alimenti da qualsiasi forma di contaminazione atta a renderli inadatti al consumo umano, nocivi per la salute o contaminati in modo tale da non poter essere ragionevolmente consumati in tali condizioni.

18. Relativamente al contesto in cui si collocano le citate disposizioni, di cui si deve parimenti tener conto ai fini interpretativi conformemente alla giurisprudenza consolidata (v., in tal senso, sentenza 22 dicembre 2010, causa n. C-116/10, *Feltgen e Bacino Charter Company*, in *Raccolta*, I, p. 14187, punto 12 e giurisprudenza *ivi* citata), occorre prendere in considerazione l'art. 5 del Regolamento, come fatto valere correttamente dal Governo ceco e da quello dei Paesi Bassi, nonché dalla Commissione europea.

19. Ai sensi del n. 1 del citato art. 5, gli operatori del settore alimentare predispongono, attuano e mantengono una o più procedure permanenti basate sui principi del sistema HACCP. Tra tali principi è menzionato quello contenuto nell'art. 5, n. 2, lett. *a.*, del Regolamento, il quale impone di identificare ogni pericolo che deve essere prevenuto, eliminato o ridotto a livelli accettabili.

20. Come emerge, in particolare, dall'art. 1, n. 1, lett. *a.* e *d.*, del Regolamento, l'obbligo di cui all'art. 5, n. 1, dello stesso è espressione dello scopo perseguito dal legislatore dell'Unione di attribuire la responsabilità principale in materia di sicurezza degli alimenti agli operatori del settore alimentare.

21. Orbene, l'allegato II, capitolo IX, punto 3, del Regolamento deve essere interpretato in modo da non privare l'art. 5 di tale Regolamento del suo effetto utile.

22. Ne consegue che, in una circostanza come quella oggetto della causa principale, dalla quale non emerge che un'effettiva contaminazione sia stata rilevata dalle autorità competenti, non si può concludere che gli operatori del settore alimentare interessati abbiano violato tale punto 3 sulla base della sola constatazione che un potenziale acquirente possa aver teoricamente toccato a mani nude gli alimenti in vendita o starnutito su questi ultimi, senza prendere in considerazione le misure che tali operatori hanno adottato conformemente all'art. 5 del Regolamento al fine di prevenire, eliminare o ridurre ad un livello accettabile il rischio che può presentare una contaminazione ai sensi dell'allegato II, capitolo IX, punto 3, di tale Regolamento e senza contestare l'insufficienza delle misure adottate a tale proposito sulla base di tutti i dati pertinenti disponibili.

23. A quest'ultimo proposito non si può, in particolare, constatare l'insufficienza di tali misure senza che siano debitamente prese in considerazione eventuali perizie, come quelle presentate da tali stessi operatori a dimostrazione che i citati contenitori, destinati alla vendita in *self service*, non pongono alcun problema in materia di igiene.

24. Occorre, di conseguenza, risolvere le questioni sottoposte dichiarando che l'allegato II, capitolo IX, punto 3, del Regolamento deve essere interpretato nel senso che, in circostanze come quelle oggetto della causa principale, nel caso di contenitori destinati alla vendita in *self service* di prodotti da forno, il fatto che un potenziale acquirente possa aver teoricamente toccato a mani nude gli alimenti in vendita o starnutito su questi ultimi non consente, di per sé, di constatare che tali alimenti non sono stati protetti da qualsiasi forma di contaminazione atta a renderli inadatti al consumo umano, nocivi per la salute o contaminati in modo tale da non poter essere ragionevolmente consumati in tali condizioni.

(*Omissis*)

LA POTENZA DI UNO STARNUTO: SPUNTI DALLA SENTENZA *ALBRECHT* DELLA CORTE DI GIUSTIZIA IN TEMA DI CONFORMITÀ AI REQUISITI IGIENICO-SANITARI

Sommario: **I.** *Conformità alla legislazione alimentare e ai requisiti igienico-sanitari comunitari* - **II.** *La sentenza Albrecht: modalità di accertamento delle non conformità igienico-sanitarie* - **III.** *Riflessioni conclusive.*

I. Conformità alla legislazione alimentare e ai requisiti igienico-sanitari comunitari

Il Regolamento n. 178/2002 del Parlamento europeo e del Consiglio del 28 gennaio 2002 «che stabilisce i principi e i requisiti generali della legislazione alimentare, istituisce l'Autorità europea per la sicurezza alimentare e fissa procedure nel campo della sicurezza alimentare»¹ ha inaugurato il nuovo approccio comunitario alla sicurezza nel consumo alimentare, maturato alla luce del Trattato di Maastricht², e impostosi nell'agenda politica comunitaria dopo gli scandali alimentari che hanno trovato le istituzioni comunitarie del tutto impreparate nel corso degli anni Novanta³.

¹ In *Guce* n. L 31 del 1° febbraio 2002. Per un commento organico del Regolamento quadro in materia di legislazione alimentare: AA.VV., *La sicurezza alimentare nell'Unione europea (reg. n. 178/2002/CE del Parlamento europeo e del Consiglio)*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2003, p. 114. Per una introduzione alla legislazione alimentare: R. O'ROURKE, *European Food Law*, Londra, Sweet and Maxwell, 2005; F. CAPELLI - V. SILANO - B. KLAUS, *Nuova disciplina del settore alimentare e Autorità europea per la sicurezza alimentare*, Milano, Giuffrè, 2006; A. ALEMANNO, *Trade in Food, Regulatory and Judicial Approaches in the EC and the WTO*, London, Cameron and May, 2007; L. COSTATO, *Compendio di diritto alimentare*, Padova, Cedam, 2007; D. PISANELLO (a cura di) - C. BIGLIA e C. M. PELLICANO, *Guida alla Legislazione Alimentare - L'applicazione pratica, il controllo ufficiale, l'audit, le responsabilità, le sanzioni, l'etichettatura, la pubblicità*, Roma, EPC Libri, 2010.

² Cfr. T. HERVEY, *Mapping the Contours of European Union Health Law and Policy*, in *Eur. Publ. Law*, 2002, p. 8.

³ Cfr. D. PISANELLO, *Obblighi di sicurezza alimentare nel mercato unico europeo tra gestione del rischio e responsabilità d'impresa*, in questa *Rivista*, 2008, p. 695. Il vigente sistema normativo in materia di alimenti è il risultato dell'abbandono del precedente apparato normativo, disciplinato essenzialmente da direttive di armonizzazione del mercato unico, e la ridefinizione delle competenze regolatorie in chiave di una maggiore comunitarizzazione. Per

Con tale Regolamento si sono formalizzati i principi generali della «legislazione alimentare»⁴ (artt. 5-10), definiti gli obblighi generali di sicurezza per gli operatori del settore (artt. 11-20), istituita l'Autorità europea per la sicurezza alimentare⁵ (artt. 22-49) e si sono, inoltre, delineate le regole generali in materia di importazione ed esportazione di alimenti e mangimi (artt. 11-13)⁶ nonché le procedure applicabili alle situazioni di emergenza alimentare (artt. 50-57).

Con riferimento specifico all'igiene alimentare la disciplina comunitaria è stata riformulata non solo per rispondere a esigenze di semplificazione e aggiornamento del dato normativo risultante dalle precedenti direttive di armonizzazione, ma anche per perseguire il necessario adeguamento ai nuovi principi ispiratori maturati a livello internazionale (in particolare la Commissione del *Codex Alimentarius*, inclusa tra le organizzazioni riconosciute nell'ambito degli Accordi istitutivi dell'Organizzazione Mondiale del Commercio) la cui rilevanza trova all'art. 13 del Regolamento (Ce) n.

una ricostruzione della "genesi" della moderna legislazione alimentare a livello comunitario: A. ALEMANN, *Trade in Food, Regulatory and Judicial Approaches in the EC and the WTO*, London, Cameron and May, 2007, pp. 33-72. Sul punto si veda anche: D. CHALMERS, *Food for Thought: Reconciling European Risks and Traditional Ways of Life*, in *Modern Law Review*, 2003, 66, p. 532; L. COSTATO, *Dal mutuo riconoscimento al sistema europeo di diritto alimentare: il Regolamento 178/2002 come regola e programma*, in *Riv. dir. agr.*, 2003, p. 289; ID., *Il Regolamento 178/2002 e la protezione dei consumatori di alimenti*, *ivi*, 2002, p. 61; ID., *Una ricognizione sui principi fondanti del diritto alimentare*, *ivi*, 2005, I, p. 206 ss.

⁴ Il Regolamento (Ce) n. 178/2002, *cit. supra*, nota 1, introduce nel diritto comunitario e in quello degli Stati membri una definizione *ad hoc* di «legislazione alimentare»: in base all'art. 3, n. 1, del Regolamento n. 178/2002, la *legislazione alimentare* è l'insieme delle «leggi, regolamenti e disposizioni amministrative riguardanti gli alimenti in generale, e la sicurezza degli alimenti in particolare, sia nella Comunità che a livello nazionale» relativa a «tutte le fasi di produzione, trasformazione e distribuzione degli alimenti e anche dei mangimi prodotti per gli animali destinati alla produzione alimentare o ad essi somministrati». In merito al campo di applicazione della legislazione alimentare: B. VAN DER MEULEN, *The Function of Food Law – On the objectives of food law, legitimate factors and interests taken into account*, in *European Food and Feed Law Review*, 2010, p. 83; D. PISANELLO, *What do Food Safety and Fair Trade stand for? Reconciling the twofold objective of EU Food Law*, in *European Food and Feed Law Review*, 2009, p. 320.

⁵ All'Autorità per la sicurezza alimentare è assegnata la funzione di «valutazione del rischio» e non anche, come invece nel caso della U.S. *Food and Drug Administration*, quella di gestione dello stesso, funzione questa che, all'interno del mercato unico, compete all'autorità pubblica (principalmente alla Commissione ed alle autorità nazionali). In argomento: A. ALEMANN, *Trade in Food*, *cit. supra*, nota 1, pp. 83-104 e pp. 161-295. Per il sistema statunitense: N. D. FORTIN, *Food regulation, Law, Science, Policy and Practice*, Hoboken, John Wiley & Sons, 2009, pp. 24-26.

⁶ In base al *considerando* n. 23 del Regolamento (Ce) n. 178/2002, *loc. cit.*, la Comunità «contribuisce all'elaborazione di norme internazionali a sostegno della legislazione alimentare e sostiene i principi del libero commercio di mangimi sicuri e di alimenti sani e sicuri in maniera non discriminatoria, all'insegna di pratiche commerciali leali e moralmente corrette». In argomento: M. BENOZZO, *Tutela della salute, mercato interno e dinamiche internazionali: le regole della food safety negli Stati Uniti d'America*, in *Contratto Impresa/Europa*, 2006, p. 390; A. ALEMANN, *Trade in Food*, *cit. supra*, nota 1, p. 227 ss.; J. I. CARREÑO GARCÍA, *Agricultural in WTO Law*, in B. O'CONNOR, *TBT and Agriculture*, London, Cameron and May, 2005.

178/2002 uno specifico dettato normativo. Tale riforma della disciplina europea dell'igiene alimentare, operata dal legislatore comunitario nel 2004, ha dato luogo a un insieme di regolamenti e alcune direttive («pacchetto igiene»), tra i quali è qui il caso di citare il Regolamento (Ce) n. 852/2004/Ce, «sull'igiene dei prodotti alimentari»⁷, e il Regolamento (Ce) n. 882/2004/Ce, «relativo ai controlli ufficiali intesi a verificare la conformità alla normativa in materia di mangimi e di alimenti e alle norme sulla salute e sul benessere degli animali»⁸. Quest'ultimo Regolamento, che predispone i principi generali e i requisiti che il controllo ufficiale degli alimenti deve rispettare (tra i quali: programmazione dei controlli basata sull'analisi del rischio; imparzialità e assenza di conflitto di interessi nell'autorità procedente; competenza e aggiornamento del personale ecc.), contiene due articoli dedicati alle ipotesi di «non conformità»: l'art. 54, relativo alle «azioni in caso di non conformità», e l'art. 55, relativo alle «sanzioni»⁹.

Più in particolare, il Regolamento (Ce) n. 882/2004, all'art. 54, assegna all'autorità competente (nazionale) la potestà di disporre «azioni correttive» per porre rimedio alla «non conformità» individuata. Quest'articolo prevede, al par. 1, che «[l']autorità competente che individui una non conformità interviene per assicurare che l'operatore ponga rimedio alla situazione. Nel decidere l'azione da intraprendere, l'autorità competente tiene conto della natura della non conformità e dei dati precedenti relativi a detto operatore per quanto riguarda la non conformità»¹⁰. Laddove una non conformità sia (correttamente) individuata, l'autorità procedente adot-

⁷ In *Gu-Ue* n. L 139 del 30 aprile 2004 e successive rettifiche.

⁸ In *Gu-Ue* n. L 165 del 30 aprile 2004 e successive rettifiche. In merito ai regolamenti comunitari sull'igiene si veda: C. BIGLIA, *Il Controllo Ufficiale*, in D. PISANELLO (a cura di), *Guida alla Legislazione Alimentare*, cit. supra, nota 1, pp. 163-194; M. ASTUTI - F. CASTOLDI, *Pacchetto igiene, le nuove norme comunitarie*, Lavis, Edagricole, 2006; F. CAPELLI - V. SILANO - B. KLAUS, *Nuova disciplina del settore alimentare*, cit. supra, nota 1 e F. CAPELLI, *La direttiva "killer" e le sue vittime*, in questa *Rivista*, 2006, p. 95.

⁹ L'art. 55 del Regolamento (Ce) n. 882/2004, loc. cit., così recita: «[g]li Stati membri stabiliscono le regole in materia di sanzioni applicabili in caso di violazione della normativa sui mangimi e sugli alimenti e di altre disposizioni comunitarie concernenti la tutela della salute e del benessere degli animali e prendono tutte le misure necessarie per assicurare che siano attuate. Le sanzioni previste devono essere effettive, proporzionate e dissuasive».

¹⁰ Ad avviso di chi scrive, posto che la finalità del controllo ufficiale afferisce tanto alle norme sanitarie quanto a quelle di protezione del commercio e del consumatore (argomenta ex art. 1, Regolamento (Ce) n. 882/2004, loc. cit.), è corretto ritenere che i provvedimenti correttivi possano essere adottati anche rispetto a situazioni di non conformità rispetto alla disciplina dell'etichettatura. Per una riflessione sul punto: D. PISANELLO, *Denominazioni di origine ed indicazioni geografiche protette tra diritto industriale e diritto alimentare: il caso Parmesan II*, in *Contr. e Impr./Europa*, 2008, pp. 389-414; Id., *What do Food Safety*, cit. supra, nota 4.

ta un atto amministrativo («azione») il cui contenuto è dettagliato nella lista di misure di cui al successivo par. 2¹¹.

È interessante notare, anche ai fini della sentenza in commento, che la scelta della «azione correttiva» da intraprendere sia, nella disposizione testé citata, strettamente connessa ad una valutazione concreta della situazione oggettiva («natura della non conformità») e soggettiva («dati precedenti dell'operatore non conforme»), come chiaramente indicato dal par. 1 dell'art. 54.

La valenza "concreta" dell'azione amministrativa sembra poi confermata anche dal prosieguo della disposizione comunitaria laddove, al par. 2, si specifica che la scelta tra le misure correttive debba essere compiuta «a seconda dei casi».

Terzo elemento significativo è che l'elenco dell'art. 54, par. 2, contempla una clausola aperta: «qualsiasi altra misura ritenuta opportuna dall'autorità competente» (art. 54, par. 2, lett. h., del Regolamento (Ce) n. 882/2004).

Si deve chiarire sin d'ora che l'art. 54 del Regolamento (Ce) n. 882/2004, lungi dall'essere disposizione isolata o estemporanea, è norma coerente con tutto l'impianto della nuova legislazione igienico-sanitaria e alimentare di promanazione comunitaria.

La disciplina igienico-sanitaria comunitaria è, infatti, chiaramente caratterizzata da una tecnica legislativa ben precisa con la quale il legislatore comunitario del 2004 ha voluto sostituire alla dettagliata e spesso ferrea elencazione di requisiti, propria delle direttive previgenti, una regolamentazione più elastica nella quale spetta all'operatore privato l'onere – e le connesse responsabilità – di individuare ed applicare soluzioni produttive e organizzative adatte alla propria realtà aziendale tali, in ogni caso, da non costituire un rischio inaccettabile per la salute¹².

Nozione chiave di tutta la legislazione igienico-sanitaria, e di buona parte della legislazione alimentare, è quella di «rischio»¹³: è sufficiente os-

¹¹ Così l'art. 54, par. 2: «Tale azione comprende, a seconda dei casi, le seguenti misure: a. l'imposizione di procedure di igienizzazione o di qualsiasi altra azione ritenuta necessaria per garantire la sicurezza del mangime e degli alimenti o la conformità alla normativa in materia di mangimi e di alimenti e alle norme sulla salute e sul benessere degli animali; b. la restrizione o il divieto dell'immissione sul mercato, dell'importazione o dell'esportazione di mangimi, alimenti o animali; c. il monitoraggio e, se necessario, la decisione del richiamo, del ritiro e/o della distruzione di mangimi o alimenti; d. l'autorizzazione dell'uso di mangimi o di alimenti per fini diversi da quelli originariamente previsti; e. la sospensione delle operazioni o la chiusura in toto o in parte dell'azienda interessata per un appropriato periodo di tempo; f. la sospensione o il ritiro del riconoscimento dello stabilimento; g. le misure di cui all'art. 19 sulle partite provenienti da Paesi terzi; h. qualsiasi altra misura ritenuta opportuna dall'autorità competente».

¹² Cfr. D. PISANELLO, *Obblighi di sicurezza alimentare*, cit. *supra*, nota 3, p. 699.

¹³ Il «rischio» è definito come «funzione della probabilità e della gravità di un effetto nocivo per la salute, conseguente alla presenza di un pericolo» (art. 3, n. 9, Regolamento (Ce)

servare che l'art. 14 del Regolamento (Ce) n. 178/2002, norma-quadro per la definizione della accettabilità del rischio alimentare, è dedicata all'«alimento a rischio»¹⁴.

Nello stesso senso depone la circostanza per la quale le attività di organizzazione, gestione, programmazione ed esecuzione del controllo ufficiale devono essere condotte in base ad una valutazione e classificazione del rischio delle imprese alimentari, come richiesto imperativamente dal Regolamento (Ce) n. 882/2004¹⁵.

Il Regolamento (Ce) n. 178/2002 dedica più di un passaggio all'analisi del rischio che deve essere svolto in modo indipendente, obiettivo e trasparente e basato su informazioni e su dati scientifici disponibili¹⁶. Il «ri-

n. 178/2002, *cit. supra*, nota 1). Per «pericolo» il successivo n. 14 del medesimo articolo offre la seguente definizione: «*agente biologico, chimico o fisico contenuto in un alimento o mangime, o condizione in cui un alimento o un mangime si trova, in grado di provocare un effetto nocivo sulla salute*». Per una prima riflessione su questi concetti: V. PACILEO, *Rischio, pericolo, danno*, in F. AVERSANO - V. PACILEO, *Prodotti alimentari e legislazione*, Bologna, Edagricole, 2006, pp. 163-176; C. BIGLIA, *Il controllo ufficiale*, in D. PISANELLO (a cura di), *Guida alla Legislazione Alimentare*, *cit. supra*, nota 1, pp. 168-185.

¹⁴ L'art. 14, par. 1, Regolamento (Ce) n. 178/2002, *cit. supra*, nota 1, vieta l'immissione sul mercato, a qualunque titolo, di alimenti a rischio. Fattori che condizionano la valutazione del rischio sono le normali condizioni d'uso dell'alimento da parte del consumatore in ciascuna fase della filiera e tutte le informazioni, purché facilmente accessibili, messe in disponibilità del consumatore stesso. Per approfondimenti su tale nozione, ampiamente V. PACILEO, *La genuinità alimentare*, in F. AVERSANO - V. PACILEO, *Prodotti alimentari e legislazione*, *cit. supra*, nota 13, pp. 155-162; F. BRUNO, in *La sicurezza alimentare nell'Unione europea*, *cit. supra*, nota 1, sub art. 14, p. 245.

¹⁵ Sul punto diffusamente C. BIGLIA, *L'audit secondo il regolamento CE 882/2004*, in D. PISANELLO (a cura di), *Guida alla Legislazione Alimentare*, *cit. supra*, nota 1, pp. 225-243.

¹⁶ Invero, il considerando n. 19 del Regolamento (Ce) n. 178/2002, *loc. ult. cit.*, prevede che sia permesso prendere in considerazione anche aspetti di natura societale, economica, tradizionale, etica e ambientale e che sia legittimo verificare la realizzabilità dei controlli. Sui rapporti tra analisi del rischio e principio di precauzione, senza pretesa di completezza: *Comunicazione della Commissione sul principio di precauzione* del 2 febbraio 2000 (doc. Com(2000)1 non pubblicato in *Guce*, reperibile sul sito internet <http://eur-lex.europa.eu/it/index.htm>) e sentenze della Corte di giustizia del 5 maggio 1998 in causa n. C-157/96, *National Farmers Union*, in *Raccolta*, 1998, I, pp. 2211 ss. e, in pari data, in causa n. C-180/96, *Regno Unito c. Commissione*, in *Raccolta*, 1998, I, p. 2265 ss.. In letteratura: A. ALEMANNI, *Trade in Food*, *cit. supra*, nota 1, p. 115-146. Si veda anche L. Costato, *La Corte di giustizia, il ravvicinamento delle legislazioni e il principio di precauzione nel diritto alimentare*, in *Dir. e giur. agr. e amb.*, 2005, p. 649 e C. BLUMANN - V. ADAM, *La politique agricole commune dans la tourmente: la crise de la "vache folle"*, in *Rev. trim. dr. eur.*, 1997, p. 270; M. P. CHITI, *Il rischio sanitario e l'evoluzione dall'amministrazione dell'emergenza all'amministrazione precauzionale*, in *Riv. it. dir. pubbl. comun.*, 2006, p. 1 e F. TRIMARCHI, *Principio di precauzione e qualità dell'azione amministrativa*, *ivi*, 2005, p. 1673; G. F. FERRARI, *Biotechnologie e diritto costituzionale*, in R. FERRARA - I. M. MARINO (a cura di), *Gli organismi geneticamente modificati*, Padova, Cedam, 2003; M. P. GIRACCA, *Responsabilità civile e OGM: quali prospettive?*, *ivi*, p. 367; H. JONAS, *Il principio di responsabilità. Un'etica per la civiltà tecnologica*, Torino, Einaudi, 1993; U. BECK, *La società del rischio. Verso una nuova modernità*, Roma, Carocci, 2000; N. LUHMANN, *Sociologia del rischio*, Milano, Mondadori, 1996; P. PELLEGRINO, *Hans Jonas: natura e responsabilità*, Lecce, Edizioni Milella, 1995; U. IZZO, *La precauzione nella responsabilità civile: analisi di un concetto sul tema del danno da contagio per via trasfusione*, Padova, Cedam, 2004; N. IRTI - E. SEVERINO, *Le*

schio» è, per definizione, la funzione della probabilità e della gravità di un effetto nocivo per la salute, conseguente alla presenza di un pericolo¹⁷.

La valutazione del rischio è una fase dell'amministrazione (gestione) del rischio alimentare che l'operatore del settore alimentare e le autorità di controllo, nell'ambito delle rispettive competenze e responsabilità, devono condurre per la garanzia dell'accettabilità del rischio connesso al consumo di alimenti.

Non è per niente un caso, dunque, che numerose disposizioni legislative igienico-sanitarie siano caratterizzate da condizioni quali «*ove opportuno*», «*se necessario*», «*qualora necessario*», «*per quanto ragionevolmente possibile*». Da una rapida ricognizione del Regolamento (Ce) n. 852/2004, ad esempio, si può osservare che la condizione «*ove necessario*» interessa ventisette requisiti specifici (di cui all'allegato II), mentre due requisiti recano la clausola «*ove appropriato*» e ben ventidue requisiti sono affetti dalla condizione di «*adeguatezza*».

A tal riguardo, il Regolamento (Ce) n. 852/2004 si premura di precisare, a dir il vero in modo vagamente tautologico, che «[n]egli allegati del presente regolamento per "ove necessario", "ove opportuno", "adeguato" e "sufficiente" s'intendono rispettivamente laddove risulti necessario, opportuno, adeguato o sufficiente per raggiungere gli obiettivi perseguiti dal presente Regolamento»¹⁸.

Guardando alle basi giuridiche del Regolamento in parola, si potrebbe esser tentati di concludere che questi obiettivi, funzionali al giudizio di «*opportunità/adeguatezza/sufficienza*», dovrebbero essere individuati nel funzionamento del mercato interno (art. 114 TFUE, ex art. 95 TCE) e nella protezione della salute pubblica (art. 168, par. 4, lett. *b.*, TFUE, ex art. 152 TCE). Obiettivi che, come noto, devono temperarsi e bilanciarsi; tuttavia nella pratica quotidiana, è esattamente questo bilanciamento che proietta un cono d'ombra sulla prevedibilità di ciò che può dirsi conforme o non conforme alla disciplina igienico-sanitaria con un'evidente riduzione del grado di certezza del dato normativo.

In questo contesto normativo la sentenza del 6 ottobre 2011, pronunciata dalla Corte di giustizia nella causa n. C-382/10 (d'ora in avanti, per brevità anche «*sentenza Albrecht*»), sembra offrire più di uno spunto di riflessione. La sentenza *Albrecht*, infatti, verte sui criteri che l'autorità compe-

domande del giurista e le risposte del filosofo (un dialogo su diritto e tecnica), in *Contratto e impresa*, 2000, p. 665.

¹⁷ Art. 3, par. 9, del Regolamento (Ce) n. 178/2002, *cit. supra*, nota 1.

¹⁸ Art. 3, par. 3, del Regolamento (Ce) n. 852/2004, *cit. supra*, nota 7.

tente al controllo ufficiale deve impiegare per accertare una violazione (non conformità) ai requisiti igienici di cui al Regolamento (Ce) n. 852/2004.

II. La sentenza *Albrecht*: modalità di accertamento delle non conformità igienico-sanitarie

La causa n. C-382/10 trae origine dal ricorso in via pregiudiziale alla Corte di giustizia presentato dall'autorità giurisdizionale austriaca, adita nell'ambito dell'impugnazione di alcune misure restrittive e sanzionatorie che l'autorità sanitaria, competente al controllo ufficiale ex Regolamento (Ce) n. 852/2004, aveva adottato nei confronti di taluni operatori della distribuzione organizzata relativamente ad alcune modalità di vendita di prodotti da forno mediante contenitori *self service*.

Ad avviso dell'autorità di controllo, infatti, i contenitori impiegati per la vendita in *self service* presentavano l'inconveniente di consentire ai clienti di prendere e toccare le merci a mani nude ed eventualmente reintrodurle nel contenitore nonché di tossire e starnutire su dette merci, circostanza, quest'ultima, che poteva causare il deposito di germi e virus su tali prodotti. Su questi rilievi, l'autorità di controllo accertava una violazione del punto 3 del capitolo IX dell'allegato II del Regolamento (Ce) n. 852/2004 in forza del quale: «[i]n tutte le fasi di produzione, trasformazione e distribuzione gli alimenti devono essere protetti da qualsiasi forma di contaminazione atta a renderli inadatti al consumo umano, nocivi per la salute o contaminati in modo tale da non poter essere ragionevolmente consumati in tali condizioni». Conseguentemente l'autorità adottava provvedimenti con i quali ordinava di allestire i contenitori in modo tale che questi ultimi potessero essere presi solo con l'ausilio di strumenti tecnici, come pinze o dispositivi di erogazione, e che non fosse possibile la reintroduzione di prodotti da forno già prelevati.

Il giudice, adito per accertare la legittimità dei provvedimenti dell'autorità competente, ritenendo che la soluzione delle controversie sottopostegli richiedesse l'interpretazione dell'allegato II, capitolo IX, punto 3, del Regolamento (Ce) n. 852/2004, sospendeva il procedimento e sottoponeva alla Corte le seguenti questioni pregiudiziali:

«1. In base a quali criteri si deve accertare se un prodotto alimentare sia inadatto al consumo umano ai sensi dell'allegato II, capitolo IX, punto 3, del [Regolamento]. Se, a tal fine, sia sufficiente che un potenziale acquirente possa aver toccato un alimento in vendita o averci starnutito sopra.

2. In base a quali criteri si deve accertare se un prodotto sia nocivo per la salute ai sensi dell'allegato II, capitolo IX, punto 3, del [Regolamento].

Se, a tal fine, sia sufficiente che un potenziale acquirente possa aver toccato un alimento in vendita o averci starnutito sopra.

3. In base a quali criteri si deve accertare se sussista una contaminazione tale che non si possa più ragionevolmente considerare che un alimento possa essere consumato nelle condizioni in cui si trova ai sensi dell'allegato II, capitolo IX, punto 3, del [Regolamento]. Se, a tal fine, sia sufficiente che un potenziale acquirente possa aver toccato un alimento in vendita o averci starnutito sopra».

Orbene, i quesiti formulati vertono su tre nozioni ben individuate: quella di «alimento inadatto», «alimento nocivo» e «alimento contaminato».

Se si eccettua quest'ultima nozione, per la quale il Regolamento (Ce) n. 852/2004 fornisce dati specifici¹⁹, i concetti di «alimento nocivo» e «inadatto» non sono specificatamente definiti dal Regolamento (Ce) n. 852/2004; stante, però, il rinvio operato da questo Regolamento alle definizioni del Regolamento (Ce) n. 178/2002²⁰, è a quest'ultimo che si sarebbe potuto far riferimento.

Nel Regolamento (Ce) n. 178/2002, infatti, l'art. 14 è interamente dedicato agli «alimenti a rischio», nozione declinata in due categorie: *a.* «alimenti dannosi per la salute»; *b.* «alimenti inadatti al consumo umano». Quanto alla prima (alimento dannoso), il legislatore comunitario ha fornito una nozione decisamente ampia di «danno» che, partendo dal danno consistente in «probabili effetti immediati e/o a breve termine, e/o a lungo termine dell'alimento sulla salute di una persona che lo consuma», estende il raggio di protezione includendo la salute «dei discendenti», nonché i «probabili effetti tossici cumulativi di un alimento e la particolare sensibilità, sotto il profilo della salute, di una specifica categoria di consumatori, nel caso in cui l'alimento sia destinato ad essa»²¹.

Quanto, invece, alla nozione di «alimento inadeguato all'uso umano», il Regolamento (Ce) n. 178/2002 riferisce tale fattispecie alla «contaminazione dovuta a materiale estraneo o ad altri motivi, o in seguito a putrefazione, deterioramento o decomposizione»²².

Se la Corte avesse risposto ai quesiti puntualmente posti dal giudice del rinvio, si sarebbero ottenuti utili elementi per determinare i rapporti tra

¹⁹ La «contaminazione» è infatti definita come «la presenza o l'introduzione di un pericolo» dall'art. 2, par. 1, lett. *f.*, del Regolamento (Ce) n. 852/2004.

²⁰ *Ivi*, art. 2, par. 2.

²¹ Cfr. art. 14, par. 4, del Regolamento (Ce) n. 178/2002, *cit. supra*, nota 1.

²² *Ivi*, art. 14, par. 5. Per un approfondimento di tali nozioni si vedano le considerazioni di C. BIGLIA, *Il Controllo Ufficiale*, in D. PISANELLO (a cura di), *Guida alla Legislazione Alimentare*, *cit. supra*, nota 1, pp. 175-183 e V. PACILEO, *La genuinità alimentare*, in F. AVERSANO - V. PACILEO, *Prodotti alimentari*, *cit. supra*, nota 14, pp. 175-176.

la categoria di «alimento nocivo», menzionata nel Regolamento (Ce) n. 852/2004, ma non nel Regolamento (Ce) n. 178/2002, e quella di «alimento dannoso» nonché per individuare ulteriori elementi definitivi dell'«alimento inadatto», il quale si pone concettualmente come categoria più ampia di quella di «alimento dannoso». Peraltro, un pronunciamento di tal fatta avrebbe permesso di ottenere indici più nitidi per delineare l'inaccettabilità del rischio alimentare in base alla legislazione comunitaria in materia di igiene alimentare.

In realtà, la Corte ha preferito riformulare i quesiti posti nel seguente modo: «il giudice del rinvio chiede, sostanzialmente, se l'allegato II, capitolo IX, punto 3, del Regolamento debba essere interpretato nel senso che, in circostanze come quelle oggetto della causa principale, nel caso di contenitori destinati alla vendita in *self service* di prodotti da forno, il fatto che un potenziale acquirente possa aver teoricamente toccato a mani nude gli alimenti in vendita o starnutito su questi ultimi consenta, di per sé, di constatare che tali alimenti non sono stati protetti da qualsiasi forma di contaminazione atta a renderli inadatti al consumo umano, nocivi per la salute o contaminati in modo tale da non poter essere ragionevolmente consumati in tali condizioni»²³.

Tale scelta non appare casuale: la lettura della sentenza sembra confermare che la rielaborazione del *petitum* sia funzionale alla strategia decisoria della Corte la quale, circoscrivendo il perimetro della decisione interamente all'interno del Regolamento n. 852/2004, consente di porre l'accento sulla nozione (come si vedrà, concreta) di contaminazione (*rectius*, del rischio di contaminazione); sul ruolo dell'operatore privato e delle procedure igieniche che l'impresa alimentare deve predisporre – ai sensi degli artt. 4 e 5 del Regolamento n. 852/2004 – e delle modalità che l'autorità competente deve applicare in sede di accertamento di una non conformità.

Concentrando l'analisi sulle argomentazioni sviluppate nella sentenza *Albrecht*, il giudice del rinvio riconosce che la disposizione impugnata (il requisito igienico di cui al punto 3, capitolo IX, allegato II del Regolamento n. 852/2004) è relativa all'obbligo degli operatori del settore alimentare di protezione degli alimenti «da qualsiasi forma di contaminazione atta a renderli inadatti al consumo umano, nocivi per la salute o contaminati in modo tale da non poter essere *ragionevolmente consumati in tali condizioni*»²⁴.

²³ Cfr. sentenza *Albrecht*, in commento, punto 15.

²⁴ Art. 4 («Requisiti generali e specifici in materia d'igiene»): «1. Gli operatori del settore alimentare che effettuano la produzione primaria e le operazioni connesse elencate nell'allegato I rispettano i requisiti generali in materia d'igiene di cui alla parte A dell'allegato I e ogni

Il giudice comunitario ha buon gioco nel sottolineare che questo è un requisito che gli operatori del settore alimentare devono rispettare in forza dell'art. 4, n. 2, dello stesso Regolamento, ai sensi del quale «[g]li operatori del settore alimentare che eseguono qualsivoglia fase della produzione, della trasformazione e della distribuzione di alimenti successiva a

requisito specifico previsto dal Regolamento (Ce) n. 853/2004. 2. Gli operatori del settore alimentare che eseguono qualsivoglia fase della produzione, della trasformazione e della distribuzione di alimenti successiva a quelle di cui al paragrafo 1, rispettano i requisiti generali in materia d'igiene di cui all'allegato II e ogni requisito specifico previsto dal Regolamento (Ce) n. 853/2004. 3. Gli operatori del settore alimentare se necessario adottano le seguenti misure igieniche specifiche: *a.* rispetto dei criteri microbiologici relativi ai prodotti alimentari; *b.* le procedure necessarie a raggiungere gli obiettivi fissati per il conseguimento degli scopi del presente Regolamento; *c.* rispetto dei requisiti in materia di controllo delle temperature degli alimenti; *d.* mantenimento della catena del freddo; *e.* campionature e analisi. 4. La Commissione stabilisce i criteri, i requisiti e gli obiettivi di cui al par. 3, nonché i metodi connessi di campionatura e di analisi. Tali misure intese a modificare elementi non essenziali del presente Regolamento completandolo sono adottate secondo la procedura di regolamentazione con controllo di cui all'art. 14, par. 3. 5. Se il presente Regolamento, il Regolamento (Ce) n. 853/2004 e le relative misure di applicazione non specificano i metodi di campionatura o di analisi, gli operatori del settore alimentare possono utilizzare metodi appropriati contenuti in altre normative comunitarie o nazionali o, qualora non siano disponibili, metodi che consentano di ottenere risultati equivalenti a quelli ottenuti utilizzando il metodo di riferimento, purché detti metodi siano scientificamente convalidati in conformità di norme o protocolli riconosciuti a livello internazionale. 6. Gli operatori del settore alimentare possono utilizzare i manuali di cui agli artt. 7, 8 e 9 come ausilio ai fini dell'osservanza dei loro obblighi ai sensi del presente Regolamento».

Art. 5 (Analisi dei pericoli e punti critici di controllo): «1. Gli operatori del settore alimentare predispongono, attuano e mantengono una o più procedure permanenti, basate sui principi del sistema HACCP. 2. I principi del sistema HACCP di cui al paragrafo 1 sono i seguenti: *a.* identificare ogni pericolo che deve essere prevenuto, eliminato o ridotto a livelli accettabili; *b.* identificare i punti critici di controllo nella fase o nelle fasi in cui il controllo stesso si rivela essenziale per prevenire o eliminare un rischio o per ridurlo a livelli accettabili; *c.* stabilire, nei punti critici di controllo, i limiti critici che differenziano l'accettabilità e l'inaccettabilità ai fini della prevenzione, eliminazione o riduzione dei rischi identificati; *d.* stabilire ed applicare procedure di sorveglianza efficaci nei punti critici di controllo; *e.* stabilire le azioni correttive da intraprendere nel caso in cui dalla sorveglianza risulti che un determinato punto critico non è sotto controllo; *f.* stabilire le procedure, da applicare regolarmente, per verificare l'effettivo funzionamento delle misure di cui alle lettere da *a.* ad *e.*; e *g.* predisporre documenti e registrazioni adeguati alla natura e alle dimensioni dell'impresa alimentare al fine di dimostrare l'effettiva applicazione delle misure di cui alle lettere da *a.* ad *f.* Qualora intervenga un qualsiasi cambiamento nel prodotto, nel processo o in qualsivoglia altra fase gli operatori del settore alimentare riesaminano la procedura e vi apportano le necessarie modifiche. 3. Il par. 1 si applica unicamente agli operatori del settore alimentare che intervengono in qualsivoglia fase della produzione, trasformazione e distribuzione degli alimenti successiva alla produzione primaria e alle operazioni associate di cui all'allegato I. 4. Gli operatori del settore alimentare: *a.* dimostrano all'autorità competente che essi rispettano il par. 1, secondo le modalità richieste dall'autorità competente, tenendo conto del tipo e della dimensione dell'impresa alimentare; *b.* garantiscono che tutti i documenti in cui sono descritte le procedure elaborate a norma del presente articolo siano costantemente aggiornati; *c.* conservano ogni altro documento e registrazione per un periodo adeguato. 5. Le modalità dettagliate di attuazione del presente articolo possono essere stabilite secondo la procedura di cui all'art. 14, par. 2. Tali modalità possono facilitare l'attuazione del presente articolo da parte di taluni operatori del settore alimentare, in particolare prevedendo la possibilità di utilizzare le procedure contenute nei manuali per l'applicazione dei principi del sistema HACCP, al fine di rispettare il par. 1. Siffatte modalità possono specificare inoltre il periodo durante il quale gli operatori del settore alimentare conservano i documenti e le registrazioni a norma del par. 4, lett. *c.*».

quelle di cui al par. 1, rispettano i requisiti generali in materia d'igiene di cui all'allegato II e ogni requisito specifico previsto dal Regolamento (Ce) n. 853/2004». Su questo dato normativo s'innesta il passaggio fondamentale della sentenza *Albrecht*: le norme ora citate devono essere applicate e, se del caso, interpretate alla luce del «contesto in cui si collocano» secondo la consolidata giurisprudenza della Corte²⁵. L'aver sancito l'imprescindibilità dell'applicazione e interpretazione *sistematica* dei requisiti igienici consente alla Corte di stabilire un collegamento giuridico stringente (assorbente, si sarebbe tentati di scrivere) con l'art. 5 del Regolamento (Ce) n. 852/2004 che, come noto, è relativo all'obbligo di autocontrollo igienico dell'industria alimentare in base ai principi dell'HACCP (*Hazard Analysis and Critical Control Points*), collegamento, tra l'altro, caldeggiato nelle memorie presentate dalla Commissione e dai Governi ceco e olandese.

Ai sensi del citato art. 5, gli operatori del settore alimentare predispongono, attuano e mantengono una o più procedure permanenti basate sui principi del sistema HACCP.

Occorre precisare, brevemente, che per HACCP (*Hazard Analysis and Critical Control Points*) si intende un sistema di gestione delle attività di produzione e commercializzazione di alimenti elaborato su basi scientifiche (*science-based*) e considerato dal *Codex Alimentarius* come la pratica di riferimento²⁶. È opportuno ricordare che la metodologia dell'HACCP esige che per ogni fase di attività avente ad oggetto gli alimenti siano identificati i pericoli specifici per la sicurezza alimentare e le relative misure di controllo. Elaborato nei primi anni Cinquanta da una società americana (Pillsbury Company), nell'ambito delle attività spaziali della NASA²⁷, il sistema HACCP si diffuse come *standard* per l'industria alimentare, soprattutto americana, nel corso degli anni Settanta, anche in considerazione dell'allarme provocato da numerosi casi di botulismo alimentare occorsi, diventando successivamente obbligo giuridico per alcuni settori specifici²⁸.

²⁵ Cfr. sentenza *Albrecht*, in commento, punto 18.

²⁶ Si veda *Codex Alimentarius Commission, General Principles of Food Hygiene*, CAC/RCP 1-1969, nella versione da ultimo emendata nel 2003, ove è raccomandato un approccio basato sul sistema HACCP secondo le linee guida allegate al documento («It recommends a HACCP-based approach wherever possible to enhance food safety as described in Hazard Analysis and Critical Control Point (HACCP) System and Guidelines for its Application (Annex)»).

²⁷ Cfr. M. PANUNZIO - A. ANTONICIELLO e A. PISANO, *System of Indexes and Indicators for the Quality Evaluation of HACCP - Plans based on the Results of the Official Controls conducted by the Servizio di Igiene degli Alimenti della Nutrizione (Food and Nutrition Health Service) of the Local Health Authority of Foggia, Italy*, in *Int. J. Environ. Res. Public Health* 2007, 4(1), pp. 34-38.

²⁸ Nel 1974 la U.S. Food and Drug Administration (FDA) adottava il *Federal Low-Acid Canning Regulations* e nel 1995 la stessa autorità estendeva l'obbligatorietà dell'HACCP anche ai prodotti della pesca e, nel 2004, ai succhi di frutta. Nel 1998 the U.S. Department of

Quanto al diritto comunitario, risulta una spiccata sensibilità rispetto alla conduzione igienica secondo i principi HACCP: se si eccettua il settore delle carni e degli ovo-prodotti, per i quali normative verticali avevano reso obbligatoria la conduzione secondo il sistema HACCP, è con la direttiva n. 93/43/Cee del Consiglio del 14 giugno 1993 sull'igiene dei prodotti alimentari²⁹ che il ricorso all'analisi del rischio, alla valutazione dei rischi e altre tecniche di gestione aziendale viene espressamente riconosciuto come mezzo idoneo per individuare, controllare e sorvegliare i punti critici di controllo, rendendo obbligatorio per le imprese del settore alimentare «individuare nelle loro attività ogni fase che potrebbe rivelarsi critica per la sicurezza degli alimenti e garantire che siano individuate, applicate, mantenute e aggiornate le opportune procedure di sicurezza avvalendosi dei seguenti principi su cui è basato il sistema HACCP (Hazard Analysis and Critical Control Points - Analisi di rischio e punti critici di controllo)»³⁰. Nel passaggio al Regolamento n. 852/2004, la pregnanza delle procedure igieniche secondo il sistema HACCP viene approfondita, attraverso un maggiore allineamento ai testi di riferimento adottati dalla Commissione del *Codex Alimentarius*, ed estesa realmente a tutta la filiera di produzione, con la sola eccezione della produzione primaria (produzione agricola e attività connesse).

Tornando alla sentenza *Albrecht*, la previsione di un obbligo di predisposizione, attuazione e aggiornamento di procedure di autocontrollo igienico è, nelle parole della Corte, «espressione dello scopo perseguito dal legislatore dell'Unione di attribuire la responsabilità principale in materia di sicurezza degli alimenti agli operatori del settore alimentare» ed è a tale principio che l'allegato II, capitolo IX, punto 3, del Regolamento deve conformarsi. Ne consegue che deve «essere interpretato in modo da non privare l'art. 5 di tale Regolamento del suo effetto utile»³¹.

La valutazione di conformità deve essere condotta, afferma la Corte, in termini scientifici e in contraddittorio con gli operatori del settore alimentare: «[n]e consegue che, in una circostanza come quella oggetto della causa principale, dalla quale non emerge che un'effettiva contaminazione

Agriculture introduceva un analogo obbligo nel settore delle carni di pollame ma la sua implementazione fu largamente affievolita negli anni seguenti. Per i riferimenti alla legislazione statutense: N. D. FORTIN, *Food regulation*, cit. *supra*, nota 5, p. 241 ss.

²⁹ *Guce* n. L 175 del 19 luglio 1993.

³⁰ Art. 2 della direttiva n. 1993/43/Cee. In tal modo si superava l'approccio, invalso con precedenti direttive (ad esempio, la direttiva n. 89/397/Cee del Consiglio, del 14 giugno 1989, «relativa al controllo ufficiale dei prodotti alimentari») che ponevano l'accento sull'ispezione, il prelievo e l'analisi di campioni, lasciando in ombra la visione d'insieme del livello di igiene dei prodotti alimentari e la qualità igienica dei prodotti alimentari in libera circolazione.

³¹ Cfr. sentenza *Albrecht*, in commento, par. 21.

sia stata rilevata dalle autorità competenti, non si può concludere che gli operatori del settore alimentare interessati abbiano violato tale punto 3 sulla base della sola constatazione che un potenziale acquirente possa aver teoricamente toccato a mani nude gli alimenti in vendita o starnutito su questi ultimi, senza prendere in considerazione le misure che tali operatori hanno adottato conformemente all'art. 5 del Regolamento al fine di prevenire, eliminare o ridurre ad un livello accettabile il rischio che può presentare una contaminazione ai sensi dell'allegato II, capitolo IX, punto 3, di tale Regolamento e senza contestare l'insufficienza delle misure adottate a tale proposito sulla base di tutti i dati pertinenti disponibili»³².

III. Riflessioni conclusive

Sulla base delle suesposte argomentazioni, la Corte di giustizia nella sentenza in commento giunge alla conclusione che, nel caso di specie, non era rilevabile una «effettiva contaminazione» e che, in ogni caso, nel procedimento di valutazione le autorità di controllo avrebbero dovuto tenere nella debita considerazione (nel merito) le procedure igieniche predisposte dall'operatore privato, unitamente alle altre prove e ai dati scientifici pertinenti³³.

In altri termini il rispetto dei requisiti igienico-sanitari di cui all'allegato II del Regolamento (Ce) n. 852/2004 non deve ridursi alla meccanica compilazione di una *check-list* e non deve essere condotta in modo avulso dall'esame delle procedure igieniche secondo il sistema HACCP predisposte all'uso dall'operatore del settore alimentare. L'interdipendenza tra rispetto dei requisiti igienici e procedure HACCP assume tutta la sua rilevanza nel caso di requisiti igienici soggetti alle condizioni elastiche («ove necessario» e simili) analizzate nella prima parte di questo contributo. In tali fattispecie, al fine di accertare se un dato requisito igienico sia pienamente rispettato, sarà necessario prendere in considerazione le procedure igieniche secondo il sistema HACCP e, solo ove la loro valutazione consenta di qualificare il rischio (nei cui confronti il requisito è posto) *fuori controllo* si potrà concludere nel senso della «non conformità».

Potrà sembrare un appesantimento delle attività di controllo ufficiale ma il punto sembra chiaro e di irrevocabile cogenza; la Corte ha infatti chiaro quale sarebbe l'effetto negativo di un diverso approccio, quale quello adottato nei fatti oggetto della causa principale: svilire l'obiettivo

³² Cfr. sentenza *Albrecht*, in commento, punto 22.

³³ *Ivi*, punti 22 e 23.

primario della legislazione alimentare ed igienico-sanitaria che è la responsabilizzazione dell'operatore del settore alimentare³⁴.

Tale obiettivo è perseguibile solo attraverso un'adeguata consapevolezza del proprio ruolo primario nella garanzia di sicurezza alimentare, quindi, attraverso una compiuta valorizzazione del dato tecnico e legale di procedure igieniche e sanitarie conformi ai requisiti applicabili. Il riferimento al mesto fenomeno dei *piani HACCP simulacro*, avallato nella pratica quotidiana di molte autorità locali di controllo, emerge in controluce come monito rispetto all'affermarsi di una normativa applicata e percepita come mero onere burocratico.

In secondo luogo, la sentenza rafforza il ruolo della valutazione scientifica anche nella fase applicativa della legislazione alimentare. Sebbene la sentenza *Albrecht* non lo dica esplicitamente, è pur vero che essa stigmatizza il fatto che l'autorità competente non abbia considerato «debitamente» i pareri sottoposti dagli operatori a dimostrazione che i citati contenitori, destinati alla vendita in *self service*, non ponevano «alcun problema in materia di igiene»³⁵.

Anche questo elemento è del tutto coerente e in linea di naturale conseguenza con i tratti della legislazione alimentare comunitaria la quale «è basata sull'analisi del rischio», come afferma l'art. 6 del Regolamento (Ce) n. 178/2002³⁶. Nel Regolamento quadro in materia di legislazione alimentare, infatti, l'analisi del rischio è *principio generale* della legislazione alimentare; di più, esso è il primo principio nell'elenco di cui alla sezione I («Principi generali della legislazione alimentare»), del Capo II («Legislazione alimentare generale»), prima del principio di precauzione e di quello della tutela degli interessi economici dei consumatori. Tanto nella parte dispositiva quanto nei *considerando*, il Regolamento (Ce) n. 178/2002 tratta il *risk analysis* come un processo, in ciò parallelamente con il *Codex alimentarius* secondo cui «the overall objective of risk analysis applied to food safety is to ensure human health protection»³⁷. L'analisi del rischio è propriamente un processo o, sempre, nell'autorevole definizione datane dal *Codex*, «an iterative process», un processo teso alla elaborazione di decisioni. Nell'ambito della legislazione alimentare, l'analisi del rischio

³⁴ Cfr. sentenza *Albrecht*, in commento, punto 23.

³⁵ *Ivi*, punto 22.

³⁶ Ai sensi dell'art. 6, par. 1, del Regolamento (Ce) n. 178/2002: «[a]i fini del conseguimento dell'obiettivo generale di un livello elevato di tutela della vita e della salute umana, la legislazione alimentare si basa sull'analisi del rischio, tranne quando ciò non sia confacente alle circostanze o alla natura del provvedimento».

³⁷ Cfr. *Codex Alimentarius Commission*, «Working Principles for risk analysis for food safety for application by governments», doc. CAC/GL 62-2007.

assume un ruolo decisamente primario (una sorta di *Grundnorm*)³⁸ e costituisce la finalità della legislazione alimentare comunitaria e degli Stati membri - tanto nella fase ascendente (di elaborazione) quanto discendente, cioè di applicazione delle relative disposizioni³⁹.

Peraltro, la rilevanza della giustificazione scientifica è confermata anche in altre sezioni della legislazione alimentare europea, che da ultimo si è spinta, nella regolamentazione delle comunicazioni *consumer-oriented* in tema di *claims* nutrizionali e salutistici (di cui al Regolamento (Ce) n. 1924/2006⁴⁰), ad esigere la «fondatezza scientifica» quale «aspetto principale di cui tenere conto nell'utilizzo di indicazioni nutrizionali e sulla salute» condizionando la liceità di tali indicazioni al consumatore a giustificazioni «scientificamente corroborate», tenendo conto del complesso dei dati scientifici disponibili e valutando gli elementi di prova⁴¹.

Alla luce di quanto precede, e con particolare riferimento alle incertezze applicative connesse ai requisiti contrassegnati da clausole elastiche, il ricorso a un processo decisionale basato sulla metodologia del *risk analysis* permette ai responsabili delle decisioni di affrontare il dilemma di equilibrare le libertà e i diritti degli individui, delle industrie e delle organizzazioni con l'esigenza di ridurre o eliminare il rischio di effetti negativi per la salute (o per l'ambiente). Applicare un processo decisionale strutturato, basato su informazioni particolareggiate e obiettivi di carattere scientifico, consente (dovrebbe consentire) di pervenire a decisioni proporzionate, non discriminatorie, trasparenti e coerenti, che siano inoltre in grado di garantire il livello di protezione prestabilito.

Le indicazioni della sentenza *Albrecht* sembrano trovare la propria destinazione naturale in sede di applicazione dell'art. 54 del Regolamento (Ce) n. 882/2004, quando cioè l'autorità competente ritenga di aver individuato una non conformità e/o debba valutare l'adeguatezza di una procedura igienico-sanitaria predisposta dall'operatore o di un'azione correttiva.

Dal punto di vista italiano, in quanto le "azioni" ex art. 54 del Regolamento (Ce) n. 882/2004 costituiscono atti amministrativi è fuori di dubbio che queste indicazioni valgano a conformare anche l'istruttoria e l'obbligo di motivazione, giusto l'art. 2 della l. n. 241/1990⁴².

³⁸ Cfr. A. ALEMANNO, *Trade in Food*, cit. *supra*, nota 1, p. 78.

³⁹ Cfr. D. PISANELLO, *La legislazione alimentare nel mercato unico europeo*, in D. PISANELLO (a cura di), *Guida alla Legislazione Alimentare*, cit. *supra*, nota 1, pp. 84-87.

⁴⁰ Regolamento (Ce) n. 1924/2006 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 20 dicembre 2006, relativo alle indicazioni nutrizionali e sulla salute fornite sui prodotti alimentari, in *Guce* n. L 404 del 30 dicembre 2006.

⁴¹ *Ivi*, considerando n. 17.

⁴² Legge 7 agosto 1990, n. 241 - Nuove norme in materia di procedimento amministrativo e di diritto di accesso ai documenti amministrativi, in *Guri* n. 192 del 18 agosto 1990.

Più complesso è determinare quale ruolo potrà avere questa sentenza in merito all'applicazione delle sanzioni per violazione dei requisiti igienico-sanitari, predisposte a livello nazionale. Con riferimento all'ordinamento italiano è il caso di distinguere il piano delle sanzioni amministrative da quello delle sanzioni penali.

Con riferimento alle prime, occorre fare riferimento al dlgs n. 193/2007 recante «Attuazione della direttiva n. 2004/41/Ce relativa ai controlli in materia di sicurezza alimentare e applicazione dei regolamenti comunitari nel medesimo settore». Con questo decreto, entrato in vigore il 24 novembre 2007, l'ordinamento italiano ha adempiuto (tardivamente) all'obbligo di predisporre le misure di attuazione e le sanzioni per le violazioni della nuova disciplina igienico-sanitaria degli alimenti, prevedendo in particolare l'individuazione delle autorità competenti ai controlli previsti dal pacchetto igiene⁴³ e le sanzioni pecuniarie amministrative specifiche per le violazioni delle disposizioni dei nuovi regolamenti comunitari sull'igiene alimentare.

In un caso come quello della sentenza in commento, la contestazione della violazione dell'art. 6, comma 5, del dlgs n. 193/2007 per mancato rispetto dei requisiti igienici non sembrerebbe corretto, almeno in assenza di ulteriori prove e valutazioni. In ogni caso, sembra lecito ritenere che anche in tal caso, il mancato rispetto dei requisiti igienici possa dirsi "sussistente" sulla base di una ponderata valutazione delle procedure igienico-sanitarie.

Molto più complessi sono i rapporti tra quanto desumibile dalla sentenza *Albrecht* e i profili di responsabilità penale, in particolare le contravvenzioni alimentari di cui alla l. n. 293/1962. In particolare vale la considerazione per la quale, poiché gli obblighi e i requisiti igienici sono disciplinati dal diritto comunitario, anche i fatti penalmente rilevanti in materia di igiene alimentare dovrebbero essere accertati conformemente al diritto comunitario e alle indicazioni fornite dalla Corte di giustizia. Tale

⁴³ Ai sensi dell'art. 2 del dlgs n. 193/2007, come modificato prima dal comma 1 dell'art. 9, d.l. 25 settembre 2009, n. 135 (in *Guri* n. 223 del 25 settembre 2009, n. 223), convertito in legge, con modificazioni, dall'art. 1, comma 1, l. 20 novembre 2009, n. 166 (in *Guri* n. 274 del 24 novembre 2009) e poi dal comma 8 dell'art. 5, d.l. 6 luglio 2010, n. 102 (in *Guri* n. 156 del 7 luglio 2010, n. 156) convertito in legge, con modificazioni, dall'art. 1, comma 1, l. 3 agosto 2010, n. 126 (in *Guri* n. 186 dell'11 agosto 2010): «1. Ai fini dell'applicazione dei Regolamenti (Ce) n. 853/2004, n. 854/2004, n. 854/2004 e n. 882/2004, e successive modificazioni, per le materie disciplinate dalla normativa abrogata di cui all'art. 3, le Autorità competenti sono il Ministero della salute, le regioni, le province autonome di Trento e di Bolzano e le Aziende unità sanitarie locali, nell'ambito delle rispettive competenze. Per le forniture destinate ai contingenti delle Forze armate impiegati nelle missioni internazionali, l'Autorità competente è il Ministero della difesa, che si avvale delle strutture tecnico-sanitarie istituite presso gli organi di vigilanza militare, al cui personale, nello svolgimento della specifica attività, sono conferite le relative attribuzioni e le qualifiche di cui all'art. 3 della legge 30 aprile 1962, n. 283».

conclusione richiederebbe una rielaborazione e un aggiornamento dogmatico, se non anche legislativo, del quadro sanzionatorio proprio del diritto penale alimentare e, in particolare, delle contravvenzioni previste dalla l. n. 283/1962. Tra queste certamente il reato del cattivo stato di conservazione presenta i più numerosi aspetti di interazione con la sentenza *Albrecht*. Più precisamente, l'affermazione per la quale la fattispecie dell'art. 5, lett. b., sarebbe reato di pericolo presunto con l'effetto sostanzialmente di non approfondire l'esistenza o meno di un pericolo per la salute che, si insegna, sarebbe precostituito dal legislatore penale, dovrebbe forse trovare un'attenta rivisitazione.

Alla luce delle precisazioni che la Corte di giustizia ha elaborato nella sentenza *Albrecht* risulta avvalorato che, nel contesto della vigente legislazione alimentare, comunitaria e nazionale, il *limes* tra il «conforme» e il «non conforme» non è tracciato (forse neppure potrebbe esserlo) *a priori* dalla disposizione normativa ma è frutto di una operazione di analisi del reale, che deve prendere in considerazione tutte le variabili rilevanti e tradursi nella applicazione di *standard* tecnici e misure di regolazione (ad esempio, l'azione di cui all'art. 54 del Regolamento (Ce) n. 882/2004), scientificamente fondati e adeguati all'obiettivo di eliminare, o ridurre a livelli accettabili, il rischio connesso al consumo di quel dato alimento. Ne consegue che anche il quadro sanzionatorio dovrebbe essere coerente con questi presupposti concettuali e normativi.

Daniele Pisanello*

SINTESI

La disciplina comunitaria dell'igiene nella produzione di alimenti, contenuta nel Regolamento (Ce) n. 853/2004, impone il rispetto di una serie di requisiti igienici, fissati negli allegati I e II, e di obblighi di gestione della produzione secondo il sistema HACCP (Hazard Analysis and Critical Control Points - Analisi di rischio e punti critici di controllo). La sentenza della Corte di giustizia del 6 ottobre 2011 in causa n. C-382/10 verte sulle modalità di accertamento di una non conformità ai requisiti igienici degli alimenti. La sentenza, resa in un procedimento relativo a contestazioni circa le modalità *self-service* di pane *bake-off*, afferma la imprescindibilità della valutazione del rischio (di contaminazione) contenuta nel requisito contestato, sottolineando che tale fattore è necessario al

* Avvocato consulente in Legislazione Alimentare in Lecce e Bologna

fine di dare contenuto applicativo al principio generale della responsabilizzazione dell'Operatore del Settore Alimentare.

ABSTRACT

Hygiene requirements and obligations are addressed by the European Parliament and of the Council of 29 April 2004 on the hygiene of foodstuffs. The Judgment of the Court of Justice, 6 October, 2011, in case C-382/10, concerns the consistence with these requirements and obligations. The case originated by a complaint, issued by Austrian Competent Authority, regarding containers used for self-service retail of bread and bakery products. The EU Court underlines that, in order to detect a lack of compliance with hygiene requirements, the Competent Authority must take into consideration the whole safety procedures, in particular those elaborated under HACCP (Hazard Analysis and Critical Control Points) which are mandatory under Article 5 of Regulation (EC) No 853/2004. Such a conclusion is due since the first objective of EU Food Law aims at affirming the primary responsibility of Food Business Operators.

**LA CORTE DI GIUSTIZIA MUTA IL PROPRIO ORIENTAMENTO
GIURISPRUDENZIALE ED ESTENDE LA DURATA TEMPORALE
DEI BREVETTI SUI NUOVI MEDICINALI CONTENENTI
PRINCIPI ATTIVI PRECEDENTEMENTE AUTORIZZATI
NELL'UNIONE EUROPEA**

Corte di giustizia

Sentenza del 19 luglio 2012 in causa n. C-130/11*

Neurim Pharmaceuticals (1991) Ltd c. Comptroller-General of Patents

Art. 267 TFUE - Questione pregiudiziale - Medicinali per uso umano - Condizioni di rilascio del certificato protettivo complementare (CPC) - Interpretazione dell'espressione «prima autorizzazione di immissione in commercio» del prodotto in quanto medicinale - Medicinale protetto da brevetto europeo - Applicazione terapeutica nuova di un principio attivo noto e già distribuito con indicazioni terapeutiche diverse - Legittimità del rilascio di un CPC per applicazione diversa del medesimo prodotto.

1. Gli artt. 3 e 4 del Regolamento (Ce) n. 469/2009 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 6 maggio 2009, sul certificato protettivo complementare per i medicinali, devono essere interpretati nel senso che, in un caso come quello su cui verte il procedimento principale, l'esistenza di un'autorizzazione di immissione in commercio precedente ottenuta per il medicinale per uso veterinario non osta di per sé al rilascio di un certificato protettivo complementare per un'applicazione diversa del medesimo prodotto per la quale sia stata rilasciata un'autorizzazione di immis-

* Inedita in *Raccolta*. Il testo integrale della sentenza è reperibile sul sito internet www.curia.europa.eu. In argomento v. *infra*, p. 399 ss., il commento di *FEDERICO FORNI*.

sione in commercio, purché tale applicazione rientri nell'ambito della protezione conferita dal brevetto di base addotto a sostegno della domanda di certificato protettivo complementare.

2. L'art. 13, par. 1, del Regolamento n. 469/2009 dev'essere interpretato nel senso che si riferisce all'autorizzazione di immissione in commercio di un prodotto che rientra nell'ambito della protezione conferita dal brevetto di base addotto a sostegno della domanda di certificato protettivo complementare.

3. Le risposte alle questioni pregiudiziali che precedono non sarebbero diverse qualora, in una situazione come quella di cui al procedimento principale, nella quale un medesimo principio attivo è presente in due medicinali che abbiano ottenuto autorizzazioni successive di immissione in commercio, per la seconda autorizzazione di immissione in commercio fosse necessario presentare una domanda completa, conformemente all'art. 8, par. 3, della direttiva n. 2001/83/Ce del Parlamento europeo e del Consiglio, del 6 novembre 2001, recante un codice comunitario relativo ai medicinali per uso umano, oppure qualora il prodotto oggetto della prima autorizzazione di immissione in commercio del medicinale corrispondente rientrasse nell'ambito di applicazione della protezione di un altro brevetto, appartenente a un titolare diverso dal richiedente del certificato protettivo complementare.

(Omissis) **In diritto**

Sulle questioni pregiudiziali

Sulla prima e sulla terza questione

(Omissis)

21. Le prime tre condizioni cui l'art. 3 del Regolamento CPC [Regolamento (Ce) n. 469/2009] subordina il rilascio di un certificato vertono sul «prodotto» di cui trattasi, che deve essere protetto da un brevetto di base in vigore, deve aver ottenuto in quanto medicinale un'AIC [autorizzazione all'immissione in commercio] in corso di validità e non deve essere già stato oggetto di un certificato.

(Omissis)

24. Come emerge dal punto 28 della relazione alla proposta di Regolamento (Cee) del Consiglio, dell'11 aprile 1990, sulla creazione di un certificato protettivo complementare per i medicinali, [Com(90)101 def.], alla stregua di un brevetto a tutela di un «prodotto» o di un brevetto a tutela del processo di fabbricazione di un «prodotto», un brevetto a tutela di una nuova applicazione di un prodotto nuovo o già noto, come quello su cui verte il procedimento principale, può consentire, conformemente all'art. 2 del Regolamento CPC, il rilascio di un CPC il quale, in tal caso, in conformità dell'art. 5 del medesimo Regolamento, conferisce gli stessi diritti

che erano conferiti dal brevetto di base nei confronti di tale nuovo uso del prodotto di cui trattasi, nei limiti stabiliti all'art. 4 del citato Regolamento (...).

25. Pertanto, se un brevetto protegge un'applicazione terapeutica nuova di un principio attivo noto e già distribuito sotto forma di medicinale, per uso umano o animale, avente indicazioni terapeutiche diverse, che siano già protette o meno da un brevetto anteriore, l'immissione in commercio di un nuovo medicinale che sfrutti commercialmente la nuova applicazione terapeutica del medesimo principio attivo, quale tutelata dal nuovo brevetto, può consentire al suo titolare di ottenere un CPC la cui sfera di protezione potrà comunque estendersi non al principio attivo in quanto tale, ma solo al nuovo uso di tale prodotto.

(Omissis)

27. Alla luce del complesso delle considerazioni sin qui svolte, si deve rispondere alla prima e alla terza questione dichiarando che gli artt. 3 e 4 del Regolamento CPC devono essere interpretati nel senso che, in un caso come quello su cui verte il procedimento principale, l'esistenza di un'AIC precedente ottenuta per il medicinale per uso veterinario non osta di per sé al rilascio di un CPC per un'applicazione diversa del medesimo prodotto per la quale sia stata rilasciata un'AIC, purché tale applicazione rientri nell'ambito della protezione conferita dal brevetto di base addotto a sostegno della domanda di CPC.

Sulla seconda questione

(Omissis)

29. Va rammentato in proposito che l'AIC nell'Unione cui si riferisce l'art. 13, par. 1, del Regolamento CPC non mira a sostituire l'AIC contemplata dall'art. 3, lett. b., di tale Regolamento, cioè quella dello Stato membro in cui è presentata la domanda di CPC, ma costituisce una condizione supplementare nel caso in cui quest'ultima autorizzazione non sia la prima per il prodotto, come medicinale, nell'Unione (...).

30. (...) Pertanto, l'AIC cui si riferisce l'art. 13, par. 1, del Regolamento CPC è l'autorizzazione di un prodotto che rientra nell'ambito della protezione conferita dal brevetto di base addotto a sostegno della domanda di CPC.

31. Ne consegue che occorre rispondere alla seconda questione dichiarando che l'art. 13, par. 1, del Regolamento CPC dev'essere interpretato nel senso che si riferisce all'AIC di un prodotto che rientra nell'ambito della protezione conferita dal brevetto di base addotto a sostegno della domanda di CPC.

Sulla quarta e sulla quinta questione

(Omissis)

33. A questo proposito è sufficiente rilevare, in primo luogo, che le disposizioni dell'art. 8, par. 3, della direttiva Ce n. 2001/83 (...) hanno un oggetto puramente procedurale. In ogni caso esse non possono pertanto, di per sé, incidere sulla valutazione dei presupposti sostanziali dettati dal Regolamento CPC per determinare, alla luce di tale Regolamento, a quale delle AIC successive esso fa riferimento. Atteso che le questioni che precedono vertono sull'esame di tali pre-

supposti sostanziali, le risposte che sono state fornite a tali questioni non possono dipendere dalle disposizioni dell'art. 8, par. 3, della direttiva Ce n. 2001/83.

34. In secondo luogo, alle questioni che precedono sono state date risposte fondate su considerazioni sostanzialmente inerenti al nesso tra le AIC successive e l'ambito della protezione conferita dal brevetto di base per il quale è stato richiesto il CPC. Siffatte considerazioni sono quindi estranee a quelle relative alla determinazione dei titolari delle autorizzazioni, dei brevetti o della domanda di CPC. Tali risposte non possono pertanto dipendere da queste ultime considerazioni.

35. Di conseguenza, si deve rispondere alla quarta e alla quinta questione dichiarando che le risposte alle questioni che precedono non sarebbero diverse qualora, in una situazione come quella di cui al procedimento principale, nella quale un medesimo principio attivo è presente in due medicinali che abbiano ottenuto AIC successive, per la seconda AIC fosse necessario presentare una domanda completa, conformemente all'art. 8, par. 3, della direttiva (Ce) n. 2001/83, oppure qualora il prodotto oggetto della prima AIC del medicinale corrispondente rientrasse nell'ambito di applicazione della protezione di un altro brevetto, appartenente a un titolare diverso dal richiedente del CPC.

(Omissis)

LA NUOVA INDICAZIONE DI UN VECCHIO PRINCIPIO ATTIVO CONQUISTA IL CERTIFICATO PROTETTIVO COMPLEMENTARE

Sommario: *Introduzione - 1. I fatti del caso Neurim (causa n. C-130/11) - 2. Il certificato protettivo complementare (CPC) - 3. Il brevetto europeo in campo farmaceutico - 4. Interpretazione letterale vs interpretazione teleologica - 5. Gli eventuali abusi derivanti dall'interpretazione teleologica - 6. Conclusioni.*

Introduzione

La controversia che ha dato origine al caso *Neurim*¹ oggetto di questo commento potrebbe a prima vista apparire come l'ulteriore conferma che, nelle questioni sui medicinali che la Corte di giustizia è spesso chiamata a dirimere, «il ruolo di protagonista [...] è svolto da Mercurio, dio del commercio, piuttosto che da Igea, dea della salute»². Una lettura affrettata degli avvenimenti coglierebbe, infatti, solo il contrasto tra la richiesta di un'industria di prolungare la protezione brevettuale per una nuova indicazione di un principio attivo già conosciuto e un'autorità nazionale che si erge paladina della libera concorrenza nel mercato farmaceutico. Tuttavia, una più attenta valutazione induce a non catalogare frettolosamente la questione tra gli affari di natura esclusivamente mercantile dal momento che la disputa riguarda anche il riconoscimento delle risorse intellettuali ed economiche profuse nello sviluppo di nuove applicazioni per i farmaci di uso ormai consolidato. L'esito della sentenza, favorevole al produttore,

¹ Sentenza della Corte di giustizia del 19 luglio 2012 in causa n. C-130/11, *Neurim Pharmaceuticals (1991) Ltd c. Comptroller-General of Patents*, non ancora pubblicata in *Raccolta*.

² Conclusioni dell'Avvocato Generale Tesauro del 16 gennaio 1991 in causa n. C-60/89, Procedimento penale a carico di *Jean Monteil* e *Daniel Samann*, in *Raccolta*, 1991, I, p. 1547, punto 1. L'Avvocato Generale Tesauro ha ribadito tale concetto in modo praticamente identico nelle conclusioni del 26 gennaio 1989 in causa n. 215/87, *Heinz Schumacher c. Hauptzollamt Frankfurt am Main-Ost*, in *Raccolta*, 1989, I, p. 617, punto 1.

può agire quindi da ulteriore stimolo per le indagini su utilizzi più razionali e mirati di principi attivi ben conosciuti. Gli eventuali risultati positivi raggiunti in tale ambito non sono infatti meno validi dell'invenzione di un nuovo principio attivo in quanto ogni ulteriore approfondimento può produrre vantaggi significativi per i consumatori consentendo, ad esempio, di minimizzare gli effetti indesiderati e le reazioni avverse causate dalle modalità di impiego convenzionali. Un secondo motivo che dovrebbe indurre ad incoraggiare tale tipologia di ricerche risiede nel fatto che l'estensione delle applicazioni terapeutiche può scongiurare la carenza di medicinali di notevole importanza clinica, ma di limitato impiego, che si riscontra nel momento in cui la scadenza della copertura brevettuale diminuisce l'interesse alla loro produzione a causa di una convenienza economica trascurabile³. In ultimo, la mancata concessione di un riconoscimento tangibile ai risultati degli studi sulle nuove indicazioni di un farmaco noto può favorire la somministrazione del medicinale secondo modalità «*off-label*»⁴, cioè non previste nell'autorizzazione all'immissione in commercio (AIC). L'analisi della questione sotto queste diverse angolazioni colloca in secondo piano l'aspetto puramente commerciale delineando con maggior chiarezza la complessità di una situazione in cui la tutela della salute pubblica si affianca alla presenza invadente del dio Mercurio.

Questa premessa chiarisce il motivo dell'interesse suscitato dalla nuova interpretazione dell'espressione «prima autorizzazione di immissione in commercio del prodotto»⁵ in quanto medicinale» [art. 3, lett. d., del Re-

³ W. C. PENLEY, *Resolving the oncology drug shortage crisis*, American Society of Clinical Oncology (ASCO) Annual 2012 Meeting, Chicago, 1-5 giugno 2012, <http://chicago2012.asco.org/ASCODailyNews/DrugshortagesEE.aspx>. Le conseguenze della carenza di alcuni medicinali emerge in tutta la sua gravità dall'intervento in cui si dichiara che «in February, (...) the nation was on the verge of a shortage of preservative-free methotrexate, a critical treatment for children with acute lymphoblastic leukemia (ALL). Approximately 3,500 children and teenagers are diagnosed with ALL each year and, although cure rates are typically 90%, the risk of death dramatically increases with the omission of methotrexate from the treatment regimen».

⁴ Il termine anglosassone «*off-label*» trae la sua origine dal fatto che «[t]he (...) approval process includes the creation of a "label", a detailed document that specifies the indications, dosing, route of administration, and patient populations for which use the product is approved. When a drug is used outside the indications specified on the label, its use is termed "off-label"» (J. M. NEAL - J. P. RATHMELL e J. C. ROWLINGSON, *Publishing Studies that Involve «Off-label» Use of Drugs: Formalizing Regional Anesthesia and Pain Medicine's policy*, in *Regional Anesthesia & Pain Medicine*, vol. 34, 2009, p. 391). Sulle problematiche relative all'utilizzo «*off-label*» dei medicinali si veda F. FORNI, *Due recenti sentenze chiariscono il ruolo del riassunto delle caratteristiche del prodotto e del foglietto illustrativo nell'informazione e nella pubblicità sui medicinali*, in questa *Rivista*, 2012, p. 37 ss.

⁵ L'art. 1, lett. b., del Regolamento (Cee) n. 1768/92 del Consiglio, del 18 giugno 1992, sull'istituzione di un certificato protettivo complementare per i medicinali, in *Guce* n. L 182 del 2 luglio 1992, p. 1 ss., definiva «prodotto» «il principio attivo o la composizione di principi attivi di un medicinale». Tale Regolamento «ha subito diverse e sostanziali modificazioni [...] che hanno reso] opportuno, per motivi di chiarezza e di razionalizzazione procedere

golamento (Cee) n. 1768/92, ora art. 3, lett. *d.*, del Regolamento (Ce) n. 469/2009⁶] cui la Corte è pervenuta con la sentenza *Neurim*. Infatti, tale decisione, inaspettata in base alla precedente giurisprudenza, estende i suoi effetti al di fuori della specifica questione all'origine di questo caso. D'altra parte, il contesto in cui è inserita l'espressione «prima AIC» non ne consente una lettura separata dalle altre tre condizioni cui il medicinale deve sottostare al fine di ottenere il certificato protettivo complementare (CPC o certificato) stabilito dal Regolamento (Cee) n. 1768/92. Tali requisiti prescrivono che il farmaco sia «protetto da un brevetto di base»⁷ (art. 3, lett. *a.*), possieda «un'autorizzazione in corso di validità di immissione in commercio»⁸ (art. 3, lett. *b.*) ed, infine, che non sia «già stato oggetto di un [precedente] certificato» (art. 3, lett. *c.*). L'osservazione che due di questi requisiti si riferiscono esplicitamente all'AIC consente di stabilire che gli effetti del certificato sono limitati al medicinale e non si estendono alla produzione del principio attivo⁹.

alla sua codificazione» come recita il *considerando* n. 1 del Regolamento (Ce) n. 469/2009 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 6 maggio 2009, sul certificato protettivo complementare per i medicinali, in *Gu-UE* n. L 152 del 16 giugno 2009, p. 1 ss., che, nel sostituirlo, ha abrogato il precedente atto di diritto derivato. L'art. 1, lett. *b.*, del Regolamento (Ce) n. 469/2009 fornisce la medesima nozione di «prodotto» enunciata nel Regolamento (Cee) n. 1768/92.

⁶ La formulazione dell'art. 3 sui requisiti necessari per il rilascio del certificato è praticamente identica in entrambi i Regolamenti essendo stati aggiornati in tale articolo del Regolamento (Ce) n. 469/2009 solo i riferimenti normativi presenti nella lett. *b.* Questo commento riflette l'impostazione delle conclusioni dell'Avvocato Generale nelle quali viene fatto riferimento al Regolamento (Cee) n. 1768/92, in quanto normativa in vigore all'epoca dei fatti del caso *Neurim*. Tale approccio, non seguito dalla Corte, è coerente con «il principio della certezza del diritto [che] osta a che il momento iniziale dell'applicazione nel tempo di un atto dell'Unione decorra da una data anteriore a quella della sua pubblicazione, salvo qualora, in via eccezionale, lo esiga lo scopo da raggiungere e sia debitamente rispettato il legittimo affidamento degli interessati. A tal riguardo, per garantire l'osservanza dei principi della certezza del diritto e della tutela del legittimo affidamento, le norme dell'Unione di diritto sostanziale devono essere interpretate come applicabili a situazioni create anteriormente alla loro entrata in vigore soltanto nei limiti in cui dalla lettera, dallo scopo o dallo spirito di tali norme risulti chiaramente che dev'essere loro attribuita tale efficacia» (sentenza della Corte di giustizia del 22 dicembre 2010 in causa n. C-120/08, *Bavaria NV c. Bayerischer Brauerbund eV*, in *Raccolta*, 2010, I, p. 13393, punto 40).

⁷ Regolamento (Cee) n. 1768/92 e Regolamento (Ce) n. 469/2009, art. 1, lett. *c.*, secondo il quale per «brevetto di base» si intende «un brevetto che protegge un prodotto in quanto tale, un processo di fabbricazione di un prodotto o un impiego di prodotto e che è designato dal suo titolare ai fini della procedura di rilascio di un certificato».

⁸ Sentenza della Corte della giustizia del 12 giugno 1997 in causa n. C-110/95, *Yamanouchi Pharmaceutical Co. Ltd c. Comptroller-General of Patents, Designs and Trade Marks*, in *Raccolta*, 1997, I, p. 3251, punto 28 («Il rilascio di un certificato protettivo complementare (...) è subordinato alla condizione che, conformemente all'art. 3, lett. *b.*, del (...) regolamento [(Cee) n. 1768/92], il prodotto, in quanto medicinale, abbia ottenuto, nello Stato membro nel quale è presentata la domanda e alla data di tale domanda, un'AIC ancora valida»).

⁹ Tale affermazione si può desumere anche dall'ordinanza della Corte di giustizia del 26 aprile 2002 in causa n. C-454/00, *VIS Farmaceutici Istituto scientifico delle Venezie SpA c.*

Subordinare la concessione del CPC al rispetto delle precedenti condizioni è indubbiamente logico e ragionevole. Nessuna persona, infatti, oserebbe affermare che il titolare di un brevetto di base in possesso della prima AIC abbia diritto per la sua attività inventiva a vantaggi uguali od inferiori ai benefici riconosciuti ad un'impresa che ha prodotto in un tempo successivo un medicinale identico. Tuttavia, la situazione non si presenta sempre in un modo così semplice e lineare in quanto possono esistere contesti per i quali tale ovvia conclusione potrebbe non raccogliere un unanime consenso.

Allo scopo di rendere concreto tale concetto teorico, si può proporre un esempio paradossale traendolo da un famoso quanto tragico incidente accaduto in epoca anteriore all'introduzione del CPC nella normativa dell'Unione. Alla fine degli anni Cinquanta, un medicinale contenente talidomide (*Contergan*) ottenne l'AIC in alcuni Stati europei per la sua efficacia nel prevenire la comparsa dei sintomi della nausea gravidica¹⁰. Disgraziatamente le madri che si sottoposero a tale cura diedero alla luce neonati affetti da gravi alterazioni nello sviluppo degli arti (dalla focomelia all'amelia)¹¹. L'osservazione epidemiologica che collegava le malformazioni alla somministrazione del farmaco trovò conferma in successivi studi di laboratorio condotti su coniglie gravide¹². Gli importanti effetti teratogeni indussero quindi le autorità regolatorie a revocare l'AIC del *Contergan*. Nonostante questo gravissimo precedente, successive valutazioni sul rischio del farmaco in funzione della malattia e del beneficio dei pazienti hanno consentito il ritorno in commercio di un derivato della talidomide (*Revlimid*) come farmaco di prima scelta nella cura del mieloma multi-

Duphar Internationa Research BV, in *Guce* n. C 191 del 10 agosto 2002, p. 13, in cui è stata dichiarata irricevibile la domanda di pronuncia pregiudiziale con cui la Corte d'appello di Milano intendeva conoscere «se l'art. 4 del Regolamento Cee n. 1768/92 debba essere interpretato nel senso che l'ambito di protezione del certificato complementare (...) comprende anche la sola produzione della materia prima con la quale è preparato il prodotto che costituisce la specialità medicinale oggetto dell'autorizzazione all'immissione in commercio» (causa n. C-454/00: Domanda di pronuncia pregiudiziale proposta dalla Corte d'Appello di Milano con ordinanza 25 ottobre 2000, nella causa *VIS Farmaceutici - Istituto scientifico delle Venezie*, con sede in Padova (Italia), c. *Duphar International Research BV*, con sede in Weesp (Paesi Bassi), con l'intervento del Consorzio produttori Principi Attivi Generici (C.P.A.), con sede in Weesp, in *Guce* n. C 61 del 24 febbraio 2001, p. 3).

¹⁰ Per un breve resoconto sulle applicazioni passate e presenti della talidomide si veda C. WEBER-SCHÖNDORFER, *Immunomodulators*, in C. SCAEFER - P. PETERS e R. K. MILLER (eds.), *Drugs during Pregnancy and Lactation. Treatment, Options and Risk Assessment*, Second Edition, London - Burlington - San Diego, Academic Press, 2007, p. 329 ss.

¹¹ W. G. MCBRIDE, *Thalidomide and congenital abnormalities*, in *The Lancet*, vol. 278, 1961, p. 1358.

¹² G. F. SOMERS, *Thalidomide and congenital abnormalities*, in *The Lancet*, vol. 279, 1962, p. 912 ss.

plo¹³, indicazione per la quale è stato recentemente riconosciuto il brevetto sia dalle autorità degli Stati Uniti che da quelle europee¹⁴. Questo episodio costituisce un invito ad interrogarsi sull'obiettività dell'eventuale decisione di non concedere il CPC al medicinale indicato per il trattamento del mieloma multiplo basandosi sull'esistenza di un precedente brevetto di base e sulla concessione della prima AIC ad un farmaco utilizzato nel trattamento della nausea gravidica.

1. I fatti del caso *Neurim* (causa n. C-130/11)

Nel 1991 l'industria *Neurim* ottenne il brevetto europeo per una forma farmaceutica a rilascio modificato¹⁵ di melatonina la quale era in grado di potenziare le proprietà di tale ormone naturale non brevettato nei disturbi del sonno. Le rivendicazioni mettevano in evidenza la peculiarità della nuova preparazione di liberare il principio attivo secondo un profilo che simulava i livelli plasmatici di melatonina endogena riscontrabili in un

¹³ P. RICHARDSON - R. SCHLOSSMAN - S. JAGANNATH - M. ALSINA - R. DESIKAN - E. BLOOD - E. WELLER - C. MITSIADES - T. HIDESHIMA - F. DAVIES - D. DOSS - A. FREEMAN - J. BOSCH - J. PATIN - R. KNIGHT - J. ZELDIS - W. DALTON e K. ANDERSON, *Thalidomide for patients with relapsed multiple myeloma after high-dose chemotherapy and stem cell transplantation: Results of an open-label multicenter phase 2 study of efficacy, toxicity, and biological activity*, in *Mayo Clinic Proceedings*, vol. 79, 2004, p. 875 ss. «Il 14 giugno 2007 la Commissione europea ha rilasciato un'autorizzazione all'immissione in commercio per il *Revlimid*, valida per tutta l'Unione europea» (http://www.ema.europa.eu/docs/it_IT/document_library/EPAR_Summary_for_the_public/human/000717/WC500056020.pdf). La *European Medicines Agency* (EMA) ha definito la lenalidomide, un derivato della talidomide, «farmaco orfano» in accordo con il Regolamento (Ce) n. 141/2000 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 16 dicembre 1999, concernente i medicinali orfani, in *Guce* n. L 18 del 22 gennaio 2000, p. 1 ss., per la terapia del mieloma multiplo il 12 dicembre 2003 (Orphan Designation EU/3/03/177), delle sindromi mielodisplastiche il 29 luglio 2008 (Orphan Designation EU/3/04/192), della leucemia linfocitica cronica l'11 agosto 2009 (Orphan Designation EU/3/11/68), del linfoma diffuso a grandi cellule B (DLBCL) il 30 maggio 2011 (Orphan Designation EU/3/04/192), del linfoma a cellule del mantello il 23 novembre 2011 (Orphan Designation EU/3/11/924). La talidomide si è dimostrata attiva anche nel trattamento della lebbra fin dagli inizi degli anni Sessanta. Su questa ultima indicazione si veda J. SHESKIN, *Further observation with thalidomide in lepra reactions*, in *Leprosy Review*, vol. 36, 1965, p. 183 ss.

¹⁴ Brevetto n. WO2012078492 del 14 giugno 2012 [Priority number US20100420187 P20101206], *A combination therapy with lenalidomide and a CDK inhibitor for treating multiple myeloma*.

¹⁵ La Farmacopea Ufficiale della Repubblica Italiana, XII ed., 2008, Roma, Istituto Poligrafico e Zecca dello Stato, (d.m. 3 dicembre 2008), p. 885, stabilisce che «[I]e forme farmaceutiche a rilascio modificato sono preparazioni in cui la velocità e/o il sito di rilascio del/dei principi attivi sono differenti da quelli di una forma farmaceutica convenzionale somministrata per la stessa via. Questa deliberata modificazione si ottiene con uno speciale progetto di formulazione e/o metodo di produzione. Le forme farmaceutiche a rilascio modificato comprendono le forme a rilascio prolungato, a rilascio ritardato e a rilascio ripetuto».

soggetto normale durante il periodo notturno¹⁶. Nonostante tale aspetto innovativo, solo nel 2007 la *Neurim* riuscì ad ottenere l'AIC indispensabile per la commercializzazione negli Stati membri di un medicinale contro l'insonnia (*Circadin*¹⁷) preparato in accordo con il brevetto depositato sedici anni prima. Dal momento che la validità ventennale del titolo (dal 1991 al 2011) avrebbe tutelato l'esclusiva commerciale della nuova formulazione per un periodo inferiore a cinque anni (dal 2007 al 2011), la *Neurim* presentò istanza per il rilascio del CPC al *Circadin*¹⁸ ottenendo il rifiuto da parte dell'*Intellectual Property Office* (IPO) del Regno Unito. L'autorità inglese aveva assunto tale decisione dopo aver appurato che la melatonina costituiva il principio attivo del *Regulin*, un medicinale per la regolazione del ciclo riproduttivo degli ovini¹⁹ in possesso dell'AIC dal 2001, quattordici anni dopo aver ottenuto il brevetto europeo (1987)²⁰. In considerazione di tale precedente, il *Circadin* non poteva essere considerato il primo medicamento a base dell'ormone ad aver ottenuto l'AIC nell'Unione. Di conseguenza, il medicinale della *Neurim* non aveva diritto al CPC dal momento che, secondo l'IPO, l'art. 3, lett. d., del Regolamento (Cee) n. 1768/92 consentiva la concessione di tale certificato solo al farmaco detentore della prima autorizzazione rilasciata al prodotto come medicinale senza ammettere nessuna deroga in base ad una diversa indicazione o alla diversa specie (umana o animale) che il farmaco intende curare.

La *High Court* di Londra respinse il ricorso presentato dalla *Neurim* contro la decisione dell'IPO sancendo che «the interpretation of Article 3(d) is *acte clair*»²¹ in quanto la «prima AIC» è la prima autorizzazione

¹⁶ Conclusioni dell'Avvocato Generale Trstenjak del 3 maggio 2012 in causa n. C-130/11, *Neurim Pharmaceuticals (1991) Ltd c. Comptroller-General of Patents*, non ancora pubblicate in *Raccolta*, punto 7.

¹⁷ La *Neurim* dichiara che il *Circadin* è attualmente in vendita, oltre che nell'Unione europea, anche in «Asia-Pacific and the Middle East» (<http://www.neurim.com/about/>).

¹⁸ La priorità del brevetto n. EP0518468 «*Melatonin containing compositions*» è del 9 maggio 1991 (US19910697714), la domanda di brevetto europeo è stata presentata 23 aprile 1992 mentre l'AIC è stata rilasciata il 29 giugno 2007 e il CPC è stato richiesto il 26 settembre 2007. La cronologia degli avvenimenti è ricavabile dalle conclusioni dell'Avvocato Generale Trstenjak del 3 maggio 2012 in causa n. C-130/11, *loc. cit.*, punti 7-10, dalla sentenza della *High Court of Justice, Chancery Division, Patents Court, London*, del 6 maggio 2010, *Neurim Pharmaceuticals (1991) Limited v. Comptroller-General of Patents*, Case No. [2010] EWHC 976 (Pat), dalla scheda relativa al brevetto europeo n. 518468 (<https://register.epo.org/espacenet/application?number=EP92303674>) reperibile sul sito dell'*European Patent Office* (EPO) e dalle informazioni pubblicate sul sito della *Neurim* (<http://www.neurim.com/about/>).

¹⁹ Conclusioni dell'Avvocato Generale Trstenjak del 3 maggio 2012 in causa n. C-130/11, *loc. cit.*, punto 11. Al successivo punto delle conclusioni (punto 12), Trstenjak ricorda come la *Neurim* abbia indicato che già nel 1992 fosse stata rilasciata l'AIC per un medicinale a base di melatonina indicato per la crescita della pelliccia dei visoni.

²⁰ *Ivi*, punto 33.

²¹ *High Court of Justice, Neurim Pharmaceuticals (1991) Limited v. Comptroller-General of Patents*, *cit. supra*, nota 18, punto 49.

ottenuta da un «qualsiasi» prodotto indipendentemente dalle indicazioni o dalla specie a cui il medicinale deve essere somministrato. I giudici britannici portavano a sostegno della tesi alcune precedenti decisioni della Corte di giustizia²², ricordando esplicitamente le sentenze dei casi *Pharmacia*²³ e *MIT*²⁴ e l'ordinanza sul caso *Yissum*²⁵. In base anche a tali precedenti, il tribunale londinese ha in pratica giudicato irrilevante, ai fini della concessione del CPC, la differenza esistente tra la cura dell'insonnia negli esseri umani e la regolazione del ciclo riproduttivo degli ovini.

Non soddisfatta dall'esito della vertenza, la *Neurim* ha adito la *Court of Appeal* la quale, ritenendo che «if Neurim are wrong, then the Regulation [(Ec) n. 1768/92] will not have achieved its key objects for large areas of pharmaceutical research»²⁶, si è rivolta in via pregiudiziale alla Corte di giustizia per ottenere l'interpretazione dell'espressione «prima autorizzazione di immissione in commercio [AIC] del prodotto in quanto medicinale»²⁷.

2. Il certificato protettivo complementare (CPC)

Il CPC costituisce una «parte integrante della legislazione in materia di brevetti nel settore farmaceutico e (...) pertanto dovrebbe essere applicato al più presto nei paesi candidati o al più tardi in seguito all'adesio-

²² High Court of Justice, *Neurim Pharmaceuticals (1991) Limited v. Comptroller-General of Patents*, cit. *supra*, nota 18, punti 42-48.

²³ Sentenza della Corte di giustizia del 19 ottobre 2004 in causa n. C-31/03, *Pharmacia Italia SpA*, già *Pharmacia & Upjohn SpA*, in *Raccolta*, 2004, I, p. 10001.

²⁴ Sentenza della Corte di giustizia del 4 maggio 2006 in causa n. C-431/04, *Massachusetts Institute of Technology*, in *Raccolta*, 2006, I, p. 4089.

²⁵ Ordinanza della Corte di giustizia del 17 aprile 2007 in causa n. C-202/05, *Yissum Research and Development Company of the Hebrew University of Jerusalem c. Comptroller-General of Patents*, in *Raccolta*, 2007, I, p. 2839.

²⁶ Court of Appeal, London, *Neurim Pharmaceuticals (1991) Ltd v. Comptroller General of Patents*, 8 March 2011, Case No. [2011] EWCA Civ 228, par. 30.

²⁷ Le cinque questioni della *Court of Appeal* possono in pratica essere riassunte dalla prima domanda attraverso la quale i giudici nazionali hanno invitato la Corte di giustizia a chiarire «[s]e, ai fini dell'interpretazione dell'art. 3 del regolamento (Ce) del Consiglio 18 giugno 1992, n. 1768, sull'istituzione di un certificato protettivo complementare per i medicinali (ora regolamento (Ce) del Parlamento europeo e del Consiglio 6 maggio 2009, n. 469) (...), allorché un'autorizzazione di immissione in commercio (A) è stata concessa per un medicinale che contiene un principio attivo, la lett. d del medesimo articolo debba essere intesa nel senso che osta al rilascio di un CPC fondato su una successiva autorizzazione di immissione in commercio (B) riferita a un medicinale diverso che contiene lo stesso principio attivo se i limiti della protezione conferita dal brevetto di base non coprono l'immissione in commercio del prodotto oggetto della prima AIC ai sensi dell'art. 4 del suddetto regolamento» [causa n. C-130/11: Domanda di pronuncia pregiudiziale proposta dalla Court of Appeal (England & Wales) (Civil Division) (Regno Unito) il 16 marzo 2011, *Neurim Pharmaceuticals (1991) Ltd/Comptroller-General of Patents*, in *Gu-Ue* n. C 179 del 18 giugno 2011, p. 7 ss.].

ne»²⁸ all'Unione europea. Per l'industria farmaceutica, il certificato, pur non costituendo un nuovo titolo di proprietà industriale²⁹, ha una notevole importanza pratica in quanto consente di prolungare il monopolio sul medicinale anche dopo la scadenza del brevetto di base. Il CPC è stato infatti adottato allo scopo di compensare il tempo speso per assolvere gli adempimenti indispensabili per il rilascio dell'AIC ai prodotti appartenenti a particolari tipologie di beni quali i medicinali e i prodotti fitosanitari³⁰.

Nel caso dei medicinali, ogni prodotto presente nel mercato dell'Unione è il risultato di lunghe e costose indagini aventi lo scopo di dimostrare l'efficacia, la sicurezza e la qualità del nuovo rimedio farmacologico. Queste caratteristiche essenziali sono previste «[nel]l'articolo 6, paragrafo 1, della direttiva 2001/83³¹ [il quale] prevede che nessun medicinale p[ossa] essere immesso in commercio in uno Stato membro senza che un'AIC sia stata rilasciata dall'autorità competente di detto Stato in conformità a tale direttiva oppure senza che un'autorizzazione sia stata rilasciata in conformità alla procedura centralizzata prevista dal regolamento n. 726/2004³² per i medicinali contemplati nel suo allegato»³³. L'impianto, posto a tutela della salute pubblica, ha come conseguenza che il tempo necessario per raccogliere tutte le evidenze sperimentali indispensabili al rilascio dell'AIC riduce l'esclusiva commerciale del farmaco innovatore fi-

²⁸ Risposta data dal signor Verheugen a nome della Commissione il 30 giugno 2000 all'interrogazione scritta n. P-1834/00 di H. Nassauer del 31 maggio 2000 avente per oggetto: «Produzione e distribuzione di prodotti farmaceutici nei PECO candidati all'adesione e relative conseguenze a livello dell'UE», in *Guce* n. C 72 E del 6 marzo 2001, p. 128.

²⁹ Sentenza della Corte di giustizia del 13 luglio 1995 in causa n. C-350/92, *Regno di Spagna c. Consiglio dell'Unione europea*, in *Raccolta*, 1995, I, p. 1985, punto 27.

³⁰ Oltre che per i medicinali, la normativa dell'Unione prevede l'AIC anche per i prodotti fitosanitari in quanto «[i]l loro uso può comportare rischi e pericoli per gli esseri umani, gli animali e l'ambiente, soprattutto se vengono immessi sul mercato senza essere stati ufficialmente testati e autorizzati e se sono utilizzati in modo scorretto» (*considerando* n. 7 del Regolamento (Ce) n. 1107/2009 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 21 ottobre 2009, relativo all'immissione sul mercato dei prodotti fitosanitari e che abroga le direttive del Consiglio n. 79/117/Cee e n. 91/414/Cee, in *Gu-Ue* n. L 309 del 24 novembre 2009, p. 1 ss.). Per questo motivo il Regolamento (Ce) n. 1610/96 del Parlamento europeo e del Consiglio del 23 luglio 1996 sull'istituzione di un certificato protettivo complementare per i prodotti fitosanitari, in *Guce* n. L 198 dell'8 agosto 1996, p. 1 ss., ha stabilito le modalità di rilascio del CPC anche per questa tipologia di prodotti.

³¹ Direttiva n. 2001/83/Ce del Parlamento europeo e del Consiglio, del 6 novembre 2001, recante un codice comunitario relativo ai medicinali per uso umano, in *Guce* n. L 311 del 28 novembre 2001, p. 67 ss.

³² Regolamento (Ce) n. 726/2004 del Parlamento europeo e del Consiglio del 31 marzo 2004 che istituisce procedure comunitarie per l'autorizzazione e la sorveglianza dei medicinali per uso umano e veterinario, e che istituisce l'agenzia europea per i medicinali, in *Gu-Ue* n. L 136 del 30 aprile 2004, p. 1 ss.

³³ Sentenza della Corte di giustizia del 29 marzo 2012 in causa n. C-185/10, *Commissione europea c. Repubblica di Polonia*, non ancora pubblicata in *Raccolta*, punto 28; la sentenza è annotata in questa *Rivista*, 2012, p. 271.

no al punto di causare, in alcuni casi, «una durata insufficiente ad ammortizzare gli investimenti effettuati nella ricerca»³⁴. Gli adempimenti prescritti dalla normativa e la valutazione dei risultati da parte degli organi regolatori determinano una situazione in cui «alle aziende del farmaco restano in genere (...) circa 10 anni di commercializzazione per rientrare dei propri investimenti»³⁵. In pratica, l'obbligo di provare alle autorità sanitarie le proprietà benefiche e l'assenza di tossicità del potenziale medicinale impedisce all'industria di assicurarsi in breve tempo i profitti derivanti dallo sfruttamento commerciale dell'invenzione e, quindi, di goderne l'esclusiva per tutto il periodo di validità del brevetto. Tale situazione non può essere ovviamente risolta a scapito del diritto del malato di curarsi con un rimedio la cui efficacia ed innocuità siano state previamente valutate da un'autorità pubblica. Nello stesso tempo, la scadenza brevettuale non può essere estesa oltre un limite ragionevole in quanto deve essere evitata, per quanto possibile, l'adozione di ogni provvedimento che «ritard[i] l'immissione sul mercato di medicinali generici»³⁶ e limit[i] per i pazienti l'accesso

³⁴ Regolamento (Cee) n. 1768/92, *considerando* n. 3, e Regolamento (Ce) n. 469/2009, *considerando* n. 4.

³⁵ http://www.farmaci-e-vita.it/cap_2_3_4.aspx?cap=2¶g=cap2parag3. Due commentatori di lingua francese stimano la durata dell'intervallo temporale che normalmente separa il deposito del brevetto dalla concessione dell'AIC superiore a dieci anni: «L'obtention d'une autorisation de mise sur le marché suppose l'accomplissement d'un certain nombre de formalités (production de documents techniques, réalisation de tests, d'essais ...) qui prennent, en moyenne, douze ans» (B. REMICHE - V. CASSIERS, *Droit des brevets d'invention et du savoir-faire. Créer, protéger et partager les inventions au XXI^e siècle*, Bruxelles, Larcier, 2010, p. 196).

³⁶ L'art. 10, comma 5, lett. b., del dlgs n. 219 del 24 aprile 2006, Attuazione della direttiva n. 2001/83/Ce (e successive direttive di modifica) relativa ad un codice comunitario concernente i medicinali per uso umano, nonché della direttiva n. 2003/94/Ce, in *Guri* n. 142 del 21 giugno 2006, *suppl. ord.*, definisce «medicinale generico: un medicinale che ha la stessa composizione qualitativa e quantitativa di sostanze attive e la stessa forma farmaceutica del medicinale di riferimento nonché una bioequivalenza con il medicinale di riferimento dimostrata da studi appropriati di biodisponibilità. I vari sali, esteri, eteri, isomeri, miscele di isomeri, complessi o derivati di una sostanza attiva sono considerati la stessa sostanza attiva se non presentano, in base alle informazioni supplementari fornite dal richiedente, differenze significative, né delle proprietà relative alla sicurezza, né di quelle relative all'efficacia. Agli effetti della presente lettera, le varie forme farmaceutiche orali a rilascio immediato sono considerate una stessa forma farmaceutica. Il richiedente può non presentare studi di biodisponibilità se può provare che il medicinale generico soddisfa i criteri pertinenti definiti nelle appropriate linee guida. Il medicinale generico è definito equivalente ai sensi dell'articolo 1-bis del decreto-legge 27 maggio 2005, n. 87, convertito, con modificazioni, dalla legge 26 luglio 2005, n. 149». In precedenza, l'Avvocato Generale Mancini (conclusioni del 2 dicembre 1987 in causa n. 434/85, *Allen & Hanburys Ltd c. Generics (UK) Ltd*, in *Raccolta*, 1987, p. 145, punto 2) aveva indicato come «medicinali generici [...] prodotti acquistati all'ingrosso e rivenduti al dettaglio col loro nome commerciale o, più di frequente, con la denominazione della loro composizione chimica. Poiché i distributori non svolgono attività di ricerca, tali farmaci sono normalmente smerciati a un prezzo più basso di quello che praticano le imprese detentrici dei relativi brevetti».

a medicinali a buon mercato»³⁷ dal momento che i generici «possono contribuire ad una maggiore trasparenza e concorrenza sul mercato [...] e a] migliorare il rapporto costo-efficacia»³⁸.

Allo scopo di conciliare le diverse esigenze ed impedire che una politica di tutela della concorrenza e delle finanze pubbliche possa rivelarsi un ostacolo alla salvaguardia della salute dei cittadini rallentando l'introduzione di rimedi terapeutici sempre più efficaci³⁹, l'Unione ha introdotto «una normativa che preved[e] una protezione sufficiente a incentivare [...] la] ricerca»⁴⁰. Questa impostazione è il riconoscimento tangibile del fatto che lo studio di nuovi farmaci «contribuisce in modo decisivo al costante miglioramento della salute pubblica»⁴¹, come ribadito in una precedente sentenza dalla Corte di giustizia⁴² e felicemente riassunto dall'Avvocato Generale nelle conclusioni del caso qui commentato⁴³.

A partire dal 3 gennaio 1993, il Regolamento (Cee) n. 1768/92⁴⁴ ha quindi stabilito le condizioni per il rilascio del CPC il quale «ha efficacia a

³⁷ Relazione sulla politica di concorrenza 2009. Risoluzione del Parlamento europeo del 20 gennaio 2011 sulla relazione sulla politica di concorrenza 2009, in *Gu-Ue* n. C 136 E dell'11 maggio 2012, p. 69, par. 91.

³⁸ Risoluzione del Consiglio del 20 dicembre 1995 relativa ai medicinali generici, in *Guce* n. C 350 del 30 dicembre 1995, p. 7.

³⁹ Si noti che una parte della dottrina palesa dubbi sulla capacità del CPC di incoraggiare l'innovazione sostenendo che «it may simply create inertia and a disincentive for rapid innovation and transition to a new product cycle» (P. KANAVOS - E. MOSSIALOS, *Outstanding regulatory aspects in the European pharmaceutical market*, in *Pharmacoeconomics*, vol. 15, 1999, p. 524). Le diverse opinioni sugli effetti del CPC non possono tuttavia trascurare il fatto che «una politica industriale per il settore farmaceutico deve tener conto allo stesso modo dei legittimi interessi di tutti gli operatori economici: industria della ricerca, produttori di medicinali generici, fitofarmaci, medicinali a base di erbe e prodotti omeopatici, commercianti, farmacisti» (risoluzione sulla Comunicazione della Commissione al Consiglio e al Parlamento europeo sugli orientamenti della politica industriale per il settore farmaceutico nella Comunità europea, Com(93)718, in *Guce* n. C 141 del 13 maggio 1996, p. 63).

⁴⁰ Regolamento (Cee) n. 1768/92, *considerando* n. 2, e Regolamento (Ce) n. 469/2009, *considerando* n. 3.

⁴¹ Regolamento (Cee) n. 1768/92, *considerando* n. 1, e Regolamento (Ce) n. 469/2009, *considerando* n. 2.

⁴² Sentenza della Corte di giustizia dell'8 dicembre 2011 in causa n. C-125/10, *Merck Sharp & Dohme Corp. c. Deutsches Patent- und Markenamt*, non ancora pubblicata in *Raccolta*, punto 31.

⁴³ Conclusioni dell'Avvocato Generale Trstenjak del 3 maggio 2012 in causa n. C-130/11, *Neurim Pharmaceuticals (1991) Ltd c. Comptroller-General of Patents*, *cit. supra*, nota 16, punto 41.

⁴⁴ Un resoconto sugli avvenimenti che portarono all'approvazione del Regolamento (Cee) n. 1768/92 è reperibile in G. PERMANAND, *EU pharmaceutical regulation. The politics of policy-making*, Manchester, Manchester University Press, 2006, p. 98 ss. In Italia, tale Regolamento ha determinato l'abrogazione della l. n. 349 del 19 ottobre 1991 (Disposizioni per il rilascio di un certificato complementare di protezione per i medicamenti o i relativi componenti, oggetto di brevetto), in *Guri* n. 258 del 4 novembre 1991, che aveva introdotto nel nostro Paese il certificato complementare di protezione. Tale certificato, a norma dell'art. 4 *bis* della sopra citata l. n. 349/91, non poteva avere una durata superiore a diciotto anni dal momento della

decorrere dal termine legale del brevetto di base per una durata uguale al periodo intercorso tra la data del deposito della domanda del brevetto di base e la data della prima autorizzazione di immissione in commercio nella Comunità, ridotto di cinque anni»⁴⁵. Tale estensione temporale «non può essere superiore a cinque anni a decorrere dalla data in cui il certificato acquista efficacia»⁴⁶, ma la sua validità può essere prolungata di ulteriori sei mesi nel caso sia condotta una sperimentazione su pazienti in età pediatrica indipendentemente dall'esito dell'indagine (proroga pediatrica)⁴⁷.

L'allungamento del periodo di protezione brevettuale è coerente con la Convenzione sul brevetto europeo (CBE), la quale, nello stabilire la validità ventennale del diritto di esclusiva⁴⁸, prevede un maggior periodo di protezione qualora «the subject-matter of the European patent is a product or a process for manufacturing a product or a use of a product which has

scadenza del brevetto. Di conseguenza, prima dell'entrata in vigore del Regolamento (Cee) n. 1768/92, la concessione del certificato garantiva la titolarità del brevetto farmaceutico per trentotto anni dalla data del deposito della domanda di brevetto. Dal momento che, «in base all'articolo 20 del regolamento CPC [(Cee) n. 1768/92], lo stesso non si applica ai CPC rilasciati in base alla legislazione nazionale prima dell'entrata in vigore del regolamento» (risposta data dal signor Bolkestein a nome della Commissione il 17 ottobre 2001 all'interrogazione scritta n. E-2360/01 di C. Muscardini del 6 agosto 2001 avente come oggetto: «Durata anomala dei certificati complementari di protezione brevettuale per i farmaci italiani», in *Guce* n. C 40 E del 14 febbraio 2002, p. 240), l'art. 3, comma 8, della l. n. 112 del 15 giugno 2002, in *Guri* n. 139 del 15 giugno 2002, ha stabilito «una riduzione della "protezione brevettuale" pari a sei mesi per ogni anno solare, a decorrere dal 1 gennaio 2004, fino al completo allineamento con la normativa europea» al fine di adeguare la protezione garantita dai certificati rilasciati in base alla normativa nazionale al Regolamento (Cee) n. 1768/92.

⁴⁵ Regolamento (Cee) n. 1768/92 e Regolamento (Ce) n. 469/2009, art. 13, par. 1.

⁴⁶ *Ivi*, art. 13, par. 2.

⁴⁷ Regolamento (Ce) n. 1901/2006 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 12 dicembre 2006, relativo ai medicinali per uso pediatrico e che modifica il Regolamento (Cee) n. 1768/92, la direttiva n. 2001/20/Ce, la direttiva n. 2001/83/Ce e il Regolamento (Ce) n. 726/2004, in *Gu-Ue* n. L 378 del 27 dicembre 2006, p. 1 ss., art. 36, par. 1, secondo il quale «[q]ualora una domanda a norma degli articoli 7 o 8 includa i risultati di tutti gli studi effettuati conformemente al piano d'indagine pediatrica approvato, il titolare del brevetto o del certificato protettivo complementare ha diritto ad una proroga di sei mesi del periodo di cui agli articoli 13, paragrafi 1 e 2 del regolamento (Cee) n. 1768/92».

⁴⁸ In genere la durata di un brevetto nei Paesi industrializzati varia tra i sedici ed i venti anni, mentre può essere più breve in quelli in via di sviluppo. In Italia, ad esempio, la durata del brevetto di invenzioni è stata fissata in venti anni dal d.p.r. n. 338 del 22 gennaio 1979 (Revisione della legislazione nazionale in materia di brevetti, in applicazione della delega di cui alla legge 26 maggio 1978, n. 260), in *Guri* n. 215 del 7 agosto 1979. Le diverse normative nazionali fanno coincidere l'inizio della protezione con la data di presentazione della domanda o con quella di concessione del brevetto. Queste divergenze furono risolte mediante il compromesso rappresentato dalla formulazione dell'art. 33 dell'*Agreement On Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights* (TRIPS) secondo il quale «[t]he term of protection available shall not end before the expiration of a period of twenty years counted from the filing date» o, come detto in nota allo stesso art. 33, dalla data di concessione del brevetto. Per approfondimenti sull'argomento, si rinvia a T. COTTIER - C. GERMAN, *Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Properties Rights*, in T. COTTIER - P. VERON (eds.), *Concise International and European IP Law: Trips, Paris Convention, European Enforcement and Transfer of Technology*, Alphen aan den Rijn, Kluwer Law International, 2011, p. 106 ss.

to undergo an administrative authorisation procedure required by law before it can be put on the market in that State»⁴⁹.

Il CPC costituisce quindi uno strumento in grado di assicurare l'estensione temporale del regime di monopolio su un principio attivo consentendo un lasso di tempo più lungo per ammortizzare gli investimenti effettuati in ricerca e sviluppo. Tuttavia, le finalità del CPC sono in contrasto con la politica economica degli Stati membri i quali hanno interesse a sostenere i farmaci generici per garantire la stabilità finanziaria dei loro sistemi sanitari su cui ricade l'onere di una rilevante parte della spesa farmaceutica⁵⁰. Di conseguenza, il Regolamento (Cee) n. 1768/92 ha fissato il punto d'incontro tra diversi diritti garantiti dai Trattati [libera circolazione del medicinale in quanto merce (art. 26 TFUE), tutela della salute pubblica (artt. 6, lett. a., e 168 ss. TFUE) e della proprietà intellettuale (artt. 118

⁴⁹ Convenzione sul brevetto europeo, Monaco, 5 ottobre 1973, come rivista il 29 novembre 2000, art. 63, par. 2, lett. b. Anche la legislazione di molti Stati terzi assicura al medicinale un diritto di esclusiva più lungo rispetto a quello riconosciuto ad altre tipologie di beni. Su questo argomento si vedano T. HELLERY - N. HANSEN, *Pharmaceutical Lifecycle Management. Making the Most of Each and Every Brand*, Hoboken, Wiley, 2012, p. 87 ss. (Stati Uniti e Giappone); J. PARKER, *Pharmaceutical patent term restoration in New Zealand*, in *Prometheus*, vol. 18, 2000, p. 319 ss. (Nuova Zelanda).

⁵⁰ B. HANSEN - F. HIRSCH, *Protecting Inventions in Chemistry. Commentary on Chemical Case Law under the European Patent Convention and the German Patent Law*, Weinheim, Wiley-VCH, 1997, p. 294. L'importanza dei farmaci generici per il contenimento della spesa sanitaria è messa in evidenza nella proposta di decisione del Consiglio indirizzata alla Grecia allo scopo di rafforzare e approfondire la sorveglianza della disciplina di bilancio e che intima alla Grecia di adottare misure per la riduzione del disavanzo ritenute necessarie a correggere la situazione di disavanzo eccessivo, Com(2011)433, 5 luglio 2011, il cui art. 1, par. 5 (p. 14), contiene l'invito ad assicurarsi «che entro la fine del 2011 almeno il 50% dei medicinali usati negli ospedali pubblici sia composto da farmaci generici e non protetti da brevetto obbligando tutti gli ospedali pubblici ad acquistare prodotti farmaceutici sulla base della sostanza attiva». I medicinali generici sono infatti una delle «molte opzioni alternative a disposizione degli Stati membri per controllare le spese. Tali misure possono includere, in combinazioni diverse, fissazione autoritativa dei prezzi, blocco o riduzione dei prezzi mediante provvedimento statale, regimi di prezzi di riferimento o ad importo fisso, *budget* di spesa farmaceutici, elenchi positivi e negativi, esonero di farmaci dall'obbligo di prescrizione medica, esclusione di farmaci dal rimborso, maggiore partecipazione degli interessati alla spesa e incentivo all'uso di farmaci generici» (conclusioni dell'Avvocato Generale Jääskinen dell'11 febbraio 2010 in causa n. C-62/09, *The Queen, su istanza di Association of the British Pharmaceutical Industry c. Medicines and Healthcare Products Regulatory Agency*, in *Raccolta*, 2010, I, p. 3603). Tale affermazione è coerente con il fatto che «la concorrenza sui prezzi (...) interv[iene], in conformità alla legge, solo quando la scadenza del brevetto consente l'accesso al mercato per i produttori di medicinali generici» (sentenza del Tribunale di primo grado del 27 settembre 2006 in causa n. T-168/01, *GlaxoSmithKline Services Unlimited c. Commissione delle Comunità europee*, in *Raccolta*, 2006, II, p. 2969, punto 315). Tuttavia, la complessità della problematica su vantaggi e svantaggi economici dei «medicinali innovativi» e dei «medicinali generici» emerge nella risposta data dal signor Liikanen a nome della Commissione il 26 agosto 2002 all'interrogazione scritta n. E-2295/02 del 25 luglio 2002 di A. Doyle, avente per oggetto: «Medicinali per uso umano», in *Guce* n. 301 del 5 dicembre 2002, p. 268, secondo la quale «è prevedibile che in Europa un clima favorevole all'innovazione migliori la disponibilità di medicinali innovativi con conseguente aumento della spesa pubblica per medicinali, ma con risparmi potenzialmente significativi nella spesa per pazienti ricoverati e ambulatoriali. Ciò in definitiva può portare a ridurre la spesa pubblica».

e 207 TFUE)]⁵¹. Il limite di quindici anni di esclusiva – o di cinque anni dalla scadenza del brevetto di base – costituisce dunque una «barriera oltre la quale il legislatore comunitario ha ritenuto che i maggiori vantaggi in termini di incentivo alla ricerca farmaceutica garantiti all'estensione del monopolio sullo sfruttamento commerciale del farmaco fossero insufficienti a compensare i maggiori svantaggi in termini di tutela della salute pubblica indotti da quella estensione»⁵².

Nonostante «l'assetto normativo del Regolamento [... (Cee) n. 1768/92 fosse] chiaramente il risultato di un bilanciamento dei contrapposti interessi, da un lato, dei produttori di farmaci e dei loro licenziatari, e, dall'altro, dei genericisti, che stimolano la concorrenza sul prezzo nel settore farmaceutico»⁵³, la Spagna aveva adito, senza successo, la Corte di giustizia allo scopo di ottenere l'annullamento del Regolamento (Cee) n. 1768/92⁵⁴.

A partire da tale caso, la Corte di giustizia si è dovuta pronunciare in numerose altre occasioni sull'interpretazione del Regolamento (Cee) n. 1768/92 in quanto chiamata a risolvere le divergenze sorte tra gli uffici nazionali competenti al rilascio del CPC e l'industria, che desiderava prolungare l'esclusiva commerciale dei propri medicinali. Inoltre, essendo, come già ricordato in precedenza, la concessione del CPC una prerogativa nazionale, non può stupire l'esistenza di una diversa interpretazione delle norme nei diversi Stati membri, nonostante il Regolamento (Cee) n. 1768/92 si prefiggesse lo scopo di «prevenire un'evoluzione eterogenea delle legislazioni nazionali che comport[asse] ulteriori differenze tali da ostacolare la libera circolazione dei medicinali all'interno dell'Unione e

⁵¹ V. MISCIA, *Brevetti farmaceutici: l'interpretazione della Corte in materia di certificato protettivo complementare*, in *Dir. pubbl. comp. eur.*, 2011, p. 171.

⁵² M. BOSSHARD, *Problemi di coordinamento tra la disciplina europea del certificato protettivo complementare dei medicinali (CPC) e disciplina nazionale del certificato complementare di protezione dei medicamenti (CCP)*, in *Rivista di diritto industriale*, vol. 47, 1998, p. 67.

⁵³ Conclusioni dell'Avvocato Generale Mengozzi del 31 marzo 2011 in causa n. C-195/09, *Synthon BV c. Merz Pharma GmbH & Co. KGaA*, in *Raccolta*, 2011, I, p. 7011, punto 42. La necessità di identificare il punto di equilibrio tra le esigenze dell'industria innovativa e i produttori di farmaci generici era già stata in precedenza messa in evidenza nella risposta data dal signor Bangemann a nome della Commissione il 4 novembre 1996 all'interrogazione scritta n. E-2616/96 di G. Watson del 14 ottobre 1996, avente per oggetto: «Politica in materia di medicinali generici». In tale replica era stato evidenziato che «[i]l problema è quello di garantire un livello di tutela della proprietà intellettuale tale da incoraggiare lo sviluppo di nuovi medicinali mediante il sostegno alle industrie innovative e tenendo conto, al contempo, degli interessi dei produttori di medicinali generici, soprattutto in rapporto alla concorrenza dei paesi terzi».

⁵⁴ Sentenza della Corte di giustizia del 13 luglio 1995 in causa n. C-350/92, *Regno di Spagna c. Consiglio dell'Unione europea*, cit. *supra*, nota 29.

da incidere, di conseguenza, direttamente sulla creazione e sul funzionamento del mercato interno»⁵⁵.

Le controversie hanno consentito ai giudici di Lussemburgo di chiarire che la nozione di prima autorizzazione comprende anche l'AIC rilasciata da uno Stato appartenente allo Spazio economico europeo⁵⁶, purché l'autorizzazione stessa sia stata concessa nel rispetto della normativa dell'Unione⁵⁷, e di confermare che la data dei provvedimenti nazionali relativi ai prezzi o al regime di rimborso da parte dei sistemi sanitari nazionali non può sostituire quella dell'immissione in commercio⁵⁸. Inoltre, il CPC non può essere concesso ad un medicinale il cui principio attivo sia già presente nel ciclo distributivo per un uso terapeutico⁵⁹ o in una forma farmaceutica⁶⁰ non contemplata dalla prima AIC o ad un rimedio contenente una

⁵⁵ Ordinanza della Corte di giustizia del 25 novembre 2011 in causa n. C-6/11, *Daiichi Sankyo Company c. Comptroller General of Patents, Designs and Trade Marks*, in *Raccolta*, 2011, I, p. 12255, punto 27.

⁵⁶ Sentenza della Corte di giustizia del 21 aprile 2005 in cause riunite n. C-207/03 e n. C-252/03, *Novartis AG, University College London e Institute of Microbiology and Epidemiology c. Comptroller-General of Patents, Designs and Trade Marks for the United Kingdom e Ministre de l'Economie c. Millennium Pharmaceuticals Inc.*, in *Raccolta*, 2005, I, p. 3209.

⁵⁷ Sentenze della Corte di giustizia del 28 luglio 2011 in causa n. C-195/09, *Synthon BV c. Merz Pharma GmbH & Co. KGaA*, in *Raccolta*, 2011, I, p. 7011, e del 28 luglio 2011 in causa n. C-427/09, *Generics (UK) Ltd c. Synaptech Inc.*, in *Raccolta*, 2011, I, p. 7099.

⁵⁸ Sentenza della Corte di giustizia dell'11 dicembre 2003 in causa n. C-127/00, *Hässle AB c. Ratiopharm GmbH*, in *Raccolta*, 2003, I, p. 14781. Nella decisione della Commissione n. 2006/857/Ce, del 15 giugno 2005, relativa ad un procedimento a norma dell'art. 82 del Trattato Ce e dell'art. 54 dell'accordo See (Caso COMP/A.37.507/F3 - *AstraZeneca*), in *GuUe* n. L 322 del 30 novembre 2006, p. 24, sono state tra l'altro sanzionate «[l]e informazioni fuorvianti (...) fornite (...) al momento della presentazione di domande a vari uffici dei brevetti del SEE [in Belgio, Danimarca, Germania, Paesi Bassi, Norvegia e Regno Unito e ai tribunali nazionali in Germania ed in Norvegia], nel giugno 1993 e nel dicembre 1994, volte ad ottenere una protezione complementare per l'omeprazole [sic!!!] (...), sotto forma di cosiddetti certificati di protezione complementari». Contro tale decisione l'*AstraZeneca* presentò ricorso. Dalla sentenza del Tribunale dell'Unione europea dell'1 luglio 2010 in causa n. T-321/05, *AstraZeneca AB e AstraZeneca plc c. Commissione europea*, in *Raccolta*, 2010, II, p. 2805, emerge che le «informazioni fuorvianti» consistevano nell'indicazione della data della pubblicazione del prezzo al posto della data di rilascio dell'AIC che era precedente. La valutazione secondo cui «le domande (...) erano presentate in modo da indurre gli uffici brevetti a considerare che le date indicate relativamente alla Francia e al Lussemburgo corrispondessero al rilascio dell'autorizzazione all'immissione in commercio tecnica [AIC] anziché alla data della pubblicazione del prezzo del medicinale» è ricordata anche nelle conclusioni dell'Avvocato Generale Mazák del 15 maggio 2012 in causa n. C-457/10 P, *AstraZeneca AB e AstraZeneca plc c. Commissione europea*, non ancora pubblicate in *Raccolta*, punto 48.

⁵⁹ Ordinanza della Corte di giustizia del 17 aprile 2007 in causa n. C-202/05, *Yissum Research and Development Company of the Hebrew University of Jerusalem c. Comptroller-General of Patents*, cit. *supra*, nota 25.

⁶⁰ Sentenza della Corte di giustizia del 4 maggio 2006 in causa n. C-431/04, *Massachusetts Institute of Technology*, cit. *supra*, nota 24.

molecola non menzionata nel brevetto di prodotto⁶¹ o di processo⁶² oppure ad un prodotto in possesso solo dell'AIC comunitaria e non di quella di uno Stato membro prima dell'adesione di detto Paese all'Unione⁶³.

Il rilascio del certificato è invece legittimo qualora il principio attivo o la sua associazione con uno o più principi attivi sia indicato nelle rivendicazioni del brevetto anche nel caso in cui l'AIC non si riferisca esclusivamente a tale principio attivo o associazione, ma comprenda anche altre sostanze medicinali⁶⁴. Tuttavia, «se un brevetto rivendica una composizione di due principi attivi, ma non contiene alcuna rivendicazione su uno di questi principi attivi singolarmente considerato, non può essere rilasciato un CPC» per tale principio attivo nonostante esso faccia parte dell'associazione⁶⁵.

Il fatto che «il periodo intercorso tra la data del deposito della domanda del brevetto di base e la data della prima autorizzazione di immissione in commercio nell'Unione europea sia inferiore a cinque anni»⁶⁶ non giustifica il rifiuto del CPC dal momento che tale certificato è indispensabile per il rilascio della proroga pediatrica. Ugualmente legittima è la concessione di «uno o più CPC (...) ad uno o più titolari di uno o più altri brevetti di base»⁶⁷ in quanto la presenza di più certificati non può «condurre ad

⁶¹ Ordinanza della Corte di giustizia del 25 novembre 2011 in causa n. C-6/11, *Daiichi Sankyo Company c. Comptroller General of Patents, Designs and Trade Marks*, cit. *supra*, nota 55.

⁶² Ordinanza della Corte di giustizia del 25 novembre 2011 in causa n. C-630/10, *University of Queensland e CSL Ltd c. Comptroller General of Patents, Designs and Trade Marks*, in *Raccolta*, 2011, I, p. 12231.

⁶³ Sentenza della Corte di giustizia del 2 settembre 2010 in causa n. C-66/09, *Kirin Amgen Inc. c. Lietuvos Respublikos valstybinis patentų biuras*, in *Raccolta*, 2010, I, p. 7943.

⁶⁴ Sentenze della Corte di giustizia del 24 novembre 2011 in causa n. C-322/10, *Medeva BV c. Comptroller General of Patents, Designs and Trade Marks*, in *Raccolta*, 2011, I, p. 12051, e del 24 novembre 2011 in causa n. C-422/10, *Georgetown University e altri c. Comptroller General of Patents, Designs and Trade Marks*, in *Raccolta*, 2011, I, p. 12157. Inoltre, nel caso in cui un brevetto di base tuteli un principio attivo in associazione con un secondo o diversi altri principi attivi, il CPC può consentire al suo titolare di opporsi all'immissione in commercio di un medicinale a base dello stesso principio attivo. Si vedano, a tale proposito, le ordinanze della Corte di giustizia del 9 febbraio 2012 in causa n. C-442/11, *Novartis AG c. Actavis UK Ltd.*, in *Gu-Ue* n. C 133 del 5 maggio 2012, p. 12, e in causa n. C-574/11, *Novartis AG c. Actavis Deutschland GmbH & Co KG, Actavis Ltd.*, in *Gu-Ue* n. C 133 del 5 maggio 2012, p. 13.

⁶⁵ Ordinanza della Corte di giustizia del 25 novembre 2011 in causa n. C-518/10, *Yeda Research and Development Company Ltd e Aventis Holdings Inc. c. Comptroller General of Patents, Designs and Trade Marks*, in *Raccolta*, 2011, I, p. 12209, punto 38.

⁶⁶ Sentenza della Corte di giustizia dell'8 dicembre 2011 in causa n. C-125/10, *Merck Sharp & Dohme Corp. c. Deutsches Patent- und Markenamt*, cit. *supra*, nota 42, punto 45. In tale sentenza si ricorda che, «come risulta dal ventisettesimo "considerando" del regolamento n. 1901/2006 e dal combinato disposto degli artt. 13, n. 3, del regolamento n. 1768/92 e 36, n. 1, del regolamento n. 1901/2006, la concessione della proroga pediatrica è consentita solo qualora sia stato rilasciato un CPC ai sensi del regolamento n. 1768/92» (*ivi*, punto 36).

⁶⁷ Sentenza della Corte di giustizia del 3 settembre 2009 in causa n. C-482/07, *AHP Manufacturing BV c. Bureau voor de Industriële Eigendom*, in *Raccolta*, 2009, I, p. 7295, punto 43.

un periodo di esclusiva superiore a quindici anni»⁶⁸. Da quest'ultima sentenza traspare la supremazia del brevetto di base rispetto all'AIC come confermato dall'identificazione del titolare del brevetto nell'avente diritto al rilascio del CPC nei casi in cui il detentore dell'AIC sia un secondo soggetto. Tale impostazione è coerente con il fatto che «il certificato conferisce gli stessi diritti che vengono attribuiti dal brevetto di base ed è soggetto alle stesse limitazioni ed agli stessi obblighi»⁶⁹.

3. Il brevetto europeo in campo farmaceutico

Prima di affrontare l'analisi della sentenza *Neurim*, è necessario ricordare che, data la «mancanza di armonizzazione del diritto dei brevetti a livello dell'Unione, l'ambito della protezione conferita dal brevetto può essere determinato solo con riguardo alle norme che disciplinano quest'ultimo, norme non facenti parte del diritto dell'Unione»⁷⁰. In mancanza di un'armo-

⁶⁸ Sentenza della Corte di giustizia del 3 settembre 2009 in causa n. C-482/07, *AHP Manufacturing BV c. Bureau voor de Industriële Eigendom*, cit. supra, nota 67, punto 42.

⁶⁹ Sentenza della Corte di giustizia del 23 gennaio 1997 in causa n. C-181/95, *Biogen Inc. c. Smithkline Beecham Biologicals SA*, in *Raccolta*, 1997, I, p. 357, punto 46 e annotata in questa *Rivista*, 1996, p. 578.

⁷⁰ Ordinanza della Corte di giustizia del 25 novembre 2011 in causa n. C-6/11, *Daiichi Sankyo Company c. Comptroller General of Patents, Designs and Trade Marks*, cit. supra, nota 55, punto 26. Nonostante «i governi degli Stati membri ave[ssero] manifestato la loro intenzione di procedere alla (...) ratifica [della convenzione sul brevetto comunitario, firmata a Lussemburgo il 15 dicembre 1975] in modo da ridurre quanto più possibile l'intervallo rispetto all'entrata in vigore della convenzione di Monaco sul brevetto europeo» (risposta del 7 febbraio 1978 all'interrogazione scritta n. 881/77 di Cousté al Consiglio, avente per oggetto: «Ratifica parlamentare della convenzione di Lussemburgo sul brevetto comunitario negli Stati membri», in *Guce* n. C 64 del 13 marzo 1978, p. 12), nel campo della tutela della proprietà intellettuale la legislazione dell'Unione prevede solo il Regolamento (Ce) n. 207/2009 del Consiglio, del 26 febbraio 2009, sul marchio comunitario, in *Gu-Ue* n. L 78 del 24 marzo 2009, p. 1 ss., il quale ha sostituito abrogandolo il Regolamento (Ce) n. 40/94 del Consiglio, del 20 dicembre 1993, sul marchio comunitario, in *Guce* n. L 11 del 14 gennaio 1994, p. 1 ss. Gli Stati membri, ancora «desiderosi di conferire effetti unitari ed autonomi ai brevetti europei rilasciati per i loro territori» [76/76/Cee, Convenzione sul brevetto europeo per il mercato comune (Convenzione sul brevetto comunitario), in *Guce* n. L 17 del 26 gennaio 1976, p. 1 ss.], convenirono su una stesura definita della convenzione (89/695/Cee, Accordo sul brevetto comunitario, fatto a Lussemburgo il 15 dicembre 1989, in *Guce* n. L 401 del 30 dicembre 1989, p. 1 ss.) che non è giunta ad una conclusione positiva a causa del «ritardo accumulato dai dodici Stati membri firmatari nella procedura di ratifica» (Promuovere l'innovazione tramite il brevetto - Libro verde sul brevetto comunitario e sul sistema dei brevetti in Europa, Com(97)314 def., 24 giugno 1997, p. 2). Più recentemente la Commissione ha proposto di realizzare il brevetto «comunitario» nell'ambito della Convenzione sul brevetto europeo (Commissione delle Comunità europee, Documento non impegnativo, Una politica comunitaria per l'instaurazione del brevetto comunitario nel contesto di una revisione della convenzione sul brevetto europeo, Sec(2001)744, 7 maggio 2001). Gli Stati membri sono tuttavia parti contraenti della *Paris Convention for the Protection of Industrial Property* (828 UNTS 107) del 20 marzo 1883, riveduta da ultimo il 20 settembre 1979, e del *Patent Cooperation Treaty* del 19 giugno 1970, riveduto da ultimo il 3 ottobre 2001, oltre che della già nominata CBE.

nizzazione normativa, quindi, «[n]ell'Unione europea la tutela brevettuale è (...) garantita da due tipi di sistemi brevettuali, nessuno dei quali si fonda su uno strumento giuridico comunitario: i sistemi brevettuali nazionali ed il sistema brevettuale europeo»⁷¹. Questa situazione dipende dal fatto che l'Unione «non ha ancora esercitato le proprie competenze nel settore dei brevetti o quantomeno (...) tale esercizio di competenze non ha assunto a tutt'oggi rilievo sufficiente per potersi affermare che, allo stato attuale, tale materia rientri nell'ambito del diritto comunitario»⁷².

Pur mancando un'armonizzazione in campo brevettuale, l'Unione ha introdotto la possibilità di brevettare i medicinali anche nelle legislazioni degli Stati membri che non consentivano tale forma di tutela⁷³.

In campo farmaceutico, il brevetto d'invenzione viene concesso anche in assenza di dati che dimostrino la reale attività terapeutica della molecola allo scopo di tutelare l'autore dell'innovazione⁷⁴ e di evitare gli sprechi

⁷¹ Proposta di Regolamento del Consiglio relativo al brevetto comunitario, Com(2000)412 def., dell'1 agosto 2000, in *Guce* n. C 337 E del 28 novembre 2000, p. 278 ss., par. 1.1.

⁷² Sentenza della Corte di giustizia dell'11 settembre 2007 in causa n. C-431/05, *Merck Genéricos - Produtos Farmacêuticos Lda c. Merck & Co. Inc. e Merck Sharp & Dohme Lda*, in *Raccolta*, 2007, I, p. 7001, punto 46. Come stabilito in precedenza dalla Corte, l'Unione «dispone in materia di proprietà intellettuale di una competenza di armonizzazione delle legislazioni nazionali in forza degli artt. 100 e 100 A [TCE, ora artt. 115 e 114 TFUE], e può basarsi sull'art. 235 [TCE, ora art. 352 TFUE] per creare titoli nuovi che si sovrappongono ai titoli nazionali» (parere della Corte di giustizia n. 1/94 del 15 novembre 1994, Competenza della Comunità a stipulare accordi internazionali in materia di servizi e di proprietà intellettuale, in *Raccolta*, 1994, I, p. 5267, punto 59). In argomento v. G. TOGNAZZI, *Il parere n. 1/94: nuovi sviluppi in tema di relazioni esterne della Comunità europea*, in questa *Rivista*, 1996, p. 75 ss.

⁷³ La brevettabilità dei medicinali è stata introdotta in Spagna e in Portogallo solo nel 1992 in quanto tale richiesta costituiva una delle condizioni necessarie per l'adesione all'allora Comunità («I protocolli nn. 8 e 19 dell'Atto di adesione impongono al Regno di Spagna ed alla Repubblica portoghese di rendere compatibile la loro legislazione sui brevetti con il livello di protezione della proprietà industriale raggiunto nella Comunità. A tal fine essi prevedono che questi due Stati devono aderire alla Convenzione di Monaco del 5 ottobre 1973 sul brevetto europeo ed introdurre, entro un certo termine, la brevettabilità dei prodotti farmaceutici. In conformità a queste disposizioni, la brevettabilità dei prodotti farmaceutici è stata introdotta il 7 ottobre 1992 in Spagna e il 1 gennaio 1992 in Portogallo», sentenza della Corte di giustizia del 5 dicembre 1996 in cause riunite n. C-267/95 e n. C-268/95, *Merck & Co. Inc., Merck Sharp & Dohme Ltd e Merck Sharp & Dohme International Services BV c. Primecrown Ltd, Ketan Himatlal Mehta, Bharat Himatlal Mehta e Necessity Supplies Ltd e Beecham Group plc c. Europharm of Worthing Ltd*, in *Raccolta*, 1996, I, p. 6285, punto 12). In Italia, la tutela dell'invenzione medicinale è stata introdotta dopo che la Corte costituzionale stabilì l'incostituzionalità dell'art. 14, comma 1, r.d. n. 1127 del 29 giugno 1939 (Testo delle disposizioni legislative in materia di brevetti per le invenzioni industriali), in *Gu del Regno d'Italia* n. 189 del 14 agosto 1939, ricordando che «l'origine del divieto di brevettazione dei prodotti farmaceutici si trova nelle deliberazioni del Parlamento subalpino sul progetto legislativo in tema di privative industriali, divenuto poi legge 12 marzo 1855, n. 782, più conosciuta attraverso il provvedimento con cui fu estesa alla Lombardia (r.d. 30 ottobre 1859, n. 3731)» (sentenza Corte cost. del 20 marzo 1978, n. 20, par. 4).

⁷⁴ «Quanto alla definizione delle "innovazioni farmaceutiche", la Commissione ricorda che il certificato può essere applicato soltanto ad un prodotto – cioè ad un principio attivo utilizzato in un medicinale – protetto da un brevetto, il che significa, secondo le norme legali

di tempo e di risorse derivanti da un'eventuale duplicazione delle indagini da parte di aziende concorrenti⁷⁵. L'apertura, tuttavia, non si spinge fino al punto di consentire la brevettazione di nuove molecole senza che sia stata dimostrata almeno la possibilità di un loro utilizzo quale medicinale in quanto l'indicazione sull'uso è un requisito imprescindibile per il riconoscimento dell'attività inventiva a norma dell'art. 56 CBE⁷⁶. Tale facilitazione consente di ottenere il brevetto anche in assenza di prove cliniche purché le rivendicazioni siano sostenute da indagini condotte su animali o da studi di interazione *in vitro* con i recettori cellulari⁷⁷. I risultati di queste ricerche, pur predittivi, non garantiscono tuttavia che la nuova molecola possieda un'attività terapeutica significativa o che la sua somministrazione non provochi fenomeni tossici. La possibilità di brevettare un potenziale farmaco sulla base di risultati preliminari è il motivo per cui un'elevata percentuale di composti, pur dotati di attività *in vitro* o sugli animali, non è mai entrata in terapia. Infatti, a differenza del brevetto, l'AIC non viene concessa a quelle molecole che, in base agli studi clinici, possiedano modeste potenzialità terapeutiche o provochino importanti effetti collaterali⁷⁸.

L'art. 53, lett. c., CBE, pur stabilendo l'impossibilità di concedere un brevetto europeo ai metodi di trattamento chirurgico, terapeutico o diagnostico destinati all'uomo o agli animali, precisa che «this provision shall not apply to products, in particular substances or compositions, for use in any of these methods». La brevettabilità viene estesa dall'art. 54, par. 4 e 5, CBE a tutti gli utilizzi non conosciuti da una persona esperta della materia estendendo in pratica il criterio di novità, o di mancanza di ovvietà, ad ogni ulteriore nuova indicazione.

di brevettabilità in vigore nell'insieme degli Stati membri della Comunità, che può trattarsi unicamente di una specifica attività inventiva» (risposta comune data dal signor Bangemann in nome della Commissione il 26 novembre 1992 alle interrogazioni scritte da n. 2367/92 a n. 2370/92 di M. Banotti del 23 settembre 1992, in *Guce* n. C 61 del 3 marzo 1993, p. 30).

⁷⁵ B. DOMEI, *Pharmaceutical Patents in Europe*, Stockholm, Kluwer Law International, 2000, p. 25 ss.

⁷⁶ Boards of Appeal of the European Patent Office, Decisione n. T 0939/92 (Triazoles) del 12 settembre 1995, *OJEPO*, vol. 19, n. 6 del 1996, p. 309 ss.

⁷⁷ Boards of Appeal of the European Patent Office, Decisioni n. T 0643/96 (Bioisosterismo/Beecham) del 14 ottobre 1996, p. 6, par. 4.1 (<http://www.epo.org/law-practice/case-law-appeals/pdf/960643eu1.pdf>) e n. T 0795/94 (Azabicyclic compound/Beecham) del 21 agosto 1997, Summary of Facts and Submissions, p. 3, par. V (<http://www.epo.org/law-practice/case-law-appeals/pdf/940795eu1.pdf>).

⁷⁸ Questo è uno dei motivi per cui «la nozione di medicinale presente nella normativa in materia di medicinali non coincide (...) necessariamente alla lettera con la definizione utilizzata nella normativa in materia di brevetti» (conclusioni riunite dell'Avvocato Generale Trstenjak del 13 luglio 2011 in cause riunite n. C-322/10, *Medeva BV c. Comptroller General of Patents, Designs and Trade Marks*, e n. C-422/10, *Georgetown University e altri c. Comptroller General of Patents, Designs and Trade Marks*, in *Raccolta*, 2011, I, p. 12051, punto 57).

Tale quadro normativo si traduce nella possibilità di ottenere il brevetto farmaceutico per una molecola originale (brevetto di prodotto o d'invenzione), per uno specifico metodo di preparazione, estrazione, purificazione o sintesi di un principio attivo di origine sintetica o naturale (brevetto di procedimento) o per l'uso della molecola per una determinata azione terapeutica (brevetto d'uso medico)⁷⁹ in base alla c.d. *Swiss-type claim* secondo la quale «[a] European patent may be granted with claims directed to the use of a substance or composition for the manufacture of a medicament for a specified new and inventive therapeutic application»⁸⁰. La clausola e la tipologia di brevetto ad essa collegata è stata superata dall'ulteriore estensione introdotta dalla decisione n. G 0002/08⁸¹ la quale ha stabilito che l'art. 54, par. 5, CBE non esclude la brevettabilità di un medicinale, già utilizzato per la cura della stessa patologia, nel caso in cui il farmaco sia somministrato per una via non ancora conosciuta o, se attraverso l'usuale via di somministrazione, con una diversa posologia. In conclusione, il brevetto europeo può essere concesso qualora una sostanza o associazione sia somministrata in una patologia o in una forma galenica⁸² o in un dosaggio non ancora conosciuti da un esperto del settore.

Su questa base, si considerano «ulteriore uso medico» anche le formulazioni innovative (brevetto di formulazione), le attività inaspettate rispetto all'azione presumibile in base alla formula della molecola, le associazioni di due o più principi attivi nonché i dosaggi particolari che presentano un effetto terapeutico superiore a quello prevedibile in seguito all'assunzione dei singoli componenti o della dose usuale oltre ai farmaci che provocano risposte inaspettate in specifiche sottopopolazioni di pazienti.

In sintesi, la decisione n. G 0002/08 ha stabilito che, «[w]here the subject matter of a claim is rendered novel only by a new therapeutic use of a

⁷⁹ Conclusioni dell'Avvocato Generale Trstenjak del 3 maggio 2012 in causa n. C-130/11, *Neurim Pharmaceuticals (1991) Ltd c. Comptroller-General of Patents*, cit. *supra*, nota 16, punto 31.

⁸⁰ Enlarged Board of Appeal of the European Patent Office, Decisione n. Gr 056/83 del 5 dicembre 1984, *OJ EPO*, vol. 8, n. 3 del 1985, p. 66, Order, par. 2. La c.d. *Swiss-type claim* si risolve nella seguente formulazione: «[u]se of a substance or composition X for the manufacture of a medicament for therapeutic application Z» (Information from the European Patent Office, *OJ EPO*, vol. 8, n. 3 del 1985, p. 84).

⁸¹ Enlarged Board of Appeal of the European Patent Office, Decisione n. G 0002/08 (dosage regime/Abbott Respiratory) del 19 febbraio 2010 (<http://www.epo.org/law-practice/case-law-appeals/pdf/g080002ex1.pdf>).

⁸² «La forma galenica di un medicinale è l'aspetto con cui esso si presenta (compressa, sciroppo, pomata, gel, supposta, polvere, ecc.) ed il modo in cui viene assorbito dall'organismo (rilascio prolungato, gastroresistente, ecc.)» (conclusioni dell'Avvocato Generale Léger del 24 novembre 2005 in causa n. C-431/04, *Massachusetts Institute of Technology*, in *Raccolta*, 2006, I, p. 4089, nota 14 al punto 11).

medicament, such claim may no longer have the format of a so called Swiss-type claim as instituted by decision G 5/83»⁸³.

Al contrario dell'interpretazione di brevetto presente nella CBE, la normativa dell'Unione sul CPC ha finora delineato in modo restrittivo la nozione di prima autorizzazione senza tenere in considerazione che la ricerca innovativa e l'impegno sia intellettuale che economico della sua conduzione non sono limitati esclusivamente alla fase di ideazione della molecola. In conseguenza di questa impostazione, l'Unione privilegia di fatto il brevetto di prodotto a discapito dei brevetti di ulteriore uso medico e di formulazione. Tuttavia, dal momento che «lo scopo principale del regolamento nel suo complesso è compensare l'investimento che culmina in un brevetto»⁸⁴, una distinzione basata esclusivamente sulla tipologia dell'opera inventiva non sembra rispondere ad oggettivi criteri di equità. Pur volendo salvaguardare la concorrenza e le finanze pubbliche, la normativa dovrebbe considerare anche i benefici delle nuove indicazioni sulla salute pubblica.

Secondo questa logica, una molecola già nota, se in grado di debellare un male incurabile grazie ad una posologia diversa da quella usuale, avrebbe un maggior diritto di tutela rispetto all'invenzione di un nuovo principio attivo per la cura di una patologia già perfettamente risolvibile con i farmaci in commercio.

A tale ragionamento si può obiettare che la contrapposizione tra male incurabile e banale patologia è un criterio che ha purtroppo scarse probabilità di applicazione. Infatti, è ragionevole predire che il confronto possa di norma coinvolgere due opzioni di importanza alquanto simile o almeno soggettiva come nei casi *Neurim*, qui discusso, (la regolazione del ciclo riproduttivo degli ovini contro l'insonnia primaria dell'uomo) e *Pharmacia*⁸⁵ (il trattamento sintomatologico del morbo di Parkinson contro l'inibizione degli enzimi della galattogenesi negli animali). Tuttavia, la Corte ha sancito che una nuova formulazione brevettata di carmustina non poteva ottenere il CPC nonostante il medicinale prolungasse in modo significativo l'aspettativa di vita di pazienti affetti da glioma maligno rispet-

⁸³ Enlarged Board of Appeal of the European Patent Office, Decisione n. G 0002/08 (dosage regime/Abbott Respiratory) del 19 febbraio 2010 (<http://www.epo.org/law-practice/case-law-appeals/pdf/g080002ex1.pdf>), Order, p. 44, par. 3.

⁸⁴ Conclusioni dell'Avvocato Generale Jacobs del 29 aprile 2004 in causa n. C-31/03, *Pharmacia Italia SpA*, già *Pharmacia & Upjohn SpA*, in *Raccolta*, 2004, I, p. 10001, punto 42.

⁸⁵ Sentenza della Corte di giustizia del 19 ottobre 2004 in causa n. C-31/03, *Pharmacia Italia SpA*, già *Pharmacia & Upjohn SpA*, cit. *supra*, nota 23.

to alla preparazione convenzionale dello stesso farmaco⁸⁶ in quanto, secondo la lettera dell'attuale normativa, «il carattere necessario a garantire l'efficacia terapeutica del principio attivo di una sostanza che non esercita alcun effetto terapeutico proprio non può essere considerato un criterio con un contenuto sufficientemente determinato»⁸⁷.

4. Interpretazione letterale vs interpretazione teleologica

In premessa, è interessante osservare come la Commissione abbia condiviso già nelle fasi iniziali del dibattito la tesi della *Neurim* secondo la quale l'art. 3, lett. d., del Regolamento (Cee) n. 1768/92 «non osta al rilascio di un certificato (...) fondato su una AIC (B) per un medicinale che contiene un principio attivo, qualora una precedente AIC (A) sia stata concessa per un altro medicinale che contiene detto principio attivo, purché i limiti della protezione conferita dal brevetto di base (...) non si estendano al medicinale oggetto della precedente AIC e purché siano soddisfatte le altre condizioni di cui all'articolo 3»⁸⁸. La posizione dell'istituzione appare tuttavia in contrasto con la scelta operata solo tre anni prima di procedere ad una codificazione⁸⁹ «non altera[ndo] minimamente il (...) contenuto e [...] apportando] esclusivamente *le modifiche formali* necessarie»⁹⁰ anziché proporre una revisione più sostanziale del Regolamento (Cee) n. 1768/92⁹¹.

Apparentemente incurante del parere della Commissione, l'Avvocato Generale ha iniziato le proprie conclusioni ricordando che l'interpretazione letterale del Regolamento (Cee) n. 1768/92 esclude la possibilità di ottenere il CPC se il medicinale non è stato oggetto della prima AIC nel-

⁸⁶ Conclusioni dell'Avvocato generale Léger del 24 novembre 2005 in causa n. C-431/04, *Massachusetts Institute of Technology*, cit. *supra*, nota 82, punto 19.

⁸⁷ Sentenza della Corte di giustizia del 4 maggio 2006 in causa n. C-431/04, *Massachusetts Institute of Technology*, cit. *supra*, nota 24, punto 29.

⁸⁸ Conclusioni dell'Avvocato Generale Trstenjak del 3 maggio 2012 in causa n. C-130/11, *Neurim Pharmaceuticals (1991) Ltd c. Comptroller-General of Patents*, cit. *supra*, nota 16, punto 16.

⁸⁹ Commissione delle Comunità europee, Codificazione della normativa comunitaria, Com(2001)645 def., 21 novembre 2001.

⁹⁰ Commissione delle Comunità europee, Proposta di regolamento (Ce) n. .../... del Parlamento Europeo e del Consiglio del / dell' [...] sul certificato protettivo complementare per i medicinali, Com(2008)369 def., 17 giugno 2008, p. 2, par. 4.

⁹¹ Si ricordi che, come affermato nel *considerando* n. 1 del Regolamento (Ce) n. 469/2009, il Regolamento (Cee) n. 1798/92 è stato oggetto di codificazione.

l'Unione⁹². Tale osservazione si allinea con le sentenze dei casi *Medeva*⁹³ e *Georgetown University*⁹⁴ nelle quali la Corte aveva ribadito che la concessione del CPC è subordinata all'esistenza di un brevetto di base, in cui siano presenti le rivendicazioni del principio attivo oggetto della domanda, di un'AIC valida per un medicinale contenente lo stesso principio attivo oltre alla mancanza di una precedente autorizzazione di un qualsiasi medicinale contenente lo stesso principio attivo.

La premessa di Trstenjak sembrava quindi preannunciare una soluzione sfavorevole alla tesi dell'industria farmaceutica in quanto il ragionamento, sostenuto dai precedenti giurisprudenziali, pareva inoltrarsi lungo una strada che avrebbe sancito il definitivo rifiuto del certificato. Questa impressione viene tuttavia smentita nel momento in cui il filo logico delle conclusioni si allontana dal solco tracciato dalla lettera della norma per addentrarsi nell'interpretazione teleologica⁹⁵. Tale modo di procedere è coerente con «la costante giurisprudenza [della Corte] secondo la quale, ai fini dell'interpretazione di una norma del diritto dell'Unione, si deve tener conto non soltanto della lettera della stessa, ma anche del suo contesto e degli scopi perseguiti dalla normativa di cui essa fa parte»⁹⁶.

L'analisi del Regolamento (Cee) n. 1768/92 induce Trstenjak a condividere nei fatti l'affermazione che «non basta incentivare la ricerca e lo sviluppo di nuovi principi attivi per garantire un costante miglioramento dei trattamenti sanitari»⁹⁷ riconoscendo, quindi, che sarebbe contrario agli

⁹² Conclusioni dell'Avvocato Generale Trstenjak del 3 maggio 2012 in causa n. C-130/11, *Neurim Pharmaceuticals (1991) Ltd c. Comptroller-General of Patents*, cit. supra, nota 16, punto 24.

⁹³ Sentenza della Corte di giustizia del 24 novembre 2011 in causa n. C-322/10, *Medeva BV c. Comptroller General of Patents, Designs and Trade Marks*, cit. supra, nota 64.

⁹⁴ Sentenza della Corte di giustizia del 24 novembre 2011 in causa n. C-422/10, *Georgetown University e altri c. Comptroller General of Patents, Designs and Trade Marks*, cit. supra, nota 64.

⁹⁵ Conclusioni dell'Avvocato Generale Trstenjak del 3 maggio 2012 in causa n. C-130/11, *Neurim Pharmaceuticals (1991) Ltd c. Comptroller-General of Patents*, loc. cit., punto 28. La nota 10 delle conclusioni nella causa *Neurim* ricorda che il metodo teleologico era già stato utilizzato per questioni riguardanti il CPC nelle sentenze della Corte di giustizia dell'8 dicembre 2011 in causa n. C-125/10, *Merck Sharp & Dohme Corp. c. Deutsches Patent- und Markenamt*, cit. supra, nota 42, punto 29; dell'11 dicembre 2003 in causa n. C-127/00, *Hässle AB c. Ratiopharm GmbH*, cit. supra, nota 58, punto 55 e del 3 settembre 2009 in causa n. C-482/07, *AHP Manufacturing BV c. Bureau voor de Industriële Eigendom*, cit. supra, nota 67, punto 27.

⁹⁶ 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*, non ancora pubblicata in *Raccolta*, punto 12 e in questa *Rivista*, 2012, p. 677 con commento di F. FORNI, *L'assicurazione contro l'annullamento del viaggio non è necessaria per volare*, p. 681 ss.

⁹⁷ Conclusioni dell'Avvocato Generale Léger del 24 novembre 2005 in causa n. C-431/04, *Massachusetts Institute of Technology*, cit. supra, nota 82, punto 48.

obiettivi del Regolamento il rifiuto del rilascio del CPC basato sul solo fatto che lo stesso principio attivo era stato in precedenza già immesso in commercio in un medicinale avente una diversa indicazione. In pratica, l'Avvocato Generale non ravvede logicità nell'eventuale decisione di negare il CPC ad un prodotto farmaceutico per il solo motivo che il farmaco ivi contenuto era già stato in precedenza autorizzato per la cura di una diversa malattia⁹⁸.

Tale ragionamento privilegia la lettera del primo⁹⁹ e del secondo¹⁰⁰ *considerando* del Regolamento (Cee) n. 1768/92 i quali individuano la necessità di tutelare la ricerca farmaceutica in generale al contrario del terzo *considerando*¹⁰¹ il quale circoscrive lo scopo del Regolamento al recupero del tempo perso nella lunga ed onerosa valutazione dell'innocuità e dell'efficacia cui è sottoposto il farmaco prima di ottenere l'AIC. Tuttavia, si può escludere che la formulazione del terzo *considerando* voglia rifiutare il rilascio del CPC nel caso in cui le prove di innocuità sulla nuova indicazione siano desumibili dal brevetto originale in mancanza di un collegamento logico tra tossicità del farmaco e malattia del paziente. Non si può infatti negare che anche l'accertamento sperimentale dell'assenza di una tale connessione comporti un dispendio di tempo e risorse e che le prove cliniche intraprese per dimostrare l'efficacia di un farmaco noto in una nuova patologia, in un nuovo dosaggio o in una nuova formulazione siano altrettanto onerose di quelle svolte in occasione del rilascio della prima AIC.

La Corte non si è addentrata in tale discussione limitandosi a condividere il ragionamento dell'Avvocato Generale nel momento in cui stabilisce che la prima AIC sia da riconoscere al «prodotto in quanto medicinale che sfrutta [... un] nuovo uso ai sensi dell'articolo 3, lettera d), del regolamento» (Cee) n. 1768/92¹⁰². In base a questa considerazione, in pratica,

⁹⁸ Conclusioni dell'Avvocato Generale Trstenjak del 3 maggio 2012 in causa n. C-130/11, *Neurim Pharmaceuticals (1991) Ltd c. Comptroller-General of Patents*, cit. *supra*, nota 16, punto 45.

⁹⁹ Regolamento (Cee) n. 1768/92, *considerando* n. 1: «considerando che la ricerca nel settore farmaceutico contribuisce in modo decisivo al costante miglioramento della salute pubblica».

¹⁰⁰ *Ivi*, *considerando* n. 2: «considerando che i medicinali, in particolare quelli derivanti da una ricerca lunga e costosa, potranno continuare ad essere sviluppati nella Comunità e in Europa solo se potranno beneficiare di una normativa favorevole che preveda una protezione sufficiente a incentivare tale ricerca».

¹⁰¹ *Ivi*, *considerando* n. 3: «considerando che attualmente il periodo che intercorre fra il deposito di una domanda di brevetto per un nuovo medicinale e l'autorizzazione di immissione in commercio dello stesso riduce la protezione effettiva conferita dal brevetto ad una durata insufficiente ad ammortizzare gli investimenti effettuati nella ricerca».

¹⁰² Sentenza della Corte di giustizia del 19 luglio 2012 in causa n. C-130/11, *Neurim Pharmaceuticals (1991) Ltd c. Comptroller-General of Patents*, cit. *supra*, nota 1, punto 26.

una nuova indicazione terapeutica di un farmaco noto «può consentire al (...) titolare [dell'AIC] di ottenere un CPC la cui sfera di protezione potrà comunque estendersi non al principio attivo in quanto tale, ma solo al nuovo uso di tale prodotto»¹⁰³.

Secondo l'Avvocato Generale tale interpretazione è coerente con la «relazione esplicativa sull'originaria proposta di regolamento»¹⁰⁴ [... in cui la Commissione] aveva sottolineato che tutte le attività di ricerca dovrebbero beneficiare di una protezione adeguata a prescindere dal loro obiettivo o dal loro risultato»¹⁰⁵. Affermazione fondamentale nell'economia del ragionamento dal momento che la conclusione della Corte si sarebbe potuta indirizzare verso un risultato diametralmente opposto stabilendo una lettura diversa del decimo *considerando* della stessa proposta secondo cui «la protezione che esso [CPC] conferisce deve inoltre essere strettamente limitata al prodotto oggetto dell'autorizzazione di immissione in commercio». Il precedente orientamento espresso nelle sentenze *Synthon*¹⁰⁶ e *Generics*¹⁰⁷, non intravedendo la necessità «di recuperare [...] il ritardo addebitabile alle tempistiche regolatorie» nel caso in cui il medicinale avesse ottenuto una seconda AIC per una nuova indicazione¹⁰⁸, faceva coincidere il «prodotto oggetto dell'autorizzazione di immissione in commercio» con il prodotto oggetto della prima AIC in quanto medicinale. In altri termini, il principio attivo diventava medicinale nel momento in cui la concessione di una AIC ne riconosceva la qualifica di rimedio farmacologico. La sentenza *Neurim* affina tale concetto stabilendo un doveroso collegamento tra «il principio attivo o la composizione di principi attivi di un medicinale»¹⁰⁹ e la specifica indicazione terapeutica stabilita nell'AIC limitando il CPC allo stretto «oggetto dell'autorizzazione di immissione in commercio» senza estenderlo ad ogni «prodotto in quanto medicinale» [art. 3, lett. d., del Regolamento (Cee) n. 1768/92]. Tale precisazione rispetta la disposi-

¹⁰³ Sentenza della Corte di giustizia del 19 luglio 2012 in causa n. C-130/11, *Neurim Pharmaceuticals (1991) Ltd c. Comptroller-General of Patents*, cit. *supra*, nota 1, punto 25.

¹⁰⁴ Proposta di Regolamento (Cee) del Consiglio sulla creazione di un certificato protettivo complementare per i medicinali, Com(90)101 def., in *Guce* n. C 114 dell'8 maggio 1990, p. 10 ss.

¹⁰⁵ Conclusioni dell'Avvocato Generale Trstenjak del 3 maggio 2012 in causa n. C-130/11, *Neurim Pharmaceuticals (1991) Ltd c. Comptroller-General of Patents*, cit. *supra*, nota 16, punto 50.

¹⁰⁶ Sentenza della Corte di giustizia del 28 luglio 2011 in causa n. C-195/09, *Synthon BV c. Merz Pharma GmbH & Co. KGaA*, cit. *supra*, nota 57.

¹⁰⁷ Sentenza della Corte di giustizia del 28 luglio 2011 in causa n. C-427/09, *Generics (UK) Ltd c. Synapsech Inc.*, cit. *supra*, nota 57.

¹⁰⁸ F. MASSIMINO, *Certificato complementare di protezione, la Corte di giustizia restringe il perimetro*, in *Dir. pubbl. comp. eur.*, 2011, p. 1592.

¹⁰⁹ Regolamento (Cee) n. 1768/92, art. 1, lett. b.

zione secondo la quale «[n]essun medicinale può essere immesso in commercio in uno Stato membro senza un'autorizzazione all'immissione in commercio»¹¹⁰ rilasciata in seguito alla valutazione positiva di una domanda corredata, tra l'altro, dalle indicazioni terapeutiche¹¹¹. In questo modo il CPC viene rivisto alla luce della normativa dell'Unione sui medicinali all'interno della quale «l'ambito e l'effetto di protezione del certificato protettivo complementare risultano limitati a quegli impieghi del prodotto in quanto medicinale per i quali sussista un'autorizzazione di immissione in commercio»¹¹².

Questo ragionamento conferma l'impossibilità di concedere il certificato a quei «medicinali in linea di principio equivalenti da un punto di vista terapeutico a quello protetto dal certificato [che] vengano a porsi in concorrenza con quest'ultimo (...) pregiudica[ndo] l'obiettivo del regolamento n. 1768/92, che sarebbe quello di assicurare al titolare del brevetto di base un'esclusiva sul mercato durante un dato periodo eccedente il periodo di validità del brevetto stesso»¹¹³. Nello stesso tempo, il nuovo orientamento della Corte riconosce ai medicinali non equivalenti da un punto di vista terapeutico a quello già protetto dal certificato i vantaggi del CPC in quanto tali medicinali non si pongono in concorrenza con il farmaco già presente sul mercato essendo il loro impiego autorizzato solo per una diversa indicazione terapeutica.

5. Gli eventuali abusi derivanti dall'interpretazione teleologica

La protezione della ricerca farmaceutica deve essere perseguita nel rispetto dei legittimi interessi di tutti gli attori del sistema salute (imprese che si impegnano nella ricerca, produttori di generici, pazienti e sistemi sanitari) che l'Unione si era proposta di tutelare con l'adozione del Regolamento (Cee) n. 1768/92. La posizione di equilibrio raggiunta dal legislatore non deve quindi essere perturbata da modifiche sprovviste di un reale valore innovativo che siano apportate al medicinale al solo scopo di pro-

¹¹⁰ Direttiva n. 2001/83/Ce, art. 6, par. 1.

¹¹¹ *Ivi*, art. 8, par. 2, lett. e.

¹¹² Conclusioni riunite dell'Avvocato Generale Trstenjak del 13 luglio 2011 in cause riunite n. C-322/10, *Medeva BV c. Comptroller General of Patents, Designs and Trade Marks*, e n. C-422/10, *Georgetown University e altri c. Comptroller General of Patents, Designs and Trade Marks*, cit. *supra*, nota 78, punto 102.

¹¹³ Sentenza della Corte di giustizia del 16 settembre 1999 in causa n. C-392/97, *Farmitalia Carlo Erba Srl*, in *Raccolta*, 1999, I, p. 5553, punto 18.

lungare la protezione brevettuale¹¹⁴. Un simile abuso potrebbe essere ad esempio realizzato depositando in tempi diversi domande di brevetto che rivendichino l'efficacia di un medicinale noto per curare malattie molto simili tra loro. Tale problematica, emersa durante la discussione del caso *Neurim*, era stata già in precedenza sollevata da Trstenjak la quale si era preoccupata che l'interpretazione teleologica dell'art. 3, lett. *a.*, del Regolamento (Cee) n. 1768/92 potesse «essere utilizzata al fine di eludere il sistema della limitazione della durata dei certificati protettivi complementari»¹¹⁵ essendo «evidente che un certificato protettivo complementare non può essere accordato ogni qualvolta le caratteristiche di una composizione medicinale subiscono una leggera modifica»¹¹⁶.

L'eventuale utilizzo di una nuova indicazione a scopi abusivi sembra tuttavia di difficile realizzazione pratica dal momento che un'invenzione ovvia difficilmente supererebbe il criterio di novità necessario per ottenere un nuovo brevetto. Infatti, dal momento che l'interpretazione giurisprudenziale consente di ottenere un solo CPC «per un uso terapeutico corrispondente a quello tutelato dal brevetto addotto a sostegno della domanda»¹¹⁷, la concessione del certificato è subordinata all'esistenza di tale titolo che non è rilasciato in mancanza di dati innovativi o in presenza di rivendicazioni già incluse nell'ambito di protezione del precedente brevetto¹¹⁸. Solo nel caso in cui la nuova indicazione rappresentasse una reale novità, il brevetto potrà essere rilasciato consentendo la successiva concessione del CPC anche ad un medicinale in possesso di una AIC che, dal

¹¹⁴ Conclusioni dell'Avvocato Generale Trstenjak del 3 maggio 2012 in causa n. C-130/11, *Neurim Pharmaceuticals (1991) Ltd c. Comptroller-General of Patents*, cit. *supra*, nota 16, punto 41. L'Avvocato Generale Léger (conclusioni del 24 novembre 2005 in causa n. C-431/04, *Massachusetts Institute of Technology*, cit. *supra*, nota 82, punto 56) aveva ricordato che «una gran parte dei medicinali in commercio contiene solo pochi o nessun elemento innovativo. È estremamente frequente che un medesimo principio attivo riceva più autorizzazioni successive di immissione in commercio ogni qualvolta interviene una modifica di minore importanza nella sua forma farmaceutica, nel dosaggio, nella composizione (sale o estere differenti) ovvero nelle sue indicazioni. Così, ad esempio, l'aspirina, che è un principio attivo, può essere attualmente commercializzata in forma di polvere o di compressa, o ancora in forma solubile, effervescente o addizionata di vitamine».

¹¹⁵ Conclusioni riunite dell'Avvocato Generale Trstenjak del 13 luglio 2011 in cause riunite n. C-322/10, *Medeva BV c. Comptroller General of Patents, Designs and Trade Marks*, e n. C-422/10, *Georgetown University e altri c. Comptroller General of Patents, Designs and Trade Marks*, cit. *supra*, nota 78, punto 92.

¹¹⁶ Conclusioni dell'Avvocato Generale Léger del 24 novembre 2005 in causa C-431/04, *Massachusetts Institute of Technology*, loc. cit., punto 57.

¹¹⁷ Sentenza della Corte di giustizia del 19 luglio 2012 in causa n. C-130/11, *Neurim Pharmaceuticals (1991) Ltd c. Comptroller-General of Patents*, cit. *supra*, nota 1, punto 26.

¹¹⁸ Conclusioni dell'Avvocato Generale Trstenjak del 3 maggio 2012 in causa n. C-130/11, *Neurim Pharmaceuticals (1991) Ltd c. Comptroller-General of Patents*, loc. cit., punto 56.

punto di vista cronologico, non rappresenta la prima autorizzazione per un prodotto a base di quello specifico principio attivo.

Questa visione è sintetizzata nelle conclusioni dell'Avvocato Generale la quale, per sottolineare il diritto alla premialità del solo risultato originale della ricerca, utilizza l'espressione «nell'ambito di protezione del medesimo brevetto di base»¹¹⁹ distaccandosi dalla locuzione «nei limiti della protezione conferita dal brevetto di base» che lei stessa aveva ripreso dall'art. 4 del Regolamento (Cee) n. 1768/92¹²⁰ per inserirla nelle conclusioni del caso *Medeva*¹²¹ in relazione all'art. 3, lett. a., dello stesso Regolamento. Il cambiamento di termini è funzionale al riconoscimento dell'innovazione e a prevenire l'abuso in quanto la nuova indicazione, se ovvia, ricadrebbe nell'ambito di protezione del brevetto di base anche nel caso in cui non fosse stata esplicitamente inserita nelle rivendicazioni di tale documento.

Un secondo ragionamento basato su considerazioni meramente economiche induce a ritenere infondato il timore di abusi atti a prolungare indebitamente il monopolio commerciale. Non si può infatti ritenere ragionevole che un'impresa si esponga consapevolmente al rischio di essere preceduta da una ditta concorrente nel deposito della domanda di brevetto su un secondo uso medico se tale indicazione è evidente sulla base delle caratteristiche o delle proprietà della molecola.

6. Conclusioni

La sentenza *Neurim* precisa il significato dell'art. 3, par. c., del Regolamento (Cee) n. 1768/92 il quale limita ad uno solo il numero di CPC che può essere rilasciato per lo stesso prodotto, affermando come il medicinale non costituisca solo il «principio attivo o la composizione di principi atti-

¹¹⁹ Conclusioni dell'Avvocato Generale Trstenjak del 3 maggio 2012 in causa n. C-130/11, *Neurim Pharmaceuticals (1991) Ltd c. Comptroller-General of Patents*, cit. *supra*, nota 16, punto 56.

¹²⁰ Regolamento (Cee) n. 1768/92, art. 4: «Nei limiti della protezione conferita dal brevetto di base, la protezione conferita dal certificato riguarda il solo prodotto oggetto dell'autorizzazione di immissione in commercio del medicinale corrispondente, per qualsiasi impiego del prodotto in quanto medicinale, che sia stato autorizzato prima della scadenza del certificato».

¹²¹ Conclusioni riunite dell'Avvocato Generale Trstenjak del 13 luglio 2011 in cause riunite n. C-322/10, *Medeva BV c. Comptroller General of Patents, Designs and Trade Marks*, e n. C-422/10, *Georgetown University e altri c. Comptroller General of Patents, Designs and Trade Marks*, cit. *supra*, nota 78, punto 108, secondo cui, «[q]ualora venga rilasciato un certificato protettivo complementare per un principio attivo (...), l'effetto di protezione di detto certificato riguarda, di conseguenza, nei limiti della protezione conferita dal brevetto di base, tutti gli impieghi del prodotto nei medicinali successivamente sviluppati, la cui immissione in commercio sia stata autorizzata prima della scadenza del certificato».

vi»¹²², ma sia l'oggetto dell'AIC. Questa puntualizzazione ha consentito un cambiamento di orientamento rispetto alla precedente giurisprudenza che aveva interpretato la normativa sul CPC in riferimento al prodotto in quanto principio attivo trascurando le proprietà del prodotto in quanto medicinale.

Bisogna riconoscere all'Avvocato Generale Trstenjak il merito di avere presentato la sua tesi pur in presenza di «diversi orientamenti giurisprudenziali, in parte difficilmente conciliabili»¹²³, senza lasciarsi influenzare dal fatto che la Corte avesse in precedenza stabilito che il «prodotto» «è da intendersi nel senso stretto di "sostanza attiva" o di "principio attivo"»¹²⁴. Discostandosi da questa lettura restrittiva, la sentenza *Neurim* riconosce che sarebbe illogico dichiarare il brevetto di un determinato principio attivo il «brevetto di base per tutte le composizioni di principi attivi nelle quali sia impiegato» tale farmaco¹²⁵ riconoscendo che «l'obiettivo del miglioramento costante della sanità pubblica esige che sia data sufficiente protezione giuridica alle innovazioni in grado di potenziare l'efficacia terapeutica delle sostanze attive»¹²⁶.

Questa inversione di tendenza è favorevole all'industria farmaceutica in quanto consente di ottenere, in presenza di una reale innovazione, un'estensione della durata temporale dei brevetti sui nuovi medicinali che contengono principi attivi già in precedenza autorizzati nell'Unione europea. Anche se la Corte si è pronunciata solo su un caso riguardante un secondo uso medico, si può ragionevolmente ritenere che la protezione del CPC possa essere estesa a qualsiasi altra modifica del medicinale, come ad esempio una nuova formulazione, o variazione della molecola del principio attivo, quale un nuovo sale, un differente enantiomero o una diversa forma fisica, qualora tali cambiamenti non siano marginali, ma costitui-

¹²² Regolamento (Cee) n. 1768/92, art. 1, lett. b.

¹²³ Conclusioni dell'Avvocato Generale Trstenjak del 3 maggio 2012 in causa n. C-130/11, *Neurim Pharmaceuticals (1991) Ltd c. Comptroller-General of Patents*, cit. supra, nota 16, punto 58. La presenza di una diversa visione giurisprudenziale si evidenzia, ad esempio, nella sentenza della Corte di giustizia del 19 ottobre 2004 in causa n. C-31/03, *Pharmacia Italia SpA, già Pharmacia & Upjohn SpA*, cit. supra, nota 23, in cui non è stata riconosciuta nessuna differenza tra AIC in commercio per uso umano e per uso veterinario, negando quindi la possibilità di ottenere il rilascio del CPC in casi simili a quello oggetto di questo commento.

¹²⁴ Sentenza della Corte del 4 maggio 2006 in causa n. C-431/04, *Massachusetts Institute of Technology*, cit. supra, nota 24.

¹²⁵ Conclusioni riunite dell'Avvocato Generale Trstenjak del 13 luglio 2011 in cause riunite n. C-322/10, *Medeva BV c. Comptroller General of Patents, Designs and Trade Marks*, e n. C-422/10, *Georgetown University e altri c. Comptroller General of Patents, Designs and Trade Marks*, cit. supra, nota 78, punto 72.

¹²⁶ Conclusioni dell'Avvocato Generale Léger del 24 novembre 2005 in causa n. C-431/04, *Massachusetts Institute of Technology*, cit. supra, nota 82, punto 47.

scano vere innovazioni atte a produrre un autentico miglioramento delle proprietà terapeutiche del farmaco.

La realizzazione di un simile scenario ha suscitato alcune perplessità a causa delle problematiche derivanti da una maggior complessità nella comprensione delle condizioni necessarie al rilascio del CPC.¹²⁷ I diversi uffici nazionali degli Stati membri, cui compete il rilascio del certificato, potrebbero infatti sviluppare criteri di valutazione notevolmente differenti in contrasto con l'obiettivo di armonizzazione perseguito dal Regolamento (Cee) n. 1768/92 il cui scopo, come già ricordato, consiste nell'eliminare una parte degli ostacoli che si frappongono alla libera circolazione dei medicinali. Nel riconoscere inevitabile la presenza di un certo margine di discrezionalità, si deve tuttavia ritenere che le decisioni dei diversi organi nazionali non potranno essere completamente divergenti in quanto la valutazione dell'innovazione e del miglioramento terapeutico si dovrà basare sulle evidenze contenute nel brevetto di base e nell'AIC¹²⁸.

Il quadro aperto dalla sentenza *Neurim* offre tuttavia anche un ulteriore spunto di riflessione in quanto potrebbe produrre situazioni di difficile risoluzione. Ad esempio, potrebbe verificarsi il caso in cui lo stesso brevetto di base contenga la rivendicazione dell'efficacia del principio attivo in due patologie non collegabili tra loro e quindi completamente differenti (A e B). In presenza di una tale situazione, un produttore potrebbe ottenere, dieci anni dopo il deposito del brevetto, l'AIC per una formulazione solida orale (comprese, capsule) attiva solo nel trattamento di A. Lunghe e costose indagini potrebbero in seguito consentire di stabilire che la malattia B può essere debellata solo attraverso una forma iniettabile non innovativa per la quale verrebbe concessa l'AIC quindici anni dopo il deposito del brevetto. Ovviamente, essendo le due indicazioni contemplate dallo stesso brevetto di base, la normativa consentirebbe la concessione di un solo CPC. Di conseguenza, le compresse per la cura di A sarebbero protette dal CPC per i cinque anni successivi alla scadenza del brevetto, mentre l'esclusiva sulle fiale per la cura di B terminerebbe con la fine della protezione brevettuale.

Questo esempio sottolinea come il deposito in tempi diversi delle domande di brevetto potrebbe rappresentare a volte non un abuso, ma un semplice mezzo di difesa della proprietà intellettuale in presenza di una

¹²⁷ Tale preoccupazione era stata sollevata dalla Francia durante la discussione del caso *MIT*. Si vedano a tale proposito le conclusioni dell'Avvocato Generale Léger del 24 novembre 2005 in causa n. C-431/04, *Massachusetts Institute of Technology*, cit. *supra*, nota 82, punto 63 ss.

¹²⁸ *Ivi*, punto 66 ss.

normativa non ancora perfettamente in grado di soddisfare tutte le esigenze e di valutare tutte le situazioni.

Federico Forni*

SINTESI

La Corte di giustizia, nel discutere uno dei requisiti necessari per ottenere il certificato protettivo complementare (CPC), cioè il titolo che consente di prolungare il monopolio sul medicinale dopo la scadenza del brevetto, ha emesso una sentenza (*Neurim*, causa n. C-130/11) di notevole importanza in quanto stabilisce la possibilità di concedere tale certificato anche alle nuove indicazioni di un farmaco noto. In presenza di una reale innovazione, l'industria dei prodotti farmaceutici potrà di conseguenza ammortizzare le risorse profuse nella ricerca di nuove applicazioni terapeutiche di un principio attivo mediante l'estensione della durata temporale dei brevetti sui farmaci che contengono una sostanza già in precedenza autorizzata come medicinale nell'Unione europea.

ABSTRACT

The Court of Justice recently interpreted one of the requirements which must be satisfied to obtain a supplementary protection certificate (SPC), viz. the title allowing the extension of the monopoly on a medicine after the expiry of the patent. The judgment delivered in the Neurim case (No. C-130/11) appears extremely important since it states the possibility of granting the SPC also to a new indication of a known drug. Therefore, the pharmaceutical industry, in front of a real innovation, can amortize the resources spent in the search of new therapeutical applications of an active substance extending the duration of patents on drugs containing active ingredients previously authorized in the European Union.

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

**ACCORDI DI COLLABORAZIONE TRA ENTI PUBBLICI
PER ATTIVITÀ DI INTERESSE COMUNE. AL VAGLIO DELLA
CORTE DI GIUSTIZIA LA LEGITTIMITÀ DI AFFIDAMENTI
SENZA GARA NEGLI APPALTI PUBBLICI**

Corte di giustizia

Sentenza del 19 dicembre 2012 in causa n. C-159/11*

Azienda Sanitaria Locale di Lecce, Università del Salento c. Ordine degli Ingegneri della Provincia di Lecce e altri

Art. 267 TFUE - Questione pregiudiziale - Direttiva n. 2004/18/Ce, art. 1, par. 2, lett. a. e d - Coordinamento delle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di lavori, di forniture e di servizi - Accordi di cooperazione tra pubbliche amministrazioni - Limiti oggettivi e soggettivi per garantire il rispetto delle procedure in materia di appalti pubblici.

Il diritto dell'Unione in materia di appalti pubblici osta ad una normativa nazionale che autorizzi la stipulazione, senza previa gara, di un contratto mediante il quale taluni enti pubblici istituiscono tra loro una cooperazione, nel caso in cui – ciò che spetta al giudice del rinvio verificare – tale contratto non abbia il fine di garantire l'adempimento di una funzione di servizio pubblico comune agli enti medesimi, non sia retto unicamente da considerazioni ed esigenze connesse al perseguimento di obiettivi d'interesse pubblico, oppure sia tale da porre un prestatore privato in una situazione privilegiata rispetto ai suoi concorrenti.

(Omissis) In diritto

1. La domanda di pronuncia pregiudiziale verte sull'interpretazione degli artt. 1, par. 2, lett. a. e d., 2 e 28, nonché dell'allegato II A, categorie 8 e 12, della direttiva n. 2004/18/Ce del Parlamento europeo e del Consiglio, del 31 marzo 2004, relativa al coordinamento delle procedure di aggiudicazione degli appalti

* Inedita in *Raccolta*. Il testo integrale della sentenza è reperibile sul sito internet www.curia.europa.eu. In argomento v. *infra*, p. 433 ss., il commento di *ANDREA SONCINI*.

pubblici di lavori, di forniture e di servizi (*Guce* n. L 134, p. 114), come modificata dal regolamento (Ce) n. 1422/2007 della Commissione, del 4 dicembre 2007 (*Guce* n. L 317, p. 34; in prosieguito: la «direttiva 2004/18»).

2. Tale domanda è stata proposta nell'ambito di una controversia tra, da un lato, l'Azienda Sanitaria Locale di Lecce (in prosieguito: l'«ASL») e l'Università del Salento (in prosieguito: l'«Università») e, dall'altro, l'Ordine degli Ingegneri della Provincia di Lecce e altri, vertente su un contratto di consulenza stipulato tra l'ASL e l'Università (in prosieguito: il «contratto di consulenza»), avente ad oggetto lo studio e la valutazione della vulnerabilità sismica delle strutture ospedaliere della Provincia di Lecce.

Contesto normativo

Il diritto dell'Unione (Omissis)

Procedimento principale e questione pregiudiziale (Omissis)

Sulla questione pregiudiziale

22. Con la sua questione il giudice del rinvio chiede, in sostanza, se la direttiva n. 2004/18 debba essere interpretata nel senso che essa osta a una normativa nazionale che autorizzi la stipulazione, senza previa gara, di un contratto mediante il quale due amministrazioni pubbliche istituiscono tra loro una cooperazione come quella di cui al procedimento principale.

23. Preliminarmente, occorre osservare che l'applicazione della direttiva n. 2004/18 a un appalto pubblico è subordinata alla condizione che il valore stimato di quest'ultimo raggiunga la soglia stabilita all'art. 7, lett. b., della direttiva medesima, tenendo conto del valore normale sul mercato dei lavori, delle forniture o dei servizi oggetto di tale appalto pubblico. In caso contrario, si applicano le norme fondamentali e i principi generali del Trattato FUE, segnatamente i principi della parità di trattamento e di non discriminazione a motivo della nazionalità, nonché l'obbligo di trasparenza che ne deriva, purché l'appalto in questione presenti un interesse transfrontaliero certo, tenuto conto, in particolare, della sua importanza e del luogo della sua esecuzione (v. in tal senso, in particolare, sentenza del 15 maggio 2008, *SECAP e Santorso*, n. C-147/06 e n. C-148/06, in *Raccolta*; I, p. 3565, punti 20, 21 e 31 nonché la giurisprudenza citata).

24. Tuttavia, la circostanza che il contratto controverso nel procedimento principale possa rientrare, eventualmente, o nell'ambito di applicazione della direttiva n. 2004/18, o in quello delle norme fondamentali e dei principi generali del Trattato FUE non influisce sulla risposta da fornire alla questione sollevata. Infatti, i criteri enunciati nella giurisprudenza della Corte per valutare se il previo svolgimento di una gara sia o no obbligatorio rilevano sia per l'interpretazione di tale direttiva, sia per l'interpretazione di dette norme e principi del Trattato FUE (v., in tal senso, sentenza del 10 settembre 2009, *Sea*, n. C-573/07, in *Raccolta*; I, p. 8127, punti 35-37).

25. Ciò precisato, si deve rilevare che, in conformità all'art. 1, par. 2, della direttiva n. 2004/18, un contratto a titolo oneroso stipulato per iscritto tra un

operatore economico e un'amministrazione aggiudicatrice, ed avente per oggetto la prestazione di servizi di cui all'allegato II A di tale direttiva, costituisce un appalto pubblico.

26. Al riguardo, in primo luogo, è influente la circostanza che tale operatore sia esso stesso un'amministrazione aggiudicatrice (v., in tal senso, sentenza del 18 novembre 1999, *Teckal*, n. C-107/98, in *Raccolta*, I, p. 8121, punto 51). È inoltre indifferente che l'ente in questione non persegua un preminente scopo di lucro, che non abbia una struttura imprenditoriale, od anche che non assicuri una presenza continua sul mercato (v., in tal senso, sentenza *CoNISMa*, cit., punti 30 e 45).

27. In tal senso, riguardo a soggetti quali le università pubbliche, la Corte ha dichiarato che a siffatti enti è in linea di principio consentito partecipare ad un procedimento di aggiudicazione di un appalto pubblico di servizi. Tuttavia, gli Stati membri possono disciplinare le attività di tali soggetti e, in particolare, autorizzarli o non autorizzarli ad operare sul mercato, tenuto conto dei loro fini istituzionali e statutari. Comunque, se e nei limiti in cui i suddetti soggetti siano autorizzati a offrire taluni servizi sul mercato, non può essere loro vietato di partecipare a una gara d'appalto avente ad oggetto i servizi in questione (v., in tal senso, sentenza *CoNISMa*, cit., punti 45, 48, 49 e 51). Orbene, nel caso di specie, il giudice del rinvio ha indicato che l'art. 66, primo comma, del decreto del Presidente della Repubblica n. 382 dell'11 luglio 1980 autorizza espressamente le università pubbliche a fornire prestazioni di ricerca e consulenza a enti pubblici o privati, purché tale attività non comprometta la loro funzione didattica.

28. In secondo luogo, attività quali quelle costituenti l'oggetto del contratto in esame nel giudizio principale, pur potendo rientrare – come menzionato dal giudice del rinvio – nel campo della ricerca scientifica, ricadono, secondo la loro natura effettiva, nell'ambito dei servizi di ricerca e sviluppo di cui all'allegato II A, categoria 8, della direttiva n. 2004/18, oppure nell'ambito dei servizi d'ingegneria e dei servizi affini di consulenza scientifica e tecnica indicati nella categoria 12 di tale allegato.

29. In terzo luogo, come chiarito dall'avvocato generale ai par. 32-34 delle sue conclusioni, e come risulta dal senso normalmente e abitualmente attribuito all'espressione «a titolo oneroso», un contratto non può esulare dalla nozione di appalto pubblico per il solo fatto che la remunerazione in esso prevista sia limitata al rimborso delle spese sostenute per fornire il servizio convenuto.

30. Salve le verifiche di competenza del giudice del rinvio, risulta che il contratto controverso nel procedimento principale presenta tutte le caratteristiche enunciate ai punti 26-29 della presente sentenza.

31. Emerge tuttavia dalla giurisprudenza della Corte che due tipi di appalti conclusi da enti pubblici non rientrano nell'ambito di applicazione del diritto dell'Unione in materia di appalti pubblici.

32. Si tratta, in primo luogo, dei contratti di appalto stipulati da un ente pubblico con un soggetto giuridicamente distinto da esso, quando detto ente eserciti su tale soggetto un controllo analogo a quello che esso esercita sui propri servizi e, al contempo, il soggetto in questione realizzi la parte più importante della propria attività con l'ente o con gli enti che lo controllano (v., in tal senso,

sentenza *Teckal*, *cit.*, punto 50).

33. È comunque assodato che tale eccezione non è applicabile in un contesto come quello di cui al procedimento principale, dal momento che dalla decisione di rinvio risulta che l'ASL non esercita alcun controllo sull'Università.

34. In secondo luogo, si tratta dei contratti che istituiscono una cooperazione tra enti pubblici finalizzata a garantire l'adempimento di una funzione di servizio pubblico comune a questi ultimi (v., in tal senso, sentenza del 9 giugno 2009, *Commissione c. Germania*, n. C-480/06, in *Raccolta*, I, p. 4747, punto 37).

35. In tale ipotesi, le norme del diritto dell'Unione in materia di appalti pubblici non sono applicabili, a condizione che – inoltre – tali contratti siano stipulati esclusivamente tra enti pubblici, senza la partecipazione di una parte privata, che nessun prestatore privato sia posto in una situazione privilegiata rispetto ai suoi concorrenti, e che la cooperazione da essi istituita sia retta unicamente da considerazioni ed esigenze connesse al perseguimento di obiettivi d'interesse pubblico (v., in tal senso, sentenza *Commissione c. Germania*, *cit.*, punti 44 e 47).

36. Se è pur vero che, come rilevato dal giudice del rinvio, un contratto come quello controverso nel procedimento principale sembra soddisfare taluni dei criteri menzionati nei due precedenti punti della presente sentenza, un contratto siffatto può tuttavia esulare dall'ambito di applicazione del diritto dell'Unione in materia di appalti pubblici soltanto qualora soddisfi tutti i suddetti criteri.

37. Al riguardo, dalle indicazioni contenute nella decisione di rinvio sembra risultare, in primo luogo, che tale contratto presenti un insieme di aspetti materiali corrispondenti in misura estesa, se non preponderante, ad attività che vengono generalmente svolte da ingegneri o architetti e che, se pur basate su un fondamento scientifico, non assomigliano ad attività di ricerca scientifica. Di conseguenza, contrariamente a quanto la Corte ha potuto constatare al punto 37 della citata sentenza *Commissione c. Germania*, la funzione di servizio pubblico costituente l'oggetto della cooperazione tra enti pubblici istituita da detto contratto non sembra garantire l'adempimento di una funzione di servizio pubblico comune all'ASL e all'Università.

38. In secondo luogo, il contratto controverso nel procedimento principale potrebbe condurre a favorire imprese private qualora tra i collaboratori esterni altamente qualificati cui, in base a detto contratto, l'Università è autorizzata a ricorrere per la realizzazione di talune prestazioni, fossero inclusi dei prestatori privati.

39. Spetta tuttavia al giudice del rinvio provvedere a tutti gli accertamenti necessari a questo proposito.

40. Alla questione sollevata occorre quindi rispondere dichiarando che il diritto dell'Unione in materia di appalti pubblici osta ad una normativa nazionale che autorizzi la stipulazione, senza previa gara, di un contratto mediante il quale taluni enti pubblici istituiscono tra loro una cooperazione, nel caso in cui – ciò che spetta al giudice del rinvio verificare – tale contratto non abbia il fine di garantire l'adempimento di una funzione di servizio pubblico comune agli enti medesimi, non sia retto unicamente da considerazioni ed esigenze connesse al perseguimento di obiettivi d'interesse pubblico, oppure sia tale da porre un prestatore privato in una situazione privilegiata rispetto ai suoi concorrenti. (*Omissis*)

GLI ACCORDI TRA PUBBLICHE AMMINISTRAZIONI EX ART. 15 L. 241/90 E IL DIVIETO DI AFFIDAMENTI DIRETTI

Nota alla sentenza della Corte di giustizia dell'Unione europea del 19 dicembre 2012 in causa n. C-159/11 ed alla decisione del Consiglio di Stato, sezione V, del 15 luglio 2013 n. 3849/2013

Con deliberazione n. 3202 del 7 ottobre 2009 il Direttore generale dell'Azienda sanitaria di Lecce, al fine di far valutare il livello di sicurezza e vulnerabilità sismica delle strutture ospedaliere, approvava un affidamento diretto, senza gara, all'Università del Salento, invocando l'art. 15 della legge 18 agosto 1990 che consente alle «amministrazioni pubbliche» di poter «sempre concludere tra loro accordi per disciplinare lo svolgimento in collaborazione di attività di interesse comune»¹.

Avverso la deliberazione in questione sono stati proposti tre ricorsi, in particolare da parte degli ordini professionali degli ingegneri e degli architetti e di associazioni di categoria, assumendo la violazione dei principi comunitari e delle norme di gara contenute nella direttiva n. 2004/18/Ce.

Il TAR Lecce ha accolto detti ricorsi con le sentenze n. 416/2010, n. 417/2010 e n. 1028/2010 (tutte del 2 febbraio 2010 e tutte identiche tra loro).

¹ Art. 15 l. 241/90 (commi 1 e 2): «Accordi fra pubbliche amministrazioni. 1. Anche al di fuori delle ipotesi previste dall'articolo 14, le amministrazioni pubbliche possono sempre concludere tra loro accordi per disciplinare lo svolgimento in collaborazione di attività di interesse comune. 2. Per detti accordi si osservano, in quanto applicabili, le disposizioni previste dall'articolo 11, commi 2 e 3». I commi 2 e 3 dell'art. 11 in questione così recitano «2. Gli accordi di cui al presente articolo debbono essere stipulati, a pena di nullità, per atto scritto, salvo che la legge disponga altrimenti. Ad essi si applicano, ove non diversamente previsto, i principi del codice civile in materia di obbligazioni e contratti in quanto compatibili. Gli accordi di cui al presente articolo devono essere motivati ai sensi dell'articolo 3. 3. Gli accordi sostitutivi di provvedimenti sono soggetti ai medesimi controlli previsti per questi ultimi».

Le sentenze si basano sulla assoluta eccezionalità delle ipotesi derogatorie alle gare e, quindi, sulla stretta interpretazione che ad esse va accordata.

«La regola secondo cui l'affidamento e l'esecuzione di opere e lavori pubblici, servizi e forniture "deve rispettare i principi di libera concorrenza, trasparenza, proporzionalità, nonché quello di pubblicità" (art. 2 D. Lgs. n. 163/06)» costituisce, ad avviso del TAR, «espressione di un principio cardine della legislazione comunitaria e nazionale in applicazione del quale l'affidamento diretto può senz'altro considerarsi "eccezione di stretta interpretazione al sistema ordinario delle gare"²»; occorre tener conto «delle esigenze» «al cui soddisfacimento le procedure ad evidenza pubblica sono preordinate», e quindi «affermare» che «laddove difficoltà interpretative dovessero insorgere nell'applicazione di norme regolatrici dell'attività contrattuale della P.A, ogni dubbio debba essere risolto con riferimento a quei valori comunitari e costituzionali (parità di trattamento, non discriminazione, proporzionalità e trasparenza) a garanzia dei quali sono appunto previste procedure di evidenza pubblica nella scelta del contraente».

Da questo punto di vista, puntualizza il TAR, «l'invocato art. 15 della L. n. 241/90 non può sicuramente rappresentare uno strumento normativo adeguato per derogare all'osservanza delle prescritte procedure di evidenza pubblica», mentre, «invero», «tale norma si limita ad affermare la possibilità per le amministrazioni pubbliche di "concludere accordi per disciplinare lo svolgimento in collaborazione di attività di interesse comune"».

Da questo punto di vista «l'incarico per lo studio e valutazione di vulnerabilità sismica» costituisce affidamento di una «prestazione» in un «rapporto a carattere indubbiamente sinallagmatico» «al di fuori di una effettiva collaborazione nello svolgimento della attività» ed in assenza di «uno specifico interesse comune»³.

² Consiglio di Stato, sentenza n. 1 del 3 marzo 2008, adunanza plenaria, reperibile sul sito internet <http://www.giustizia-amministrativa.it/>

³ L'affidamento, come sottolineato dal TAR, avente ad oggetto lo studio e la valutazione sismica delle strutture ospedaliere, era così articolato:

- individuazione della tipologia strutturale, dei materiali impiegati per la costruzione, dei metodi di calcolo adottati, verifica sommaria dello stato di fatto rispetto alla documentazione progettuale resa disponibile;

- verifiche della regolarità strutturale, analisi sommaria della risposta sismica globale dell'edificio, eventuali analisi locali su elementi o sottosistemi strutturali significativi per l'individuazione della risposta sismica globale;

- elaborazioni di risultati e stesura di schede tecniche di diagnosi strutturale; in particolare saranno fornite: relazioni sulla tipologia strutturale osservata, sui materiali e sullo stato di conservazione della struttura, con particolare riferimento agli aspetti che incidono maggiormente sulla risposta strutturale in relazione alla pericolosità sismica del sito di ubicazione dell'opera; schede tecniche di classificazione della vulnerabilità sismica degli ospedali; relazioni tecniche sugli elementi o sottosistemi strutturali rilevati come critici in relazione alla verifica di vulnerabilità sismica; suggerimenti preliminari e sommaria descrizione delle opere di adeguamento

Di qui, quindi, in particolare, l'illegittimità dell'affidamento diretto senza gara delle dette prestazioni di «studio e valutazione di vulnerabilità sismica» all'Università del Salento.

Avverso detta decisione del TAR Puglia, hanno quindi proposto ricorso le amministrazioni interessate.

Il Consiglio di Stato ha quindi adottato, in data 15 febbraio 2011, un'ordinanza⁴ di rinvio pregiudiziale ai sensi dell'art. 267 del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea, premettendo che «gli accordi tra pubbliche amministrazioni regolati dalla legge fondamentale sul procedimento» (l. 241/1990, art. 15 citato⁵) «sono» «preordinati al coordinamento dell'azione di diversi apparati amministrativi ciascuno portatore di uno specifico interesse pubblico e possono essere utilizzati come forma di collaborazione per la più efficiente ed economica gestione di servizi pubblici».

Il che già offre un primo spunto di riflessione.

Elemento connotante gli accordi ex art. 15 l. 241/90 è individuato dall'ordinanza del Consiglio di Stato nell'oggetto tipico, ovverosia nel «coordinamento», allorquando cioè si persegua un'ottimizzazione di funzioni reciproche e si ponga quindi in essere una regolamentazione del tutto particolare, relativa alla distribuzione dei rispettivi compiti.

A questo punto è chiaro invece il distinto carattere di un appalto, consistente come noto in un contratto avente ad oggetto «il compimento di un'opera o di un servizio verso un corrispettivo in danaro»⁶, ed in particolare il contratto avente ad oggetto l'esecuzione «a titolo oneroso» «di lavori, la fornitura di prodotti o la prestazione di servizi»⁷, non, quindi, un coordinamento di reciproche funzioni e/o una distribuzione di compiti.

Inoltre, pare anche utile ricordare che l'art. 15 l. 241/90 utilizzi il termine «accordo» anziché il termine «contratto», ponendo in risalto che nel-

o miglioramento sismico adottabili, con particolare riferimento ai vantaggi e limiti delle diverse tecnologie possibili, in termini tecnico-economici.

In base al contratto di consulenza siglato risulta che l'attività doveva essere svolta in stretta collaborazione tra il gruppo di lavoro individuato dall'Azienda sanitaria di Lecce ed il gruppo di lavoro universitario al fine di raggiungere gli obiettivi comuni descritti; la durata era pattuita in sedici mesi; la consulenza doveva essere effettuata dall'Università tramite il Gruppo di Tecnica delle costruzioni, con facoltà di ricorrere alla collaborazione di personale esterno altamente qualificato.

⁴ Ordinanza del Consiglio di Stato n. 966/2011 del 15 febbraio 2011, reperibile sul sito internet <http://www.giustizia-amministrativa.it/>

⁵ *Cit. supra*, nota 2.

⁶ Art. 1655 cod. civ.

⁷ Art. 1, comma 2, lett. a. della direttiva n. 2004/18/Ce; cfr. anche art. 3, comma 6, dlgs n. 163/2006 del Codice dei contratti pubblici: «"appalti pubblici" sono i contratti a titolo oneroso» «aventi per oggetto l'esecuzione di lavori, la fornitura di prodotti, la prestazione di servizi».

la regolamentazione pattizia del coordinamento non è connotante l'aspetto patrimoniale, viceversa essenziale per gli appalti, e più in generale per i contratti privatistici⁸.

Ed allora, nel caso degli accordi di cui all'art. 15 l. 241/90, l'elemento connotante dovrà essere sempre e solo il «coordinamento», rispetto al quale il compimento di servizi, anche verso un corrispettivo, potrà costituire, semmai, solo elemento eventuale e, comunque, subalterno⁹.

In altre parole, l'art. 15 l. 241/90, ove autorizza «accordi per disciplinare lo svolgimento in collaborazione di attività di interesse comune», impone una reciprocità di compiti di natura infungibile (*facio ut facias*) mentre è tipico elemento dell'appalto (*do ut facias* ovvero *do ut des*) la fungibilità della obbligazione del committente, tenuto a versare un corrispettivo in denaro.

Come di recente puntualizzato dalla sentenza del TAR Lazio 8 aprile 2013 n. 3518¹⁰ «La collaborazione, infatti presuppone l'esistenza di uno scambio di prestazioni tra le parti; prestazioni che, tuttavia, devono interessare direttamente l'attività funzionale di competenza di ciascuna amministrazione proprio al fine di realizzare l'interesse pubblico sotteso». «Deve trattarsi», «pertanto», «della realizzazione congiunta di un servizio pubblico con una effettiva condivisione di compiti pubblici e responsabilità».

⁸ Il carattere patrimoniale del rapporto rappresenta, invece, elemento tipico dei contratti (cfr. art. 1321 cod. civ.); «l'accordo verte su un regolamento di rapporti patrimoniali» «quando i vantaggi e/o i sacrifici che ne conseguono sono tutti apprezzabili secondo valori di mercato» (P. RESCIGNO (a cura di), *Codice Civile*, Milano, Giuffrè, 2003, tomo I, p. 1499). Nel caso di accordi ex art. 15 l. 241/90, invece, l'onerosità dell'accordo è da ritenersi ammesa, ma solo eventuale, ancor più risultando accidentale la previsione di corrispettivi in danaro.

⁹ In tema, la determinazione dell'AVCP n. 7 del 21 ottobre 2010 e, anche, la recente sentenza TAR Lazio, sez. II, n. 3518 dell'8 aprile 2013, reperibile sul sito internet <http://www.giustizia-amministrativa.it/>, che, peraltro, richiama la sentenza della Corte di giustizia dell'Unione europea, qui in esame, dal punto di vista della qualifica di «operatore economico» del contraente degli appalti pubblici. Tale sentenza si occupa profusamente dell'istituto degli accordi di cui all'art. 15 l. 241/90: «Gli accordi tra pubbliche amministrazioni sono essenzialmente preordinati al coordinamento dell'azione di diversi apparati amministrativi, ciascuno portatore di uno specifico interesse pubblico, e possono essere utilizzati come forma di collaborazione per la più efficiente ed economica gestione di servizi pubblici» (par. 4.2.1.); con «i predetti accordi, pertanto, si realizza la composizione in un quadro unitario degli interessi pubblici di cui ciascuna amministrazione è portatrice»; «Gli accordi di collaborazione di cui trattasi devono, infatti, essere tenuti distinti dagli appalti pubblici, proprio in quanto fondati su di una finalità di collaborazione e di condivisione che si inquadra nell'ambito della sussidiarietà orizzontale, ai fini del raggiungimento degli obiettivi di rilevanza pubblica, implicanti l'esercizio di funzioni pubbliche, attraverso i quali si concretizza il principio costituzionale dell'efficienza e del buon andamento della pubblica amministrazione» (par. 5). Relega però l'esame della disposizione agli aspetti di diritto interno, perché ritenute inapplicabili, nel caso di specie, per l'assenza di qualifica di operatore economico di entrambi i contraenti, le norme in materia di appalti pubblici.

¹⁰ *Loc. cit.*

Non è peraltro richiesto che le amministrazioni siano intestatarie di funzioni sovrapponibili (od omologhe).

L'art. 15 l. 241/90 richiede che la collaborazione abbia ad oggetto «lo svolgimento» di «attività di interesse comune», non essendo invero necessario che «lo specifico scopo istituzionale perseguito sia esattamente il medesimo» per entrambe o tutte «le amministrazioni contraenti»¹¹.

Il fatto, tuttavia, che l'art. 15 l. 241/90 richieda espressamente che gli accordi riguardino «attività» di «interesse comune» sta invece a significare che dall'intesa deve scaturire un beneficio ulteriore rispetto alle funzioni delle PA singolarmente prese, secondo il significato normalmente attribuito alla parola «interesse», nel senso, per l'appunto, di utilità aggiuntiva, in particolare di carattere funzionale e non meramente economico¹², mentre l'aggettivo «comune», da questo punto di vista, sta a significare che la detta utilità deve riguardare tutte le PA coinvolte.

Ed allora, in sintesi, possiamo dire che gli accordi tra PA ex art. 15 l. 241/90 si distinguono nettamente dagli appalti, dal momento che:

- a. l'oggetto connotante di tali accordi è il coordinamento tra PA;
- b. ogni PA deve apportare e ricevere, reciprocamente, prestazioni infungibili;
- c. non è richiesto che le amministrazioni siano investite di scopi comuni ma occorre però che dall'accordo scaturisca, per tutte loro, un'utilità funzionale ulteriore.

Ciò tutto premesso in ordine ai caratteri e agli accordi ex art. 15 l. 241/90, torniamo ora all'ordinanza di rinvio adottata dal Consiglio di Stato per venire, quindi, alle relative problematiche di rilievo comunitario e, quindi, alla decisione della Corte di giustizia.

L'ordinanza di rinvio ricorda talune decisioni precedenti dello stesso Consiglio di Stato, nel senso della legittimità di affidamenti senza gara in base ad accordi ex art. 15 l. 241/90: «in materia di accordi tra pubbliche amministrazioni, al di fuori dell'ipotesi più ricorrente di svolgimento di funzioni comuni (quali, ad esempio, la costituzione di un consorzio tra enti per la gestione tecnica ed amministrativa di aree industriali o la gestione di un servizio comune), è stato ritenuto dalla giurisprudenza amministrativa che sia possibile ricorrere all'art. 15 l. n. 241/1990 quando una pubblica amministrazione intenda affidare a titolo oneroso ad altra pubblica amministrazione un servizio ove questo ricada tra i compiti dell'ente. In

¹¹ Ancora TAR Lazio, sentenza n. 3518/2013, *cit. supra*, nota 9.

¹² Sul che, si veda ancora la citata sentenza del TAR Lazio n. 3518/2013: «non si ritiene che», «da solo», il criterio della «economicità» «sia sufficiente al fine di legittimare il ricorso allo strumento convenzionale di cui trattasi» e cioè il ricorso ad un'intesa ex art. 15 l. 241/90.

questo quadro, è stato ritenuto legittimo l'affidamento del servizio di trasporti intra-inter ospedalieri da parte di un'azienda ospedaliera alla Croce Rossa Italiana, ente di diritto pubblico avente, tra i propri compiti, quello di effettuare, con propria organizzazione, il servizio di pronto soccorso e trasporto infermi, concorrendo all'adempimento delle finalità del Servizio Sanitario nazionale attraverso apposite convenzioni (Cons. St. Sez. V, 12 aprile 2007, n. 1707)».

In altra occasione «Anche prescindendo dalla diretta applicazione dell'art. 15, il Consiglio di Stato ha comunque ammesso l'affidamento senza gara, considerando la materia esclusa dall'ambito di applicazione della disciplina sugli appalti pubblici, del servizio di elisoccorso integrato tecnico sanitario da parte di una Regione al Ministero dell'Interno - Dipartimento dei Vigili del Fuoco (Cons. St. Sez. V, 13 luglio 2010, n. 4539) e l'affidamento dell'incarico di studio e di consulenza tecnico scientifica per la redazione del Piano regolatore comunale da parte di un Comune ad una Università (Cons. St. Sez. V, 10 settembre 2010, n. 6548)».

«Negli ultimi due casi», in particolare, ricorda ancora l'ordinanza di rinvio, «l'insussistenza dell'obbligo a carico dell'amministrazione affidante di fare ricorso alle procedure di scelta ad evidenza pubblica è stata giustificata con riferimento alla non configurabilità dell'amministrazione affidataria come operatore economico, alla mancanza di remunerazione qualificabile come corrispettivo quando venga pattuito per l'esecuzione della prestazione un mero rimborso dei costi, al riconoscimento da parte della giurisprudenza comunitaria della possibilità che amministrazioni pubbliche concludano accordi diretti per il perseguimento di fini di interesse pubblico».

Possiamo peraltro rilevare che il secondo dei due casi indicati (di cui alla sentenza del Consiglio di Stato n. 6548/2010) risulta molto simile, se non identico, a quello oggi in esame, venendo in entrambi i casi in rilievo l'affidamento di attività di consulenza, ed in entrambi i casi, ancor più specificamente, l'affidamento diretto ad un'università¹³.

¹³ Nel caso di cui alla sentenza citata n. 6548/2010, reperibile sul sito internet <http://www.giustizia-amministrativa.it/>, il Consiglio di Stato ha respinto il ricorso proposto da vari Ordini Professionali degli Ingegneri ed Architetti facendo leva sulla sentenza della Corte di giustizia del 18 dicembre 2007 in causa n. C-532/03, *Commissione delle Comunità europee c. Irlanda*, in *Raccolta*, 2007, I, p. 11353, «in cui la Corte» si dice avrebbe «ritenuto non contrastante con gli obblighi nascenti dal Trattato un accordo tra un'amministrazione pubblica e il servizio dei vigili del fuoco a Dublino per il trasporto d'urgenza in ambulanza nell'esercizio delle rispettive competenze, come nella specie derivanti dalla legge, benché l'amministrazione corrispondesse un contributo destinato a coprire parte dei costi del servizio» «La Corte» dice ancora la sentenza del Consiglio di Stato, «ha osservato che "la semplice esistenza, fra due enti pubblici, di un meccanismo di finanziamento riguardante servizi di tal genere non implica che le prestazioni di servizi in questione rappresentino un'aggiudicazione di appalti pubblici

Attraverso la domanda di rinvio pregiudiziale il Consiglio di Stato, quindi, pone al vaglio della Corte di giustizia non solo la singola questione al suo esame, ma, in realtà, anche l'orientamento giurisdizionale pregresso.

Ed infatti, ricorda che «sul piano comunitario, il tema della cooperazione pubblico-pubblico ha costituito oggetto della Risoluzione del Parlamento europeo del 18 maggio 2010 sui nuovi sviluppi in materia di appalti pubblici (2009/2175(INI))» in occasione della quale «Il Parlamento europeo» «ha posto l'accento sulla possibilità accordata dalla più recente giurisprudenza comunitaria (sent. 19 aprile 2007 in causa C-295/05 Tragsa; 18 dicembre 2007 in causa C- 532/03 Commissione contro Irlanda; 13 novembre 2008 in causa C-324/07 Coditel Brabant; 10 settembre 2009 in causa C-206/08 Eurawasser; 9 ottobre 2009 in causa C-573/07 Sea s.r.l.; 15 ottobre 2009 in causa C-196/08 Acoset; 15 ottobre 2009 in causa C-275/08 Commissione contro Germania; 25 marzo 2010 in causa C-451/08 Helmut Muller) alle autorità pubbliche di ricorrere ai propri strumenti per adempiere alle proprie missioni di diritto pubblico in collaborazione con altre autorità pubbliche», sottolineando altresì «come, in particolare in base alla sentenza della Corte (Grande Sezione) del 9 giugno 2009 nella causa C-480/06 Commissione contro Germania, i partenariati pubblico-pubblico così come gli accordi di collaborazione» «non rientrano nel campo di applicazione delle direttive sugli appalti pubblici a condizione che siano soddisfatti i seguenti criteri:

- lo scopo del partenariato è l'esecuzione di un compito di servizio pubblico spettante a tutte le autorità»;
- «il compito è svolto esclusivamente dalle autorità pubbliche, senza la partecipazione di privati o di imprese private»;
- «l'attività è espletata essenzialmente per le autorità pubbliche coinvolte».

Se, da questo punto di vista «potrebbe, quindi, effettivamente ritenersi che l'accordo intervenuto tra Azienda Sanitaria di Lecce e Università del

che debba esse [*rectius*: essere *n.d.r.*] esaminata alla luce delle norme fondamentali del Trattato». In realtà in tale sentenza la Corte di giustizia si è limitata a considerare infondato un ricorso, per procedura d'infrazione, proposto dalla Commissione contro l'Irlanda, siccome non adeguatamente supportato dalla prova dell'esistenza stessa di un contratto. In quest'ottica va letta anche la precisazione in ordine alla semplice esistenza di meccanismi di finanziamento: «né gli argomenti della Commissione né i documenti prodotti dimostrano che vi sia stata un'aggiudicazione di un appalto pubblico, posto che non può escludersi che il DCC fornisca servizi di trasporto d'urgenza in ambulanza nell'esercizio delle proprie competenze, derivanti direttamente dalla legge. Del resto, la semplice esistenza, fra due enti pubblici, di un meccanismo di finanziamento riguardante servizi di tal genere non implica che le prestazioni di servizi in questione rappresentino un'aggiudicazione di appalti pubblici che debba essere esaminata alla luce delle norme fondamentali del Trattato» (punto 37).

Salento soddisfi gli indicati criteri»¹⁴, «tuttavia», «questa Sezione dubita che, nel caso in esame, osti alla conclusione di un contratto come quello oggetto del contendere la direttiva n. 2004/18/CE relativa al coordinamento delle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di lavori, di forniture e di servizi»¹⁵, siccome «il ricorso al partenariato pubblico-pubblico» può «profilare il pericolo di contrasto con i principi di concorrenza quando l'amministrazione con cui sia concluso un accordo di collaborazione possa rivestire al tempo stesso la qualità di operatore economico» e ciò, in particolare, «alla luce della sentenza della Corte di Giustizia 23 dicembre 2009 in causa C-305/08 CoNISMa» per la quale «la qualità di operatore economico è riconosciuta ad ogni ente pubblico che offra servizi sul mercato, indipendentemente dal perseguimento di uno scopo di lucro, dalla dotazione di una organizzazione di impresa o dalla presenza continua sul mercato»¹⁶.

Non rileva, del resto, a parere del Consiglio di Stato, che «il corrispettivo pattuito per l'esecuzione della prestazione non abbia carattere remunerativo servendo a ripianare unicamente i costi sostenuti dall'Università», siccome, «invero, la fissazione di un corrispettivo pari ai costi sostenuti dal soggetto esecutore e l'assenza di un profitto non vale a conferire gratuità all'accordo che rimane a titolo oneroso»¹⁷.

¹⁴ Siccome, dice l'ordinanza, «l'accordo soddisfa un interesse comune in base alla normativa nazionale citata ed ai compiti svolti dall'Università, avvalorato dalla collaborazione tra due gruppi di lavoro di entrambe le amministrazioni e dalla possibilità di diffusione nel mondo scientifico dei risultati della ricerca, ferma la proprietà della Azienda; non è prevista alcuna partecipazione di privati». «Deve inoltre rilevarsi che l'Università non ha carattere commerciale e che l'espletamento dei compiti di studio e di ricerca, anche applicata, rientranti nell'attività oggetto della convenzione sono tra quelli che essa può svolgere in base al proprio Statuto».

¹⁵ Ed in particolare:

«l'art. 1, n. 2 lett. a) e d) che definisce l'ambito di applicazione della direttiva in riferimento agli appalti pubblici di servizi;

- l'art. 2, secondo cui le amministrazioni aggiudicatrici trattano gli operatori economici su un piano di parità, in modo non discriminatorio e agiscono con trasparenza;

- l'art. 28 secondo cui per aggiudicare gli appalti pubblici, le amministrazioni aggiudicatrici applicano le procedure nazionali adattate ai fini della direttiva;

- l'allegato II categoria 8 recante "servizi di ricerca e sviluppo" e categoria 12 recante "servizi attinenti all'architettura e all'ingegneria, anche integrata; servizi attinenti all'urbanistica e alla paesaggistica; servizi affini di consulenza scientifica e tecnica, servizi di sperimentazione tecnica e analisi"».

¹⁶ Ricorda infatti l'ordinanza di rinvio che alla luce della sentenza della Corte di giustizia CoNISMa (23 dicembre 2009 in causa C-305/08, in *Raccolta*, 2009, I, p. 12129) «le Università devono considerarsi ammesse a partecipare ad una gara come qualsiasi altro operatore economico ed i contratti conclusi tra queste ed amministrazioni aggiudicatrici rientrano nell'ambito delle norme comunitarie sulle aggiudicazioni».

¹⁷ Ordinanza di rinvio, punti 31-33.

Ebbene, nello scenario in questione, di un affidamento diretto, senza gara, di prestazioni di consulenza a titolo oneroso, a favore sì di un'altra PA, ma qualificabile come operatore economico, interviene la decisione della Corte di giustizia.

La Corte, prima di tutto, rileva che «in conformità all'articolo 1, paragrafo 2, della direttiva 2004/18, un contratto a titolo oneroso stipulato per iscritto tra un operatore economico e un'amministrazione aggiudicatrice, ed avente per oggetto la prestazione di servizi di cui all'allegato II A di tale direttiva, costituisce un appalto pubblico»¹⁸, in particolare, in merito alla qualifica di operatore economico, dovendosi constatare che «è ininfluyente la circostanza che tale operatore sia esso stesso un'amministrazione aggiudicatrice»¹⁹, come del resto «è inoltre indifferente che l'ente in questione non persegua un preminente scopo di lucro, che non abbia una struttura imprenditoriale, od anche che non assicuri una presenza continua sul mercato»²⁰.

In particolare, si ricorda che «riguardo a soggetti quali le università pubbliche, la Corte ha dichiarato che a siffatti enti è in linea di principio consentito partecipare ad un procedimento di aggiudicazione di un appalto pubblico di servizi», mentre spetta agli Stati membri «autorizzarli o non autorizzarli ad operare sul mercato», nel primo caso «non» potendo «essere loro vietato di partecipare a una gara d'appalto avente ad oggetto i servizi in questione (v., in tal senso, sentenza CoNISMa, cit., punti 45, 48, 49 e 51)»²¹.

In altre parole, la qualifica di un'università pubblica quale operatore economico discende direttamente dalla potestà stessa attribuita dalla legge nazionale alle università di operare sul mercato e, in particolare, di prendere parte ad appalti pubblici.

In ordine alle «attività» concretamente «costituenti l'oggetto del contratto in esame nel giudizio principale», «pur potendo rientrare – come menzionato dal giudice del rinvio – nel campo della ricerca scientifica, ricadono, secondo la loro natura effettiva, nell'ambito dei servizi di ricerca e sviluppo di cui all'allegato II A, categoria 8, della direttiva 2004/18, oppure nell'ambito dei servizi d'ingegneria e dei servizi affini di consulenza scientifica e tecnica indicati nella categoria 12 di tale allegato»²².

¹⁸ Sentenza in commento del 19 novembre 2012 in causa n. C-159/11, punto 25.

¹⁹ La Corte richiama, in tal senso, la sentenza del 18 novembre 1999 in causa n. C-107/98, *Teckal*, in *Raccolta*, 1999, I, p. 8121, punto 51.

²⁰ Punto 26. La Corte richiama, in tal senso, la sentenza *CoNISMa*, cit. *supra*, nota 16, punti 30 e 45.

²¹ Punto 27.

²² Punto 28.

Da ultimo, «come risulta dal senso normalmente e abitualmente attribuito all'espressione "a titolo oneroso"», un contratto «non può esulare dalla nozione di appalto pubblico per il solo fatto che la remunerazione in esso prevista sia limitata al rimborso delle spese sostenute per fornire il servizio convenuto».

Ciò puntualizzato²³, la Corte ricorda che, già in base alla propria giurisprudenza pregressa²⁴, gli accordi tra PA sono esclusi dall'ambito di applicazione delle normativa stessa e, quindi, sottratti dalle relative regole di gara, se «si tratta dei contratti che istituiscono una cooperazione tra enti pubblici finalizzata a garantire l'adempimento di una funzione di servizio pubblico comune a questi ultimi»²⁵, purché, «inoltre», «tali contratti siano stipulati» «esclusivamente» «tra enti pubblici», «senza la partecipazione di una parte privata», purché «nessun prestatore privato sia posto in una situazione privilegiata rispetto ai suoi concorrenti» e purché, infine, «la cooperazione» istituita «sia retta unicamente da» «considerazioni» ed «esigenze» «connesse al perseguimento di obiettivi d'interesse pubblico»²⁶.

In mancanza anche di uno solo degli elementi in questione, sussiste l'obbligo di gara²⁷.

Ed allora, ne deriva che le collaborazioni pubblico-pubblico, nel nostro ordinamento, fermo l'ulteriore rispetto delle condizioni specifiche poste dall'art. 15 l. 241/90²⁸, possono comportare l'affidamento diretto di

²³ La Corte sgombra anche preventivamente il campo dalla questione *in house*; «dalla giurisprudenza della Corte» si ricava che «non rientrano nell'ambito di applicazione del diritto dell'Unione in materia di appalti pubblici» i «contratti di appalto stipulati da un ente pubblico con un soggetto giuridicamente distinto da esso, quando detto ente eserciti su tale soggetto un controllo analogo a quello che esso esercita sui propri servizi e, al contempo, il soggetto in questione realizzi la parte più importante della propria attività con l'ente o con gli enti che lo controllano (v., in tal senso, sentenza Teckal)» (sentenza del 18 novembre 1999 in causa n. C-107/98, in *Raccolta*, 1999, I, p. 8121, punto 50) essendo «assodato» nella fattispecie «che tale eccezione non è applicabile in un contesto come quello di cui al procedimento principale, dal momento che dalla decisione di rinvio risulta che l'ASL non esercita alcun controllo sull'Università» (sentenza in commento, punti 31-33).

²⁴ In particolare la sentenza del 9 giugno 2009 in causa n. C-480/06, *Commissione c. Germania*, in *Raccolta*, 2009, I, p. 4747.

²⁵ La Corte cita per l'appunto la sentenza del 9 giugno 2009 in causa n. C-480/06, *Commissione c. Germania*, *loc. cit.*, punto 37.

²⁶ *Cit.*, in tal senso, sentenza del 9 giugno 2009 in causa n. C-480/06, *Commissione c. Germania*, *loc. ult. cit.*, punti 44 e 47.

²⁷ Punto 36, ultima parte: «un contratto siffatto può tuttavia esulare dall'ambito di applicazione del diritto dell'Unione in materia di appalti pubblici soltanto qualora soddisfi tutti i suddetti criteri».

²⁸ Si vedano i caratteri già individuati in base all'art. 15 l. 241/90: *a.* l'oggetto connotante di tali accordi deve essere il coordinamento tra PA; *b.* ogni PA deve apportare e ricevere, reciprocamente, prestazioni infungibili; *c.* non è richiesto che le amministrazioni siano investite di scopi necessariamente comuni ma occorre però che dall'accordo scaturisca, per loro, un'utilità funzionale ulteriore.

prestazioni «a titolo oneroso» «di lavori, la fornitura di prodotti o la prestazione di servizi»²⁹ alle seguenti condizioni:

- a.* l'intesa tra enti pubblici deve risultare «finalizzata a garantire l'adempimento di una funzione di servizio pubblico comune a questi ultimi»;
- b.* non deve «partecipare» all'intesa nessuna «parte privata»
- c.* non deve comunque risultare che un «prestatore privato» si venga a trovare, per effetto dell'intesa, in «una situazione privilegiata rispetto ai suoi concorrenti»;
- d.* l'intesa deve essere «retta» da «considerazioni» ed «esigenze» «connesse al perseguimento di obiettivi d'interesse pubblico».

Quanto ai requisiti di cui alle lett. *b.* e *c.*, basta anche il mero coinvolgimento indiretto o potenziale, di soggetti od interessi privati, perché si imponga la gara.

Il punto 38 della sentenza, a questo riguardo, è assai significativo dato che, in relazione alla fattispecie concreta, sottolinea che «il contratto controverso nel procedimento principale potrebbe condurre a favorire imprese private qualora tra i collaboratori esterni altamente qualificati cui, in base a detto contratto, l'Università è autorizzata a ricorrere per la realizzazione di talune prestazioni, fossero inclusi dei prestatori privati».

Sui requisiti sopra indicati di cui alle lett. *a.* e *d.*, e cioè le condizione per cui la cooperazione oltre a non poter essere «retta» da «considerazioni» ed «esigenze» che non siano unicamente «connesse al perseguimento di obiettivi d'interesse pubblico», debba risultare «finalizzata a garantire l'adempimento di una funzione di servizio pubblico comune a questi ultimi», il discorso si fa più complesso.

È la Corte di giustizia ad offrire, in proposito, un primo spunto interpretativo, per poi lasciare ogni maggior dettaglio al giudice nazionale.

«Al riguardo», dice la sentenza qui in rassegna, «dalle indicazioni contenute nella decisione di rinvio sembra risultare, in primo luogo, che tale contratto presenti un insieme di aspetti materiali corrispondenti in misura estesa, se non preponderante, ad attività che vengono generalmente svolte da ingegneri o architetti e che, se pur basate su un fondamento scientifico, non assomigliano ad attività di ricerca scientifica». «Di conseguenza», prosegue, «la funzione di servizio pubblico costituente l'oggetto della cooperazione tra enti pubblici istituita da detto contratto non sembra garantire l'adempimento di una funzione di servizio pubblico comune all'ASL e all'Università».

²⁹ Art. 1, comma 2, lett. *a.*, direttiva n. 2004/18/Ce; cfr. anche art. 3, comma 6, dlgs n. 163/06 del Codice dei Contratti Pubblici: «"appalti pubblici" sono i contratti a titolo oneroso» «aventi per oggetto l'esecuzione di lavori, la fornitura di prodotti, la prestazione di servizi».

Il carattere delle attività dedotte nell'accordo, «che vengono generalmente svolte da ingegneri ed architetti» e connotante «in misura estesa», «se non preponderante», l'accordo, allontana la fattispecie da quella propria di un esercizio «in collaborazione» di una «funzione di servizio pubblico».

L'asse della valutazione, rimessa al Giudice nazionale, è quindi incentrato sul carattere delle funzioni oggetto dell'accordo, onde verificare in concreto se fossero effettivamente «di servizio pubblico»³⁰.

Di questo aspetto, in particolare, si occupa la decisione definitiva del Consiglio di Stato, qui in commento, giunta lo scorso 15 luglio³¹.

Al punto 6 della sentenza ci si interroga proprio con riguardo «alla natura delle attività dedotte in contratto ed alla conseguente configurabilità di una cooperazione tra enti pubblici "finalizzata a garantire l'adempimento di una funzione di servizio pubblico comune a questi ultimi"».

Prima di giungere alla conclusione secondo cui, nella fattispecie concreta, «difetta la comunanza tra gli enti pubblici stipulanti dell'elemento teleologico», il Consiglio di Stato enuclea vari elementi di indagine, con particolare rigore, ponendo picchetti ben precisi, prima di tutto dal punto di vista oggettivo.

«Visti nel prisma del diritto europeo», dice la sentenza, «gli accordi tra pubbliche amministrazioni previsti dalla legge generale sul procedimento amministrativo sono necessariamente quelli aventi la finalità di disciplinare attività non deducibili in contratti di diritto privato, perché non inquadrabili in alcuna delle categorie di prestazioni elencate nell'allegato II-A alla direttiva 2004/18 di coordinamento degli appalti pubblici di lavori, servizi e forniture».

Ne risulta posto un limite oggettivo cristallino, ricavato dal plesso stesso delle attività indicate nella direttiva n. 2004/18/Ce come servizi re-

³⁰ Dalla sentenza della Corte di giustizia del 9 giugno 2009 in causa n. C- 480/06, *Commissione c. Germania*, cit. *supra*, nota 24, si ricava che il servizio di nettezza urbana, ad esempio, è da considerarsi servizio pubblico, ed un accordo di collaborazione tra enti investiti di detto servizio, come legittimamente perfezionato senza previa gara. La Corte, nella decisione in questione, sottolinea che «il contratto controverso istituisce una cooperazione tra enti locali finalizzata a garantire l'adempimento di una funzione di servizio pubblico comune a questi ultimi, ossia lo smaltimento di rifiuti. Va ricordato che tale funzione è connessa all'attuazione della direttiva del Consiglio 15 luglio 1975, 75/442/CEE, relativa ai rifiuti (GU L 194, pag. 39), che obbliga gli Stati membri ad elaborare piani di gestione dei rifiuti che contemplino, in particolare, "le misure atte ad incoraggiare la razionalizzazione della raccolta, della cernita e del trattamento dei rifiuti", e che, ai sensi della direttiva del Consiglio 18 marzo 1991, 91/156/CEE, che modifica l'art. 5, n. 2, della direttiva 75/442 (GU L 78, pag. 32), una delle più importanti di tali misure è la ricerca di un trattamento dei rifiuti in un impianto il più vicino possibile».

³¹ Sez. V, sentenza n. 3849 del 15 luglio 2013, reperibile sul sito internet <http://www.giustizia-amministrativa.it/>.

taggio tipico della concorrenza e, come tali, esclusi dalle funzioni di servizio pubblico oggetto degli accordi ex art. 15 l. 241/90.

«Qualora un'amministrazione si ponga rispetto all'accordo come operatore economico» «prestatore di servizi ex all. II-A» in questione «verso un corrispettivo anche non implicante il riconoscimento di un utile economico ma solo il rimborso dei costi», recita la sentenza, «non è possibile parlare di una cooperazione tra enti pubblici per il perseguimento di funzioni di servizio pubblico comune».

Occorre infatti distinguere «tra accordi e contratti», dovendosi porre «in rilievo» «la differenza» degli accordi «rispetto al contratto privatistico ex art. 1321 cod. civ.», «del quale contengono solo l'elemento strutturale dato dall'accordo ai sensi del n. 1 della citata disposizione, senza che ad esso si accompagni tuttavia l'ulteriore elemento del carattere patrimoniale del rapporto che con esso si regola» (punto 6.2 sentenza).

«Le amministrazioni pubbliche stipulanti partecipano all'accordo ex art. 15 in posizione di equiordinazione, ma non già al fine di comporre un conflitto di interessi di carattere patrimoniale, bensì di coordinare i rispettivi ambiti di intervento su oggetti di interesse comune. Il quale coordinamento può anche implicare la regolamentazione di profili di carattere economico, ma come necessario riflesso delle attività amministrative che in esso sono interessate» (ancora punto 6.2 sentenza).

In altre parole il carattere patrimoniale può sussistere, ma solo in via subalterna³².

Ed allora, gli elementi decisivi da prendere in considerazione ai fini di valutare un affidamento diretto tra PA in base ad un accordo ex art. 15 l. 241/90, sono due:

- a. l'attività oggetto dell'accordo; allorché un accordo tra PA ha ad oggetto un servizio tra quelli indicati nell'allegato II-A della direttiva n. 2004/18/Ce, occorre la gara (par. 6.1 sentenza);
- b. il carattere patrimoniale dell'accordo; se si rientra in «una logica di scambio economico suggellata dalla previsione di un corrispettivo, calcolato secondo il criterio del costo necessario alla produzione del servizio» e dunque si rientra nello «schema tipico dei contratti di diritto comune ex art. 1321 cod. civ.», parimenti occorre la gara (punto 6.5 sentenza).

Andrea Soncini*

³² *Cit. supra*, nota 9.

* Avvocato in Parma e Milano

SINTESI

Contrastano con le regole europee in materia di appalti pubblici gli accordi tra enti pubblici che prevedano l'affidamento senza gara di servizi riconducibili all'allegato n. II –A della direttiva n. 2004/18/Ce. In ogni caso devono essere sottoposti al previo esperimento di una gara gli affidamenti, ancorché intercorrenti tra enti pubblici, di prestazioni che rientrino in *una logica di scambio economico suggellata dalla previsione di un corrispettivo*. Il Consiglio di Stato, col supporto della Corte di giustizia dell'Unione europea, fissa entro questi precisi limiti l'ambito degli accordi di cooperazione tra enti pubblici, in un'ottica di massima tutela della concorrenza, specie con riferimento ai servizi di consulenza ingegneristica ed architettonica.

ABSTRACT

Agreements between public entities that provide without competition services related to attachment. II-A of Directive n. 2004/18/EC contrast with the EU rules on public procurement. Must be submitted to public procurement procedures all agreements of economic exchange sealed by the provision of a fee. "Consiglio di Stato" (administrative supreme judge), with the support of the Court of Justice of the European Union, fixes strict limits for cooperation agreements between public entities, especially to protect services regarding engineering and architectural consulting.

II. MASSIMARIO ANNOTATO*

LA CORTE DI GIUSTIZIA INTERPRETA IL REGOLAMENTO SUL PROCEDIMENTO DI INGIUNZIONE EUROPEO

Corte di giustizia

Sentenza del 13 giugno 2013 in causa n. C-144/12

Goldbet Sportwetten GmbH c. Massimo Sperindeo

Art. 267 TFUE - Questione pregiudiziale - Regolamento (Ce) n. 1896/2006 - Procedimento europeo d'ingiunzione di pagamento - Artt. 6 e 17 - Opposizione all'ingiunzione di pagamento europea - Incompetenza del giudice dello Stato membro d'origine - Regolamento (Ce) n. 44/2001 - Competenza giurisdizionale, riconoscimento ed esecuzione delle decisioni in materia civile e commerciale - Art. 24 - Competenza giurisdizionale del giudice adito fondata sulla comparizione del convenuto - Applicabilità del Regolamento (Ce) n. 44/2001.

L'art. 6 del Regolamento (Ce) n. 1896/2006 del Parlamento europeo e del Consiglio del 12 dicembre 2006, che istituisce un procedimento europeo d'ingiunzione di pagamento, in combinato disposto con l'art. 17 di tale Regolamento, dev'essere interpretato nel senso che un'opposizione all'ingiunzione di pagamento europea che non contenga un'eccezione d'incompetenza del giudice dello Stato membro d'origine non può essere considerata quale comparizione ai sensi dell'art. 24 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, e che non rileva a tale riguardo il fatto che il convenuto abbia dedotto, nell'ambito dell'opposizione da esso presentata, motivi attinenti al merito della causa¹.

* A cura di *ENRICA ADOBATI*.

¹ L'art. 6, par. 1, del Regolamento (Ce) n. 1896/2006 (in *Gu-Ue* n. L 399 del 2006, p. 1), prevede che ai fini della propria applicazione, la competenza giurisdizionale sia determinata sulla base delle norme di diritto comunitario applicabili in materia, in particolare del Regolamento (Ce) n. 44/2001 sulla competenza giurisdizionale, il riconoscimento e l'esecuzione delle decisioni in materia civile e commerciale (in *Guce* n. L 12 del 2001, p. 1).

La questione pregiudiziale sull'interpretazione dell'art. 6, par. 1, del Regolamento (Ce) n. 1896/2006 ha riguardato la questione se l'opposizione proposta avverso un'ingiunzione di pagamento europea possa equivalere ad una comparizione in giudizio ai sensi dell'art. 24 del Regolamento (Ce) n. 44/2001 e, quindi, ad un'accettazione della competenza del giudice incaricato del procedimento civile ordinario successivo al procedimento previsto dal Regolamento (Ce) n. 1896/2006.

La controversia dalla quale è scaturita la sentenza, sopra massimata, ha visto contrapposti, da un lato, la società austriaca Goldbet Sportwetten, un'impresa che organizza scommesse sportive e, dall'altro, il cittadino italiano signor Sperindeo. Il signor Sperindeo aveva concluso con la Goldbet Sportwetten un contratto di fornitura di servizi che aveva per oggetto l'organizzazione nonché la diffusione delle scommesse in Italia. La Goldbet Sportwetten otteneva dal giudice austriaco un'ingiunzione di pagamento europea nei confronti del signor Sperindeo quale risarcimento dei danni per il mancato adempimento delle obbligazioni previste nel contratto. Il signor Sperindeo presentava opposizione all'ingiunzione e il procedimento passava ad un altro giudice per l'inizio del giudizio di cognizione. In tale sede il debitore eccepiva l'incompetenza dei giudici austriaci. A parere della società creditrice non poteva più essere sollevata una questione di giurisdizione per il fatto che il debitore non aveva precedentemente proposto la questione di competenza quando si era opposto all'ingiunzione. Dopo l'esaurimento dei gradi di giudizio, il giudice del rinvio, adito in ultima istanza dalla Goldbet Sportwetten, si rivolgeva alla Corte di giustizia.

La Corte di giustizia ha chiarito che un'opposizione ad un'ingiunzione di pagamento europea, in assenza di contestazione della competenza dei giudici dello Stato membro d'origine e di difesa nel merito, non può essere ritenuta una comparizione ai sensi dell'art. 24 del Regolamento (Ce) n. 44/2001 (in base al quale viene attribuita la competenza al giudice dello Stato membro davanti al quale il convenuto è comparso). Il fatto di considerare un'opposizione accompagnata da motivi di merito quale prima difesa contrasterebbe con l'obiettivo dell'opposizione all'ingiunzione di pagamento europea. Ne consegue, pertanto, che qualora il convenuto abbia dedotto motivi di merito nell'ambito dell'opposizione all'ingiunzione presentata, non significa che egli sia comparso ai sensi dell'art. 24 del Regolamento oggetto di interpretazione.

LA CORTE DI GIUSTIZIA SI PRONUNCIA SULL'AMBITO DI APPLICAZIONE DEL PRINCIPIO DELLA LIBERA CIRCOLAZIONE DEI LAVORATORI

Corte di giustizia

Sentenza del 20 giugno 2013 in causa n. C-20/12

Elodie Giersch, Benjamin Marco Stemper, Julien Taminiaux, Xavier Renaud Hodin, Joëlle Hodin c. État du Grand-Duché de Luxembourg

Art. 267 TFUE - Questione pregiudiziale - Artt. 45 ss. TFUE - Libera circolazione delle persone - Regolamento (Cee) n. 1612/68 - Direttiva n. 2004/38/Ce - Libera circolazione dei lavoratori all'interno della Co-

munità - Parità di trattamento - Vantaggi sociali - Art. 7, par. 2, del Regolamento - Sussidio finanziario statale per studi superiori in uno Stato terzo - Normativa nazionale che richiede il requisito della residenza nello Stato membro di concessione del sussidio - Diniego di concessione - Discriminazione indiretta - Giustificazione - Obiettivo consistente nell'aumentare la percentuale di persone residenti titolari di un diploma di istruzione superiore - Principio di adeguatezza - Principio di proporzionalità.

L'art. 7, par. 2, del Regolamento (Cee) n. 1612/68 del Consiglio del 15 ottobre 1968, relativo alla libera circolazione dei lavoratori all'interno della Comunità, come modificato dalla direttiva n. 2004/38/Ce del Parlamento europeo e del Consiglio del 29 aprile 2004, dev'essere interpretato nel senso che osta, in linea di principio, ad una normativa di uno Stato membro, come quella oggetto del procedimento principale, che subordini la concessione di un sussidio economico per il compimento di studi superiori a un requisito di residenza dello studente nello Stato membro medesimo ed operi una disparità di trattamento, costitutiva di una discriminazione indiretta, tra le persone residenti nello Stato membro di cui trattasi e quelle che, senza risiedere in detto Stato membro, siano figli di lavoratori frontalieri svolgenti un'attività nello Stato membro stesso¹.

Se è pur vero che l'obiettivo volto ad incrementare la percentuale dei residenti titolari di un diploma di istruzione superiore al fine di promuovere lo sviluppo dell'economia del medesimo Stato membro costituisce un legittimo obiettivo idoneo a giustificare tale disparità di trattamento e che un requisito di residenza, quale quello previsto dalla normativa nazionale oggetto del procedimento principale, è idoneo a garantire la realizzazione di tale obiettivo, un siffatto requisito eccede, tuttavia, quanto necessario ai fini del raggiungimento dell'obiettivo perseguito, considerato che impedisce di tener conto di altri elementi potenzialmente rappresentativi del reale grado di collegamento del richiedente il sussidio economico con la società o con il mercato del lavoro dello Stato membro interessato, quali il fatto che uno dei genitori, che continui a provvedere al mantenimento dello studente, sia un lavoratore frontaliere, sia stabilmente occupato in tale Stato membro ed abbia ivi già lavorato per un significativo periodo di tempo².

¹⁻² La Corte di giustizia si è pronunciata sull'ambito di applicazione del principio della libera circolazione dei lavoratori, una delle più importanti libertà fondamentali che maggiormente si è evoluta nel corso degli anni, grazie alla giurisprudenza della Corte stessa.

Con la questione pregiudiziale sull'interpretazione del Regolamento (Cee) n. 1612/68 sulla libera circolazione dei lavoratori all'interno della Comunità, come modificato dalla direttiva n. 2004/38/Ce (in *Gu-Ue* n. L 158 del 2004, p. 77) la Corte è stata chiamata a

pronunciarsi sulla compatibilità con il diritto dell'UE di un requisito di residenza imposto dalla normativa lussemburghese (legge del 29 aprile 2008 sulla libera circolazione delle persone e sull'immigrazione) ai figli dei lavoratori frontalieri per poter beneficiare di un sussidio agli studi superiori, indipendentemente dal luogo in cui essi intendano compiere tali studi.

Come ha fatto notare l'Avvocato Generale Paolo Mengozzi nelle proprie conclusioni presentate in data 7 febbraio 2013, nonostante la materia sulla quale verte la domanda di pronuncia pregiudiziale sia da tempo oggetto di una giurisprudenza costante, la peculiarità del caso in esame consiste nel fatto che, da un lato, la controversia principale si svolge in uno Stato membro il cui mercato del lavoro è caratterizzato dalla presenza di una forte percentuale di lavoratori frontalieri e, dall'altro, la questione del diritto al finanziamento degli studi superiori viene correlata proprio ai diritti conferiti a tali lavoratori dal diritto dell'Unione.

Le controversie hanno visto contrapposti, da un lato, il Ministro dell'Istruzione superiore e della Ricerca lussemburghese e, dall'altro, alcuni studenti che hanno fatto la domanda per ottenere un sussidio economico dello Stato per il compimento di studi superiori, al fine di poter seguire tali studi in uno Stato membro diverso dal Granducato di Lussemburgo. La normativa lussemburghese prevede che l'aiuto economico venga concesso sotto forma di borsa di studio e di prestito e possa essere chiesto a prescindere dallo Stato in cui il richiedente intende seguire i propri studi superiori: «Possono beneficiare del sussidio economico dello Stato per studi superiori gli studenti ammessi a seguire studi superiori e che soddisfino uno dei seguenti requisiti: *a.* essere in possesso della cittadinanza lussemburghese, o *b.* essere cittadino di un altro Stato membro dell'Unione europea, residente nel Granducato di Lussemburgo, (...)» nel momento in cui si apprestano ad intraprendere gli studi superiori. I figli di lavoratori frontalieri non soddisfacevano le condizioni per percepire il sussidio agli studi superiori. I ricorrenti sono appunto i figli di lavoratori frontalieri cui è stata negata la concessione del sussidio economico. Essi hanno, infatti, sostenuto dinanzi al giudice del rinvio, il Tribunal Administratif, che il sussidio economico dello Stato costituisce un vantaggio sociale (cfr. sentenze del 21 giugno 1988 in causa n. 39/86, *Lair*, in *Raccolta*, 1988, p. 3161; del 26 febbraio 1992 in causa n. C-3/90, *Bernini*, in *Raccolta*, 1992, I, p. 1071; dell'8 giugno 1999 in causa n. C-337/97, *Meeusen*, in *Raccolta*, 1999, I, p. 3289 e annotata in questa *Rivista*, 1999, p. 777; del 14 giugno 2012 in causa n. C-542/09, *Commissione c. Paesi Bassi*, inedita in *Raccolta*) ai sensi dell'art. 7, par. 2, del Regolamento (Cee) n. 1612/68 secondo il quale il lavoratore cittadino di uno Stato membro gode, sul territorio degli altri Stati membri, degli stessi vantaggi sociali e fiscali dei lavoratori nazionali.

La Corte di giustizia ha richiamato la propria costante giurisprudenza affermando che il principio della parità di trattamento deve essere rispettato non solo nei riguardi dei lavoratori migranti e residenti nel territorio lussemburghese, ma pure nei confronti dei lavoratori frontalieri che risiedono in un altro Stato membro. Si è, pertanto, in presenza di una discriminazione qualora venga concesso il sussidio solo a favore dei figli dei lavoratori migranti.

Per poter giustificare tale discriminazione occorre che essa sia idonea a garantire il conseguimento di un obiettivo legittimo e non andare al di là di quanto necessario per il conseguimento dell'obiettivo medesimo (cfr. sentenza del 13 aprile 2010 in causa n. C-73/08, *Bressol e a.*, in *Raccolta*, 2010, I, p. 2735).

Sull'esistenza di un obiettivo legittimo, la Corte di giustizia con riferimento agli scopi di carattere sociale (incremento in termini significativi, della quota di titolari di un diploma di insegnamento superiore in Lussemburgo) e finanziario (consisterebbe nell'evitare un onere irragionevole per il bilancio dello Stato che deriverebbe dall'estensione del beneficio del sussidio economico agli studenti non residenti, figli di lavoratori frontalieri) invocati dal Governo lussemburghese, ha precisato che sono idonei a giustificare una discriminazione indiretta basata sulla nazionalità.

Con riferimento al requisito della residenza richiesto dalla normativa lussemburghese, la Corte di giustizia ha rilevato che esso è idoneo a realizzare l'obiettivo volto a promuovere il compimento di studi superiori e ad aumentare la percentuale di titolari di un diploma di insegnamento superiore in Lussemburgo. La Corte di giustizia ha rilevato però che il regime di aiuto economico presenta un carattere troppo esclusivo in quanto viene privilegiato un

principio che non è l'unico costituente l'effettivo nesso di collegamento tra il soggetto interessato e lo Stato membro stesso. A parere della Corte di giustizia, l'obiettivo perseguito dalla normativa lussemburghese potrebbe essere ottenuto attraverso misure meno restrittive, subordinando, per esempio, la concessione della borsa di studio alla condizione che il genitore abbia lavorato in Lussemburgo per un periodo minimo determinato. Ne consegue, e così conclude la Corte di giustizia, che la normativa lussemburghese controversa, contrasta con il principio della libera circolazione dei lavoratori garantita dal Trattato.

**CONTRASTA CON IL DIRITTO DELL'UNIONE EUROPEA
LA NORMATIVA TEDESCA CHE CONDIZIONA L'ACCESSO
AD UNA SOVVENZIONE PER LA FORMAZIONE ALL'ESTERO
AL REQUISITO DI ANZIANITÀ DI RESIDENZA TRIENNALE
IN GERMANIA**

Corte di giustizia

Sentenza del 18 luglio 2013 in cause riunite n. C-523/11 e n. C-585/11

Laurence Prinz c. Region Hannover (causa n. C-523/11) e Philipp Seeberger c. Studentenwerk Heidelberg (causa n. C-585/11)

Art. 267 TFUE - Questione pregiudiziale - Cittadinanza dell'Unione - Artt. 20 TFUE e 21 TFUE - Libertà di circolazione e di soggiorno - Diritto al sussidio di formazione - Finanziamento degli studi superiori - Concessione del sussidio al cittadino di uno Stato membro per studi effettuati in un altro Stato membro - Requisito di anzianità di residenza triennale per il periodo anteriore all'inizio del ciclo di studi - Proporzionalità.

Gli artt. 20 TFUE e 21 TFUE devono essere interpretati nel senso che ostano alla normativa di uno Stato membro che subordini la concessione, per un periodo superiore a un anno, di un sussidio alla formazione per studi compiuti in un altro Stato membro ad un requisito unico, come quello previsto all'art. 16, 3° comma, della legge federale sull'incentivazione individuale alla formazione [Bundesgesetz über individuelle Förderung der Ausbildung (Bundesausbildungsförderungsgesetz)], come modificata il 1° gennaio 2008, dalla ventiduesima legge di modifica della legge federale sull'incentivazione individuale alla formazione, che impone al richiedente di aver posseduto stabile residenza, ai sensi di tale legge, sul territorio nazionale per un periodo non inferiore a tre anni prima dell'inizio degli studi¹.

¹ In Germania i cittadini dell'UE possono richiedere un sussidio per compiere studi superiori e di formazione presso istituzioni situate all'estero, purché all'interno dell'Unione.

I signori Prinz e Seeberger, cittadini tedeschi, hanno presentato una domanda per ottenere tali sussidi, ma le loro domande sono state respinte per non aver dimostrato di aver avuto la residenza in Germania per un periodo ininterrotto di tre anni, prima di intraprendere gli studi all'estero, la c.d. «regola dei tre anni» imposta dal Governo tedesco per conseguire obiettivi economici e sociali.

Le questioni pregiudiziali sull'interpretazione degli artt. 20 TFUE e 21 TFUE sono state proposte nell'ambito di due controversie che hanno visto contrapposti, l'una la signora Prinz, cittadina tedesca contro la Regione di Hannover, Ufficio dei sussidi alla formazione (causa n. C-523/11) e, l'altra, il signor Seeberger, anch'egli cittadino tedesco, contro l'Ufficio dei sussidi alla formazione - Opere universitarie di Heidelberg (causa n. C-585/11), in relazione al diritto al sussidio alla formazione per studi seguiti in centri di formazione situati in Stati membri diversi dalla Germania.

I due giudici tedeschi del rinvio si sono rivolti alla Corte di giustizia per far chiarire se la normativa tedesca che subordina la concessione di un sussidio di formazione per studi seguiti all'estero ad un requisito di anzianità triennale di residenza in Germania contrasti con la normativa comunitaria sulla cittadinanza europea.

La Corte di giustizia ha stabilito che i ricorrenti, in quanto cittadini tedeschi godono dello status di cittadini dell'Unione e quindi ad essi sono riconosciuti tutti i diritti inerenti a tale status, ivi compresa la libertà di circolazione e di soggiorno. Nel caso di specie, una normativa nazionale che scoraggia i cittadini di uno Stato membro ad effettuare gli studi all'estero costituisce una restrizione alle libertà riconosciute dal Trattato (cfr. sentenze del 18 luglio 2006 in causa n. C-406/04, *De Cuyper*, in *Raccolta*, 2006, I, p. 6947 e annotata in questa *Rivista*, 2006, p. 537; del 26 ottobre 2006 in causa n. C-192/05, *Tas-Hagen e Tas*, in *Raccolta*, 2006, I, p. 10451; del 23 ottobre 2007 in cause riunite n. C-11/06 e n. C-12/06, *Morgan e Bucher*, in *Raccolta*, 2007, I, p. 9161 e annotata in questa *Rivista*, 2008, p. 94; del 20 settembre 2001 in causa n. C-184/99, *Grzelczyk*, in *Raccolta*, 2001, I, p. 6193 e annotata in questa *Rivista*, 2001, p. 696; dell'11 luglio 2002 in causa n. C-224/98, *D'Hoop*, in *Raccolta*, 2002, I, p. 6191 e annotata in questa *Rivista*, 2002, p. 526 nonché dell'11 settembre 2007 in causa n. C-76/05, *Schwarz e Gootjes-Schwarz*, in *Raccolta*, 2007, I, p. 6849 e annotata in questa *Rivista*, 2008, p. 91).

Tali argomentazioni valgono a maggior ragione nel settore dell'istruzione. Uno Stato membro non può perciò prevedere un sistema di aiuti alla formazione per studi da effettuare all'estero con limitazioni ingiustificate, come il requisito di residenza triennale ininterrotta, tali da scoraggiare la circolazione degli studenti. A parere della Corte di giustizia, tale requisito non può fondarsi su considerazioni soggettive di carattere generale perché non rispetta il principio di proporzionalità in quanto è troppo generico ed esclusivo.

I LIMITI DI "AFFOLLAMENTO PUBBLICITARIO" PREVISTI DALLA NORMATIVA ITALIANA SONO ADEGUATI ALLA DIRETTIVA N. 2010/13/UE

Corte di giustizia

Sentenza del 18 luglio 2013 in causa n. C-234/12

Sky Italia srl c. Autorità per le Garanzie nelle comunicazioni, nei confronti di Reti Televisive Italiane (RTI) SpA, Maria Iaccarino

Art. 267 TFUE - Questione pregiudiziale - Direttiva n. 2010/13/UE – Fornitura di servizi di media audiovisivi e radiofonici - Artt. 4, par. 1,

e 23, par. 1 - Spot pubblicitari - Criteri per la determinazione dei limiti di affollamento pubblicitario - Normativa nazionale con limiti di affollamento pubblicitario più bassi per le emittenti televisive a pagamento rispetto a quelli fissati per le emittenti televisive in chiaro - Principio della parità di trattamento - Art. 56 TFUE - Libera prestazione dei servizi - Libertà e pluralità dei media.

L'art. 4, par. 1, della 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) nonché il principio della parità di trattamento e l'art. 56 TFUE devono essere interpretati nel senso che essi non ostano, in linea di massima, ad una normativa nazionale, come quella di cui al procedimento principale, la quale prescrive limiti orari di affollamento pubblicitario più bassi per le emittenti televisive a pagamento rispetto a quelli stabiliti per le emittenti televisive in chiaro, sempre che sia rispettato il principio di proporzionalità, circostanza che dev'essere verificata dal giudice del rinvio¹.

¹ È noto che la normativa dell'Unione prevede un limite di affollamento orario della pubblicità televisiva pari al 20%. Tale normativa è contenuta nella direttiva sui servizi di media audiovisivi (direttiva n. 2010/13/UE, in *Gu-UE* n. L 95 del 2010, p. 1), che ha sostituito la vecchia direttiva «Televisione senza frontiere» (direttiva n. 89/552/Cee, in *Guce* n. L 298 del 1989).

Sono consentite norme nazionali più rigorose in materia di pubblicità televisiva. L'Italia, per esempio, si è avvalsa di questa possibilità stabilendo limiti di affollamento pubblicitario differenziati per le emittenti a pagamento e per le emittenti in chiaro. Così, nel 2011 le emittenti a pagamento italiane potevano trasmettere al massimo il 14% di pubblicità ogni ora, mentre le emittenti private in chiaro il 18%.

La questione pregiudiziale sull'interpretazione della direttiva n. 2010/13/UE concernente la fornitura di servizi di *media* audiovisivi è stata presentata nell'ambito di una controversia che ha visto contrapposte, da un lato Sky Italia srl e, dall'altro, l'Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni (di seguito denominata: AGCOM) in merito ad una delibera di quest'ultima che ha inflitto un'ammenda alla Sky Italia per aver violato la normativa nazionale in materia di affollamento pubblicitario televisivo.

Nel mese di marzo 2011 una delle emittenti a pagamento di Sky Italia (SKY Sport 1) ha trasmesso una percentuale maggiore di pubblicità televisiva rispetto a quella consentita dalla normativa nazionale e l'AGCOM ha irrogato una sanzione a carico di questa azienda. Sky Italia ha impugnato la delibera in sede giurisdizionale – presentando un ricorso di annullamento dinanzi al TAR del Lazio – sostenendo l'illegittimità della delibera perché adottata in applicazione dell'art. 38, comma 5 del dlgs n. 177/2005 contrario al diritto dell'Unione europea.

Il Tar del Lazio ha sospeso il procedimento e si è rivolto alla Corte di giustizia per far chiarire se contrasti con il diritto comunitario una normativa nazionale che prevede limiti orari di affollamento pubblicitario più bassi per le emittenti televisive a pagamento rispetto a quelli stabiliti per le emittenti televisive in chiaro. La Corte di giustizia ha chiarito come la direttiva oggetto di interpretazione non operi un'armonizzazione completa delle materie disciplinate, ma contenga prescrizioni minime per le trasmissioni aventi la loro origine nel-

l'Unione europea e che devono essere captate in tale territorio (cfr., sul punto, le sentenze del 9 febbraio 1995 in causa n. C-412/93, *Leclerc-Siplec*, in *Raccolta*, 1995, I, p. 179; del 5 marzo 2009 in causa n. C-222/07, *UTECA*, in *Raccolta*, 2009, I, p. 1407 e del 22 settembre 2011 in causa n. C-244/10 e n. C-245/10, *Mesopotamia Broadcast e Roj TV*, in *Raccolta*, 2011, I, p. 8777). La direttiva, infatti, all'art. 23 prevede che la percentuale oraria di *spot* televisivi pubblicitari e di *spot* di televendita non superi il 20%, ma non esclude che gli Stati prevedano *spot* minimi al di sotto di tale soglia del 20% a seconda che si tratti di emittenti a pagamento o di emittenti in chiaro.

La Corte ha precisato come la tutela dei consumatori/telespettatori contro la pubblicità eccessiva costituisca un aspetto essenziale dell'obiettivo delle direttive in materia di fornitura di servizi di *media* audiovisivi (cfr. sentenze del 18 ottobre 2007 in causa n. C-195/06, *Österreichischer Rundfunk*, in *Raccolta*, 2007, I, p. 8817 e annotata in questa *Rivista*, 2008, p. 340 e del 24 novembre 2011 in causa n. C-281/09, *Commissione c. Spagna*, in *Raccolta*, 2011, I, p. 11811) e come le norme sull'affollamento pubblicitario abbiano l'obiettivo di instaurare una tutela equilibrata degli interessi finanziari delle emittenti televisive e degli inserzionisti, da un lato, e degli autori e realizzatori e i consumatori/telespettatori, dall'altro. Il raggiungimento di tale equilibrio è differente a seconda che si tratti di emittenti a pagamento (che hanno introiti dagli abbonamenti sottoscritti dai telespettatori) o di emittenti in chiaro. A parere della Corte di giustizia, la ricerca di una tutela equilibrata tra gli interessi dei telespettatori e gli interessi finanziari delle emittenti televisive a pagamento giustifica il potere del legislatore nazionale di stabilire limiti di affollamento pubblicitario differenti per le due tipologie di emittenti televisive.

Ne consegue, e così ha concluso la Corte di giustizia, che anche se la normativa nazionale controversa potrebbe costituire una restrizione alla libertà di prestazione dei servizi, la tutela dei consumatori contro gli eccessi della pubblicità commerciale costituisce un motivo imperativo di interesse generale che può giustificare tali restrizioni (cfr. sentenze del 28 ottobre 1999 in causa n. C-6/98, *ARD*, in *Raccolta*, 1999, I, p. -7599 e del 18 ottobre 2012 in causa n. C-498/10, *X NV c. Staatssecretaris van Financiën*, inedita in *Raccolta*).

I CONSUMATORI/VIAGGIATORI HANNO DIRITTO AL RIMBORSO PARZIALE DEL PREZZO DEL BIGLIETTO DEL TRENO IN CASO DI RITARDO

Corte di giustizia

Sentenza del 26 settembre 2013 in causa n. C-509/11

ÖBB-Personenverkehr AG, con l'intervento di: Schienen-Control Kommission, Bundesministerin für Verkehr, Innovation und Technologie

Art. 267 TFUE - Questione pregiudiziale - Regolamento (Ce) n. 1371/2007 - Diritti e obblighi dei passeggeri nel trasporto ferroviario - Art. 17 del Regolamento - Condizioni di indennizzo per il prezzo del biglietto di trasporto in caso di ritardo - Esclusione dell'indennizzo per ritardi a causa di forza maggiore - Ammissibilità - Applicabilità delle regole uniformi - Art. 30 del Regolamento - Poteri dell'organismo nazionale responsabile dell'applicazione di tale Regolamento - Imporre al tra-

sportatore ferroviario la modifica delle condizioni di indennizzo dei viaggiatori - Diritto al rimborso parziale del prezzo del biglietto del treno.

L'art. 30, par. 1, 1° comma, del Regolamento n. 1371/2007 del Parlamento europeo e del Consiglio del 23 ottobre 2007, relativo ai diritti e agli obblighi dei passeggeri nel trasporto ferroviario, dev'essere interpretato nel senso che l'organismo nazionale responsabile dell'applicazione di tale Regolamento non può, in assenza di disposizioni nazionali a tal fine, imporre a un'impresa ferroviaria, le cui condizioni d'indennizzo per il rimborso del prezzo del biglietto non corrispondono ai criteri fissati dall'art. 17 di detto Regolamento, il contenuto concreto delle stesse¹.

L'art. 17 del Regolamento n. 1371/2007 dev'essere interpretato nel senso che un'impresa ferroviaria non è legittimata a inserire nelle sue condizioni generali di trasporto una clausola in forza della quale essa è esonerata dall'obbligo d'indennizzo per il prezzo del biglietto in caso di ritardo, qualora il ritardo sia imputabile a un caso di forza maggiore o a una delle cause elencate all'art. 32, par. 2, delle regole uniformi concernenti il contratto di trasporto internazionale per ferrovia dei viaggiatori e dei bagagli della Convenzione relativa ai trasporti internazionali per ferrovia, del 9 maggio 1980, come modificata dal protocollo di Vilnius del 3 giugno 1999².

¹⁻² I viaggiatori hanno sempre diritto al rimborso parziale del biglietto nell'ipotesi di ritardo, anche causato da forza maggiore. E quanto ha statuito la Corte di giustizia nella sentenza sopra massimata. In sostanza, il trasportatore non può invocare le cause di forza maggiore per sottrarsi all'obbligo del rimborso.

Il Regolamento (Ce) n. 1371/2007 relativo ai diritti e agli obblighi dei passeggeri nel trasporto ferroviario (in *Gu-Ue* n. L 315 del 2007, p. 14) opera un rinvio alle Regole uniformi concernenti il contratto di trasporto internazionale per ferrovia dei viaggiatori e dei bagagli (facente parte della Convenzione relativa ai trasporti internazionali per ferrovia del 9 maggio 1980, come modificata dal Protocollo di Vilnius del 3 giugno 1999) in caso di responsabilità delle imprese ferroviarie per ritardo.

La questione pregiudiziale sull'interpretazione degli artt. 17 e 30 del Regolamento (Ce) n. 1371/2007 è scaturita nell'ambito di un ricorso proposto dalla ÖBB-Personenverkehr AG (di seguito denominato: ÖBB-Personenverkehr) contro la decisione della Commissione di controllo della rete ferroviaria (di seguito denominata: Commissione) relativa alle condizioni di indennizzo dei passeggeri del trasporto ferroviario da parte della ÖBB-Personenverkehr.

Nel mese di dicembre 2010 la Commissione ha ordinato alla ÖBB-Personenverkehr di modificare le condizioni di indennizzo relative al prezzo del biglietto. In particolare, la Commissione si riferiva all'eliminazione della clausola in forza della quale il diritto all'indennizzo o al rimborso delle spese sostenute è escluso nel caso in cui il ritardo sia dovuto, per esempio, a colpa del passeggero o a comportamento del terzo che il trasportatore, malgrado la diligenza richiesta, non poteva evitare.

La ÖBB-Personenverkehr proponeva un ricorso avverso tale decisione dinanzi al Verwaltungsgerichtshof che decideva di sospendere il procedimento e di rivolgersi alla Corte di giustizia.

Il giudice del rinvio ha chiesto alla Corte se fosse legittima una clausola contenuta nelle condizioni generali di trasporto secondo la quale l'impresa ferroviaria è esonerata dall'ob-

bligo di indennizzo per il prezzo del biglietto in caso di ritardo, qualora esso sia imputabile a forza maggiore o ad una delle clausole contenute nell'art. 32 delle Regole uniformi CIV. A parere della Corte, diversamente da quanto statuito dalla ÖBB-Personenverkehr, l'art. 15 del Regolamento non opera nessun rinvio all'art. 32 delle Regole uniformi CIV che porterebbe ad escludere una qualsiasi responsabilità da parte dell'impresa ferroviaria.

La Corte di giustizia ha chiarito che le Regole uniformi CIV si riferiscono al diritto dei passeggeri del trasporto ferroviario di ottenere il risarcimento del danno conseguente al ritardo o alla soppressione di un treno, mentre l'indennizzo di cui all'art. 17 del Regolamento (Ce) n. 1371/2007 è volto a compensare il prezzo pagato dal passeggero come corrispettivo per un servizio prestato in modo non conforme al contratto di trasporto. Quest'ultimo costituisce una sorta di compensazione finanziaria standardizzata, a differenza del primo che implica una valutazione soggettiva riferita al pregiudizio subito dal passeggero.

La Corte di giustizia ha perciò concluso nel senso che l'impresa ferroviaria non può applicare le cause di esonero della propria responsabilità previste dalle Regole uniformi nell'ambito del sistema di indennizzo previsto dal Regolamento (Ce) n. 1371/2007.

Infine, la Corte di giustizia ha escluso che le cause di esonero della responsabilità del trasportatore previste per i passeggeri del trasporto aereo (Regolamento (Ce) n. 261/2004, in *Gu-Ue* n. L 46 del 2004), del trasporto navale (Regolamento (Ue) n. 1177/2010, in *Gu-Ue* n. L 334 del 2010) e autobus (Regolamento (Ue) n. 181/2011, in *Gu-Ue* n. L 55 del 2011) trovino applicazione anche al trasporto ferroviario.

I LIMITI POSTI DALLA DISCIPLINA COMUNITARIA SULLA LIBERTÀ DI STABILIMENTO ALLA NORMATIVA SICILIANA RIFERITA AI CRITERI DEMOGRAFICI E GEOGRAFICI DI APERTURA DI ATTIVITÀ PER OTTICI

Corte di giustizia

Sentenza del 26 settembre 2013 in causa n. C-539/11

Optica New Line di Accardi Vincenzo c. Comune di Campobello di Mazara e nei confronti di Fotottica Media Vision di Luppino Natale Fabrizio e C. s.n.c.

Art. 267 TFUE - Questione pregiudiziale - Artt. 49 TFUE e 56 TFUE - Libertà di stabilimento - Libera prestazione di servizi - Servizi sanitari - Apertura di negozi di ottica - Normativa regionale che assoggetta ad una preventiva autorizzazione l'apertura di nuovi esercizi di ottica - Rispetto dei limiti demografici e geografici - Attività di ottico - Professione regolamentata - Giustificazione - Idoneità a raggiungere l'obiettivo perseguito - Coerenza - Proporzionalità.

L'art. 49 TFUE deve essere interpretato nel senso che non osta a una normativa regionale, come quella oggetto del procedimento principale, che pone limiti al rilascio delle autorizzazioni per l'apertura di nuovi esercizi di ottica, prevedendo che: - in ciascuna zona geografica può essere aperto, in linea di principio, un solo esercizio di ottica per ogni fascia di

popolazione di 8.000 residenti, e - ogni nuovo esercizio di ottica deve rispettare, in linea di principio, una distanza minima di 300 metri rispetto agli esercizi di ottica preesistenti, purché le autorità competenti si avvalgano delle facoltà offerte dalla normativa di cui trattasi in maniera adeguata, rispettando criteri trasparenti e oggettivi, al fine di realizzare in modo coerente e sistematico le finalità perseguite da detta normativa, attinenti alla tutela della salute nell'intero territorio di cui trattasi, circostanza che sarà compito del giudice nazionale accertare¹.

¹ Il giudice deve verificare se i limiti demografici e geografici previsti dalla legge regionale siciliana per l'apertura di nuovi negozi di ottica, con riferimento alla normativa comunitaria sulla libertà di stabilimento, siano in effetti rispettati nella intera Regione siciliana. E quanto ha statuito la Corte di giustizia su un rinvio pregiudiziale proposto dal TAR del Lazio nell'ambito di una controversia tra l'Ottica New Line contro il Comune di Campobello di Mazara per aver quest'ultimo autorizzato l'apertura di un nuovo negozio di ottica in violazione della legge regionale siciliana (legge del 9 luglio 2004, n. 12).

La legge regionale siciliana che disciplina l'esercizio dell'attività di ottico prevede, ai fini del rilascio dell'autorizzazione per l'esercizio di tale attività da parte delle competenti autorità comunali, oltre al possesso dell'iscrizione nell'apposito registro speciale, anche un particolare rapporto tra residenti ed esercizi di ottica, per assicurare una migliore distribuzione dell'offerta sul territorio. In particolare, in ciascuna zona geografica può essere aperto un solo esercizio di ottica per ogni fascia di popolazione di ottomila residenti e l'apertura di un nuovo negozio deve rispettare una distanza minima di trecento metri rispetto agli esercizi di ottica preesistenti.

Nel mese di dicembre 2009 il Comune di Campobello di Mazara autorizzava l'apertura del negozio Fotottica sul proprio territorio in violazione della legge regionale, sopra citata, per il mancato rispetto dei limiti di densità demografica e di distanza minima tra i servizi di ottica. L'Ottica New Line impugnava così la decisione dinanzi al TAR Sicilia che decideva di sospendere il procedimento e di rivolgersi alla Corte di giustizia.

La Corte ha chiarito subito, con riferimento all'esistenza di una limitazione per la libertà di stabilimento, che costituisce una restrizione qualsiasi normativa nazionale che possa ostacolare l'esercizio della libertà di stabilimento garantita dal TFUE (cfr., in questo senso, sentenze del 21 aprile 2005 in causa n. C-140/03, *Commissione c. Grecia*, in *Raccolta*, 2005, I, p. 3177 e del 1° giugno 2010 in cause riunite n. C-570/07 e n. C-571/07, *Blanco Pérez e Chao Gómez*, in *Raccolta*, 2010, I, p. 4629 e annotata in questa *Rivista*, 2010, p. 477). La normativa controversa subordina l'apertura di un nuovo negozio di ottica al rilascio di una previa autorizzazione amministrativa; tiene conto del rapporto tra densità di popolazione e numero di negozi e, infine, impone agli esercizi commerciali il luogo di apertura della loro attività essendo necessario il rispetto di una distanza minima dagli esercizi già presenti sul territorio considerato.

A parere della Corte una normativa siffatta costituisce una restrizione ai sensi dell'art. 49 TFUE.

Sulla giustificazione di tale restrizione, la Corte di giustizia ha argomentato nel senso di considerare i motivi di interesse generale attinenti, per esempio, alla tutela della sanità pubblica. Essa ha precisato, altresì, che le restrizioni devono garantire la realizzazione dell'obiettivo perseguito e non devono andare oltre quanto necessario al raggiungimento dello stesso (cfr. sentenza del 10 marzo 2009 in causa n. C-169/07, *Hartlauer*, in *Raccolta*, 2009, I, p. 1721 e annotata in questa *Rivista*, 2009, p. 247).

La Corte di giustizia ha affermato che, nel perseguimento di un siffatto obiettivo, l'apertura di una farmacia può essere pianificata nel senso di prevedere una previa autorizzazione nel caso di nuova apertura. Questo per garantire un'assistenza sanitaria adeguata alle necessità della popolazione (cfr. *supra*, sentenza *Blanco Pérez e Chao Gómez*, cit.). Tali principi trovano applicazione anche all'apertura di servizi di ottica, sempre che i servizi forniti da

questi ultimi rientrano nel settore della tutela della salute (prevenzione dei disturbi della vista).

A parere della Corte di giustizia, la normativa controversa è idonea a conseguire gli obiettivi attinenti alla tutela della salute nonché gli obiettivi miranti ad assicurare una ripartizione equilibrata degli esercizi di ottica nel territorio nazionale. Tuttavia, la Corte di giustizia ha fatto notare come il requisito demografico previsto dalla legge regionale possa comportare un accesso differente allo stabilimento degli esercizi di ottica nelle diverse zone della Regione limitando così in maniera eccessiva l'accesso alle attività. Ne consegue che la legge regionale siciliana rischia di non garantire una ripartizione equilibrata degli esercizi di ottica nell'ambito dell'intero territorio.

È compito, pertanto, del giudice nazionale verificare che gli obiettivi attinenti alla tutela della salute pubblica siano adeguatamente perseguiti in tutta la Regione Sicilia.

LA CORTE DI GIUSTIZIA SI PRONUNCIA ANCORA SULLA DIRETTIVA IN MATERIA DI GARANZIE DEI BENI DI CONSUMO

Corte di giustizia

Sentenza del 3 ottobre 2013 in causa n. C-32/12

Soledad Duarte Hueros c. Autociba SA, Automóviles Citroën España SA

Art. 267 TFUE - Questione pregiudiziale - Direttiva n. 1999/44/Ce su taluni aspetti della vendita e delle garanzie dei beni di consumo - Difetto di conformità del bene e diritti del consumatore - Carattere minore di tale difetto - Esclusione della risoluzione del contratto - Condanna al pagamento dell'importo della riduzione del prezzo - Regime processuale nazionale - Competenze del giudice nazionale - Intervento d'ufficio del giudice nazionale.

La direttiva n. 1999/44/Ce del Parlamento europeo e del Consiglio del 25 maggio 1999, su taluni aspetti della vendita e delle garanzie dei beni di consumo, deve essere interpretata nel senso che essa osta ad una normativa di uno Stato membro che, come quella oggetto del procedimento principale, quando un consumatore che ha diritto ad una congrua riduzione del prezzo di un bene fissato dal contratto di vendita chiede in giudizio solamente la risoluzione di tale contratto, ma questa non può essere ottenuta a causa del carattere minore del difetto di conformità di tale bene, non consente al giudice nazionale adito di riconoscere d'ufficio una siffatta riduzione, e ciò sebbene detto consumatore non sia autorizzato né

*a precisare la sua domanda iniziale né a proporre un nuovo ricorso a questo fine*¹.

¹ La Corte di giustizia si pronuncia ancora sulla compatibilità di una normativa nazionale (quella spagnola) con la direttiva sulla garanzia dei beni di consumo (cfr. sentenze del 16 giugno 2011 in cause riunite n. C-65/09 e n. C-87/09, *Weber e Putz*, in *Raccolta*, 2011, I, p. 5257e annotata in questa *Rivista*, 2011, p. 506 e del 17 aprile 2008 in causa n. C-404/06, *Quelle*, in *Raccolta*, 2008, I, p. 2685) nell'ambito di una domanda di risoluzione del contratto di vendita di un veicolo per un suo difetto di conformità.

Come è noto, l'art. 3 della direttiva n. 1999/44/Ce (in *Guce* n. L 171 del 1999, p. 12) prevede che in caso di difetto di conformità, il consumatore abbia diritto al ripristino della conformità del bene mediante riparazione o sostituzione o ad una riduzione adeguata del prezzo o alla risoluzione del contratto. In primo luogo, il consumatore può chiedere al venditore di riparare il bene o di sostituirlo, senza spese in entrambi i casi, salvo che ciò sia impossibile o sproporzionato. Il consumatore può chiedere una congrua riduzione del prezzo o la risoluzione del contratto se il consumatore non ha diritto né alla riparazione né alla sostituzione. Un difetto di conformità minore non conferisce al consumatore il diritto di chiedere la risoluzione del contratto.

Nel mese di luglio del 2004 la signora Duarte Hueros acquistava presso l'Autociba un'automobile *cabriolet* con il tettuccio apribile. L'acquirente constatava subito alcune infiltrazioni d'acqua dal tettuccio all'interno dell'abitacolo. Non essendo stata possibile la riparazione, la ricorrente chiedeva la sostituzione dell'autovettura. L'Autociba si rifiutava di effettuare la sostituzione e la signora Duarte Hueros adiva il Tribunale civile n. 2 di Badajoz per ottenere la risoluzione del contratto nonché la restituzione del prezzo di acquisto. La Corte di giustizia, adita in via pregiudiziale dal Juzgado de Primera Instancia n. 2 di Badajoz, ha dovuto statuire sulla questione se un giudice nazionale sia tenuto a ridurre d'ufficio il prezzo d'acquisto di una cosa difettosa, qualora la risoluzione del contratto, trattandosi di un difetto minore, sia esclusa, ma il consumatore interessato abbia chiesto in giudizio esclusivamente la risoluzione del contratto.

In *primis*, la Corte di giustizia ha richiamato la finalità della direttiva che è quella di garantire un livello elevato di protezione dei consumatori (cfr. sentenza del 17 aprile 2008 in causa n. C-404/06, *Quelle*, *cit.*). La direttiva obbliga gli Stati ad adottare le misure necessarie affinché il consumatore possa essere adeguatamente soddisfatto e non prevede alcuna modalità per l'azionabilità in giudizio dei diritti posti a tutela dei consumatori.

Ne consegue che spetta agli ordinamenti giuridici degli Stati membri prevedere norme procedurali che tutelino convenientemente i consumatori in base alla direttiva n. 1999/44/Ce. Le modalità procedurali devono però rispettare il principio di equivalenza e quello di effettività nel senso che esse non devono essere meno favorevoli rispetto a quelle relative a situazioni analoghe assoggettate al diritto interno e non devono rendere eccessivamente difficoltoso l'esercizio dei diritti conferiti dall'ordinamento giuridico dell'Unione europea (cfr. sentenza del 21 febbraio 2013 in causa n. C-472/11, *Banif Plus Bank*, inedita in *Raccolta*).

A parere della Corte di giustizia, il sistema processuale spagnolo lede il principio di effettività in quanto non consente al giudice nazionale di riconoscere d'ufficio il diritto del consumatore – che ha agito in giudizio solamente per la risoluzione del contratto – di ottenere una congrua riduzione del prezzo di vendita del bene «e ciò sebbene il consumatore non è autorizzato né a precisare la sua domanda iniziale né a proporre nuovo ricorso» (punto 43 della sentenza qui massimata). L'Avvocato Generale Juliane Kokott, nelle proprie conclusioni presentate il 28 febbraio 2013 aveva, in effetti, rilevato come la normativa spagnola non fosse conforme a tale principio perché rendeva impossibile ai consumatori l'ottenimento di una tutela adeguata nel contesto delle azioni in giudizio che essi stessi promuovevano per difetto di conformità del bene consegnato al momento della vendita.

**LA CORTE DI GIUSTIZIA PRECISA L'AMBITO
DI APPLICAZIONE DELLA DIRETTIVA SULLE PRATICHE
COMMERCIALI SLEALI**

I

Corte di giustizia

Sentenza del 3 ottobre 2013 in causa n. C-59/12

BKK Mobil Oil Körperschaft des öffentlichen Rechts c. Zentrale zur Bekämpfung unlauteren Wettbewerbs eV

Art. 267 TFUE - Questione pregiudiziale - Direttiva n. 2005/29/Ce - Pratiche commerciali sleali - Ambito di applicazione *ratione personae* - Informazioni ingannevoli - Diffusione da parte di una cassa malattia costituita sotto forma di organismo di diritto pubblico - Nozione di «professionista» - Gestione di un regime legale di assicurazione malattia.

*La direttiva n. 2005/29/Ce del Parlamento europeo e del Consiglio dell'11 maggio 2005, relativa alle pratiche commerciali sleali delle imprese nei confronti dei 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») dev'essere interpretata nel senso che rientra nel suo ambito di applicazione *ratione personae* un organismo di diritto pubblico incaricato di una missione di interesse generale, quale la gestione di un regime legale di assicurazione malattia¹.*

II

Corte di giustizia

Sentenza del 19 settembre 2013 in causa n. C-435/11

CHS Tour Services GmbH c. Team4 Travel GmbH

Art. 267 TFUE - Questione pregiudiziale - Direttiva n. 2005/29/Ce - Pratiche commerciali sleali - False informazioni contenute in un opuscolo pubblicitario - Esclusività - Qualifica di «pratica commerciale

ingannevole» - Contestazione della violazione dell'obbligo di diligenza professionale - Art. 5, par. 1, della direttiva - Contrarietà alle norme di diligenza professionale - Dovere.

La direttiva n. 2005/29/Ce del Parlamento europeo e del Consiglio dell'11 maggio 2005, relativa alle pratiche commerciali sleali delle imprese nei confronti dei consumatori nel mercato interno e che modifica la direttiva 84/450/Cee del Consiglio e le direttive 97/7/Ce, 98/27/Ce e 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»), va interpretata nel senso che, nell'ipotesi in cui una pratica commerciale soddisfi tutti i criteri enunciati all'art. 6, par. 1, di detta direttiva per poter essere qualificata come pratica ingannevole nei confronti del consumatore, non occorre verificare se tale pratica sia parimenti contraria alle norme di diligenza professionale ai sensi dell'art. 5, par. 2, lett. a., della direttiva medesima perché essa possa essere legittimamente ritenuta sleale e, pertanto, essere vietata ai sensi dell'art. 5, par. 1, della stessa direttiva².

¹⁻² Con le sentenze, sopra massimate, la Corte di giustizia ha interpretato la direttiva n. 2005/29/Ce (in *Gu-Ue* n. L 149 del 2005, p. 22) concernente le pratiche commerciali sleali. Nella prima (causa n. C-59/12) il Bundesgerichtshof (Germania) ha chiesto alla Corte di interpretare la nozione di «professionista» ai sensi della direttiva n. 2005/29/Ce. In particolare, la questione sollevata è stata se la pubblicità ingannevole diffusa da un organismo di diritto pubblico incaricato di una missione di interesse generale, quale una cassa malattia, possa costituire una pratica commerciale sleale adottata da un professionista nei confronti dei consumatori. Nella causa n. C-435/11 la Corte ha affermato l'esistenza di una pratica commerciale ingannevole anche per l'azienda in buona fede (nel caso di specie, un'agenzia di viaggi).

Nella causa n. C-59/12 la questione pregiudiziale è scaturita da una controversia che ha visto contrapposti, da un lato, la BKK Mobil Oil Körperschaft des öffentlichen Rechts (di seguito denominata: BKK), una cassa malattia tedesca e organismo di diritto pubblico, e dall'altro, la Zentrale zur Bekämpfung unlauteren Wettbewerbs eV, un'associazione per la lotta contro la concorrenza sleale (di seguito denominata: Wettbewerbszentrale), in merito ad una pubblicità di presunta ingannevolezza diffusa dalla BKK presso i suoi iscritti. L'istituto tedesco avrebbe scritto sul proprio sito internet che i propri associati rischiavano condizioni economiche sfavorevoli nell'ipotesi di passaggio ad un'altra cassa.

A parere della Corte di giustizia, ai fini dell'applicazione della direttiva sulle pratiche commerciali sleali le espressioni «impresa» e «professionista» sono assolutamente identici e il consumatore è considerato il destinatario e la vittima delle pratiche commerciali sleali (cfr. sentenza del 12 maggio 2011 in causa n. C-122/10, *Ving Sverige*, in *Raccolta*, 2011, I, p. 3903). Nel caso di specie, i soggetti iscritti alla BKK sono da considerare consumatori ai sensi della direttiva, mentre all'organismo BKK va attribuito lo *status* di professionista. In tal modo, assicurando che le pratiche commerciali sleali siano contrastate in maniera efficace, viene rispettato lo spirito della direttiva n. 2005/29/Ce. Le pratiche commerciali sleali nei confronti dei consumatori non sono ammesse neanche quando si tratti di organismi pubblici. E gli organismi pubblici che gestiscono le assicurazioni per malattia devono essere considerati come se fossero normali professionisti ai sensi della direttiva.

Nella causa n. C-435/11 la questione pregiudiziale è stata presentata nell'ambito di una controversia che ha visto contrapposte, da un lato, la CHS Tour Services GmbH (di seguito

denominata: CHS) e, dall'altro lato, la Team4 Travel GmbH (di seguito denominata: Team4 Travel), entrambe società austriache che gestiscono a Innsbruck agenzie di viaggio concorrenti nella vendita di pacchetti di vacanza per sciatori e di settimane bianche in Austria per le scuole del Regno Unito in merito ad una *brochure* pubblicitaria di quest'ultima contenente un'informazione non veritiera.

La Team4 Travel, nel proprio opuscolo pubblicitario in inglese aveva qualificato come «esclusive» alcune strutture alberghiere nel senso che alcuni alberghi potevano essere prenotati per la stagione invernale 2012 esclusivamente dalla Team4 Travel. Tali alberghi, in violazione degli accordi stipulati, avevano concesso la medesima esclusiva ad un'altra agenzia, la CHS. Quest'ultima, venuta a conoscenza della *brochure* della Team4 Travel e ritenendo che i contenuti della stessa integrassero una pratica commerciale sleale si rivolgeva ai giudici austriaci chiedendone il divieto di diffusione. Tale domanda veniva respinta in primo e secondo grado in quanto la Team4 Travel aveva rispettato le norme di diligenza professionale dimostrando le garanzie di esclusiva che essa si era fatta rilasciare dagli alberghi. La CHS proponeva così un ricorso in cassazione e la Corte di cassazione austriaca, rilevando la scorrettezza dell'informazione contenuta nell'opuscolo pubblicitario della Team4 Travel, sospendeva il procedimento e si rivolgeva alla Corte di giustizia per far chiarire se alla luce del contenuto della direttiva n. 2005/29/Ce il giudice nazionale debba verificare la contrarietà alla diligenza professionale prima ancora di qualificare una pratica come ingannevole.

La Corte di giustizia, nel chiarire come una pratica commerciale è sleale se è contraria alle norme di diligenza professionale e distorce o è idonea a distorcere in misura sostanziale il comportamento economico, in relazione al prodotto, del consumatore medio (cfr. sentenze del 23 aprile 2009 in cause riunite n. C-261/07 e n. C-299/07, *VTB-VAB e Galatea*, in *Raccolta*, 2009, I, p. 2949, punto 49; del 14 gennaio 2010 in causa n. C-304/08, *Plus Warenhandels-gesellschaft*, in *Raccolta*, 2010, I, p. 217, punto 36 nonché del 9 novembre 2010 in causa n. C-540/08, *Mediaprint Zeitungs- und Zeitschriftenverlag*, in *Raccolta*, 2010, I, p. 10909, punto 17) ha, altresì, osservato che l'art. 5, par. 4, della direttiva definisce due categorie precise di pratiche commerciali sleali: le pratiche ingannevoli e le pratiche aggressive.

La Corte di giustizia ha precisato che il carattere ingannevole di una pratica commerciale dipende unicamente dalla circostanza che essa non sia veritiera in quanto contenente informazioni false o che, in linea di principio, inganni o possa ingannare il consumatore medio, in particolare, quanto alla natura o alle caratteristiche principali di un prodotto o di un servizio e che, in tal modo, sia idonea a indurre detto consumatore ad adottare una decisione di natura commerciale che non avrebbe adottato in assenza di siffatto comportamento. Quando tali caratteristiche ricorrono in modo cumulativo, la pratica è «considerata» ingannevole e, pertanto, sleale ai sensi dell'art. 5, par. 4, di detta direttiva e deve essere vietata ai sensi del par. 1 dello stesso articolo.

Una volta appurato che una pratica commerciale è ingannevole, e quindi sleale e vietata, non è necessario verificare che la pratica sia anche contraria alle norme di diligenza professionale (cfr. art. 5, par. 2, lett. a. della direttiva).

INTERPRETAZIONE DEL REGOLAMENTO (CE) N. 44/2001 NELL'AMBITO DELLA VIOLAZIONE DEI DIRITTI PATRIMONIALI D'AUTORE

Corte di giustizia

Sentenza del 3 ottobre 2013 in causa n. C-170/12

Peter Pinckney c. KDG Mediatech AG

Art. 267 TFUE - Questione pregiudiziale - Regolamento (Ce) n. 44/2001 - Art. 5, punto 3 - Competenza giurisdizionale in materia civile e commerciale - Competenza speciale in materia di illeciti civili dolosi o colposi - Violazione dei diritti patrimoniali d'autore - Supporto materiale che riproduce un'opera protetta - Messa in rete - Offerta online di CD - Criteri di determinazione del luogo in cui si è concretizzato il danno - Irricevibilità.

L'art. 5, punto 3 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, deve essere interpretato nel senso che, in caso di asserita violazione dei diritti patrimoniali d'autore garantiti dallo Stato membro del giudice adito, quest'ultimo è competente a conoscere di un'azione per responsabilità presentata dall'autore di un'opera nei confronti di una società con sede in un altro Stato membro e che ha ivi riprodotto la citata opera su un supporto materiale che è stato poi venduto, da alcune società con sede in un terzo Stato membro, tramite un sito internet accessibile anche nel distretto del giudice adito. Tale giudice è competente esclusivamente a conoscere del solo danno cagionato nel territorio dello Stato membro in cui esso ha sede¹.

¹ La Cour de Cassation (Francia) ha sottoposto alla Corte di giustizia due questioni pregiudiziali sull'interpretazione dell'art. 5, par. 3, 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) nell'ambito di una controversia che ha visto contrapposti, da un lato, il signor Pinckney, residente in Francia, autore, compositore e interprete di talune opere musicali (in particolare di dodici canzoni registrate dal gruppo Aubrey Small) e, dall'altro lato, la società austriaca KDG Mediatech AG (di seguito denominata: Mediatech) per l'asserita contraffazione delle suddette opere da parte di quest'ultima. Si precisa che il par. 3 dell'art. 5 è così formulato: «La persona domiciliata nel territorio di uno Stato membro può essere convenuta in un altro Stato membro: (...) 3. in materia di illeciti civili dolosi o colposi, davanti al giudice del luogo in cui l'evento dannoso è avvenuto o può avvenire».

Il giudice del rinvio, adito dal signor Pinckney, si è domandato quale fosse il criterio di collegamento applicabile in presenza di una violazione transfrontaliera dei diritti patrimoniali d'autore commessa mediante la messa in rete di contenuti smaterializzati o mediante la vendita online di un supporto materiale che riproduce i contenuti stessi.

In sostanza, la questione sottoposta alla Corte di giustizia è stata se, alla luce della regola di competenza, sopra citata, l'autore di un'opera protetta possa proporre dinanzi ai giudici del proprio domicilio un'azione di risarcimento dei danni derivanti da un'offerta in rete non autorizzata di riproduzioni della sua opera.

La Corte di giustizia, nell'esaminare l'art. 5, punto 3, del Regolamento (Ce) n. 44/2001 ha individuato, in primo luogo, le circostanze nelle quali il danno derivante da un'asserita violazione dei diritti patrimoniali d'autore si concretizza o possa concretizzarsi in uno Stato membro diverso da quello in cui il convenuto ha riprodotto l'opera dell'autore su un supporto materiale che è stato poi venduto tramite un sito internet accessibile anche nel distretto del giudice adito (cfr. la giurisprudenza della Corte riferita alle violazioni commes-

se per mezzo di internet: sentenze del 25 ottobre 2011 in cause riunite n. C-509/09 e n. C-161/10, *eDate Advertising e Martinez*, in *Raccolta*, 2011, I, p. 10269 e del 19 aprile 2012 in causa n. C-523/10, *Wintersteiger*, inedita in *Raccolta*).

Sulla base di tale giurisprudenza: il luogo nel quale si concretizza il danno può variare in funzione della natura del diritto violato; un danno può concretizzarsi in un determinato Stato se il diritto violato è tutelato nello Stato stesso e, infine, è importante che il giudice competente a conoscere della controversia sia quello che meglio degli altri possa valutare la violazione dedotta.

La Corte di giustizia ha ritenuto di dover distinguere le violazioni dei diritti della personalità da quelle relative alla violazione dei diritti di proprietà intellettuale e industriale. Nella prima ipotesi, il soggetto – che si presume vittima della violazione commessa attraverso un contenuto messo in rete – potrà esperire un'azione per responsabilità dinanzi ai giudici di ogni Stato membro sul cui territorio il contenuto sia accessibile o lo sia stato. Un'azione di responsabilità per la violazione di diritti di proprietà intellettuale potrà invece essere esperita davanti al giudice del luogo dove è avvenuta la registrazione, in quanto la tutela è correlata ad un atto di registrazione. In sostanza, il giudice competente è quello dello Stato membro che tutela i diritti patrimoniali fatti valere dal soggetto danneggiato e nel cui distretto può concretizzarsi il danno dedotto.

Nel caso di specie, perché un danno possa concretizzarsi occorre ottenere, tramite un sito internet accessibile nel distretto del giudice adito, una riproduzione dell'opera connessa ai diritti fatti valere dal ricorrente. Per contro, considerato che la tutela concessa dallo Stato membro del giudice adito è riconosciuta solamente sul territorio dello Stato membro stesso, il giudice adito è competente unicamente per i danni cagionati nel territorio dello Stato membro sul quale ha la propria sede. La competenza perciò a conoscere di un'asserita violazione di un diritto patrimoniale d'autore va riconosciuta al giudice dello Stato membro che tutela i diritti patrimoniali fatti valere dal ricorrente e nel cui distretto può concretizzarsi effettivamente il danno dedotto.

GIURISPRUDENZA ITALIANA E STRANIERA

**PER LA CORTE DI CASSAZIONE IL MANCATO PAGAMENTO
DELL'IVA ALL'IMPORTAZIONE NON È CONTRABBANDO,
MA INTEGRA IL REATO DI EVASIONE***

I

**Corte di cassazione, III sezione penale
Sentenza dell'11 dicembre 2012 n. 1172**

Dpr n. 633/1972, art. 70 - Dpr n. 43/1973, art. 292 - IVA all'importazione - Sanzioni - Confisca.

Il reato di evasione dell'IVA all'importazione, con riferimento agli artt. 70, dpr n. 633/1972 e 292, dpr n. 43/1973 non è configurabile nel caso di merci importate dalla Repubblica di San Marino nel territorio italiano, in quanto, a seguito dell'Accordo di cooperazione e di unione doganale tra la Comunità economica europea e la Repubblica sammarinese, in vigore dal 28 marzo 2002, gli scambi doganali con l'Italia sono effettuati in esenzione da tutti i dazi all'importazione ed all'esportazione.

* In argomento v. *infra*, p. 467 ss., il commento di GREGORIO LEONE.

II

**Corte di cassazione, III sezione penale
Sentenza del 17 marzo 2010 n. 16860**

Accordo del 19 dicembre 1972 - Importazioni di merci dalla Svizzera - IVA all'importazione - Sanzioni - Confisca.

A seguito della stipulazione dell'Accordo tra la Confederazione Elvetica e la Comunità europea del 19 dicembre 1972, il reato di contrabbando doganale non può più ritenersi configurabile nel caso di merci importate dalla Svizzera nel territorio nazionale, a differenza del reato di evasione dell'i.v.a. all'importazione, con l'unico limite del divieto di doppia imposizione.

L'IVA ALL'IMPORTAZIONE: OGGETTO DELL'IMPOSIZIONE, CONTROVERSIE E SANZIONI

Sommario: *Premessa - 1. Oggetto dell'imposizione - 2. Le controversie - 3. Le sanzioni - 4. La confisca per equivalente.*

Premessa

Le sentenze del 17 marzo 2010 n. 16860¹ e dell'11 dicembre 2012 n. 1172², emesse dalla terza sezione penale della Suprema Corte, meritano particolare attenzione perché superano la granitica giurisprudenza dei giudici di legittimità, i quali in precedenza avevano costantemente affermato che l'IVA all'importazione doveva configurarsi quale diritto di confine (o quanto meno diritto doganale), cosicché il mancato versamento dell'imposta integrava il reato di contrabbando, con la conseguente confisca obbligatoria del bene importato.

Questa erronea configurazione dell'imposta *de qua* nasceva da una superficiale lettura dell'art. 34 del t.u. legge doganale (dpr n. 43/73) il quale dispone che si considerano «diritti doganali» tutti i diritti che la dogana è tenuta a riscuotere in forza di una legge in relazione alle operazioni

¹ Cass. n. 16860/2010, in *Cass. Pen.*, 2011, 2, p. 708, e in *Il Fisco*, 2010, p. 3475, con nota di F. T. COALOA; la pronuncia è così massimata: «A seguito della stipulazione dell'Accordo tra la Confederazione Elvetica e la Comunità europea del 19 dicembre 1972, il reato di contrabbando doganale non può più ritenersi configurabile nel caso di merci importate dalla Svizzera nel territorio nazionale, a differenza del reato di evasione dell'i.v.a. all'importazione, con l'unico limite del divieto di doppia imposizione». In dottrina, P. CENTORE, *Evasione IVA all'importazione: reato o illecito amministrativo?*, in *Corr. Trib.*, n. 25/2010, p. 2001 ss.

² Cass. n. 1172/2012, in *Diritto & Giustizia*, 2013, 11 gennaio, con nota di A. FOTI; recita la massima: «Il reato di evasione dell'IVA all'importazione, con riferimento agli artt. 70, dpr 633/1972 e 292, dpr 43/1973 non è configurabile nel caso di merci importate dalla Repubblica di San Marino nel territorio italiano, in quanto, a seguito dell'Accordo di cooperazione e di unione doganale tra la Comunità economica Europea e la Repubblica sammarinese, in vigore dal 28 marzo 2002, gli scambi doganali con l'Italia sono effettuati in esenzione da tutti i dazi all'importazione ed all'esportazione».

doganali, mentre, nell'ambito di questi diritti, costituiscono «diritti di confine»: i dazi all'importazione e all'esportazione; i prelievi e le altre imposizioni comunitarie; i diritti di monopolio; le sovrimposte di confine; ogni altra imposta o sovrimposta di consumo a favore dello Stato.

Da ciò è conseguita la contestazione del reato di contrabbando in caso di mancato versamento dell'IVA all'importazione in quanto sottrazione di merci al pagamento dei diritti di confine, siccome disposto dagli artt. 282 ss. t.u. legge doganale.

Ciò tanto più in quanto l'IVA veniva considerata una «imposta sui consumi» (come dispone l'art. 34 t.u. legge doganale per i diritti di confine) e tenuto conto che l'art. 70 della legge IVA (dpr 26 ottobre 1972 n. 633) dispone che l'IVA all'importazione «è accertata, liquidata e riscossa per ciascuna operazione. Si applicano, per quanto concerne le controversie e le sanzioni, le disposizioni delle leggi doganali relative ai diritti di confine».

È da notare innanzitutto che l'assimilazione dell'IVA all'importazione alla categoria dei diritti di confine è frutto dello scarso interesse del legislatore nel regolare il tema dell'IVA all'importazione (basti pensare che per l'accertamento, la liquidazione e la riscossione, nonché per le sanzioni ha fatto un semplice rinvio alla legge doganale) e l'ancor minore interesse della dottrina a studiare questa materia, sovente del tutto negletta.

In questo vuoto legislativo e dottrinale si è inserito l'interprete giudiziale, il quale ha portato avanti una costruzione che, nell'intento di essere restrittiva, ha finito con il violare la lettera e lo spirito della legge sull'IVA e della normativa comunitaria. Sembra che solo ora si stia tentando timidamente di correggere questa interpretazione restrittiva, come dimostrano le due menzionate sentenze del Supremo Collegio, le quali meritano approfondimento.

È da avvertire che, con queste nuove interpretazioni, il Supremo Collegio ha dichiarato la sussistenza del reato di evasione ex art. 70 dpr n. 633/72 in caso di mancato pagamento dell'IVA all'importazione di merci acquistate in Svizzera e utilizzate in Italia, con il solo limite del divieto della doppia imposizione³.

Resta comunque chiaro che in questa sede è oggetto di riflessioni esclusivamente il caso in cui all'operazione di importazione si applica solo l'IVA e non anche il dazio di confine perché esentato.

I casi in cui si applica solo l'IVA sono, infatti, quelli in cui la tariffa doganale prevede l'esenzione oggettiva (esempio: importazioni di una nave), ovvero qualora l'UE abbia autonomamente concesso l'esenzione al

³ Cfr. Cass., sez. III. pen., n. 16860/2010, *cit. supra*, nota 1.

Paese dal quale ha origine la merce importata, ovvero ancora l'esenzione deriva da un accordo concluso fra l'UE e il Paese in via di sviluppo del quale sono originarie le merci importate.

La giurisprudenza del Supremo Collegio è, quindi, giunta ad affermare costantemente la sussistenza del reato di contrabbando per la mancata corresponsione dell'IVA anche nel caso in cui non erano dovuti i diritti di confine (dazi in senso stretto):

a. sia a motivo del fatto che le merci provenivano da un Paese con il quale l'Unione aveva stipulato accordi intesi alla liberalizzazione degli scambi commerciali, quale quello concluso il 19 dicembre 1972 tra la Comunità e la Svizzera, contenente il divieto e la soppressione dei dazi doganali all'importazione, nonché il divieto e la soppressione delle tasse di effetto equivalente⁴;

b. sia a motivo del fatto che il bene importato (esempio: quadro) era esente da IVA nella compravendita fra privati, applicandosi l'IVA agevolata solo nelle transazioni commerciali⁵.

1. Oggetto dell'imposizione

Come è noto, l'IVA è stata istituita dalla direttiva Cee dell'11 aprile 1967 n. 67/227/Cee concernente l'armonizzazione delle legislazioni degli Stati membri relative alla imposta sulla cifra d'affari ed è stata definitivamente "sistemata" con la fondamentale «Sesta direttiva del Consiglio» del 17 maggio 1977 n. 77/388/Cee, cui ha fatto seguito un ragguardevole numero di ulteriori emendamenti.

All'art. 2 la Sesta direttiva aveva disposto che erano soggette all'IVA:

a. le cessioni dei beni e le prestazioni di servizi, effettuate a titolo oneroso all'interno del Paese da un soggetto passivo che agiva in quanto tale;

b. le importazioni di beni.

Nessun riferimento era stato fatto con riguardo al «consumo» delle merci vendute all'interno o importate.

Il successivo art. 5 considerava la «cessione di beni» come il semplice trasferimento del potere di disporre di un bene materiale come proprietario, mentre l'art. 6 considerava le «prestazioni di servizi» ogni operazione che non costituisse cessione di un bene ai sensi del precedente art. 5.

L'art. 7, infine, definiva l'«importazione» come:

⁴ Cass., sez. III pen., n. 16860/2010, *cit. supra*, nota 1.

⁵ Si veda ad esempio Cass., sez. III pen., del 3 marzo-13 maggio 2005 n. 17835/2005, in *Cass. pen.*, 2007, n. 2, p. 754.

a. l'entrata nella Comunità di un bene non rispondente alle condizioni di cui agli artt. 9 e 10 del Trattato ovvero, se si trattava di un bene oggetto del Trattato, che non era in libera pratica nella Comunità;

b. l'entrata nella Comunità di un bene proveniente da un territorio terzo, diverso dai beni di cui alla lett. *a.*

L'importazione si considerava, quindi, effettuata nello Stato membro in cui si trovava il bene al momento in cui lo stesso entrava nella Comunità, ovvero nel caso in cui il bene, al momento della sua entrata nella Comunità, si fosse trovato in uno dei regimi di cui al successivo art. 16 della direttiva (e cioè deposito, zona franca, perfezionamento attivo, ovvero in un regime di ammissione temporanea in esenzione di dazi o di transito esterno), l'importazione era effettuata nello Stato membro nel cui territorio il bene era svincolato da tali regimi.

È tuttavia da rilevare che con la direttiva n. 2006/112 del 28 novembre 2006 l'Unione europea ha proceduto alla «rifusione» della «Sesta direttiva» del 17 maggio 1977 n. 77/388/Cee, confermando la natura dell'imposta definita dai previgenti testi normativi, rilevato che il quarto *considerando* della nuova direttiva precisa che è «necessario realizzare un'armonizzazione delle legislazioni relative alle imposte sul volume di affari mediante un sistema d'imposta sul valore aggiunto (IVA), al fine di eliminare, per quanto possibile, i fattori che possono falsare le condizioni di concorrenza, tanto sul piano nazionale quanto sul piano comunitario».

D'altronde l'art. 14 della direttiva 2006/112/Ce ribadisce quanto la «Sesta direttiva» aveva statuito all'art. 5 e cioè che «costituisce cessione dei beni il trasferimento del potere di disporre di un bene materiale come proprietario». Ancora, l'art. 24 del nuovo testo conferma quanto già prevedeva l'art. 6 della previgente Sesta direttiva, per cui «si considera "prestazione di servizi" ogni operazione che non costituisce una cessione di beni». Infine l'art. 34, che ha sostituito l'art. 7 della Sesta direttiva, precisa che «si considera "importazione di beni" l'ingresso nella Comunità di un bene che non è in libera pratica ai sensi dell'articolo 24 del Trattato» nonché «l'ingresso nella Comunità di un bene in libera pratica proveniente da un territorio terzo che non fa parte del territorio doganale della Comunità».

Ed invero esaminando il già richiamato quarto *considerando* della nuova direttiva nelle varie lingue ufficiali, viene in rilievo il riferimento alle «*turnover taxes*» nel testo inglese; alle «*taxes sur le chiffre d'affaires*» nel testo francese; alle «*Umsatzsteuern*» nella versione tedesca nonché alle «*impuestos sobre el volumen de negocios*» in quello spagnolo: tutte fanno riferimento alla cifra di affari.

Peraltro, lo stesso dpr n. 633/72 del 26 ottobre 1972 e successive mo-

dificazioni, all'art. 1, dispone che l'IVA si applica sulla cessione dei beni e sulle prestazioni dei servizi effettuati nel territorio dello Stato e «*sulle importazioni da chiunque effettuate*». Il successivo art. 67, disciplinante l'IVA all'importazione, così definisce questa operazione: «costituiscono importazioni le seguenti operazioni aventi per oggetto beni introdotti nel territorio dello Stato, che siano originari da Paesi o territori non compresi nel territorio della Comunità e che non siano stati già immessi in libera pratica in altro Paese membro della Comunità medesima (...)».

Non sembra quindi che l'IVA possa essere qualificata come imposta sui consumi, quanto piuttosto una imposta sugli "affari", cioè sull'attività commerciale di scambio di danaro contro una cosa (materiale o immateriale), ovvero di versamento di danaro a fronte di un servizio ricevuto e ciò indipendentemente dal consumo del bene o dall'utilizzo del servizio.

La dottrina⁶ distingue le imposte indirette in due grandi categorie: imposta sui trasferimenti ed imposte sui consumi, ovvero imposte sugli affari e imposte doganali e di fabbricazione.

L'IVA sembra quindi doversi collocare nell'ambito delle imposte sugli scambi o sulle vendite, come peraltro è ritenuto nei Paesi comunitari dove, come sopra accennato, viene qualificata una imposta sulla cifra di affari.

Ed invero questa classificazione trova autorevole e, si ritiene, definitiva conferma nella sentenza della Corte di giustizia del 5 maggio 1982 in causa n. 15/81, *Gaston Schul Spedizionieri doganali c. Ispettorato dei tributi di importazione di Roosendaal-Olanda*⁷, che ha interpretato gli artt. 13 e 95 del Trattato nonché l'art. 2, sub. 2, della Sesta direttiva n. 77/388/Cee in materia di armonizzazione della legislazione degli Stati membri dell'imposta sulla cifra d'affari⁸.

Questa qualificazione dell'IVA è stata confermata in data 3 ottobre 1985 dalla stessa Corte di giustizia nella successiva pronuncia in causa n. 249/84, *Ministero delle Finanze Belga c. Venceslas Profant*⁹.

⁶ F. TESAURO, *Istituzioni di diritto tributario*, vol. 2, Torino, Utet, 2012; G. FALSITTA, *Manuale di diritto tributario - Parte generale*, Padova, Cedam, 2012, p. 240 ss.

⁷ In *Raccolta*, 1982, p. 1409.

⁸ Si veda in particolare il punto 22 della sentenza: «La prima questione va pertanto risolta nel senso che l'imposta sul valore aggiunto riscossa da uno stato membro per l'importazione, da un altro stato membro, di merci cedute da un privato, qualora un'imposta siffatta non venga riscossa in caso di cessione di merci analoghe, da parte di un privato, all'interno dello stato membro importatore, non costituisce una tassa di effetto equivalente ad un dazio doganale all'importazione ai sensi degli artt. 12 e 13 n. 2, del trattato».

⁹ In *Raccolta*, 1985, p. 3237, cfr. in particolare il punto 15 della pronuncia: «va ricordato in proposito che dalla giurisprudenza della corte, ed in particolare dalla sentenza 5 maggio 1982 (causa 15/81, *Gaston Schul*, Racc. pag. 1409), risulta che l'iva riscossa da uno Stato membro per l'importazione di prodotti provenienti da un altro Stato membro fa parte del sistema comune dell'IVA la cui struttura e le cui modalità principali sono state stabilite da

In conclusione, sulla base di quanto disposto dalle richiamate sentenze della Corte di giustizia si può affermare che l'IVA all'importazione non è un diritto di confine, né possiede le caratteristiche di una tassa di effetto equivalente ad un dazio doganale (ai sensi degli artt. 12 e 13, n. 2, del Trattato).

In effetti il tributo che si paga all'importazione fa parte del sistema comune dell'IVA, la cui struttura è stabilita dalle direttive di armonizzazione emanate dal Consiglio dell'Unione europea.

Queste direttive hanno introdotto un sistema fiscale uniforme che colpisce, secondo criteri obiettivi, sia le operazioni effettuate all'interno degli Stati membri, sia le operazioni effettuate all'importazione; il sistema comune sottopone, infatti, alla stessa aliquota di imposta sia le importazioni sia le cessioni dello stesso bene all'interno dei singoli Stati. Di conseguenza l'IVA all'importazione deve essere considerata parte integrante di un regime generale di tributi interni ai sensi dell'art. 95 del Trattato e la sua compatibilità con il diritto comunitario dev'essere valutata alla luce di questa norma e non già alla luce degli artt. 12 ss. del Trattato.

Orbene, poiché l'IVA all'importazione non costituisce un diritto di confine, né una tassa di effetto equivalente, la sua eventuale evasione, sotto il profilo della tipicità, non può dar luogo al reato di contrabbando ai sensi del combinato disposto dell'art. 34, comma 2, e 82 t.u. legge doganale, atteso che il reato di contrabbando si può individuare solo nella evasione dei diritti di confine e non già nell'evasione di un tributo "interno".

A nulla varrebbe affermare che la differenza della tecnica impositiva fra IVA interna (basata sul versamento periodico dell'imposta a debito, dedotta quella a credito) e l'IVA all'importazione (basata sul versamento per ciascuna operazione di sdoganamento) possa dare luogo ad una sostanziale differenza dell'imposizione, posto che le due modalità impositive si fondano sullo stesso presupposto e cioè il valore aggiunto.

Di ciò vi è prova nella circolare 4 marzo 2003 n. 10/D dell'Agenzia delle Dogane, con la quale sono state date istruzioni per l'applicazione della l. n. 289 del 27 dicembre 2002 sul condono¹⁰. La controversia fra la Commissione Cee e l'Italia si è conclusa con la sentenza della Corte di giustizia del 17 luglio 2008 in causa n. C-132/06.

direttive di armonizzazione del consiglio che hanno introdotto un sistema fiscale uniforme che colpisce sistematicamente e secondo criteri obiettivi sia le operazioni effettuate all'interno degli stati membri sia le operazioni all'importazione. Tale tributo va quindi considerato parte integrante di un regime generale di tributi interni ai sensi dell'art. 95 del Trattato e la sua compatibilità col diritto comunitario dev'essere valutata alla luce di tale norma e non alla luce degli artt. 12 e segg. del Trattato».

¹⁰ La circolare è consultabile sul sito dell'Agenzia delle dogane al seguente indirizzo internet: http://www1.agenziadogane.it/ed/agenzia/norme_doganali/circolari/circolari_2003/circ_10d/circ_10d.pdf.

Nelle premesse la detta circolare precisava che anche i tributi costituenti risorse proprie dell'Unione europea devono ritenersi ricompresi nella disciplina agevolativa sul condono. Tuttavia detti tributi, in quanto entrate di esclusiva competenza del bilancio comunitario, non essendo disponibili per lo Stato italiano, devono essere corrisposti per intero alla Comunità non potendosi applicare il condono. L'Agenzia delle dogane ha quindi concluso che :

- gli importi sui quali applicare i meccanismi di definizione che comportano una riduzione rispetto all'integrità, sono costituiti unicamente dai tributi nazionali;

- ai fini della corretta individuazione dei tributi costituenti risorse proprie dell'Unione europea è stata fatta la seguente elencazione: *a.* prelievi, premi, importi, supplementari o compensativi o altri dazi fissati o da fissare sugli scambi con i Paesi terzi nell'ambito della politica agraria comune (...); *b.* dazi della tariffa doganale comune ed altri dazi fissati o da fissare sugli scambi con i Paesi terzi e dazi doganali sui prodotti rientranti nel Trattato.

In conclusione la circolare in questione non menziona l'IVA fra i tributi doganali e, conseguentemente, questo tributo è stato ammesso a beneficiare del condono in quanto tributo nazionale, cosa che non sarebbe stato possibile fare se si fosse trattato di un dazio doganale, rientrante nelle c.d. «risorse proprie» dell'Unione europea¹¹.

¹¹ Lo rileva anche il commento a Cass. n. 16860/2010 di F. T. COALOA, *cit. supra*, nota 1. Così può suddividersi la dottrina che si è occupata dell'Iva all'importazione:

- Un primo gruppo di Autori considera l'imposta un diritto di confine che, se evaso o tentato di evadere, dà luogo al contrabbando o al tentativo di contrabbando. Si veda in proposito P. MASSARI, *L'evasione dell'Iva all'importazione costituisce sempre reato*, in *L'Iva*, 2002, p. 544; R. FANELLI *L'evasione dell'Iva all'importazione: reato autonomo o contrabbando*, in *Corr. Trib.*, 2011, p. 484; P. MASSARI, *La Cassazione ribadisce: evadere l'Iva all'importazione non è contrabbando doganale*, in *L'Iva*, 2013, n. 6.

- Ritengono invece che l'Iva all'importazione non costituisca un dazio di confine o un diritto doganale F. T. COALOA, *Evasione dell'Iva all'importazione negli scambi commerciali con la confederazione elvetica*, in *Il Fisco*, 2010, p. 1-3475; B. BIANCANIELLO, *Importazioni temporanee irregolari e competenza alla riscossione Iva*, in *L'Iva*, 2011, fasc. n. 8; S. ARMELLA - V. BALDI, *La Cassazione amplia il reato di evasione dell'Iva all'importazione*, in *G.T.I. - Rivista di Giurisprudenza Tributaria*, 2011, p. 319; S. ARMELLA - F. DI LUCIANO, *Evasione Iva all'importazione*, in *Il Doganalista*, 3-2013, p. 27; A. LANDOLFI, *Iva all'importazione quale responsabilità*, *ivi*, n. 5-2013, p. 13.

- Fa infine parte del terzo gruppo quella dottrina che, senza prendere posizione sulla qualificazione dell'Iva all'importazione come tributo doganale, si limita a seguire l'interpretazione giurisprudenziale: G. IZZO, *L'evasione dell'Iva all'importazione è ancora delitto*, in *Il Fisco*, 2000, p. 1-14072; S. CAPOLUPO, *Violazione Iva all'importazione, la sanzione resta quella del Testo Unico Doganale*, *ivi*, 2001, p. 10-578; G. IZZO, *Evasione dell'Iva all'importazione su merce proveniente dalla Svizzera*, *ivi*, 2005, p. 1-4744; A. ROCCHI, *L'influenza del diritto europeo nell'applicabilità del reato di evasione d'iva all'importazione*, in *Rass. Tributaria*, 2005, p. 256; P. CENTORE, *Evasione Iva all'importazione: reato o illecito amministrativo?*, in *Corr. Trib.*, 2010, p. 2001.

E infine da segnalare che nell'appena pubblicato manuale di M. SCUFFI - G. ALBENZIO e M. MICCINESI, *Diritto Doganale, delle Accise e dei Tributi Ambientali*, edizione Ipsos, 2014,

nel paragrafo riguardante l'Iva all'importazione (redatto da M. GIUNCATO, p. 933), così si argomenta: «Per vero, l'imposta sul valore aggiunto non muta la sua natura di imposta sui consumi (e come tale gravante sul consumatore finale) a seconda che sia connessa ad un'operazione di import/export attraverso i confini doganali dell'Unione o ad una operazione di cessione dei beni nel territorio nazionale... pur cambiando il momento genetico, le modalità di calcolo del versamento e la sua funzione», cosicché (p. 936): «non sussiste, quindi una differenza ontologica fra le due fattispecie impositive, trattandosi della stessa imposta sul valore aggiunto gravante sul consumo ma una differenza di funzione e destinazione, essendo l'iva all'importazione destinata all'Unione e quella interna allo Stato, donde l'assimilazione della prima ai diritti di confine e l'assoggettamento della sua disciplina a quella generale sanzionatoria del T.U.L.D., ai sensi dell'art. 70 d.p.r. n. 633/72».

Questa classificazione dell'Iva come tributo di confine in quanto «imposta sui consumi», formulata a seconda di chi percepisce l'imposta e cioè l'Unione europea (per l'Iva all'importazione) e lo Stato (per l'Iva interna) sembra una soluzione inaccettabile e comunque contraria all'insegnamento della Corte di giustizia espresso sia nella sentenza pronunciata il 5 maggio 1984 in causa n. 15/81, sia nella sentenza pronunciata il 3 ottobre 1985 in causa n. 249/84, dove si esclude che l'imposizione in questione possa considerarsi un'imposta sul consumo.

Non costituisce, infatti, un argomento accettabile quello contenuto nel manuale da ultimo citato, secondo cui l'Iva all'importazione sarebbe un'imposta sui consumi a motivo del fatto che la stessa viene versata all'Unione europea; se, infatti, ad esempio, si prende in considerazione il diritto «antidumping», che viene interamente versato all'Unione europea, non per questo si può affermare che questa imposizione riguardi i consumi, trattandosi invece di un'imposizione di natura economica.

Gli è che, in materia tributaria la dottrina segue sovente la giurisprudenza di legittimità la quale, massime con riferimento al diritto doganale, interpreta sempre restrittivamente sia la disposizione comunitaria sia le sentenze della Corte di Lussemburgo, finendo così col "creare" un diritto che non ha nulla a che vedere con quello originariamente concepito dal legislatore comunitario.

A titolo di ulteriore esempio e con riguardo al tema dello sgravio dei diritti doganali ex art. 220 C.D.C. in conseguenza di errori commessi da autorità doganali, il Supremo Collegio è arrivato ad affermare che l'applicabilità di questa normativa esentiva è possibile riconoscerla solo allorché l'importatore provi documentalmente la sua buona fede e sempreché i certificati di origine (Form/A, Eur/1, Agrim, ecc.) siano veri nella sostanza ed autentici nella forma. Ne è conseguito che, in decine di ricorsi dalla Suprema Corte, non è stato riconosciuto il beneficio dello sgravio invocato dagli importatori, agevolazione questa che è stata introdotta dal Regolamento (Cee) n. 2700/2000 del 16 novembre 2000, in *Guce* n. L 311 del 12 dicembre 2000, p. 31117) a motivo del fatto che (si veda l'11° *considerando*) «il debitore non dovrebbe essere responsabile di un cattivo funzionamento del sistema dovuto ad un errore commesso dalla autorità di un paese terzo».

Nel nuovo Codice comunitario "rifuso" di cui al Regolamento (Ue) n. 952/2013 del 9 ottobre 2013, in *Gu-Ue* n. L 269 del 10 ottobre 2013, p. 1) l'art. 220 sopra richiamato lo si rinvia *sub* art. 199, con analoga riproposizione del testo, per cui non vi è ragione di ritenere che la Suprema Corte possa modificare l'interpretazione restrittiva finora adottata.

E per questo motivo che il Comitato Economico e Sociale europeo, nel parere espresso alla proposta di regolamento istitutivo del nuovo codice doganale dell'Unione sopra richiamato, al 6° paragrafo delle conclusioni e raccomandazioni, così si è espresso: «il CESE è preoccupato per la possibilità di diverse interpretazioni nazionali della normativa comunitaria dell'Unione, che costituirebbero un forte gravame burocratico per le imprese, specie per quelle di minori dimensioni, con conseguente impatto negativo sulla competitività europea».

Nell'intento di ovviare a questa quasi certa evenienza, si potrebbe pensare di istituire una Corte di cassazione europea, con sede in Lussemburgo, composta da giudici designati da tutti gli Stati facenti parte dell'Unione e distinta dalla Corte di giustizia, con esclusiva giurisdizione – quale giudice di ultimo grado – nella materia doganale e delle accise, alla quale poter direttamente ricorrere (da parte dei privati o del fisco) avverso le sentenze emesse dai giudici nazionali di merito (in Italia le Commissioni Tributarie Provinciali e Regionali), sostituendo così, nelle due accennate materie, la giurisdizione oggi esercitata dalla Corte di cassazione.

Ed invero se la funzione della Corte "regolatrice" è quella di interpretare la legge e di dare chiarezza e certezza al diritto vivente (così Cass. 20 aprile 1995, n. 4430), stante l'uniformità del diritto doganale e delle accise in tutti i Paesi dell'Unione, ne deriva che unica dovrebbe es-

2. Le controversie

L'art. 70, comma 1, della legge IVA dispone che, per quanto riguarda le controversie in tema di IVA all'importazione, si applicano le disposizioni della legge doganale.

Questo riferimento è giustificato dal fatto che l'art. 69 della legge IVA recita che l'imposta *de qua* è commisurata al valore dei beni importati, de-

sere la Corte di cassazione regolatrice del diritto in sede applicativa, una volta, constatato che le pronunce delle Corti di cassazione nazionali non soltanto sono fra loro diverse, ma financo si contraddicono in sede di applicazione del codice doganale dell'Unione, con inevitabili disuguaglianze fra i cittadini dell'Unione e violazione delle regole sulla concorrenza.

L'istituzione di una Corte di cassazione dell'Unione in materia doganale e delle accise, con sede in Lussemburgo (ferma restando la possibilità per questa Corte di formulare domande di pronuncia pregiudiziale alla Corte di giustizia) ha peraltro un precedente di ben più vasta portata e cioè l'Accordo sottoscritto da tutti i Paesi dell'Unione (in *Gu-Ue* n. C 175 del 20 giugno 2013, p. 1 ss.) con il quale è stato istituito un Tribunale unificato dei brevetti e una Corte d'appello e ciò nell'intento di conseguire quei risultati che sono menzionati nei numerosi *considerando* dell'Accordo, ad iniziare dalla necessaria uniformità dell'ordinamento giuridico comunitario sotto il profilo sostanziale e processuale.

La proposta di istituire una Corte di cassazione europea, avente giurisdizione nelle controversie doganali e sulle accise (materie, oramai, interamente regolate dall'Unione europea) mira alla realizzazione di una giurisprudenza uniforme in tutti i Paesi dell'Unione, considerato che la Corte di giustizia si limita ad interpretare la regolamentazione comunitaria al fine di chiarirne il senso e la portata, senza tuttavia procedere alla applicazione del diritto comunitario alla controversia oggetto della decisione.

Succede anzi sovente che la Corte di giustizia, fissato il principio interpretativo del diritto comunitario, lasci al giudice nazionale di verificarne l'applicabilità alla fattispecie oggetto di causa (si veda la sentenza della Corte di giustizia del 18 ottobre 2007 in causa n. C-173/06 *Agrover c. Dogana Genova*).

Ciò dà luogo ad inconvenienti, come ha messo ben in evidenza F. CAPELLI nel censurare di «incompletezza» la sentenza della Corte di giustizia del 24 giugno 2010 in causa n. C-375/08, in questa *Rivista*, 2011, p. 79-83). In effetti le sentenze della detta Corte non devono limitarsi a fornire l'interpretazione della normativa applicabile, ma devono anche essere di sussidio per il giudice nazionale tenuto a risolvere il caso concreto, che altrimenti, come è avvenuto nella richiamata fattispecie, si dà luogo ad un travisamento della sentenza con l'applicazione di sanzioni penali in base al diritto nazionale per violazioni non punibili del diritto comunitario.

Più recentemente è il caso di ricordare che la Corte di cassazione (sentenza n. 15740 del 19 settembre 2012) ha escluso l'applicabilità dell'art. 221, comma 3, del Codice Doganale Comunitario, che dispone la prescrizione triennale dei diritti doganali, a ragione del fatto che nella controversia dinanzi la Commissione Tributaria l'eccezione di prescrizione era stata tardivamente sollevata nel giudizio di secondo grado; la Suprema Corte, confermata la sentenza della Commissione Tributaria Regionale, ha quindi motivato la mancata applicazione della prescrizione con la circostanza che la normativa comunitaria non dispone di norme processuali e conseguentemente avrebbe dovuto essere applicata la normativa nazionale che non consente la proponibilità dell'eccezione di prescrizione nel giudizio d'appello.

Orbene, è verosimile che non verrebbero commessi questi errori se il giudice di ultimo grado fosse di istituzione comunitaria, ovvero se la Corte di giustizia, adita ai sensi dell'art. 267 TFUE, non si limitasse a dichiarare il principio interpretativo. Infatti, come rilevato da W. VISCARDINI, *Riflessioni sull'efficacia diretta della normativa dell'Unione Europea e sull'effetto utile della giurisprudenza della Corte di Giustizia*, in questa *Rivista*, *supra*, p. 348): «(...) perché la pronuncia della Corte possa raggiungere lo scopo per il quale il rinvio giurisprudenziale è stato previsto, la Corte non può rendere pronunce astratte ma deve formulare l'interpretazione richiestale in modo che i giudici nazionali (sia quello che ha chiesto il rinvio ma anche altri giudici che si trovano a dover dirimere vertenze analoghe) possano agevolmente farne applicazione al caso sottoposto alla loro giurisdizione».

terminato ai sensi delle disposizioni in materia doganale e aumentato dell'ammontare dei diritti doganali (ad eccezione dell'IVA), nonché dell'ammontare delle spese di inoltro fino al luogo di destinazione all'interno del territorio della Comunità.

Da ciò la conseguenza che, modificandosi l'ammontare del tributo di confine per l'applicazione, ad esempio, di un dazio *antidumping*, ovvero per l'applicazione del dazio in precedenza esentato, non spettando ad esempio l'esenzione a motivo della falsità del certificato d'origine, la controversia sull'ammontare del dazio si riflette sull'ammontare dell'IVA.

L'istituto della controversia doganale è disciplinato dagli artt. 65 ss. del t.u. legge doganale (dpr n. 43/73), secondo cui qualora dall'accertamento sorga contestazione circa la quantificazione delle merci, ovvero il valore o l'origine delle stesse, l'importatore può chiedere la visita di controllo ovvero l'acquisizione del parere di periti (non vincolante per la dogana). Sulla contestazione decide il capo della dogana il cui provvedimento, se non accettato dall'importatore, può essere oggetto di redazione di un verbale di controversia, avverso cui, entro trenta giorni dalla redazione, si può chiedere la risoluzione alla Direzione Regionale che decide sentito il Collegio consultivo dei periti doganali (non vincolante).

Detto provvedimento era impugnabile con ricorso al Ministero delle finanze ma, abrogata la possibilità di un riesame amministrativo di seconda istanza, fu mantenuta l'esperibilità della controversia amministrativa in caso di revisione dell'accertamento di cui agli artt. 6 e 7 del d.l. n. 374 dell'8 novembre 1990.

Orbene, l'art. 12 del d.l. 2 marzo 2012 n. 16 (convertito in l. n. 44 del 26 aprile 2012 con modificazioni) ha abrogato la seconda parte del comma 6 e l'intero comma 7 del dlgs n. 374/90 e quindi è stata abrogata l'applicazione della normativa della controversia amministrativa doganale in sede di revisione dell'accertamento, rimanendo esperibile solo la controversia amministrativa sollevata in sede di sdoganamento.

Consegue che se in sede di revisione dell'accertamento (che costituisce, oramai, la sede generalizzata della nascita delle controversie doganali) i ricorsi per l'IVA all'importazione possono essere esperiti solo dinanzi le Commissioni tributarie (provinciali e regionali), non sussiste più alcuna differenza con il contenzioso concernente l'IVA interna, anch'esso esperibile dinanzi le Commissioni tributarie.

Pertanto quanto disposto dall'art. 70 della legge IVA in ordine all'applicazione della legge doganale con riferimento alle controversie riguardanti l'IVA, deve ritenersi privo di contenuto pratico, sussistendo l'esclusiva competenza delle Commissioni tributarie.

3. Le sanzioni

L'art. 70 della legge IVA dispone, infine, che, per quanto concerne le sanzioni, si applicano le disposizioni delle leggi doganali relative ai diritti di confine.

Abbiamo già visto che il Supremo Collegio ha affermato che, se non si applicano all'IVA le sanzioni previste dalla legge doganale – posto che l'IVA non è un diritto di confine – la normativa doganale sulle sanzioni troverebbe comunque applicazione in quanto il richiamo dell'art. 70 alla legge doganale è formulato «*quoad poenam*»¹².

È stato così ritenuto possibile applicare le sanzioni del sequestro e della conseguente confisca dei beni oggetto dell'importazione, posto che queste sanzioni sono previste per l'evasione dei dazi doganali o diritti di confine.

Siffatta conclusione non sembra compatibile con il diritto comunitario e, tanto meno, con i principi della nostra Carta costituzionale.

La questione, infatti, è stata da tempo posta all'esame della Corte di giustizia che, con sentenza 25 febbraio 1988 in causa n. 299/86, *Rainer Drexel*¹³, avente ad oggetto la domanda vertente sull'interpretazione dell'art. 95 del Trattato CEE, ha rilevato quanto segue.

Era avvenuto che la Corte d'appello penale di Genova (in un caso concernente la confisca di un autoveicolo importato dalla Germania in difetto di pagamento dell'IVA) aveva formulato domanda di pronuncia pregiudiziale alla Corte di giustizia al fine di conoscere se un regime che commina, per le infrazioni concernenti l'IVA all'importazione, sanzioni più severe di quelle inflitte per le infrazioni concernenti l'IVA sugli scambi all'interno del Paese, non fosse in contrasto con l'art. 95 del Trattato nonché con gli altri principi comunitari di parità di trattamento e di proporzionalità.

Con la richiamata sentenza la Corte di giustizia ha rilevato che la normativa italiana distingue due categorie di infrazioni: quelle in materia di IVA all'importazione (per le quali si applicherebbero le disposizioni della normativa doganale, stante il rinvio dell'art. 70 della legge IVA) e quelle in materia di IVA all'interno del Paese, che, come ha riconosciuto il giudice comunitario, sono sanzionate meno severamente rispetto a quanto previsto dalla legge doganale per l'IVA all'importazione.

Il Governo italiano si era difeso osservando che, in materia di sanzioni per le infrazioni alla normativa fiscale, sussiste una competenza esclusiva di ciascuno Stato, la quale non è limitata dall'art. 95 del Trattato e dai

¹² Cfr. in questo senso, da ultimo, Cassazione n. 1863/2013, in *L'IVA*, n. 6/2013, con nota di P. MASSARI.

¹³ In *Raccolta*, 1988, p. 1213.

principi di non discriminazione e proporzionalità, né sarebbe inficiata dall'armonizzazione in materia di IVA, che riguarda solo la disciplina sostanziale dell'imposta, con esclusione dei profili penalistici.

Sul punto la Corte di giustizia ha tuttavia osservato che sebbene la legislazione penale ed il regime sanzionatorio, anche in materia fiscale, rientrano nell'esclusiva competenza degli Stati membri, il diritto comunitario pone dei limiti nel caso in cui la normativa nazionale incida sulla neutralità dei tributi interni rispetto agli scambi intracomunitari, così come voluta dall'art. 95 del Trattato nonché ancora sul buon funzionamento del sistema comune dell'IVA istituito dalle direttive comunitarie.

Da ciò conseguiva, secondo i giudici comunitari, la necessità di esaminare, in questa prospettiva, la compatibilità con il Trattato di un doppio sistema di sanzioni per infrazioni in materia di IVA, come quello predisposto dalla normativa italiana.

L'ulteriore argomento del Governo italiano – secondo il quale le due sanzioni non sarebbero comparabili e ciò in quanto le infrazioni all'IVA all'importazione consistono nel far entrare un bene all'interno del Paese senza pagare l'imposta, mentre le infrazioni all'IVA interna possono essere commesse da soggetti passivi sottoposti a vari obblighi strumentali (come contabilizzazione, fatturazione, ecc.) che danno luogo ad un maggior controllo – è stato rigettato dalla Corte in quanto, anche ammessa l'esistenza di tali differenze, le stesse non possono giustificare un divario manifestamente sproporzionato nella severità delle sanzioni comminate per le due categorie di infrazione.

Ed infatti, una sproporzione sussiste quando la sanzione comminata per il caso dell'importazione comporta pene detentive oltre alla confisca della merce utilizzando norme intese a reprimere il contrabbando, laddove sanzioni comparabili non sono contemplate nel caso di infrazione all'IVA negli scambi interni.

Questa differenza sanzionatoria, ha quindi stabilito la Corte, è incompatibile con l'art. 95 del Trattato¹⁴.

Tale principio è stato riaffermato nella successiva sentenza della Corte di giustizia del 2 agosto 1993 in causa n. C-276/91, *Commissione Cee c. Repubblica francese*¹⁵. Infatti, prevedendo la normativa francese due regimi

¹⁴ Secondo la Corte, dunque, una disciplina nazionale che sanziona le infrazioni concernenti l'IVA all'importazione più severamente di quelle concernenti l'IVA sulle cessioni dei beni all'interno del Paese, è incompatibile con l'art. 95 del Trattato. Così recita il dispositivo della sentenza: «una disciplina nazionale che sanziona le infrazioni concernenti l'IVA all'importazione più severamente di quelle concernenti l'IVA sulle cessioni di beni all'interno del paese è incompatibile con l'art. 95 del Trattato qualora detta differenza sia sproporzionata rispetto alla diversità delle due categorie di infrazioni».

¹⁵ In *Raccolta*, 1993, I, p. 4430 e annotata in questa *Rivista*, 1993, p. 624.

di sanzioni per le infrazioni commesse in materia di imposta sul valore aggiunto, analogamente a quanto disciplinato dalla normativa italiana, la Commissione ha comunicato al Governo francese che detta normativa violava l'art. 95 del Trattato per due motivi e, segnatamente, sia perché le sanzioni per le violazioni inerenti all'IVA all'importazione e quelle previste in materia di IVA interna erano sproporzionate, sia perché le sanzioni previste con riferimento all'IVA all'importazione non prendevano in considerazione la quota residua dell'IVA versata nello Stato membro esportatore.

Il Governo francese si era difeso osservando che gli Stati membri non sono obbligati ad istituire regimi sanzionatori identici per le infrazioni all'IVA dovuta all'importazione e quelle relative alle operazioni all'interno del Paese. Secondo il Governo francese, infatti, le infrazioni all'IVA commesse con riferimento all'importazione, sarebbero più difficili da scoprire rispetto a quelle commesse in sede di cessione all'interno del Paese.

Sul punto la Corte di giustizia ha tuttavia rilevato che la maggiore o minore difficoltà con la quale una infrazione può essere scoperta non può giustificare un divario manifestamente sproporzionato nella severità delle sanzioni comminate per le due categorie¹⁶.

In conclusione, le due sentenze della Corte di giustizia, sopra richiamate, hanno statuito che l'applicazione delle sanzioni doganali in caso di infrazione all'IVA all'importazione viola per sproporzione il diritto comunitario posto che la sanzione si sostanzia nel sequestro e conseguente confisca del bene¹⁷.

¹⁶ I giudici comunitari hanno osservato che, nel diritto francese, mentre l'infrazione in sede di importazione comporta un'ammenda di un importo compreso tra una e due volte il valore del bene nonché la confisca della merce e una pena detentiva fino a 3 anni, l'omissione della dichiarazione soggetta ad IVA all'interno del Paese comporta il pagamento di interessi di mora e di una maggiorazione equivalente al 10% dell'imposta dovuta con una maggiorazione percentuale crescente del 40% e dell'80% in caso di inadempimento a due diffide. Solo nel caso in cui l'omissione sia dolosa e il fatto costituisca reato, è prevista la pena detentiva. La pronuncia si conclude con il seguente dispositivo: «la Repubblica francese, istituendo ed applicando ai sensi dell'art. 414 del codice doganale francese per l'infrazione all'iva dovuta all'importazione da un altro Stato membro un regime di sanzioni più severe di quello previsto da altre norme per le infrazioni all'iva relativa alle operazioni effettuate all'interno del Paese, è venuta meno agli obblighi imposti dall'art. 95 del Trattato».

¹⁷ Sotto altro versante osserva P. CENTORE, in *IVA all'importazione*, cit. supra, nota 1: «[...] si consideri la ratio delle diverse e più onerose sanzioni doganali rispetto a quelle interne. Mettendo da parte la considerazione sul grado di difficoltà della scoperta dell'illecito (che francamente sembra propendere più per le operazioni interne che per quelle esterne) l'attenzione va rivolta alla natura del tributo riscosso all'importazione che per sua natura dovrebbe essere (ed effettivamente è) un'imposta che se non pagata, è definitivamente sottratta all'erario. Questo è vero per i dazi ma altrettanto non può dirsi per l'IVA il cui pagamento in dogana dà diritto alla detrazione anche a posteriori, cioè in sede di accertamento, azzerando così il c.d. danno erariale a tutela del quale dovrebbe essere orientato l'impianto sanzionatorio. [...] l'assimilazione delle infrazioni commesse in riferimento all'art. 70 primo comma del dpr n. 633/1972 a quelle che determinano l'applicazione dei dazi (e, tecnicamente, il reato di contrabbando) non può non interrogare sul principio di proporzionalità e, in definitiva, sulla

Orbene si deve constatare che la Suprema Corte di cassazione non sembra avere in precedenza applicato il principio fissato nelle richiamate sentenze della Corte di giustizia, nonostante che la Corte costituzionale nella sentenza del 23 aprile 1985 n. 113 abbia disposto che il principio secondo il quale la normativa comunitaria entra e permane in vigore nel territorio dello Stato italiano senza che i suoi effetti possano essere intaccati dalla legge ordinaria dello Stato, ove sia soddisfatto il requisito dell'immediata applicabilità, vale non solo per la disciplina prodotta dalle norme contenute nei Regolamenti, ma anche per le statuizioni risultanti da sentenze interpretative della Corte di giustizia.

In definitiva, la mancata applicazione delle sentenze interpretative della Corte di giustizia dà luogo alla violazione del diritto comunitario con la conseguente possibilità di introdurre nei confronti dello Stato un'azione di risarcimento del danno in virtù del principio formulato dalla stessa Corte nelle sentenze del 30 settembre 2003 in causa n. C-224/01, *Gerhard Kobler c. Repubblica austriaca*¹⁸; dell'11 giugno 2006 in causa n. C-173/03, *Traghetti del Mediterraneo S.p.A. c. Repubblica italiana*¹⁹ nonché del 24 novembre 2011 in causa n. C-379/10, *Commissione CE c. Repubblica italiana*²⁰.

Con queste sentenze, infatti, il giudice comunitario ha rilevato che il principio secondo cui gli Stati membri sono obbligati a riparare i danni causati ai singoli dalle violazioni del diritto comunitario, loro imputabili, si applica anche allorquando la violazione di cui trattasi derivi da una decisione di un organo giurisdizionale di ultimo grado, sempre che: *i.* la norma di diritto comunitario violata sia preordinata ad attribuire diritti ai singoli; *ii.* la violazione sia sufficientemente caratterizzata; *iii.* sussista un nesso causale diretto tra questa violazione e il danno subito dalle parti lese.

compatibilità della norma con il diritto comunitario, nella parte in cui non prevede appunto una distinzione, quanto meno in relazione alla detraibilità dell'IVA assolta all'atto dell'importazione».

¹⁸ In *Raccolta*, 2003, I, p. 10239 e annotata in questa *Rivista*, 2004, p. 55.

¹⁹ In *Raccolta*, 2006, I, p. 5177 e annotata in questa *Rivista*, 2006, p. 741.

²⁰ In *Raccolta*, 2011, I, p. 180.

4. La confisca per equivalente

L'applicazione delle sanzioni previste per il contrabbando in caso di infrazione nel pagamento dell'IVA all'importazione, continua ad essere illegittima anche a seguito della introduzione dell'istituto della «confisca per equivalente» alle infrazioni per l'IVA all'interno, stante il permanere della sproporzione fra le due sanzioni.

Con legge n. 300 del 29 settembre 2000 è stato introdotto nel nostro ordinamento l'istituto della c.d. «confisca per equivalente» in materia di reati contro la Pubblica Amministrazione (peculato; corruzione; concussione; truffa ecc.) con disciplina contenuta nell'art. 322 *ter* c.p.

La caratteristica dell'istituto consiste nel fatto che, in sede applicativa, non si richiede la dimostrazione del «nesso di pertinenzialità» tra il reato ed i beni da sottoporre a confisca (cosicché la sanzione può colpire anche beni che nulla hanno a che vedere con il reato, potendosi acquisire qualsivoglia bene posseduto dal reo, purché sia nella sua disponibilità e di valore corrispondente al prezzo o al profitto del reato).

La legge n. 244 del 26 dicembre 2007, c.d. «finanziaria 2008» (art. 1 comma 143), ha esteso la misura sanzionatoria alla maggior parte dei reati tributari introdotti dal dlgs n. 74/2000²¹.

Una superficiale lettura della legge potrebbe quindi portare ad affermare che «la confisca per equivalente», in caso di omissione del versamento dell'IVA con riferimento alle cessioni interne, annullerebbe quella sproporzione fra le due sanzioni che in precedenza esisteva con riguardo all'evasione dell'IVA all'importazione, punita con la confisca del bene importato, venendosi a creare un sistema sanzionatorio equilibrato, nel rispetto dei principi comunitari.

Questa tesi è tuttavia erronea in quanto non considera le dimensioni delle due sanzioni e neppure considera che la «confisca per equivalente», per essere applicata, deve riguardare una violazione che superi una determinata soglia impositiva, prevista in misura differenziata per le varie fattispecie di reati tributari disciplinati nel dlgs n. 74/2000, condizione che non sussiste per l'IVA all'importazione.

Infatti, la «confisca per equivalente» può essere eseguita nei limiti del valore corrispondente al prezzo o al profitto del reato. Conseguentemente, poiché il «profitto» del reato di evasione dell'IVA interna ammonta al 22% (secondo l'aliquota attualmente in vigore) del valore del bene, men-

²¹ Per un commento all'estensione della misura ai reati tributari si rinvia a I. CARACCIOLI, *La confisca per equivalente ed il sequestro preventivo nei reati tributari*, in *Guida ai controlli fiscali*, 2008, n. 3, p. 5.

tre la confisca disciplinata dalla legge doganale riguarda l'intero bene importato e, quindi, il 100% del valore di detto bene, ne deriva che la confisca doganale comporta un pregiudizio economico cinque volte superiore rispetto alla confisca per equivalente prevista per l'IVA interna.

Va inoltre rilevato che le soglie di punibilità introdotte dal dlgs n. 74/2000 (commisurate a un determinato *quantum* di tributo "interno" evaso, per un importo superiore a trentamila euro in caso di omessa presentazione di una delle dichiarazioni annuali²², nonché superiore a cinquantamila euro nel caso di mancato versamento dell'IVA entro il termine stabilito dalla legge²³) limitano l'area del «penalmente rilevante», e la conseguente applicabilità della confisca per equivalente, laddove nessuna limitazione "quantitativa" all'applicazione della confisca si rinviene nella disciplina dell'IVA all'importazione.

Continua, quindi, a sussistere quella rilevante differenza sanzionatoria tra l'IVA all'importazione e l'IVA all'interno, differenza che è innegabilmente sproporzionata ed ingiustificata in quanto crea una inammissibile disparità di applicazione della medesima imposizione, come ha riconosciuto a più riprese la Corte di giustizia, il cui *dictum*, per le ragioni esposte, non può essere disatteso dal giudice nazionale.

Concludendo: nel caso in cui, giunta la controversia giudiziale all'esame della Suprema Corte e sempreché la causa riguardi solo un'infrazione Iva, qualora la Suprema Corte applichi le sanzioni previste per i dazi di confine, e quindi disponga la confisca della cosa importata, è possibile far seguire a questa pronuncia un'azione di risarcimento del danno nei confronti dello Stato per disapplicazione del diritto comunitario. Il risarcimento dovrebbe, comunque, essere limitato al valore che la cosa confiscata aveva al momento del sequestro, secondo quanto enunciato dalla Corte di giustizia nelle tre richiamate sentenze *Kobler*, *Traghetti del Mediterraneo* e *Commissione c. Italia*.

Gregorio Leone*

²² Cfr. l'art. 5 del dlgs n. 74 del 16 marzo 2000, in *Guri* n. 76 del 31 marzo 2000.

²³ Cfr. l'art. 10 *ter* del dlgs n. 74 del 16 marzo 2000, *loc. cit.*, che rinvia al precedente art. 10 *bis*.

* Avvocato in Milano

SINTESI

Il breve studio ha ad oggetto l'art. 70 della legge IVA e si propone di dimostrare l'inapplicabilità della norma nel caso dell'IVA all'importazione, sempre che non sia contestato anche l'omesso versamento dei diritti di confine. L'indagine perviene a questa conclusione dopo avere analizzato l'oggetto dell'imposizione (qualificando l'IVA come imposta sugli affari e non come imposta sui consumi), la non esperibilità delle controversie amministrative doganali, la non applicabilità all'IVA delle sanzioni doganali (per riguardo al sequestro e alla confisca), secondo quanto già riconosciuto da due sentenze della Corte di giustizia, che non possono essere disapplicate dalla Suprema Corte. Nel qual caso si è prospettata la possibilità di introdurre un'azione di risarcimento del danno contro lo Stato, conformemente a quanto stabilito dalla giurisprudenza della Corte di giustizia.

ABSTRACT

The short study relates to article 70 of the Italian VAT Act and aims to demonstrate the inapplicability of the rule in the case of import VAT, unless it is also questioned the non-payment of custom duties. The analysis comes to this conclusion after analyzing the object of taxation (qualifying the VAT as a turnover tax and not as a consumption tax), the inability to start administrative disputes customs, the VAT inapplicability of customs penalties (with reference to the seizure and confiscation), as already recognized by two judgments of the Court of Justice, which can't be disregarded by the Supreme Court. Otherwise it is proposed the cause of damages against the State as well as thought possible by jurisprudence of the Court of Justice.

**CONDIZIONI E MODALITÀ DELL'ESERCIZIO DEL NUOVO
POTERE DELL'AUTORITÀ GARANTE DELLA CONCORRENZA E
DEL MERCATO DI IMPUGNARE GLI ATTI AMMINISTRATIVI**

**Tribunale amministrativo regionale del Lazio, sede di Roma, sez. II
Sentenza del 6 marzo-6 maggio 2013 n. 4451/2013***

Presidente, Luigi Tosti - Relatore, Silvia Martino

Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato c. Roma Capitale

Autorità garante della concorrenza e del mercato - Annullamento di atti amministrativi che violano le norme a tutela della concorrenza e del mercato - Delibera di Roma Capitale in tema di noleggio auto con conducente - Barriera all'accesso per gli operatori non localizzati nel territorio del Comune di Roma - Compartimentazione del mercato - Procedimento ex art. 21 bis L. n. 287/1990 - Necessità del previo «parere motivato» - Peculiarità della legittimazione ad agire dell'Autorità *antitrust* - Valorizzazione della *competition advocacy* - Effetti costitutivi - Conferimento all'Autorità di mere potestà amministrative - Inammissibilità.

Al fine di poter impugnare gli atti amministrativi ex art. 21 bis L. n. 287/1990, l'Autorità garante della concorrenza e del mercato deve – a pena di inammissibilità del ricorso – emettere il previo parere motivato di cui al secondo comma di detto articolo.

(Omissis) In diritto

1. In via preliminare, occorre delibare l'eccezione di inammissibilità sollevata da Roma Capitale, in relazione alla circostanza che la proposizione del ricorso da parte dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato non è stata pre-

* In argomento v. *infra*, p. 495 ss., il commento di PIETRO TROIANIELLO.

ceduta dall'espressione del «parere motivato», secondo il procedimento disciplinato dall'art. 21 *-bis*, comma 2, della l. n. 287/90, così come novellata dall'art. 35, comma 1, D.L. 6 dicembre 2011, n. 201, modificato dalla legge di conversione 22 dicembre 2011, n. 214.

L'Autorità al riguardo ha controdedotto che, a suo dire, con l'inserimento dell'art. 21 *-bis* nel corpo della l. n. 287/90, essa è stata dotata di un doppio *set* di poteri di intervento.

Il comma 1 della norma in esame la legittimerebbe a proporre un ricorso in via diretta avverso gli atti amministrativi che determinino distorsioni della concorrenza, laddove, invece, il ricorso disciplinato dal comma 2 fa seguito ad una fase procedimentale in cui emette un parere motivato nel quale indica gli specifici profili riscontrati nell'atto dell'amministrazione e, solo ove quest'ultima non si conformi al parere nei successivi 60 giorni, l'Autorità può presentare, entro i successivi 30 giorni, il ricorso.

Sul piano letterale, soggiunge, non si spiegherebbe la struttura dei primi due commi.

Se, infatti, si fosse voluto dotare l'Autorità unicamente del potere di ricorrere previa segnalazione, il primo comma della norma sarebbe del tutto superfluo.

Inoltre, a conferma della distinzione tra le due tipologie di intervento, vi sarebbe anche il fatto che il comma 3 della norma disciplina mediante rinvio al Libro IV, Titolo V, del d.lgs. 2 luglio 2010, n. 204, i termini processuali dei soli «giudizi instaurati ai sensi del comma 1», senza operare il medesimo rinvio per i giudizi *ex* comma 2. Per effetto di tale rinvio al solo comma 1, il termine per la notificazione del ricorso introduttivo diretto è quello ordinario di sessanta giorni ai sensi dell'art. 119, comma 2, c.p.a.. Diversamente, il ricorso indiretto deve essere proposto, per espressa previsione del comma 2, entro 30 giorni dalla scadenza dei 60 che l'amministrazione ha per conformarsi al parere.

L'Autorità, ancora, ha invocato, l'esigenza di flessibilità che la legittimazione al ricorso diretto consentirebbe di soddisfare. In tal modo potrebbe infatti intervenire celermente nei casi di maggiore gravità, agendo immediatamente in sede giurisdizionale, in particolare al fine di ottenere un tempestivo pronunciamento cautelare.

Rilevante sarebbe anche la circostanza che il secondo comma non ricollega alla mancanza del parere alcuna conseguenza in termini di inammissibilità o improcedibilità del ricorso.

Vi sarebbe poi una disparità di trattamento con gli enti esponenziali di interessi diffusi di natura privatistica, la cui azione non è sottoposta ad alcuna condizione.

2. Al fine di definire la questione pregiudiziale testé sintetizzata, giova riportare l'intero testo del cit. art. 21 *-bis*, secondo il quale «1. L'Autorità garante della concorrenza e del mercato è legittimata ad agire in giudizio contro gli atti amministrativi generali, i regolamenti ed i provvedimenti di qualsiasi amministrazione pubblica che violino le norme a tutela della concorrenza e del mercato.

2. L'Autorità garante della concorrenza e del mercato, se ritiene che una pubblica amministrazione abbia emanato un atto in violazione delle norme a tutela della concorrenza e del mercato, emette, entro sessanta giorni, un parere moti-

vato, nel quale indica gli specifici profili delle violazioni riscontrate. Se la pubblica amministrazione non si conforma nei sessanta giorni successivi alla comunicazione del parere, l'Autorità può presentare, tramite l'Avvocatura dello Stato, il ricorso, entro i successivi trenta giorni.

3. Ai giudizi instaurati ai sensi del comma 1 si applica la disciplina di cui al Libro IV, Titolo V, del decreto legislativo 2 luglio 2010, n. 104».

2.1. Come noto, il nuovo potere attribuito all'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, con la correlata, generale legittimazione processuale ad impugnare gli atti amministrativi a tutela della concorrenza e del mercato, ha introdotto, nel processo amministrativo elementi in grado di alterarne la tradizionale struttura soggettiva, di processo di parti fondato sul principio dispositivo.

Se è vero, infatti, che nella giurisdizione amministrativa permane una connotazione parzialmente oggettivistica della tutela ciò è dovuto esclusivamente alla circostanza che l'interesse legittimo è una situazione soggettiva che, come è stato detto, «dialoga con il potere pubblico e con esso si confronta».

La specificità delle [*rectius*: della *n.d.r.*] giustizia amministrativa è infatti non soltanto di comporre interessi antagonisti, ma, giocoforza, anche di orientare e conformare l'azione amministrativa.

Poiché ai fini del soddisfacimento dell'interesse al conseguimento o alla protezione del bene della vita, è necessario l'intermediazione dell'attività amministrativa, l'accertamento compiuto dal giudice amministrativo ha, necessariamente, una «portata generale e meta-individuale».

Tale specificità è particolarmente evidente, ad esempio, nel sindacato giurisdizionale sui regolamenti, in quanto il loro contenuto normativo comporta la natura efficacia *erga omnes* di una eventuale pronuncia demolitoria.

Sotto altro profilo, è la stessa categoria dell'interesse legittimo che ha conosciuto una profonda trasformazione in quanto, da una dimensione strettamente individuale, è progressivamente approdato all'espressione di pretese «di gruppo» (si pensi alla tematica degli interessi diffusi, adespoti, collettivi).

Nonostante tale evoluzione, la giurisdizione amministrativa italiana è rimasta però, sino ad oggi, una giurisdizione di diritto soggettivo, ispirata al principio della effettività della tutela dei diritti e degli interessi (cfr., da ultimo, l'art. 1 del Codice del processo amministrativo).

Circa la natura della peculiare legittimazione attribuita ad AGCM, le prime riflessioni della dottrina oscillano, da un lato, tra l'inquadramento in una [*rectius*: in una *n.d.r.*] vera e propria giurisdizione di diritto oggettivo, svincolata dalla titolarità di una posizione soggettiva sostanziale qualificata e differenziata (con i conseguenti problemi di coerenza con il principio costituzionale di cui all'art. 103, secondo il quale la giurisdizione amministrativa è funzionale alla tutela di situazioni soggettive individuali e non di interessi generali), e, all'altro estremo, l'intestazione in capo ad AGCM di una sorta di rappresentanza processuale degli interessi diffusi e/o collettivi che lo stesso legislatore ha progressivamente riconosciuto nel campo ambientale, degli interessi economici e delle tutela del consumatore.

La prima tesi interpretativa esclude che «l'Autorità, in quanto tale, sia titolare di un interesse legittimo in senso proprio, potendo (e dovendo) attivarsi per la tutela e realizzazione di un interesse generale alla concorrenza che, per un verso, finisce per coincidere con una sommatoria di interessi di mero fatto ascrivibili alla collettività e, per altro verso, restando così generico, non soddisfa di certo i caratteri di una situazione soggettiva imputabile ad un soggetto di diritto».

Secondo tale interpretazione, dunque, l'Autorità non sarebbe parte del rapporto con l'amministrazione, né sarebbe portatrice di situazioni soggettive proprie, ed inoltre, essendo come le altre autorità indipendenti ricompresa «nello Stato-comunità anziché nello Stato-apparato», non potrebbe vantare la *suitas* di uno specifico interesse pubblico né potrebbe «corrispondentemente sostenere una peculiare e individuale posizione di interesse».

Ne consegue la necessità di una interpretazione costituzionalmente orientata della norma, incentrata sulla considerazione che la giurisdizione di diritto oggettivo costituisce pur sempre una eccezione, nonché sulla valorizzazione degli elementi di specificità contenuti nell'art. 21 - *bis* «soprattutto lì dove possono giustificare un sia pur parziale richiamo al principio della domanda».

Al centro, si pone la tesi secondo cui non sarebbe corretto parlare di superamento del processo di parti, quanto piuttosto di «potenziamento» del ruolo del soggetto affidatario della tutela di un interesse pubblico particolare, fino al punto di essere legittimato ad agire direttamente in giudizio contro gli atti e i comportamenti che, violando la legge, ne integrino una lesione, in aggiunta a quella dei diritti e degli interessi degli operatori, pubblici o privati, specificamente coinvolti.

Secondo tale posizione il nuovo potere dell'Autorità andrebbe inquadrato come azione a tutela di una situazione giuridica differenziata e qualificata. Assumerebbe specifico peso a tale riguardo, l'interesse alla migliore attuazione del valore «concorrenza», che secondo detta ricostruzione non andrebbe ricondotto ad una declinazione del mero interesse generale al rispetto della legge, quanto piuttosto ad un interesse particolare e differenziato di cui l'Autorità sarebbe diretta portatrice; una declinazione di interesse legittimo soggettivizzato in capo all'Autorità e per la cui tutela essa risulterebbe legittimata *ex lege* a rivolgersi al giudice amministrativo.

Sarebbe infatti «proprio la natura indipendente dell'Autorità e la specifica missione ad essa affidata (tutela di uno specifico interesse pubblico che, per le forti implicazioni economiche e sovranazionali, si vuole sottratta all'apparato governativo)» a giustificare la scelta legislativa di attribuire *in primis* a tale soggetto, la legittimazione processuale ad agire per assicurarne la tutela.

Viene richiamato, al riguardo, il modello previsto per la c.d. procedura di infrazione, in cui la Commissione europea è legittimata ricorrere [*rectius*: legittimata a ricorrere *n.d.r.*] alla Corte di Giustizia dell'Unione, ai fini dell'accertamento della violazione degli obblighi comunitari da parte degli Stati membri.

2.2. A parere del Collegio, l'esatto inquadramento della legittimazione processuale di AGCM consente anche di decifrare se tale legittimazione sia incondizionata, come l'Autorità oggi sostiene, o se invece essa risulti subordinata al pre-

vio espletamento della fase procedimentale preliminare disciplinata dal comma 2 dell'art. 21 - *bis*.

Nella prima ipotesi, l'espressione del parere costituirebbe infatti una mera eventualità, essendo il relativo procedimento attivabile ad esclusiva discrezione dell'Autorità, mentre nella seconda si tratterebbe di un vero e proprio, indefettibile presupposto processuale.

È poi evidente che, se si ritiene che, con l'art. 21 - *bis*, il legislatore abbia voluto conferire ad AGCM, sia pure quale soggetto pubblico qualificato, la natura di ente esponenziale di interessi diffusi e/o collettivi, diventa difficile giustificare l'obbligatorietà della fase precontenziosa, la quale comporterebbe una evidente disparità di trattamento con gli enti esponenziali dello stesso tipo.

Al contrario, sia la tesi che nega la titolarità in capo ad AGCM di un interesse pubblico «proprio» (in considerazione della peculiare collocazione istituzionale delle Autorità indipendenti), sia quella che la ritiene «portatrice di un interesse sostanziale protetto dall'ordinamento», che si soggettivizza in capo ad essa, quale peculiare forma di interesse legittimo, postulano la specialità (o specificità) del giudizio ex art. 21 - *bis*, in relazione alla quale trova agevole giustificazione anche la previsione di una fase consultiva preliminare.

2.3. Reputa il Collegio che la collocazione «sistematica» del nuovo potere di azione di AGCM, con l'inserimento nel corpo della legge istitutiva, tra gli articoli 21 e 22, riveli la volontà del legislatore di valorizzare la tradizionale funzione consultiva e di segnalazione (c.d. *competition advocacy*) disciplinata da tali norme e ad essa attribuita *ab origine*.

La legittimazione ad agire innanzi al giudice amministrativo conferisce infatti a tale funzione (in passato, mera espressione di un'opinione dell'Autorità, ancorché suscettibile di effetti di *moral suasion*, sull'esistenza di «situazioni distorsive» della concorrenza derivanti da norme di legge, di regolamento o provvedimenti amministrativi) veri e propri effetti costitutivi, sia pure conseguibili in via mediata attraverso lo scrutinio giurisdizionale.

È in ragione di tale correlazione, a parere del Collegio, che l'iniziativa dell'Autorità deve essere necessariamente preceduta da un'attività amministrativa procedimentalizzata, essendo il «procedimento» paradigma comune sia alle autorità amministrative tradizionali che indipendenti.

In sostanza, come nel settore delle intese e degli abusi di posizione dominante – in cui possiede autonomi poteri di *enforcement* (decisori e di sanzione) – l'Autorità agisce in contraddittorio con le imprese, così è logico ritenere che, nei confronti degli eventuali abusi di potere regolatorio, e/o provvedimentale, compiuti da soggetti pubblici ad essa pariordinati (siano essi espressione dello Stato – apparato ovvero, come pure è possibile, altre Autorità indipendenti), vi sia una medesima esigenza di procedimentalizzazione, attraverso cui AGCM contestualizza e concretizza la propria valutazione circa la regola giuridica da applicare al caso concreto.

In tal modo, essa concorre direttamente alla formazione, e al mantenimento, di un complessivo quadro legale atto a favorire le dinamiche della concorrenza,

promuovendo il sindacato del g.a., indipendentemente dall'esistenza (o dall'iniziativa) di soggetti portatori di interessi, individuali e/o collettivi, lesi dall'attività amministrativa.

Al riguardo, è significativo che, nello stesso contesto temporale dell'attribuzione di siffatta legittimazione ad agire, l'Autorità abbia visto ulteriormente potenziata la propria funzione di *advocacy*, ad esempio, ai fini dell'espressione del parere obbligatorio sulle c.d. delibere quadro relative alla gestione dei servizi pubblici locali.

Come noto, tale nuova competenza, originariamente prevista dall'art. 4, commi 3 e 4, del d.l. n. 138 del 2011 (così come modificato prima dalla l. di conversione n. 148/2011, e poi, da una vorticosa serie di decreti), è stata successivamente travolta dalla declaratoria di incostituzionalità dell'intero articolo, pronunciata dalla Corte Costituzionale con la sentenza 20 luglio 2012, n. 199.

È tuttavia importante notare che, nonostante la sopravvenuta espunzione dall'ordinamento di tale fonte, l'assetto che un Ente territoriale decida oggi di dare alla gestione dei servizi pubblici locali, rimane tuttora soggetto al vaglio dell'Autorità proprio in forza dell'art. 21 *-bis* in esame, in quanto norma avente portata generale.

Il procedimento previsto dal secondo comma non costituisce, pertanto, una mera eventualità, ma è l'espressione dell'ordinario *modus procedendi* dell'Autorità, in particolare là dove non sia stata dotata di poteri di *enforcement* ovvero di poteri consultivi tipizzati.

3. L'opinione del Collegio, e della prevalente dottrina, è oggi supportata anche dall'orientamento espresso dalla Corte Costituzionale (sentenza n. 20 del 14 febbraio 2013).

A fronte dell'impugnativa della Regione Veneto – la quale lamentava, tra l'altro, la circostanza secondo cui l'art. 21 *-bis* finirebbe «col sottoporre gli atti regolamentari ed amministrativi regionali ad un nuovo e generalizzato controllo di legittimità, su iniziativa di un'autorità statale», così travalicando i limiti desumibili dalla sentenza della Corte Costituzionale n. 64 del 2005 e violando altresì gli artt. 117, sesto comma, e 118, primo e secondo comma, Cost., – la Corte ha osservato «che è inesatto parlare di "nuovo e generalizzato controllo di legittimità", là dove la norma – integrando i poteri conoscitivi e consultivi già attribuiti all'Autorità garante dagli artt. 21 e seguenti della legge n. 287 del 1990 – prevede un potere di iniziativa finalizzato a contribuire ad una più completa tutela della concorrenza e del corretto funzionamento del mercato (art. 21, comma 1, della legge citata) e, comunque, certamente non generalizzato, perché operante soltanto in ordine agli atti amministrativi «che violino le norme a tutela della concorrenza e del mercato» (norma censurata, comma 1). Esso si esterna in una prima fase a carattere consultivo (parere motivato nel quale sono indicati gli specifici profili delle violazioni riscontrate), e in una seconda (eventuale) fase di impugnativa in sede giurisdizionale, qualora la pubblica amministrazione non si conformi al parere stesso. La detta disposizione, dunque, ha un perimetro ben individuato (quello, per l'appunto, della concorrenza), compreso in una materia appartenente alla competenza legislativa esclusiva dello Stato (art. 117, secondo comma, lette-

ra e, Cost.), concernente anche la potestà regolamentare, ai sensi dell'art. 117, sesto comma, primo periodo, Cost.».

In sostanza, anche la Consulta sembra condividere la tesi di un procedimento bifasico, caratterizzato da un parere preliminare espresso dall'Autorità e da un giudizio avente un «perimetro ben individuato», con un sindacato specificamente ed esclusivamente finalizzato ad accertare la violazione delle norme poste a tutela della concorrenza e del corretto funzionamento del mercato.

3.1. Accanto alle esposte considerazioni di carattere sistematico, sovviene poi l'interpretazione logico – letterale, convergente anch'essa verso un'unica tipologia di ricorso, caratterizzata da una fase consultiva preliminare che assurge a vero e proprio presupposto processuale.

La struttura della norma evidenzia infatti un primo comma, che attribuisce ad AGCM la legittimazione «ad agire in giudizio contro gli atti amministrativi generali, i regolamenti ed i provvedimenti di qualsiasi amministrazione pubblica che violino le norme a tutela della concorrenza e del mercato».

Il secondo comma stabilisce poi le peculiari modalità di proposizione del giudizio, preceduto dalla necessaria interlocuzione con l'amministrazione autrice dell'atto sospetto di violare le norme poste a tutela della concorrenza e del mercato.

In tale ottica, si spiega, ad esempio l'utilizzo dell'espressione assertiva, secondo cui l'Autorità non già «può», bensì «emette» un parere motivato.

Si spiega anche l'assenza di criteri direttivi, almeno in linea generale, in ordine all'opzione tra le due tipologie di ricorso.

Il terzo comma individua infine il rito applicabile (quello abbreviato, ai sensi degli artt. 119 e ss. c.p.a.).

Si tratta, a ben vedere, di una scelta coerente con l'oggetto del contenzioso, avente la stessa matrice dell'impugnativa dei «provvedimenti adottati dalle Autorità indipendenti», pur essa soggetta al rito abbreviato ai sensi dell'art. 119, comma 1, lett. b. del Codice del processo amministrativo.

Reputa altresì il Collegio che anche l'espressione recata dal comma 3 dell'art. 21 –bis in esame («Ai giudizi instaurati ai sensi del comma 1 si applica la disciplina di cui al Libro IV, Titolo V, del decreto legislativo 2 luglio 2010, n. 104»), deponga per l'introduzione da parte del legislatore di una sola tipologia di ricorso.

Diversamente opinando, per i «giudizi di cui al comma 2», in difetto di una diversa disposizione, non rimarrebbe che applicare il rito ordinario, in maniera però del tutto incongruente con la dimidiazione del termine per la proposizione del ricorso introduttivo.

Sarebbe poi da spiegare perché giudizi aventi il medesimo oggetto (la violazione delle norme sulla concorrenza), debbano essere sottoposti a riti diversi, a seconda che siano stati preceduti, o meno, dall'espressione di un parere preliminare.

3.2. In senso contrario alle considerazioni testé esposte, l'Autorità ha richiamato l'esigenza di flessibilità che l'art. 21- bis potrebbe soddisfare laddove le si consentisse di ricorrere direttamente, specie al fine di sollecitare, nei casi di maggiore consistenza e gravità, un'immediata pronuncia in sede cautelare.

Tale pronuncia avrebbe poi il pregio di porre AGCM sullo stesso piano dei privati, laddove, invece, il ricorso degli enti esponenziali di natura privatistica

non è sottoposto a condizioni di ammissibilità.

3.2.1. La non condivisibilità di tale ultima argomentazione risiede nel fatto che la legittimazione dell'Autorità non può assimilarsi a quella degli enti esponenziali di interessi diffusi e/o collettivi.

Questi, ultimi, infatti, pur suscettibili di «riconoscimento» da parte del legislatore, secondo gli indici normativamente stabiliti, preesistono al diritto positivo e non sono conformati da esso.

La creazione di una autorità amministrativa indipendente (sebbene forse, come sostenuto da alcuni, costituzionalmente necessitata), rimane comunque il frutto di una scelta politica discrezionale che conferisce a tale organismo non già diritti, bensì potestà amministrative, sia pure non consistenti nella tutela di un interesse pubblico tradizionale quanto nella garanzia di un bene comune, perseguito attraverso la regolazione neutrale degli interessi di imprese, consumatori, utenti (sugli indici normativi di riconoscimento di una Autorità indipendente, cfr., ad esempio Cons. St., sez. I, 22 marzo 2010, n. 1081).

Quanto, poi, all'affermazione secondo cui il ricorso diretto consentirebbe di elidere con maggiore sollecitudine, mediante la richiesta di sospensione cautelare, il danno alla concorrenza, verrebbe fatto di chiedersi in base a quale criterio l'Autorità potrebbe operare la scelta tra il ricorso diretto e quello preceduto dal parere.

Come è stato osservato, la valutazione del «*periculum in mora*», tipica del giudizio cautelare, si apprezza soprattutto in funzione del concreto interesse al ricorso che, nel caso in esame, manca per definizione in quanto l'Autorità non persegue il soddisfacimento di un interesse personale e concreto, ma agisce per la realizzazione dell'interesse generale alla concorrenza.

Quanto, invece, al danno alla concorrenza in sé, si tratta, appunto, non di un danno soggettivo ma, semmai, come pure evidenziato in dottrina, del danno alla struttura concorrenziale del mercato in senso oggettivo.

Al riguardo, va poi anche considerato che, a differenza delle parti private, l'Autorità, attraverso l'espressione del parere, può esercitare una forma di *moral suasion* che, se tempestivamente attivata, è potenzialmente in grado di condurre all'eliminazione della situazione distorsiva negli stessi tempi di un giudizio cautelare.

Comunque, la necessità di dovere attendere l'esaurimento del procedimento preliminare per promuovere il ricorso, non sembra, di per sé sola, ragione sufficiente ad incrinare la piana ricostruzione della norma che si è in precedenza sintetizzata.

Semmai, essa potrebbe costituire motivo per un intervento modificativo e/o chiarificatore, da parte del legislatore (ad esempio, al fine di stabilire espressamente il *dies a quo* per l'espressione del parere da parte dell'Autorità).

3.2.2. Non rileva, infine, che la fase procedimentale preliminare non sia espressamente definita dalla norma quale condizione di ammissibilità e/o procedibilità, o che alla mancanza e/o irregolarità di tale fase non sia espressamente collegata una pronuncia di inammissibilità.

Nel sistema del codice del processo amministrativo, accanto ad ipotesi di inammissibilità tipizzata (si veda ad esempio l'ultimo comma dell'art. 40, così

come sostituito dall'art. 1, comma 1, lett. *f*. del d.lgs. n. 160/2012, relativo ai motivi proposti in violazione del principio di specificità, espressamente qualificati come inammissibili), vi è, infatti, anche una previsione di carattere generale secondo cui il ricorso deve essere dichiarato inammissibile «quando è carente l'interesse o sussistono altre ragioni ostative ad una pronuncia sul merito» (art. 35, comma 2, c.p.a.).

Pertanto, l'inammissibilità può essere pronunciata ogniqualvolta si rilevi l'assenza di un presupposto indispensabile alla costituzione del rapporto giuridico processuale.

4. In definitiva, per quanto appena argomentato, il ricorso deve essere dichiarato inammissibile.

La novità delle questioni giustifica la compensazione delle spese di giudizio e degli onorari di difesa.

(Omissis)

**L'EFFICACIA DEI PROVVEDIMENTI
DI COMPETITION ADVOCACY DELL'AUTORITÀ GARANTE
DELLA CONCORRENZA E DEL MERCATO NELL'AMBITO
DELLA COOPERAZIONE DI CUI AL REGOLAMENTO (CE)
N. 1/2003**

Sommario: 1. *I principi per la cooperazione previsti dal Regolamento (Ce) n. 1/2003* - 2. *I poteri di competition advocacy dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato* - 3. *Efficacia dei provvedimenti di advocacy nell'ambito della cooperazione attiva tra AGCM e istituzioni dell'Unione europea: il caso dei trasporti* - 4. *Brevi conclusioni.*

1. I principi per la cooperazione previsti dal Regolamento (Ce) n. 1/2003

Con il Regolamento (Ce) del Consiglio n. 1/2003 l'Unione europea ha introdotto significative modifiche in materia *antitrust*¹.

Finalità espressa della nuova disciplina è quella di addivenire ad una applicazione efficace ed uniforme degli artt. 101 e 102 TFUE (già 81 e 82 TCE), così da istituire un sistema che impedisca distorsioni della concorrenza nel mercato comune².

È previsto un maggiore coinvolgimento delle autorità garanti della concorrenza degli Stati membri³. In particolare, detto coinvolgimento comporta la formazione di una vera e propria rete di pubbliche autorità

¹ Regolamento (Ce) n. 1/2003 del Consiglio, del 16 dicembre 2002, concernente l'applicazione delle regole di concorrenza di cui agli artt. 81 e 82 del Trattato, in *Guce* n. L 1 del 4 gennaio 2003, p. 1, come poi modificato dal Regolamento (Ce) n. 411/2004 del Consiglio del 26 febbraio 2004, in *Gu-Ue* n. L 68 del 6 marzo 2004, p. 1 e dal Regolamento (Ce) n. 1419/2006 del Consiglio del 25 settembre 2006, in *Gu-Ue* n. L 269 del 28 settembre 2006, p. 1. In dottrina vedi, tra gli altri, F. CAPELLI, *Principi, obiettivi e filosofia della nuova disciplina antitrust comunitaria*, in questa *Rivista*, 2007, p. 5 ss.; F. MUNARI, *L'applicazione decentrata delle norme antitrust UE. Primi bilanci, problemi irrisolti e parziali soluzioni*, in *Mercato, concorrenza e regole*, 2010, p. 147 ss.

² Vedi *considerando* n. 1, Regolamento (Ce) n. 1/2003.

³ *Ivi*, *considerando* n. 6.

che – congiuntamente alla Commissione europea – «applicano le regole di concorrenza comunitarie in stretta collaborazione»⁴.

Nell'ambito di tale nuovo sistema si prevede lo scambio di informazioni tra i membri di detta rete nonché l'utilizzo come mezzo di prova di «qualsiasi elemento di fatto o di diritto»⁵, anche se le informazioni sono riservate e nonostante eventuali disposizioni di diritto interno contrastanti⁶.

La dottrina ha definito una «cooperazione attiva» tale forma di collaborazione, che consente – attraverso il decentramento⁷ – una integrazione sempre maggiore tra i sistemi nazionali e quello comunitario nel quadro di una modernizzazione del diritto *antitrust*⁸.

Ciò, peraltro, non toglie centralità al ruolo rivestito dalla Commissione in tema di concorrenza, che, invero, il Regolamento (Ce) n. 1/2003 ritiene opportuno mantenere⁹.

A tal proposito, infine, il Regolamento prende espressamente atto¹⁰ che nel settore dei trasporti trovano piena applicazione, in linea con la giurisprudenza comunitaria, le norme sulla concorrenza¹¹ e, dunque, ciò implica che anche tale settore è assoggettato alle norme di cui al Regolamento (Ce) n. 1/2003.

2. I poteri di *competition advocacy* dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato

Una delle funzioni affidate sin dall'origine all'Autorità garante della concorrenza e del mercato (di seguito anche «AGCM») dalla l. n. 287 del 10 ottobre 1990 è quella di promuovere la concorrenza, segnalando al Parlamento, al Governo e alle amministrazioni interessate i casi in cui le regole

⁴ Così art. 11, par. 1, nonché, nello stesso senso, *considerando* n. 15, Regolamento (Ce) n. 1/2003.

⁵ Così art. 12, par. 1, Regolamento (Ce) n. 1/2003.

⁶ *Ivi*, *considerando* n. 16.

⁷ I principi e le finalità del decentramento sono indicati nella Comunicazione della Commissione sulla cooperazione, in *Guce* n. C 313 del 15 ottobre 1997. In dottrina, vedi A. PERA - P. CASSINIS, *Applicazione decentrata del diritto comunitario della concorrenza*, in *Dir. comm. int.*, 1999, p. 701 ss.

⁸ Così G. M. BERRUTI, *La nuova cooperazione attiva tra Istituzioni comunitarie, Antitrust nazionali e Giudici nel Regolamento comunitario n. 1 del 2003*, in *Corr. giur.*, 2004, p. 115 ss.

⁹ Vedi *considerando* n. 34, Regolamento (Ce) n. 1/2003.

¹⁰ *Ivi*, *considerando* n. 36.

¹¹ Cfr. sentenza della Corte di giustizia del 30 aprile 1986 in causa n. 209/84, *Nouvelles Frontières*, in *Raccolta*, 1986, p. 1425 ss., reperibile sul sito internet www.curia.europa.eu.

vigenti o in via di adozione comportano distorsioni del funzionamento del mercato, che non appaiono giustificate da esigenze di interesse generale¹².

In particolare, l'art. 21 prevede che «Allo scopo di contribuire ad una più completa tutela della concorrenza e del mercato, l'Autorità individua i casi di particolare rilevanza nei quali norme di legge o di regolamento o provvedimenti amministrativi di carattere generale determinano distorsioni della concorrenza o del corretto funzionamento del mercato che non siano giustificate da esigenze di carattere generale». La locuzione legislativa «casi di particolare rilevanza» evidenzia come l'Autorità intervenga per fenomeni concorrenziali di rilievo, tralasciando così quelli di portata marginale.

Si tratta della c.d. *competition advocacy*, cioè un'attività complementare rispetto a quella di *enforcement*, che ha lo specifico obiettivo di contribuire alla promozione delle politiche di concorrenza tramite segnalazioni e pareri.

La segnalazione contiene indicazioni e suggerimenti per risolvere disfunzioni applicative di una disciplina vigente; con il parere invece l'Autorità fornisce indicazioni per rendere una proposta normativa conforme ai principi del diritto della concorrenza (cfr. art. 22, l. n. 287/1990).

L'attribuzione di tale potere ad un'Autorità indipendente trova la sua più fondata ragione nel tipo di organizzazione e vede i poteri consultivi come espressione dell'indipendenza dell'Autorità dal Parlamento e dal Governo. Si comprendono in tale ottica i collegamenti che l'Autorità *anti-trust* nazionale instaura con le Autorità corrispondenti di altri ordinamenti e con altre istituzioni, quale la Commissione europea, al di fuori dei circuiti governativi¹³.

Per tale forma di promozione della concorrenza – prevista in tutti gli ordinamenti in cui opera un'Autorità *antitrust* – i poteri sono meramente consultivi.

L'autorevolezza e l'indipendenza della fonte assicurano già di per sé una notevole efficacia del provvedimento dell'Autorità¹⁴, che diventa an-

¹² Cfr. artt. 21 e 22, l. n. 287/1990. Le altre due funzioni assegnate originariamente dalla l. n. 287/1990 sono rispettivamente l'applicazione delle regole nazionali *antitrust* che vietano le intese restrittive della concorrenza e l'abuso di posizione dominante e il controllo preventivo delle operazioni di concentrazione. In tema di poteri consultivi dell'AGCM vedi M. DE BENEDETTO, *L'Autorità garante della concorrenza e del mercato*, Bologna, Il Mulino, 2000, p. 143 ss.; M. CLARICH, *L'attività di segnalazione e consultiva dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato: un presidio contro le degenerazioni del processo politico-parlamentare*, in *Dir. amm.*, 1997, p. 85 ss.; G. BRUZZONE - A. SAIJA, *L'Autorità garante della concorrenza e del mercato*, Nota del 16 dicembre 2008 elaborata per il gruppo di lavoro Astrid «La riforma delle Autorità indipendenti», reperibile sul sito internet www.astrid.eu.

¹³ Sul punto vedi G. FONDERICO, *Le segnalazioni dell'Autorità antitrust e la politica della concorrenza*, in *Giorn. dir. amm.*, 2009, p. 84.

¹⁴ I provvedimenti in questione non sono direttamente ed autonomamente impugnabili, in quanto privi di capacità lesiva, ma certamente concorrono a formare il *thema decidendum* del

cor maggiore nel caso in cui si voglia rilevare il contrasto delle norme interne con quelle di diritto dell'Unione europea¹⁵.

Il legislatore ha rafforzato tali poteri di *advocacy* con l'art. 21 bis, l. n. 287/1990, introdotto dal primo comma dell'art. 35, d. l. n. 201 del 6 dicembre 2011, convertito, con modifiche, dalla l. n. 214 del 22 dicembre 2011¹⁶.

Ai sensi di detta norma, l'*Antitrust* è legittimata ad agire in giudizio contro gli atti amministrativi generali, i regolamenti ed i provvedimenti di qualsiasi amministrazione pubblica che violino le norme a tutela della concorrenza e del mercato.

In particolare, «l'Autorità garante della concorrenza e del mercato, se ritiene che una pubblica amministrazione abbia emanato un atto in violazione delle norme a tutela della concorrenza e del mercato, emette, entro sessanta giorni, un parere motivato, nel quale indica gli specifici profili delle violazioni riscontrate. Se la pubblica amministrazione non si conforma nei sessanta giorni successivi alla comunicazione del parere, l'Autorità può presentare, tramite l'Avvocatura dello Stato, il ricorso entro i successivi trenta giorni» (così, art. 21 bis, comma 2).

La giurisprudenza interna, con una recente sentenza del TAR Lazio, ha espressamente riconosciuto la valorizzazione dell'*advocacy*, stabilendo che la legittimazione ad agire innanzi al giudice amministrativo conferisce veri e propri effetti costitutivi alle segnalazioni, sia pure conseguibili in via mediata attraverso lo scrutinio giurisdizionale¹⁷. Con ciò andando ben oltre l'efficacia quasi di mera «*moral suasion*» dei provvedimenti di cui agli artt. 21 e 22, l. n. 287/1990.

giudizio eventualmente instaurato dagli interessati per l'annullamento dell'atto finale del procedimento basato anche su detti provvedimenti (cfr. TAR Lazio, sez. I, sentenza del 22 ottobre 2009, n. 10279; TAR Lazio, sez. I, sentenza del 3 febbraio 2009, n. 1027 e, in dottrina, M. TRIPODI, *Impugnabilità delle segnalazioni dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato*, in *Rass. Avv. Stato*, 2009, p. 289 ss.).

¹⁵ In tal senso vedi G. AMORELLI, *Art. 21*, in P. MARCHETTI - L. C. UBERTAZZI (a cura di), *Commentario breve al Diritto della Concorrenza*, Padova, Cedam, 1997, p. 460 e dottrina ivi citata nonché F. CINTIOLI, *Osservazioni sul ricorso giurisdizionale dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato e sulla legittimazione a ricorrere delle autorità indipendenti*, reperibile sul sito internet www.federalismi.it. Sui poteri dell'Autorità nazionale *antitrust* in tema di infrazioni al diritto della concorrenza dell'Unione europea vedi la sentenza della Corte di giustizia del 18 giugno 2013 in causa C-681/11, *Schenker & Co AG e altri*, reperibile sul sito internet www.curia.europa.eu.

¹⁶ In argomento vedi M. DE BENEDETTO, *Le liberalizzazioni e i poteri dell'Agcm*, in *Giorn. dir. amm.*, 2012, p. 236 ss.

¹⁷ TAR Lazio, sez. II, sentenza del 6 maggio 2013, n. 4451. Con tale giudizio l'AGCM ha impugnato una delibera di Roma Capitale in tema di noleggio auto con conducente che presenta i medesimi profili anticoncorrenziali su cui pende una questione pregiudiziale dinanzi la Corte di giustizia dell'Unione europea ex art. 267 TFUE (cause riunite n. C-162/12 e n. C-163/12 nonché n. C-419/12 e n. C-420/12).

Tale orientamento è altresì supportato – come si legge nella stessa sentenza del TAR Lazio – da quanto stabilito dalla Corte costituzionale, chiamata a decidere se l'art. 21 bis, l. n. 287/1990 contrasti con il dettato costituzionale (artt. 117, comma 6 e 118, commi 1 e 2, Cost. nonché la sentenza n. 64 del 2005 della Corte costituzionale) perché sottopone gli atti regolamentari ed amministrativi regionali ad un nuovo e generalizzato controllo di legittimità su iniziativa di un'autorità statale.

I Giudici delle leggi hanno stabilito che non vi è alcun contrasto con la Carta costituzionale in quanto non vi è un nuovo e generalizzato controllo di legittimità, ma si prevede un potere di iniziativa finalizzato a contribuire ad una più completa tutela della concorrenza e del corretto funzionamento del mercato, integrando i poteri conoscitivi e consultivi già attribuiti all'Autorità dagli artt. 21 ss., l. n. 287/1990.

Per tale via il TAR Lazio giunge così a statuire che – alla luce di tale pronuncia della Consulta – l'art. 21 bis, l. n. 287/1990 conferisce un effetto costitutivo alle segnalazioni dell'*Antitrust* attraverso un procedimento bifasico, caratterizzato da un parere preliminare dell'Autorità e da un successivo giudizio – con un «perimetro ben individuato» – teso ad accertare la violazione delle norme poste a tutela della concorrenza e del corretto funzionamento del mercato.

In buona sostanza, le segnalazioni rese nell'esercizio del potere motivato di *competition advocacy* dell'AGCM sembrano essere state del tutto assimilate al parere della Commissione di cui all'art. 258 TFUE, emesso – come noto – qualora quest'ultima reputi che uno Stato membro ha mancato ad uno degli obblighi ad esso incombenti in virtù dei Trattati ¹⁸.

3. Efficacia dei provvedimenti di *advocacy* nell'ambito della cooperazione attiva tra AGCM e istituzioni dell'Unione europea: il caso dei trasporti

Nell'ambito dell'esercizio di detti poteri di *competition advocacy*, siano essi esercitati con provvedimenti ex artt. 21 e 22, l. n. 287/1990 o con

¹⁸ L'AGCM, nella segnalazione dell'11 giugno 2008, n. AS453, in *Boll. AGCM* n. 17 del 16 giugno 2008, p. 55 ss., ha proposto l'introduzione della legittimazione dell'Autorità ad impugnare atti amministrativi in contrasto con la normativa in tema di concorrenza sulla falsariga della procedura d'infrazione ex art. 258 TFUE. Sulle proposte di legittimazione *ex lege* dell'Autorità *antitrust* vedi anche M. LIBERTINI, *La prospettiva giuridica: caratteristiche della normativa antitrust e sistema giuridico italiano*, in *Concorrenza e Autorità Antitrust - Un bilancio a 10 anni dalla legge*, Atti del Convegno di Roma, 9-10 ottobre 2000, Presidenza del Consiglio dei Ministri, Dipartimento per l'informazione e l'editoria, Roma, 2001, p. 99 ss.

pareri resi ai sensi dell'art. 21 *bis* l. n. 287/1990, l'Autorità garante della concorrenza e del mercato può segnalare il contrasto di un atto amministrativo generale con le norme nazionali poste a tutela della concorrenza e del mercato.

Tali provvedimenti presuppongono, dunque, che l'Autorità ritenga che vi sia una violazione della disciplina *antitrust*.

Detto accertamento ben può essere utilizzato, sia in punto di fatto che di diritto, dalla Commissione europea al fine di verificare il contrasto delle disposizioni nazionali oggetto del provvedimento con le norme comunitarie in tema di concorrenza.

Infatti, considerato che le previsioni di cui alla l. n. 287/1990 in tema di intese restrittive della concorrenza e di abuso di posizione dominante riproducono, solo con qualche piccola divergenza testuale, gli artt. 101 e 102 TFUE¹⁹, ne discende che nel caso in cui l'Autorità italiana abbia accertato che un atto amministrativo violi le norme interne a tutela della concorrenza nazionale, tale accertamento ben può essere utilizzato dalla Commissione, la quale, qualora rilevi il pregiudizio al commercio degli Stati membri²⁰, può procedere per violazione delle norme comunitarie *antitrust*.

Si pensi al caso – ad esempio nel settore dei trasporti – in cui l'atto amministrativo di carattere generale, oggetto del provvedimento dell'AGCM, si fondi su norme interne confliggenti con il diritto dell'Unione europea, in quanto non consentono l'accesso al mercato italiano di imprese di altri Paesi dell'Unione. In particolare, si fa riferimento al caso in cui tale barriera all'accesso è costituita da compartimentazioni territoriali che limitano il numero di operatori in un dato territorio così riducendo l'offerta dei servizi a fronte di una elevata domanda ampiamente insoddisfatta, cioè a danno degli utenti.

È noto che affinché una legislazione nazionale possa essere sottoposta alla verifica di compatibilità con il diritto dell'Unione europea è necessaria non solo l'esistenza di una misura statale che impone o agevola la conclusione di pratiche anticoncorrenziali o ne estende e ne rafforza gli effetti, ma anche condotte delle imprese che beneficiano illegittimamente di tali provvedimenti nazionali, estrinsecatesi in accordi restrittivi della con-

¹⁹ In tal senso vedi P. DE PASQUALE, *Diritto dell'Unione europea e procedimenti davanti alle autorità indipendenti*, in S. M. CARBONE (a cura di), *L'Unione europea a vent'anni da Maastricht*, Atti del XVII Convegno della Società Italiana di Diritto Internazionale tenutosi a Genova, 31 maggio - 1 giugno 2012, Napoli, Editoriale Scientifica, 2013, p. 433.

²⁰ In tema di pregiudizio al commercio degli Stati membri quale condizione di applicabilità della disciplina comunitaria *antitrust*, vedi S. BARIATTI, *Campo di applicazione*, in A. FRIGNANI - S. BARIATTI (a cura di), *Disciplina della concorrenza nella UE*, Padova, Cedam, 2012, p. 112 ss. nonché G. TESAURO, *Diritto dell'Unione europea*, Padova, Cedam, 2012, p. 646 ss. e giurisprudenza *ivi* citata.

correnza o in uno sfruttamento abusivo di una posizione dominante pregiudizievole per il commercio tra gli Stati membri²¹.

Se le imprese beneficiarie di dette disposizioni nazionali anticoncorrenziali nonché le rispettive associazioni di categoria si accordano al fine di attivarsi in tutte le sedi, compresa quella giudiziaria²², per contrastare la dovuta disapplicazione di tali disposizioni, allora non vi è dubbio che vi sia una violazione delle norme comunitarie *antitrust*²³.

Ebbene, considerato che la chiusura del mercato nazionale o comunque la maggiore difficoltà per i concorrenti stranieri di accedere al mercato italiano pregiudica il commercio tra gli Stati membri²⁴, il suddetto atto amministrativo di portata generale – al pari delle norme nazionali su cui si fonda – ben può essere oggetto di un procedimento per violazione delle norme comunitarie *antitrust*.

Giova osservare che tale procedimento della Commissione è del tutto legittimo in quanto – come chiarito dalla giurisprudenza della Corte di giustizia dell'Unione europea²⁵ – l'applicazione dei due sistemi non viola il principio del *ne bis in idem*.

È pur vero che in base al sistema di cui alla l. n. 287/1990 l'applica-

²¹ Sul punto vedi, *ex plurimis*, G. TESAURO, *Diritto dell'Unione europea*, cit. *supra*, nota 20, p. 782 ss. e giurisprudenza *ivi* citata.

²² Si pensi, ad esempio, ad attività poste in essere dalle imprese beneficiarie, finalizzate all'applicazione della disciplina nazionale (quali solleciti alla pubblica amministrazione tesi a far revocare ai concorrenti l'autorizzazione al servizio, semmai dietro "minacce" di denunce alle Procure della Repubblica in caso di omessa revoca), che in quanto contrastante con le norme comunitarie, dovrebbe invece essere disapplicata con l'effetto di escludere dal mercato o comunque di marginalizzare i concorrenti (c.d. «pratiche escludenti»), configurandosi così un abuso della posizione dominante collettiva delle imprese beneficiarie nel mercato di riferimento nonché arrecando al contempo un pregiudizio anche ai consumatori (vedi sul punto sentenza della Corte di giustizia del 15 marzo 2007 in causa n. C-95/04 P, *British Airways*, in *Raccolta*, 2007, I, p. 2331, punto 106; sentenza del Tribunale dell'Unione europea del 17 settembre 2007 in causa n. T-202/04, *Microsoft*, in *Raccolta*, 2006, II, p. 1115, punto 664, entrambe reperibili sul sito internet www.curia.europa.eu). Sulla posizione dominante collettiva vedi S. BARIATTI - A. SODANO, *Gli abusi di posizione dominante*, in A. FRIGNANI - S. BARIATTI (a cura di), *Disciplina della concorrenza nella UE*, cit. *supra*, nota 20, p. 265 ss.; nonché G. TESAURO, *Diritto dell'Unione europea*, loc. cit., p. 689 ss. e giurisprudenza *ivi* citata. Qualora, poi, le imprese concorrenti e le rispettive associazioni di categoria si accordino per difendersi in giudizio con i medesimi difensori (e con identiche difese) al fine di sostenere in giudizio l'applicabilità dei provvedimenti nazionali che – in contrasto con le norme di diritto dell'Unione europea – garantiscono a dette imprese il mantenimento delle proprie quote di mercato, per tale comportamento appare configurabile anche una violazione dell'art. 101 TFUE.

²³ Sulla contrapposizione tra processi di liberalizzazione e gruppi privati di potere che ostacolano tali processi, vedi F. DELL'AVERSANA, *Nota alla Segnalazione dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato sulle recenti proposte di legge in materia di concorrenza e liberalizzazioni*, in *Osservatorio sulle fonti*, 2012, p. 7 ss.

²⁴ In argomento vedi G. TESAURO, *Diritto dell'Unione europea*, loc. cit., p. 649 e giurisprudenza *ivi* citata.

²⁵ Sentenza del Tribunale del 9 luglio 2003 in causa T-224/00, *Archer Daniel Midland Co.*, reperibile sul sito internet www.curia.europa.eu.

zione della disciplina nazionale esclude quella dell'Unione europea, ma, considerate le prevalenti previsioni di cui al Regolamento (Ce) n. 1/2003 sopra richiamate, quanto accertato in fatto ed in diritto dai provvedimenti resi dall'Autorità in sede di *competition advocacy* è da ritenersi pienamente utilizzabile al fine di verificare il contrasto con le norme comunitarie in tema di concorrenza.

E ciò specialmente se le imprese danneggiate dalle violazioni *antitrust* oggetto dei provvedimenti di *advocacy* hanno denunciato il contrasto con la normativa comunitaria *antitrust* alla Commissione²⁶.

Si osserva altresì che tali provvedimenti ben possono essere utilizzati anche nell'ambito dei giudizi dinanzi le Corti comunitarie. Si pensi alla loro utilizzabilità in sede di rinvio pregiudiziale teso a verificare il contrasto delle norme interne poste a fondamento di un atto amministrativo a portata generale con quelle comunitarie a tutela della concorrenza.

4. Brevi conclusioni

Nell'ottica di un sistema che impedisca distorsioni della concorrenza nel mercato comune – come auspicato dal Regolamento (Ce) n. 1/2003 – è necessario che le autorità garanti della concorrenza degli Stati membri siano maggiormente coinvolte e, in particolare, che il loro operato si integri nel modo più efficace possibile con l'attività della Commissione europea.

Tale necessaria cooperazione comporta la più completa utilizzabilità delle informazioni, dei documenti nonché dei relativi provvedimenti delle autorità nazionali da parte della Commissione.

Ed è proprio in quest'ottica che appare necessario che i provvedimenti dell'AGCM in sede di *competition advocacy* debbano essere pienamente utilizzati dalla Commissione nonché dalla Corte di giustizia dell'Unione europea al fine di verificare la sussistenza di pratiche anticoncorrenziali, così da rendere effettivo il «sistema comunicante di autorità gemelle» previsto dal Regolamento (Ce) n. 1/2003²⁷.

Diversamente si verificherebbe una sorta di separazione tra le autorità nazionali e la Commissione che, oltre ad essere in palese violazione delle

²⁶ Sul trattamento delle denunce alla Commissione europea per violazioni *antitrust* mi sia consentito il rinvio a P. TROIANIELLO, *Le situazioni giuridiche di chi denuncia violazioni antitrust tra diritto comunitario e nuovo procedimento amministrativo interno*, in questa Rivista, 2006, p. 7 ss.

²⁷ Così A. ARGENTATI, *L'organizzazione comunitaria delle autorità garanti della concorrenza*, in *Giorn. dir. amm.*, 2003, p. 1199 ss.

disposizioni di cui al Regolamento (Ce) n. 1/2003, creerebbe un sistema *antitrust* non coordinato, in cui l'attività delle autorità nazionali rischierebbe di essere ritenuto di "rango inferiore" anziché parte di un sistema perfettamente integrato.

Infine, qualora le imprese danneggiate dalle violazioni accertate dai provvedimenti di *advocacy* denunciino anche le violazioni delle norme comunitarie *antitrust* alla Commissione, l'omessa valutazione da parte dell'istituzione comunitaria di detti provvedimenti ai sensi del Regolamento (Ce) n. 1/2003, proprio nell'attuale fase di sfiducia dei cittadini e delle imprese nei confronti delle istituzioni comunitarie, appare ancor più grave.

Pietro Troianiello*

SINTESI

L'articolo prende spunto da una recente sentenza del TAR Lazio relativa ai provvedimenti dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato in tema di *competition advocacy*, come previsti ora dall'art. 21 bis, l. n. 287/1990, e analizza, in particolare, l'efficacia di tali provvedimenti nell'ambito della cooperazione tra Autorità *antitrust*.

La giurisprudenza ha invero riconosciuto a detti provvedimenti un'efficacia costitutiva e non più di mera *moral suasion* e ciò comporta che essi, poiché accertano violazioni delle norme poste a tutela della concorrenza da parte di atti amministrativi interni di portata generale, ben possono essere utilizzati dalle istituzioni comunitarie (Commissione e Corte di giustizia) al fine di verificare il contrasto di dette disposizioni nazionali con le norme comunitarie *antitrust*.

ABSTRACT

Starting point of this article is a recent judgement of Lazio Administrative Court concerning Antitrust Authority's provisions related to the competition advocacy, as enacted now by art. 21 bis, Act n. 287/1990, and analyses, in particular, the effects of these provisions within the cooperation between Antitrust Authorities.

The case-law has recognized to these provisions a so called "constitutive effects" and no more only a moral suasion. Therefore, considering that they ascertain antitrust violations committed by national general provisions, the Antitrust Authority's provisions can be used by the European Institutions (Commission and Court of Justice) in order to verify the conflict of these national provisions with the European antitrust rules.

* Avvocato in Roma

**ACCORDI TRA AMMINISTRAZIONI:
VIETATI GLI AFFIDAMENTI SENZA GARA DI SERVIZI DI CUI
ALL'ALLEGATO II-A DEL CODICE DEI CONTRATTI PUBBLICI
E, IN OGNI CASO, L'AFFIDAMENTO DIRETTO DI CONTRATTI
DI NATURA PATRIMONIALE**

**Consiglio di Stato, V sezione
Sentenza del 18 giugno-15 luglio 2013***

Presidente FF Manfredi Atzeni - *Relatore* Fabio Franconiero

Azienda Sanitaria Locale di Lecce c. Ordine degli Ingegneri della Provincia di Lecce, Consiglio Nazionale degli Ingegneri, Oice - Associazione delle Organizzazioni di Ingegneri, di Architettura e di Consultazione Tecnico-Economica, Etacons Srl, Ing. Vito Prato Engineering Srl, Barletti - del Grosso & Associati Srl, Ordine degli Architetti della Provincia di Lecce, Consiglio Nazionale Architetti Pianificatori Paesaggisti e Conservatori - Cnappc, nei confronti di Università del Salento

Accordi di cooperazione tra pubbliche amministrazioni ex art. 15 legge 8 agosto 1990 n. 241 - Affidamento senza gara di servizi di architettura ed ingegneria - Illegittimità.

Le direttive sugli appalti, come tutto il diritto europeo, devono essere applicate sulla base di un approccio funzionale, e cioè in modo coerente con gli obiettivi ad esse sottesi, che consistono, in positivo, nell'imporre alle amministrazioni il rispetto della concorrenza laddove debba affidare attività economicamente contendibili e, conseguentemente, in negativo,

* Il testo integrale della sentenza è reperibile sul sito internet <http://www.giustizia-amministrativa.it/>. In argomento v. *supra*, p. 433, il commento di *ANDREA SONCINI*.

nell'escludere l'operatività di detti imperativi quando non vi siano rischi di distorsioni del mercato interno.

Qualora un'amministrazione si ponga rispetto ad un accordo di cooperazione tra enti pubblici come operatore economico prestatore di servizi ex allegato II-A alla direttiva n. 2004/18/Ce, verso un corrispettivo anche non implicante il riconoscimento di un utile economico ma solo il rimborso dei costi, non è possibile parlare di perseguimento di funzioni di servizio pubblico comune, ma di un contratto di scambio economico, suggellato dalla previsione di un corrispettivo, calcolato secondo il criterio del costo necessario alla produzione del servizio, contratto non suscettibile di affidamento senza gara.

ATTI DELLE ISTITUZIONI EUROPEE

LA NUOVA DISCIPLINA EUROPEA IN MATERIA DI TUTELA DELLA QUALITÀ DEI PRODOTTI AGRO-ALIMENTARI

Regolamento (Ue) n. 1151/2012 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 21 novembre 2012, sui regimi di qualità dei prodotti agricoli e alimentari*

Il Parlamento europeo e il Consiglio dell'Unione europea,
visto il Trattato sul funzionamento dell'Unione europea, in particolare l'art.
43, par. 2, e l'art. 118, primo comma,
vista la proposta della Commissione europea,
previa trasmissione del progetto di atto legislativo ai parlamenti nazionali,
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 qualità e la varietà della produzione agricola, ittica e dell'acquacoltura dell'Unione rappresentano un punto di forza e un vantaggio competitivo importante

* In *Gu-Ue* n. L 343 del 14 dicembre 2012, p. 1 ss. Il testo integrale del Regolamento (Ue) n. 1151/2012 è reperibile sul sito internet <http://eur-lex.europa.eu/it/index.htm>. In argomento v. *infra*, p. 515 ss., il contributo di *FAUSTO CAPELLI*. In argomento, per problematiche diverse, cfr. M. GRAGNANI, *Le specialità tradizionali garantite (STG) secondo il Regolamento (Ue) n. 1151/2012*, in questa *Rivista*, 2013, p. 207 ss.

¹ *Gu-Ue* n. C 218 del 23 luglio 2011, p. 114.

² *Gu-Ue* n. 192 dell'1 luglio 2011, p. 28.

³ Posizione del Parlamento europeo del 13 settembre 2012 (non ancora pubblicata nella *Gu-Ue*) e decisione del Consiglio del 13 novembre 2012.

per i produttori dell'Unione e sono parte integrante del suo patrimonio culturale e gastronomico vivo. Ciò è dovuto alle competenze e alla determinazione degli agricoltori e dei produttori dell'Unione, che hanno saputo preservare le tradizioni pur tenendo conto dell'evoluzione dei nuovi metodi e materiali produttivi.

2. Sempre di più, i cittadini e i consumatori dell'Unione chiedono qualità e prodotti tradizionali e si preoccupano del mantenimento della varietà della produzione agricola dell'Unione. Queste esigenze determinano una domanda di prodotti agricoli o alimentari con caratteristiche specifiche riconoscibili, in particolar modo quelle connesse all'origine geografica.

3. I produttori possono continuare a produrre una gamma diversificata di prodotti di qualità solo se i loro sforzi sono equamente ricompensati. Ciò presuppone che essi possano comunicare agli acquirenti e ai consumatori le caratteristiche dei propri prodotti in condizioni di concorrenza leale e che i prodotti possano essere identificati correttamente sul mercato.

4. Contribuire attraverso regimi di qualità a ricompensare gli sforzi dispiegati dai produttori per ottenere una gamma diversificata di prodotti di qualità può avere ricadute positive per l'economia rurale. Ciò vale soprattutto per le aree svantaggiate, le zone di montagna e le regioni ultraperiferiche, nelle quali il settore agricolo ha un peso economico notevole e i costi di produzione sono elevati. Pertanto i regimi di qualità sono in grado di fornire un contributo e un complemento alla politica di sviluppo rurale e alle politiche di sostegno dei mercati e dei redditi nell'ambito della politica agricola comune (PAC). In particolare essi possono fornire un contributo alle aree il cui settore agricolo ha un peso economico più rilevante e, specialmente, alle aree svantaggiate.

(Omissis)

hanno adottato il presente Regolamento:

(Omissis)

Titolo I - Disposizioni generali

Articolo 1 - Obiettivi

1. Il presente Regolamento intende aiutare i produttori di prodotti agricoli e alimentari a comunicare agli acquirenti e ai consumatori le caratteristiche e le modalità di produzione agricola di tali prodotti, garantendo in tal modo:

- a. una concorrenza leale per gli agricoltori e i produttori di prodotti agricoli e alimentari aventi caratteristiche e proprietà che conferiscono valore aggiunto;
- b. la disponibilità per i consumatori di informazioni attendibili riguardo a tali prodotti;
- c. il rispetto dei diritti di proprietà intellettuale; e
- d. l'integrità del mercato interno.

Le misure previste dal presente Regolamento sono finalizzate a sostenere le attività agricole e di trasformazione e i sistemi di produzione associati a prodotti di qualità elevata, contribuendo in tal modo alla realizzazione degli obiettivi della politica di sviluppo rurale.

2. Il presente Regolamento istituisce regimi di qualità che costituiscono la base per l'identificazione e, se del caso, la protezione di nomi e indicazioni che, in particolare, indicano o designano prodotti agricoli con:

- a. caratteristiche che conferiscono valore aggiunto; o
- b. proprietà che conferiscono valore aggiunto a motivo dei metodi di produzione o di trasformazione usati o del loro luogo di produzione o di commercializzazione.

Articolo 2 - Ambito di applicazione

1. Il presente Regolamento si applica ai prodotti agricoli destinati al consumo umano elencati nell'allegato I del trattato e ad altri prodotti agricoli e alimentari elencati nell'allegato I del presente Regolamento.

Per tenere conto di impegni internazionali o di nuovi metodi di produzione o materiali, alla Commissione è conferito il potere di adottare atti delegati, conformemente all'art. 56, che integrano l'elenco dei prodotti di cui all'allegato I del presente Regolamento. Tali prodotti sono strettamente connessi a prodotti agricoli o all'economia rurale.

2. Il presente Regolamento non si applica alle bevande spiritose, ai vini aromatizzati o ai prodotti vitivinicoli definiti nell'allegato XI ter del Regolamento (Ce) n. 1234/2007, ad eccezione degli aceti di vino.

3. Il presente Regolamento si applica fatte salve le altre disposizioni specifiche dell'Unione relative all'immissione in commercio dei prodotti, in particolare con riferimento all'organizzazione comune unica dei mercati e all'etichettatura degli alimenti.

4. La direttiva 98/34/Ce del Parlamento europeo e del Consiglio, del 22 giugno 1998, che prevede una procedura d'informazione nel settore delle norme e delle regolamentazioni tecniche e delle regole relative ai servizi della società dell'informazione²¹, non si applica ai regimi di qualità istituiti dal presente Regolamento.

Articolo 3 - Definizioni

Ai fini del presente Regolamento si intende per:

1. «regimi di qualità», i regimi istituiti ai titoli II, III e IV;
2. «gruppo», qualsiasi associazione, a prescindere dalla sua forma giuridica, costituita principalmente da produttori o trasformatori che trattano il medesimo prodotto;
3. «tradizionale», l'uso comprovato sul mercato nazionale per un periodo di tempo che permette di tramandare le conoscenze da una generazione all'altra; tale periodo deve essere di almeno trenta anni;
4. «etichettatura», le menzioni, indicazioni, marchi di fabbrica o di commercio, immagini o simboli riferentisi ad un prodotto alimentare e figuranti su qual-

²¹ *Guce* n. L 204 del 21 luglio 1998, p. 37.

siasi imballaggio, documento, cartello, etichetta, anello o fascetta che accompagni tale prodotto alimentare o che ad esso si riferisca;

5. «specificità», in relazione a un prodotto, le modalità di produzione specifiche che lo distinguono nettamente da altri prodotti simili della stessa categoria;

6. «termini generici», i nomi di prodotti che, pur riferendosi al luogo, alla regione o al paese in cui il prodotto era originariamente ottenuto o commercializzato, sono diventati il nome comune di un prodotto nell'Unione;

7. «fase di produzione», la produzione, la trasformazione o l'elaborazione;

8. «prodotti trasformati», prodotti alimentari ottenuti dalla trasformazione di prodotti non trasformati. I prodotti trasformati possono contenere ingredienti necessari alla loro lavorazione o per conferire loro caratteristiche specifiche.

Titolo II - Denominazioni di origine protette e indicazioni geografiche protette

Articolo 4 - Obiettivo

È istituito un regime di denominazioni di origine protette e di indicazioni geografiche protette al fine di aiutare i produttori di prodotti legati a una zona geografica nei modi seguenti:

a. garantendo una giusta remunerazione per le qualità dei loro prodotti;

b. garantendo una protezione uniforme dei nomi in quanto diritto di proprietà intellettuale sul territorio dell'Unione;

c. fornendo ai consumatori informazioni chiare sulle proprietà che conferiscono valore aggiunto ai prodotti.

(Omissis)

Titolo III - Specialità Tradizionali Garantite

Articolo 17 - Obiettivo

È istituito un regime relativo alle specialità tradizionali garantite per salvaguardare metodi di produzione e ricette tradizionali, aiutando i produttori di prodotti tradizionali a commercializzare i propri prodotti e a comunicare ai consumatori le proprietà che conferiscono alle loro ricette e ai loro prodotti tradizionali valore aggiunto.

(Omissis)

Titolo IV - Indicazioni facoltative di qualità

Articolo 27 - Obiettivo

È istituito un regime relativo alle indicazioni facoltative di qualità per agevolare la comunicazione, da parte dei produttori, nel mercato interno delle caratteristiche o proprietà dei prodotti agricoli che conferiscono a questi ultimi valore aggiunto.

Articolo 28 - Disposizioni nazionali

Gli Stati membri possono mantenere le disposizioni nazionali sulle indicazioni facoltative di qualità non disciplinate dal presente Regolamento, purché tali disposizioni siano conformi al diritto dell'Unione.

Articolo 29 - Indicazioni facoltative di qualità

1. Le indicazioni facoltative di qualità soddisfano i criteri seguenti:
 - a. l'indicazione si riferisce a una caratteristica di una o più categorie di prodotti o ad una modalità di produzione o di trasformazione agricola applicabili in zone specifiche;
 - b. l'uso dell'indicazione conferisce valore al prodotto rispetto a prodotti di tipo simile; e
 - c. l'indicazione ha una dimensione europea.
2. Sono escluse dal presente regime le indicazioni facoltative di qualità che descrivono qualità tecniche di un prodotto ai fini dell'applicazione di norme di commercializzazione obbligatorie e che non hanno lo scopo di informare i consumatori riguardo a tali qualità del prodotto.
3. Le indicazioni facoltative di qualità escludono le indicazioni facoltative riservate che promuovono e integrano le norme di commercializzazione specifiche su base settoriale o di categoria di prodotto.
4. Per tener conto delle specificità di alcuni settori e delle aspettative dei consumatori, alla Commissione è conferito il potere di adottare atti delegati, conformemente all'art. 56, che stabiliscono le modalità di applicazione relative ai criteri di cui al par. 1 del presente articolo.
5. La Commissione può adottare atti di esecuzione che stabiliscono tutte le misure relative alle forme, alle procedure o altre modalità tecniche, necessarie per l'applicazione del presente titolo. Tali atti di esecuzione sono adottati secondo la procedura d'esame di cui all'art. 57, par. 2.
6. Quando adotta atti delegati e di esecuzione conformemente ai par. 4 e 5 del presente articolo, la Commissione tiene conto delle pertinenti norme internazionali.

Articolo 30 - Riserva e modifica

1. Per tenere conto delle aspettative dei consumatori e dell'evoluzione delle conoscenze scientifiche e tecniche, della situazione del mercato nonché dell'evoluzione delle norme di commercializzazione e delle norme internazionali, alla Commissione è conferito il potere di adottare atti delegati conformemente all'art. 56 che riservano una indicazione facoltativa di qualità supplementare e che ne stabiliscono le condizioni di utilizzo.
2. In casi debitamente motivati e per tenere conto dell'uso adeguato dell'indicazione facoltativa di qualità supplementare, alla Commissione è conferito il potere di adottare atti delegati, conformemente all'art. 56, che stabiliscono modifiche delle condizioni di impiego di cui al par. 1 del presente articolo.

Articolo 31 - Prodotto di montagna

1. È istituita l'indicazione «prodotto di montagna» come indicazione facoltativa di qualità.

Tale indicazione è utilizzata unicamente per descrivere i prodotti destinati al consumo umano elencati nell'allegato I del trattato in merito ai quali:

a. sia le materie prime che gli alimenti per animali provengono essenzialmente da zone di montagna;

b. nel caso dei prodotti trasformati, anche la trasformazione ha luogo in zone di montagna.

2. Ai fini del presente articolo si intendono per «zone di montagna dell'Unione» le zone di cui all'art. 18, par. 1, del Regolamento (Ce) n. 1257/1999. Nel caso dei prodotti di Paesi terzi, le zone di montagna comprendono le zone ufficialmente designate come zone di montagna dal paese terzo o rispondenti a criteri equivalenti a quelli enunciati all'art. 18, par. 1, del Regolamento (Ce) n. 1257/1999.

3. In casi debitamente motivati e per tenere conto dei vincoli naturali di cui risente la produzione agricola nelle zone di montagna, alla Commissione è conferito il potere di adottare atti delegati, ai sensi dell'art. 56, che stabiliscono deroghe delle condizioni d'uso di cui al par. 1 del presente articolo. In particolare, alla Commissione è conferito il potere di adottare un atto delegato che stabilisce le condizioni alle quali le materie prime o gli alimenti per animali possono provenire dal di fuori delle zone di montagna, le condizioni alle quali la trasformazione dei prodotti può aver luogo al di fuori delle zone di montagna in una zona geografica da definire e la definizione di tale zona geografica.

4. Per tenere conto dei vincoli naturali di cui risente la produzione agricola nelle zone di montagna, alla Commissione è conferito il potere di adottare atti delegati, conformemente all'art. 56, per quanto riguarda la definizione dei metodi di produzione e altri criteri pertinenti per l'applicazione dell'indicazione facoltativa di qualità di cui al par. 1 del presente articolo.

Articolo 32 - Prodotto dell'agricoltura delle isole

Entro il 4 gennaio 2014 la Commissione presenta una relazione al Parlamento europeo e al Consiglio sull'opportunità di creare la nuova indicazione «prodotto dell'agricoltura delle isole». L'indicazione può essere utilizzata unicamente per descrivere i prodotti destinati al consumo umano elencati nell'allegato I del trattato, le cui materie prime provengano dalle isole. Inoltre, affinché tale indicazione possa essere applicata ai prodotti trasformati, è necessario che anche la trasformazione avvenga in zone insulari nei casi in cui ciò incide in misura determinante sulle caratteristiche particolari del prodotto finale.

La relazione è corredata, se del caso, da adeguate proposte legislative intese a riservare un'indicazione facoltativa di qualità «prodotto dell'agricoltura delle isole».

(*Omissis*)

Titolo V - Disposizioni comuni

CAPO I - Controlli ufficiali delle denominazioni di origine protette, delle indicazioni geografiche protette e delle specialità tradizionali garantite

Articolo 35 - Ambito di applicazione

Le disposizioni del presente capo si applicano ai regimi di qualità di cui al titolo II e al titolo III.

Articolo 36 - Designazione dell'autorità competente

1. Conformemente al Regolamento (Ce) n. 882/2004, gli Stati membri designano l'autorità o le autorità competenti per lo svolgimento dei controlli ufficiali intesi a verificare l'adempimento degli obblighi giuridici connessi ai regimi di qualità istituiti dal presente Regolamento.

Le procedure e le prescrizioni stabilite dal Regolamento (Ce) n. 882/2004 si applicano *mutatis mutandis* ai controlli ufficiali intesi a verificare l'adempimento degli obblighi giuridici connessi ai regimi di qualità per tutti i prodotti contemplati dall'allegato I del presente Regolamento.

2. Le autorità competenti di cui al par. 1 offrono adeguate garanzie di oggettività e imparzialità e dispongono di personale qualificato e delle risorse necessarie per svolgere le loro funzioni.

3. I controlli ufficiali riguardano:

- a. la verifica della conformità di un prodotto al corrispondente disciplinare; e
- b. il monitoraggio dell'uso di nomi registrati per designare prodotti immessi in commercio, in conformità dell'art. 13 per i nomi registrati a norma del titolo II e in conformità dell'art. 24 per i nomi registrati a norma del titolo III.

Articolo 37 - Verifica del rispetto del disciplinare

1. Per quanto riguarda le denominazioni di origine protette, le indicazioni geografiche protette e le specialità tradizionali garantite che designano prodotti originari dell'Unione, la verifica del rispetto del disciplinare è effettuata, anteriormente all'immissione in commercio del prodotto, da:

- a. una o più autorità competenti di cui all'art. 36 del presente Regolamento; e/o
- b. uno o più organismi di controllo ai sensi dell'art. 2, punto 5, del Regolamento (Ce) n. 882/2004, che operano come organismi di certificazione dei prodotti.

I costi della verifica del rispetto del disciplinare possono essere a carico degli operatori soggetti a tale controllo. Gli Stati membri possono altresì contribuire a tali costi.

2. Per quanto riguarda le denominazioni di origine, le indicazioni geografiche e le specialità tradizionali garantite che designano prodotti originari di un Paese terzo, la verifica del rispetto del disciplinare è effettuata, anteriormente all'immissione in commercio del prodotto, da:

a. una o più autorità pubbliche designate dal Paese terzo; e/o

b. uno o più organismi di certificazione dei prodotti.

3. Gli Stati membri pubblicano il nome e l'indirizzo delle autorità e degli organismi di cui al par. 1 del presente articolo e aggiornano periodicamente tali informazioni.

La Commissione pubblica il nome e l'indirizzo delle autorità e degli organismi di cui al par. 2 del presente articolo e aggiorna periodicamente tali informazioni.

4. La Commissione può adottare atti di esecuzione senza applicare la procedura di cui all'art. 57, par. 2, che definiscono i mezzi attraverso i quali sono resi pubblici il nome e l'indirizzo degli organismi di certificazione dei prodotti di cui ai par. 1 e 2 del presente articolo.

(Omissis)

IL REGOLAMENTO (UE) N. 1151/2012 SUI REGIMI DI QUALITÀ DEI PRODOTTI AGRO-ALIMENTARI: LUCI ED OMBRE*

Sommario: *Premessa - I. La competenza a registrare le Denominazioni di origine protette (DOP) e le Indicazioni geografiche protette (IGP) - 1. Considerazioni preliminari - 2. Esame dei considerando e delle disposizioni del Regolamento (Ue) n. 1151/2012 - 3. Valutazioni critiche - 4. Conclusioni sul punto - II. Il problema delle «Specialità tradizionali garantite» - III. Innovazioni introdotte dal Regolamento (Ue) n. 1151/2012 per migliorare e rafforzare il sistema di tutela - 1. Obbligo imposto agli Stati membri di tutelare le DOP e le IGP commercializzate all'interno dei propri territori - 2. Accelerazione delle procedure di opposizione in sede comunitaria - 3. Ruolo dei Consorzi di tutela - IV. Innovazioni di rilievo introdotte dal Regolamento (Ue) n. 1151/2012: le indicazioni aggiuntive sulle caratteristiche qualitative dei prodotti.*

Premessa

Il titolo della relazione aiuta a meglio chiarire lo scopo da essa perseguito, che è quello di mettere in luce alcuni aspetti fondamentali della materia qui esaminata, rimasti per lungo tempo nell'ombra.

Il titolo richiama inoltre alla mente un aforisma di Goethe che si attaglia perfettamente all'intervento che mi è stato assegnato: «*Dove la luce è più forte, l'ombra è più nera*».

È la pura verità.

Gli aspetti della materia disciplinata dai vecchi Regolamenti (n. 2081/92, n. 2082/92, n. 509/2006 e n. 510/2006) sui quali in passato il fascio di luce delle critiche è stato diretto con maggiore intensità, hanno prodotto, nel nuovo Regolamento (Ue) n. 1151/2012, un'ombra più scura.

Per converso, gli aspetti sui quali le critiche sono state appuntate in modo meno intenso, hanno prodotto ombre tenui e più sfumate.

* Relazione presentata alla XI Conferenza internazionale della AAAML - Asociación de Antiguos alumnos Magister Lvcentinvs su «Indicazioni geografiche e marchi di impresa: un approccio globale nel mercato. Gli sviluppi più recenti e le migliori prassi: UE, USA, Russia e Cina a confronto», Parma, 15 marzo 2013.

Fuor di metafora, nell'analizzare il nuovo Regolamento (Ue) n. 1151/2012¹ sulla qualità dei prodotti agroalimentari si è scoperto che le parti del Regolamento nelle quali il legislatore europeo non ha voluto (o potuto) tener conto delle critiche più accese e pungenti sono rimaste nell'ombra, mentre le parti sottoposte a blande critiche, pur rimanendo sfumate, appaiono comprensibili anche se con qualche incertezza.

L'analisi del Regolamento (Ue) n. 1151/2012 verrà condotta, in prosieguo, in modo sintetico e in forma schematica.

I. La competenza a registrare le Denominazioni di origine protette (DOP) e le Indicazioni geografiche protette (IGP)

1. Considerazioni preliminari

Come è noto, la Commissione europea ha per lungo tempo sostenuto che la competenza a registrare le Denominazioni di origine (DOP) e le Indicazioni geografiche (IGP) dei prodotti agroalimentari, nel mercato unico, dovrebbe essere riservata in esclusiva all'Unione europea².

A sua volta, la Corte di giustizia, che per lungo tempo aveva evitato di prendere una posizione precisa sul punto, condividendo le incertezze e le titubanze dei suoi Avvocati Generali, alla fine, con la sentenza *Bud II*³, pronunciata nel 2009, ha riconosciuto all'Unione europea la competenza esclusiva a registrare le denominazioni di origine e le indicazioni geografiche di provenienza all'interno del mercato unico.

Si è provveduto a criticare pesantemente le conclusioni alle quali la Corte di giustizia è pervenuta con la sentenza *Bud II*, cercando di metterne in evidenza le incongruità, le contraddizioni e le carenze con riferimento al punto di diritto qui considerato⁴.

Poiché le critiche portavano a concludere che, tanto sotto il profilo formale quanto sotto quello sostanziale, gli Stati membri non avevano mai

¹ In *Gu-Ue* n. L 343 del 14 dicembre 2012.

² Cfr. sentenza della Corte di giustizia del 9 giugno 1998 in cause riunite n. C-129/97 e n. 130/97 (*Epoisses de Bourgogne*), in *Raccolta*, 1998, I, p. 3315, punto 21.

³ Cfr. sentenza della Corte di giustizia dell'8 settembre 2009 in causa n. C-478/07, in *Raccolta*, 2009, I, p. 7721.

⁴ Cfr. V. RUBINO, *Indicazioni geografiche indirette e denominazioni di origine dei prodotti alimentari nella sentenza BUD II*, in questa *Rivista*, 2010, p. 225; F. CAPELLI, *La Corte di giustizia, in via interpretativa, attribuisce all'Unione europea una competenza esclusiva in materia di riconoscimento delle denominazioni di origine e delle indicazioni geografiche protette, riferite ai prodotti agroalimentari, mediante la sentenza BUD II motivata in modo affrettato, contraddittorio e per nulla convincente*, in questa *Rivista*, 2010, p. 401 ss.

rinunciato alla propria competenza nella materia considerata⁵, sembrava logico attendersi una presa di posizione chiara e precisa da parte del legislatore comunitario già nel corso delle negoziazioni che hanno portato all'adozione del nuovo Regolamento.

Una presa di posizione del genere sembrava tanto più giustificata per il fatto che, avendo il Parlamento europeo assunto, per la prima volta dopo cinquant'anni, la posizione di co-legislatore in materia agricola, grazie al Trattato di Lisbona, avrebbe dovuto sentire la necessità di chiarire in modo definitivo il punto controverso.

Con grande sorpresa, il nuovo Regolamento (Ue) n. 1151/2012 non ha speso invece una sola parola sulla questione controversa, lasciandola avvolta, per l'appunto, nell'ombra più scura.

Per poter comprendere, pertanto, quale sia l'effettiva posizione del legislatore europeo, occorre procedere ad un'analisi attenta dei *considerando* del Regolamento, raffrontandone il contenuto con la parte dispositiva del Regolamento medesimo.

2. *Esame dei considerando e delle disposizioni del Regolamento (Ue) n. 1151/2012*

Poiché la stessa Corte di giustizia ha espressamente riconosciuto che «*Le denominazioni d'origine rientrano nei diritti di proprietà industriale e commerciale*»⁶, appare evidente che, per riservare in via esclusiva all'Unione europea la competenza in materia di denominazioni di origine e di indicazioni geografiche, il Regolamento (Ue) n. 1151/2012 avrebbe dovuto essere fondato su norme del Trattato in grado di attribuire all'Unione una competenza siffatta.

Al contrario, il Regolamento (Ue) n. 1151/2012 è fondato sull'art. 43 TFUE in materia agricola e sull'art. 118, primo comma, TFUE in materia di ravvicinamento delle legislazioni nazionali riguardante, tra l'altro, «*la creazione di titoli europei al fine di garantire una protezione uniforme dei diritti di proprietà intellettuale nell'Unione*».

Orbene, tanto la materia agricola (cfr. art. 4 TFUE) quanto la materia dei diritti di proprietà intellettuale (cfr. Parere n. 1/94 della Corte di giustizia⁷) rientrano tra le competenze concorrenti degli Stati membri e dell'Unione europea.

⁵ Cfr. F. CAPELLI, *La Corte di giustizia*, cit. *supra*, nota 4, p. 440 ss.

⁶ Cfr. sentenza *BUD II*, cit. *supra*, nota 3, punto 110.

⁷ In *Raccolta*, 1994, I, p. 5267.

Per quanto riguarda l'art. 118 TFUE, si tratta addirittura di una norma introdotta *ex novo* nel Trattato sul funzionamento dell'Unione europea, dopo l'entrata in vigore del Trattato di Lisbona (1 dicembre 2009).

Sorge quindi il dubbio che i precedenti Regolamenti (n. 2081/92, n. 510/2006 etc.), fondati unicamente sull'art. 43 in materia agricola (poi divenuto art. 37 Trattato Ce ed ora, nuovamente, art. 43 TFUE), non disponessero di una base giuridica sufficiente per disciplinare la materia qui considerata.

In ogni caso, è certo che anche facendo riferimento all'art. 118, primo comma, TFUE, le competenze conferite all'Unione sono circoscritte all'esercizio delle azioni necessarie per rendere possibile la tutela dei diritti di proprietà intellettuale in modo uniforme all'interno dell'Unione medesima.

Si tratta delle competenze necessarie a porre in essere meccanismi e provvedimenti in grado di consentire la tutela dei diritti di proprietà intellettuale nei vari Stati membri e, quindi, all'interno dell'Unione europea, sulla base del diritto comunitario.

Ma ciò, ovviamente, non significa che gli Stati membri vengano espropriati del loro potere di tutelare i diritti di proprietà intellettuale mediante la propria normativa interna, nel rispetto, chiaramente, del principio della prevalenza del diritto comunitario.

Se, per fare un esempio riferito ai due prodotti più celebri di Parma, i nomi «*Parmigiano Reggiano*» e «*Prosciutto di Parma*» non fossero stati registrati come denominazioni di origine protetta in sede europea, essi sarebbero rimasti assoggettati unicamente alle rispettive leggi nazionali, con tutti gli inconvenienti che ne sarebbero derivati, ma la loro tutela non sarebbe affatto venuta meno in Italia.

Di conseguenza il Consorzio del Parmigiano Reggiano non avrebbe potuto vincere le cause davanti ai vari Tribunali dei Paesi membri nei quali venivano utilizzate le denominazioni «*Parmesan*», «*Parmetta*» e «*Parmeso*»⁸ e il Consorzio del Prosciutto di Parma non avrebbe potuto ottenere la sentenza della Corte di giustizia⁹ che l'ha autorizzato, in sostanza, a vietare l'utilizzo della denominazione «*Prosciutto di Parma*» per il prosciutto affettato al di fuori della zona geografica protetta.

⁸ Cfr. S. VENTURA, *Osservazioni in margine alle sentenze del Tribunale di Oviedo, del Tribunale regionale di Colonia e della Corte d'Appello di Berlino relative alla protezione della DOP «Parmigiano-Reggiano»*, in questa Rivista, 2010, p. 547 ss.

⁹ Sentenza della Corte di giustizia del 20 maggio 2003 in causa C-108/2001, in *Raccolta*, 2003, I, p. 5121.

Ne consegue che la registrazione in sede comunitaria è decisiva per quanto riguarda l'ampiezza, la forza e la rilevanza della tutela della denominazione protetta all'interno del mercato unico, ma non per quanto riguarda l'esistenza della tutela medesima.

Ciò si deduce, d'altra parte, dai *considerando* n. 19 e n. 24 del Regolamento (Ue) n. 1151/2012 qui esaminato.

Precisa, in particolare, il *considerando* n. 24 (prima frase) che: «*Per usufruire della protezione nel territorio degli Stati membri, le denominazioni di origine e le indicazioni geografiche dovrebbero essere registrate unicamente a livello di Unione*».

Dal *considerando* n. 24 si deduce, pertanto, che unicamente la registrazione «a livello di Unione» consente di avvalersi della protezione della denominazione nel territorio di tutti gli Stati membri, perché tale protezione si fonda sul diritto comunitario.

Se, infatti, la domanda di registrazione di una denominazione presentata in sede europea dovesse essere rigettata, rimanendo in vita la sola protezione nazionale, il titolare della denominazione potrebbe farla valere soltanto all'interno del proprio Stato nonché, eventualmente, all'interno di altri Stati che ne acconsentissero espressamente la tutela.

Questa è la conclusione che si trae dalla disposizione dell'art. 9, comma terzo, dello stesso Regolamento (Ue) n. 1151/2012 (disposizione presente anche nell'art. 5, par. 6, del Regolamento (Ce) n. 510/2006) secondo cui: «*Qualora un nome non sia registrato ai sensi del presente regolamento, le conseguenze di tale protezione nazionale sono responsabilità esclusiva dello Stato membro interessato*».

Dalle considerazioni sopra svolte si deduce pertanto che, rientrando la materia qui esaminata nel settore dei diritti di proprietà intellettuale, gli Stati membri hanno il potere di disciplinarla nel rispetto, ovviamente, del principio della prevalenza del diritto comunitario.

3. *Valutazioni critiche*

Dalle considerazioni sopra svolte consegue che le azioni da lungo tempo poste in essere dalla Commissione europea per contrastare i tentativi degli Stati membri (e delle loro Regioni) di introdurre forme di tutela a favore di determinati prodotti agroalimentari provenienti da aree geografiche in essi ubicate, sono sfornite di valida giustificazione giuridica.

Come è noto, la Commissione europea ha sistematicamente tenuto una posizione contraria alla pretesa degli Stati membri di valorizzare la reputazione di specifici prodotti agroalimentari provenienti da determinate aree

geografiche o da Regioni dei propri territori, anche quando la reputazione risultasse basata sulla sola provenienza geografica dei prodotti medesimi.

La Corte di giustizia, come è pure noto, ha respinto tale posizione della Commissione europea precisando nella sentenza *Exportur*¹⁰: «*La posizione assunta dalla Commissione, che concorda con quella difesa dalla LOR e dalla Confiserie du Tech, va disattesa. Essa si risolverebbe infatti nel privare di qualsiasi tutela le denominazioni geografiche che siano usate per dei prodotti per i quali non si può dimostrare che debbano un sapore particolare ad un determinato terreno e che non siano stati ottenuti secondo requisiti di qualità e norme di fabbricazione stabiliti da un atto delle pubbliche autorità, denominazioni comunemente chiamate indicazioni di provenienza. Queste denominazioni possono ciò nondimeno godere di una grande reputazione presso i consumatori e costituire per i produttori, stabiliti nei luoghi che esse designano, un mezzo essenziale per costituirsi una clientela. Esse devono quindi essere tutelate*».

Il passo della sentenza *Exportur*, sopra riportato, conferma quanto in precedenza sostenuto. Poiché le indicazioni geografiche fanno parte dei diritti di proprietà intellettuale, rientranti nella competenza concorrente degli Stati membri e dell'Unione europea, gli Stati membri hanno il potere di tutelare tali indicazioni geografiche nel rispetto, ovviamente, del principio della prevalenza del diritto comunitario.

Il segnale proveniente dalla sentenza *Exportur* ha impiegato molto tempo prima di essere identificato e definitivamente recepito dalla Commissione europea.

A partire dalla metà degli anni Duemila la Commissione ha quindi mutato atteggiamento per quanto riguarda le certificazioni nazionali e regionali legate alla provenienza geografica dei prodotti agroalimentari¹¹.

Anche alcune Regioni italiane hanno potuto beneficiare di questo cambiamento di indirizzo della Commissione. Tra queste, l'Alto Adige¹² e la Regione Puglia.

Per quanto riguarda il caso della Regione Puglia, con precisione descritto in un contributo recente¹³, la Commissione europea, che è stata all'inizio contraria alla registrazione presso l'UAMI del marchio collettivo

¹⁰ Cfr. sentenza del 10 novembre 1992 in causa n. C-3/91, *Exportur*, in *Raccolta*, 1992, I, p. 5529, punto 28.

¹¹ Cfr. F. ALBISINNI, *Continuiamo a farci del male: la Corte costituzionale e il made in Lazio*, in *Diritto e giurisprudenza agraria, alimentare e dell'ambiente*, 2012, p. 532 ss.

¹² Cfr. Legge Provincia Autonoma di Bolzano del 22 dicembre 2005 n. 12 «*Misure per garantire la qualità del settore dei prodotti alimentari e adozione del "marchio di qualità con indicazione di origine"*», in *Bollettino Ufficiale della Provincia Autonoma di Bolzano* n. 1 del 3 gennaio 2006, suppl. n. 2.

¹³ Cfr. F. ALBISINNI, *Continuiamo a farci del male*, loc. cit., pp. 533-534.

«*Prodotti di Puglia*», ha alla fine dato il suo consenso all'utilizzo del marchio «*Prodotti di qualità - Puglia*» per i prodotti provenienti dalla Puglia.

Con riferimento al marchio «*Prodotti di qualità - Puglia*», come pure con riferimento ad altri marchi relativi a prodotti provenienti da diverse Regioni di altri Stati membri, la Commissione europea ha però avanzato una curiosa pretesa.

Poiché l'utilizzo del marchio «*Prodotti di qualità - Puglia*» (come anche l'utilizzo degli altri marchi sopra ricordati) può consentire di ricevere il sostegno di finanziamenti regionali, la Commissione ha preteso che nello Statuto disciplinante l'uso del marchio si consentisse espressamente anche ai marchi registrati dalle Regioni di altri Stati membri, di poter beneficiare, alle stesse condizioni, dei finanziamenti erogati (come aiuti di Stato).

A nostro avviso, la Commissione europea, avanzando una pretesa del genere, ha confuso due aspetti che devono essere tenuti distinti.

Il primo aspetto riguarda la legittimità del marchio come strumento per rendere possibile l'utilizzo dell'indicazione geografica, aspetto che deve essere valutato sulla base delle disposizioni in materia di diritti di proprietà intellettuale che abbiamo in precedenza esaminato.

L'altro aspetto, del tutto diverso, che deve essere tenuto completamente separato dal primo, riguarda invece la legittimità dell'eventuale erogazione di aiuti, a favore degli operatori interessati, da parte di uno Stato membro o di una Regione.

È evidente, infatti, che l'eventuale illegittimità nella procedura di erogazione degli aiuti di Stato non potrà intaccare la legittimità dell'utilizzo del marchio, poiché alla base vi sono discipline giuridiche diverse e assolutamente distinte.

4. *Conclusioni sul punto*

Chiariti gli aspetti conseguenti al nuovo indirizzo seguito dalla Commissione europea, che legittimano l'utilizzo di indicazioni e marchi legati alla provenienza geografica dei prodotti, rimane da affrontare il problema del riconoscimento della legittimità delle registrazioni nazionali per i prodotti che presentano caratteristiche qualitative derivanti da elementi direttamente connessi alle aree geografiche di provenienza, compresi il fattore umano (tecniche e metodi di lavorazione tradizionali, etc.) e quello ambientale (condizioni climatiche, caratteristiche delle materie prime, etc.).

Poiché, in ogni caso, i prodotti ai quali si fa riferimento vengono designati con indicazioni riferite alle aree geografiche di provenienza, che fanno parte dei diritti di proprietà intellettuale, rientranti anche nella com-

petenza degli Stati membri, non si vede perché agli stessi Stati membri debba essere negato il potere di disciplinarne l'utilizzo, come viene senz'altro riconosciuto nel caso delle indicazioni di provenienza geografica, di cui sopra abbiamo discusso, purché ovviamente venga rispettato il principio della prevalenza del diritto comunitario.

La posizione della Corte di giustizia, che nella sentenza *Bud II* ha seguito la tesi da sempre sostenuta dalla Commissione europea, appare pertanto chiaramente contraddittoria, come è stato dimostrato (cfr. *supra*, nota 4).

Probabilmente occorrerà che si presenti una nuova occasione per consentire una revisione dell'indirizzo giurisprudenziale da ultimo seguito. In effetti, il caso che dovrebbe consentire alla Corte di giustizia di mutare indirizzo è stato recentemente sollevato dalla Corte di cassazione italiana, con riferimento ad un'altra specialità gastronomica della zona di Parma il «*Salame di Felino*».

Come si ricorderà, è durata a lungo la controversia fra i produttori di «*Salame di Felino*» ubicati nella provincia di Parma e l'Associazione dei produttori italiani di carne, riguardante il diritto di utilizzare le denominazioni «*Salame di Felino*» e «*Salame tipo felino*».

Alla fine, con Regolamento (Ue) n. 186/2013 è stata riconosciuta l'indicazione geografica protetta «*Salame di Felino*» con area limitata alla Provincia di Parma.

Sulla controversia, come sappiamo, è pure intervenuta la Corte di giustizia dell'Unione europea con una sentenza del 2009. Con la questione recentemente rimessa alla Corte di giustizia, la Corte di cassazione chiede ora, in sostanza, ai giudici di Lussemburgo di decidere se possa sussistere una indicazione geografica protetta all'interno del solo territorio nazionale¹⁴.

II. Il problema delle «Specialità tradizionali garantite»

Dei particolari problemi ai quali è stato appena fatto riferimento nel precedente paragrafo, il legislatore europeo era senz'altro consapevole al momento dell'elaborazione del nuovo Regolamento, anche se tale consapevolezza non traspare in modo esplicito dal Regolamento (Ue) n. 1151/2012.

Ma, in modo implicito, il legislatore europeo riconosce senz'altro l'esistenza dei problemi sopra menzionati e, per sincerarsene, basta leggere i *considerando* dal n. 34 al n. 43 nonché gli articoli dal n. 17 al n. 26 del Regolamento (Ue) n. 1151/2012 tutti dedicati alle *Specialità tradizionali garantite* (STG).

¹⁴ La decisione già emessa sul *Salame di Felino* è la sentenza della Corte di giustizia del 10 settembre 2009 in causa n. C-446/2007, *Severi*, in *Raccolta*, 2009, I, p. 8041. La causa attualmente pendente davanti alla Corte di giustizia porta il n. C-35/13 (*Assica e Kraft Food Italia*).

Nell'esaminare, infatti, le disposizioni riguardanti le «Specialità tradizionali garantite», anch'esse a suo tempo sottoposte a critiche precise¹⁵, ritroviamo le stesse ombre, molto scure, alle quali ci siamo riferiti agli inizi.

Una lettura dei *considerando*, sopra citati, consente innanzitutto di capire che, per il legislatore europeo, le «Specialità tradizionali garantite» (STG), disciplinate prima dal Regolamento (Cee) n. 2082/1992 e, successivamente, dal Regolamento (Ce) n. 509/2006, non hanno avuto successo.

Per la precisione, se vogliamo riservare alle cose il loro vero nome, dobbiamo dire che la disciplina delle STG è stata un fiasco clamoroso. Questo è, infatti, il termine corretto se si vuole esprimere un giudizio sui risultati di una disciplina che in vent'anni di applicazione ha prodotto poco più di *trenta* (!) registrazioni in tutta l'Unione europea, contro le oltre *mille* registrazioni prodotte dai Regolamenti (Cee) n. 2081/1992 e (Ce) n. 510/2006, sulle DOP e sulle IGP.

In secondo luogo, e qui dilagano le ombre più nere, i *considerando* e gli articoli della disciplina adottata con il Regolamento (Ue) n. 1151/2012 non consentono di comprendere chiaramente quali siano gli obiettivi perseguiti.

Basta leggerli per rendersene conto.

Che la disciplina sulle «STG» fosse destinata all'insuccesso, già a partire dalla sua prima adozione, non era difficile prevederlo¹⁶, considerata la pratica irrilevanza del valore aggiunto che essa avrebbe consentito ai prodotti di acquisire.

Prendendo, ad esempio, il caso italiano della «Mozzarella», (con riferimento alla quale, come è noto, è stata concessa la registrazione come «Specialità Tradizionale garantita»¹⁷) allo scopo di verificare quale valore aggiunto un operatore del settore possa ottenere dall'utilizzo del logo «STG», basterebbe porsi nei panni dell'operatore medesimo.

L'aggiunta del logo «STG» dovrebbe significare che la mozzarella è stata prodotta in conformità alle ricette tradizionali normalmente seguite per produrla, ma qualunque produttore, in qualunque Paese d'Europa, dal-

¹⁵ Cfr. L. COSTATO, *La protezione delle indicazioni geografiche e delle denominazioni di origine e le attestazioni di specificità*, in *Riv. dir. agr.*, 1995, p. 488 ss., spec. p. 500; F. CAPELLI, *La tutela delle denominazioni dei prodotti alimentari di qualità*, in questa *Rivista*, 1998, p. 530, spec. pp. 536-543; S. MASINI, *Sulla funzione delle specialità tradizionali garantite: una nomenclatura tra tradizione e delocalizzazione*, DGAAA, 2006, p. 490; G. E. SIRONI, *Conflitti tra marchi e indicazioni comunitarie di qualità (DOP, IGP, STG)*, in B. UBERTAZZI - E. MUÑIZ ESPADA (a cura di), *Le indicazioni di qualità degli alimenti*, Milano, Giuffrè, 2009, p. 223 ss. Ved., da ultimo, M. GRAGNANI, *Le specialità tradizionali garantite (STG) secondo il Regolamento (Ue) n. 1151/2012*, in questa *Rivista*, 2013, p. 207 ss.

¹⁶ Tutti gli Autori, *loc. cit.*, avevano rilevato i punti deboli della disciplina sulle *specialità tradizionali garantite*. Tali critiche sono ribadite nell'articolo di M. GRAGNANI, *Le specialità tradizionali garantite*, *loc. ult. cit.*

¹⁷ Cfr. Regolamento (Ce) n. 2527/98, in *Guce* n. L 317 del 26 novembre 1998.

la Grecia alla Finlandia, potrebbe in tal caso utilizzare il logo «STG» per la propria mozzarella.

Il valore aggiunto sarebbe quindi minimo e nessun operatore del settore avrebbe interesse ad usare il logo «STG».

Questo è stato, infatti, il risultato: pur sussistendo il diritto di impiegare dal 1998 la denominazione «*Mozzarella STG*», solo in tre casi, in tutta Europa, il logo «STG» è stato utilizzato. L'insuccesso appare quindi evidente.

Per suscitare interesse, il logo «STG» dovrebbe permettere, in effetti, di distinguere un prodotto dagli altri prodotti simili, riservando, ad esempio, ad una cerchia di produttori, l'uso esclusivo di un nome da abbinare al logo «STG».

Un caso del genere si è verificato in applicazione dei precedenti Regolamenti più volte citati (n. 2082/92 e n. 509/2006) e riguarda il prosciutto spagnolo denominato «*Jamon Serrano STG*».

In questo caso, il nome «*serrano*» ha assunto una funzione esclusiva per designare una specialità tradizionale garantita, perché in lingua spagnola «*serrano*» significa «*di montagna*» e in nessun altro Paese europeo può accadere che il nome «*serrano*» venga utilizzato per designare un prodotto di montagna (proprio per ragioni linguistiche).

Considerata, quindi, l'inadeguatezza del sistema previsto dalla precedente disciplina sulle «STG» a tutelare il nome del prodotto al quale il logo «STG» risulta abbinato, c'è da chiedersi se sia possibile raggiungere tale obiettivo ricorrendo alle modifiche previste dal Regolamento (Ue) n. 1151/2012.

In effetti, esaminando congiuntamente i *considerando* e le norme della parte dispositiva del nuovo Regolamento si può concludere che proprio la tutela del nome del prodotto dovrebbe essere l'obiettivo della disciplina sulle «Specialità tradizionali garantite» introdotta nel Regolamento (Ue) n. 1151/2012.

Partendo dai *considerando* n. 34, n. 35 e n. 36 del Regolamento (Ue) n. 1151/2012 ci rendiamo però conto della difficoltà di comprendere le finalità perseguite.

Con un linguaggio decisamente astruso, il legislatore europeo (ma, in realtà, si intuisce l'impronta della Commissione) nel *considerando* n. 35 cerca di attribuire agli operatori economici le responsabilità del fallimento di un sistema che, come sopra abbiamo chiarito, era destinato di per sé a fallire, perché non era in grado di soddisfare in alcun modo gli interessi degli operatori medesimi.

Il *considerando* n. 35, sostenendo che i «*soggetti interessati*» non avevano compreso pienamente le opportunità offerte dal sistema di tutela

delle «Specialità tradizionali garantite» finora applicato, ipotizza che siano ora gli Stati membri a gestire tale sistema «*in applicazione del principio di sussidiarietà*».

Appare lecito dubitare che in sede nazionale possano essere ottenuti risultati migliori di quelli conseguiti in sede europea, perché, come abbiamo visto, la causa del fallimento va ricercata nel sistema applicabile, che è in sé sbagliato, e non negli organi legittimati ad applicarlo.

Passando alla parte dispositiva e leggendo gli artt. 17 e 18 del Regolamento (Ue) n. 1151/2012 si fa fatica a comprendere come sia possibile individuare il nome di un prodotto agroalimentare tradizionale da tutelare, separatamente, come «Specialità tradizionale garantita», dato che un nome siffatto dovrebbe già possedere i requisiti per essere tutelato come indicazione geografica o, addirittura, come denominazione di origine.

In altri termini, rimane difficile capire come sia possibile rinvenire un nome tradizionale di un prodotto tipico (che non sia, ovviamente, il nome tradizionale generico di un prodotto come tale conosciuto, ad esempio: mozzarella, pecorino, prosciutto etc.) che non provenga da una zona geografica determinata e già non possessa, pertanto, i requisiti per poter essere già tutelato almeno come indicazione geografica protetta (IGP).

Se si scorre infatti l'elenco delle denominazioni dei 4500 prodotti agroalimentari italiani, tipici e/o tradizionali, riportati nella *Gazzetta Ufficiale della Repubblica italiana* n. 154 del 5 luglio 2010 *suppl. ord.*, delle quali soltanto duecento circa sono state finora registrate in sede europea come DOP o IGP, si comprende subito che molte denominazioni si riferiscono a prodotti tipici e/o tradizionali provenienti da determinate aree ubicate nelle diverse Regioni italiane.

Di conseguenza, numerose denominazioni riferite a tali prodotti potrebbero già avere quantomeno i requisiti per ottenere la stessa tutela accordata alle indicazioni geografiche protette (IGP).

La conclusione potrebbe essere che in rari casi (come quello concernente il nome «*Jamon Serrano*» sopra esaminato) si troverebbero produttori interessati a tutelare il nome di un prodotto tipico e/o tradizionale separatamente come «Specialità tradizionale garantita», tramite il logo «STG».

Si ha quindi l'impressione che la Commissione europea sia orientata a tutelare, per il futuro, come «Specialità tradizionali garantite», determinati nomi, simili a quelli dei prodotti tipici e/o tradizionali che finora hanno beneficiato di un'indicazione geografica protetta (IGP). Per averne la certezza occorrerà, però, attendere i provvedimenti che la Commissione europea è legittimata ad adottare in base agli artt. 19, par. 2, 22, 23, par. 4, 24, par. 3, del Regolamento (Ue) n. 1151/2012.

Se tale fosse però l'orientamento della Commissione, occorrerebbe allora sottoporre ad un'attenta valutazione critica l'intero sistema di tutela dei nomi dei prodotti tipici e/o tradizionali.

A nostro avviso, sia con riferimento alle DOP e IGP sia con riferimento alle STG, la registrazione delle denominazioni in sede europea deve riguardare soprattutto i prodotti agroalimentari tipici e/o tradizionali che, potendo raggiungere una consistente diffusione sui mercati europeo e internazionale, corrono il rischio di essere imitati e contraffatti su tali mercati. Per questo necessitano di essere tutelati dal diritto comunitario che accorda una protezione molto più efficace rispetto a quella accordata dal diritto nazionale, come si può dedurre dalle procedure giudiziarie introdotte per tutelare le denominazioni «*Parmesan*», «*Parmetta*» e «*Parmeso*» sopra citate.

Di contro, tanto con riferimento alle DOP e IGP, quanto con riferimento alle STG, le denominazioni dei prodotti che hanno una diffusione limitata entro aree ristrette e che sono conosciute essenzialmente in ambito locale, devono poter essere tutelate innanzitutto in sede nazionale¹⁸, rendendo possibili azioni promozionali idonee ad attirare i turisti sui luoghi di produzione perché consumino i prodotti sul posto¹⁹.

Se, con l'andare del tempo, le denominazioni di tali prodotti sapranno acquisire un'adeguata notorietà, potranno essere successivamente tutelate attraverso la rispettiva registrazione in sede europea. In ogni caso, per conferire una più ampia notorietà alle denominazioni registrate in sede nazionale, si potrebbe pubblicarne i relativi elenchi anche sulla *Gazzetta Ufficiale dell'Unione europea*.

In questo modo si eviterà anche di inflazionare il numero delle DOP e IGP e, forse in futuro, delle STG, sui mercati europeo e internazionale: un incremento eccessivo di tali registrazioni avrebbe infatti, come conse-

¹⁸ La tutela in sede nazionale è in ogni caso necessaria per evitare che denominazioni di prodotti tipici e/o tradizionali rimangano senza protezione giuridica e possano essere impunemente imitate. Cfr. sul punto, F. CAPELLI, *La Corte di giustizia, cit. supra*, nota 4, spec. nota 119.

¹⁹ Cfr. art. 55 del Regolamento (Ue) n. 1151/2012 sulle iniziative per agevolare la vendita dei prodotti con diffusione locale. Il caso della «*Focaccia di Recco con formaggio*» appare emblematico. Per tale prodotto è stata presentata una domanda di registrazione della denominazione come IGP. Recco è un paese della Riviera ligure di 10.191 abitanti, dove i ristoranti, le trattorie e alcuni negozi preparano una focaccia ripiena di formaggio, indubbiamente squisita, se mangiata appena sfornata. Orbene, ci si può domandare quale vantaggio potrebbe conferire a tale specialità una registrazione europea. Come appare evidente, ciò che può servire è un'adeguata pubblicità per attirare i turisti a Recco o nei dintorni, così che possano gustare questa specialità gastronomica. Se, quindi, si tratta di fare pubblicità oltre i confini nazionali, basterebbe un registro, eventualmente gestito in sede comunitaria, come precisato nel testo, che riporti le varie specialità riconosciute negli Stati membri. La denominazione «*Focaccia di Recco con formaggio*», con ogni probabilità, potrebbe essere una delle prime denominazioni ad essere tutelata come «*STG*» in base al nuovo Regolamento (Ue) n. 1151/2012.

guenza, una riduzione progressiva del livello di gradimento e di apprezzamento dei relativi prodotti presso il pubblico dei consumatori.

III. Innovazioni introdotte dal Regolamento (Ue) n. 1151/2012 per migliorare e rafforzare il sistema di tutela

Occorre subito premettere che la disciplina delle Denominazioni di origine protette (DOP) e delle Indicazioni geografiche protette (IGP), contenuta nel Titolo II (artt. 4-16) del Regolamento (Ue) n. 1151/2012 presenta un impianto giuridico che non si discosta da quello contenuto nel precedente Regolamento (Ce) n. 510/2006.

Ovviamente, il Regolamento (Ue) n. 1151/2012, entrato in vigore il 3 gennaio 2013, presenta una struttura più complessa perché disciplina, all'interno dello stesso atto, i diversi regimi di qualità dei prodotti agroalimentari²⁰.

Per quanto riguarda le innovazioni tecnico-giuridiche che conviene segnalare in questa sede, possiamo limitarci a menzionare le seguenti.

1. *Obbligo imposto agli Stati membri di tutelare le DOP e le IGP commercializzate all'interno dei propri territori*

L'art. 13, par. 3, del Regolamento (Ue) n. 1151/2012 impone ad ogni Stato membro di adottare «*le misure amministrative e giudiziarie adeguate per prevenire o far cessare l'uso illecito delle denominazioni di origine protette e delle indicazioni geografiche protette (...) prodotte o commercializzate in tale Stato membro*».

Questa disposizione è stata chiaramente introdotta per colmare la lacuna esistente nei precedenti Regolamenti n. 2081/92 e n. 510/2006.

Come si ricorderà, nella causa *Parmesan* decisa dalla Corte di giustizia nel 2008²¹, la Germania aveva giustificato il mancato avvio di un'azione repressiva, da parte delle autorità di controllo nazionali, nei confronti dei produttori tedeschi del formaggio «Parmesan», con l'assenza di una disposizione specifica in tal senso nella normativa comunitaria.

²⁰ Sul Regolamento (Ue) n. 1151/2012 cfr. F. COPPOLA, *Regolamento (Ue) n. 1151/2012 su DOP, IGP e STG: un'occasione mancata?*, in *Alimenta*, 2013, p. 31 ss.

²¹ Cfr. sentenza della Corte di giustizia del 26 febbraio 2008 in causa n. C-132/2005, in *Raccolta*, 2008, I, p. 957. Su tale sentenza cfr. S. VENTURA, *Il caso Parmesan, visto dalla Corte di giustizia*, in questa *Rivista*, 2008, p. 323.

2. *Accelerazione delle procedure di opposizione in sede comunitaria*

In base all'art. 51, par. 1, del Regolamento (Ue) n. 1151/2012, le opposizioni contro le domande di registrazione delle DOP e delle IGP in sede europea, devono essere presentate entro tre mesi dalla data di pubblicazione della domanda sulla *Gazzetta ufficiale dell'Unione europea*. I termini per la presentazione delle opposizioni sono stati così ridotti alla metà.

3. *Ruolo dei Consorzi di tutela*

L'art. 45 del Regolamento (Ue) n. 1151/2012, sotto il titolo «*Ruolo dei gruppi*», descrive le diverse funzioni che possono essere assegnate ai Consorzi di tutela competenti per le singole denominazioni di origine o indicazioni geografiche protette.

Tali Consorzi di tutela possono:

- a. contribuire ad esercitare un controllo dell'uso legittimo delle denominazioni sul mercato;
- b. adottare apposite misure per garantire una protezione giuridica adeguata alle denominazioni protette;
- c. svolgere attività di informazione e promozione relativamente alle denominazioni protette;
- d. prendere iniziative per contrastare azioni suscettibili di danneggiare le denominazioni protette.

Altre innovazioni tecnico-giuridiche di un qualche interesse sono state introdotte nel Regolamento (Ue) n. 1151/2012 che in questa sede non si ritiene, però, di dover esaminare.

IV. Innovazioni di rilievo introdotte dal Regolamento (Ue) n. 1151/2012: le indicazioni aggiuntive sulle caratteristiche qualitative dei prodotti

Il titolo IV (artt. 27-34) del Regolamento (Ue) n. 1151/2012 è dedicato alle «*Indicazioni facoltative di qualità*».

Le relative disposizioni costituiscono un'innovazione di indubbio rilievo perché, in modo esplicito, rendono palese, delimitandone i confini, la legittimità dell'utilizzo delle indicazioni aggiuntive (che il Regolamento chiama «*facoltative*»), nella presentazione dei prodotti agroalimentari, ivi compresi, ovviamente, quelli che si fregiano di una denominazione protetta (DOP o IGP).

In base all'art. 27 del Regolamento (Ue) n. 1151/2012, l'obiettivo perseguito da tali indicazioni aggiuntive («*facoltative*») è quello di facilitare la comunicazione, dai produttori ai consumatori, delle «*caratteristiche o proprietà*» che conferiscono a determinati prodotti agroalimentari «*valore aggiunto*».

Il successivo art. 28 consente agli Stati membri di applicare anche le loro norme interne aventi le stesse finalità, nel rispetto della normativa comunitaria.

In particolare, l'art. 29, par. 1, fornisce la definizione delle «*Indicazioni facoltative di qualità*».

Si tratta di indicazioni che :

(a) si riferiscono «*ad una caratteristica di una o più categorie di prodotti o ad una modalità di produzione o di trasformazione agricola*»;

(b) conferiscono «*valore al prodotto rispetto a prodotti di tipo simile*»;

(c) hanno una «*dimensione europea*».

Per la verità, l'opportunità e l'utilità di far ricorso alle indicazioni aggiuntive («*facoltative*») erano già state riconosciute dalla Commissione europea in una sua *Comunicazione* del dicembre 2010²².

Secondo tale *Comunicazione*, contenente gli «*Orientamenti*» (o «*linee guida*») da seguire, le indicazioni aggiuntive, definite come «*Regimi facoltativi di certificazione*» possono apportare benefici (cfr. punto I, p. 5) in particolare:

a. ai produttori dei prodotti agroalimentari, perché consentono di ampliare l'accesso al mercato dei loro prodotti attraverso una migliore identificazione dei medesimi;

b. ai consumatori, perché le indicazioni aggiuntive forniscono informazioni affidabili su particolari caratteristiche dei prodotti posti in vendita e sui relativi metodi di ottenimento.

Tra gli strumenti per procedere al riconoscimento delle indicazioni aggiuntive, la *Comunicazione* qui esaminata (cfr. punto 2.2, p. 7) identifica, in particolare, le «*dichiarazioni*» e le «*certificazioni*».

Secondo la *Comunicazione*, le «*dichiarazioni*» sono le attestazioni che provengono dalla parte interessata. Più precisamente, si tratta di «*autodichiarazioni*» il cui contenuto è garantito dai soggetti che le effettuano.

Di contro, le «*certificazioni*» sono attestazioni rilasciate da soggetti terzi indipendenti che sono abilitati ad eseguire controlli su prodotti, processi, sistemi o persone.

²² In *Gu-Ue* n. C 341 del 16 dicembre 2010.

Da quanto in precedenza esposto si deduce che se le indicazioni aggiuntive («*facoltative*») che i produttori o i distributori utilizzano nelle etichette, nelle confezioni e nella pubblicità dei loro prodotti, anche contrassegnati con DOP o IGP, comunicano al consumatore, in modo veritiero, un messaggio utile, devono essere ritenute legittime a meno che, nel caso delle DOP o delle IGP, non siano espressamente vietate dal relativo disciplinare di produzione.

Concludendo su questo punto, occorre precisare che la legittimità delle indicazioni aggiuntive, riportate in etichetta, riguarda sia le indicazioni aggiuntive espressamente riportate in etichetta su iniziativa del produttore (o del distributore), sia quelle consistenti in attestazioni direttamente rilasciate da Enti od Istituti legittimati a rilasciarle, quando vengono riportate facendo riferimento alla certificazione del relativo Ente od Istituto autore della certificazione medesima (come precisato nella *Comunicazione* della Commissione sopra citata).

A ben vedere, pertanto, l'utilizzo da parte di un produttore (o di un distributore) di un'indicazione facoltativa per conferire «*un valore aggiunto*» al proprio prodotto, equivale, per certi versi, all'utilizzo di una pubblicità comparativa avente la stessa finalità.

Che, d'altra parte, sia lecito far ricorso e far riferimento a metodi comparativi, anche per pubblicizzare i prodotti alimentari di qualità, lo prova la stessa disciplina comunitaria in materia di pubblicità comparativa, introdotta con la direttiva n. 97/55/Ce²³ che ha modificato, integrandola, la direttiva n. 84/450/Cee sulla pubblicità ingannevole.

Infatti, la direttiva n. 84/450/Cee, che è stata da ultimo modificata dalla direttiva n. 2005/29/Ce (art. 14) sulle pratiche commerciali sleali, riconosce al par. 1 dell'art. 3 *bis* (nella versione attualmente vigente) che: «*Per quanto riguarda il confronto, la pubblicità comparativa è ritenuta lecita qualora siano soddisfatte le seguenti condizioni: che essa [omissis] (e) per i prodotti recanti denominazione di origine, si riferisca in ogni caso a prodotti aventi la stessa denominazione*».

²³ Direttiva n. 97/55/Ce del Parlamento europeo e del Consiglio del 6 ottobre 1997 a parziale modifica della direttiva n. 84/450/Cee relativa alla pubblicità ingannevole al fine di includervi la pubblicità comparativa, in *Guce* n. L 290 del 23 ottobre 1997. Cfr. M. VALCADA *La pubblicità comparativa: dalla varietà dei sistemi nazionali a una disciplina comunitaria*, in questa *Rivista*, 1997, p. 769; P. AUTERI, *La pubblicità comparativa secondo la direttiva 97/55/CE. Un primo commento*, in *Contr. e impr./Europa*, 1998, p. 601 ss.; G. MAGRI, *Pubblicità comparativa e prodotti a denominazione d'origine*, in *Giur. it.*, 2008, p. 3 ss.

Come si vede, pertanto, la disciplina comunitaria ritiene del tutto legittima anche la pubblicità comparativa che riguardi i prodotti contrassegnati con DOP o IGP²⁴.

Ciò significa, per portare un esempio concreto, che il produttore di un formaggio con DOP, legittimamente contrassegnato dalla competente autorità di controllo, potrebbe avvalersi della pubblicità comparativa per far conoscere determinate caratteristiche qualitative che il suo formaggio possiede e che possono essere apprezzate dai suoi consumatori, addirittura segnalando la mancanza di tali caratteristiche qualitative nei formaggi contrassegnati con la stessa DOP, prodotti dai suoi concorrenti, all'interno della stessa area protetta.

Se, pertanto, risulta legittimamente ammessa la pubblicità comparativa anche nel settore dei prodotti alimentari contrassegnati con DOP o IGP non potevano sussistere dubbi che, a maggior ragione, dovesse essere ammessa una forma di pubblicità la quale, senza essere propriamente comparativa, potesse servire a mettere in evidenza alcune caratteristiche qualitative del prodotto in aggiunta a quelle che il consumatore normalmente da esso si attende come prodotto designato con una denominazione protetta.

Tale possibilità risulta ora esplicitamente precisata nelle disposizioni del Regolamento (Ue) n. 1151/2012 sopra esaminate.

Da ultimo, per portare un esempio concreto di indicazione aggiuntiva di qualità («facoltativa»), possiamo far riferimento all'art. 31, par. 1, primo comma, del Regolamento (Ue) n. 1151/2012 che stabilisce: «È istituita l'indicazione "prodotto di montagna" come indicazione facoltativa di qualità».

È bene ricordare, a questo proposito, che l'indicazione «prodotto di montagna» è stata a suo tempo considerata contraria alle regole comunitarie in materia di libera circolazione delle merci, dalla Corte di giustizia nella sentenza *Pistre* pronunciata nel 1997²⁵.

Sulla base delle disposizioni del citato art. 31, che ora disciplinano l'impiego dell'indicazione facoltativa «prodotto di montagna», è da ritenere che la funzione di tale indicazione dovrebbe essere simile a quella svolta da altre indicazioni analoghe come, ad esempio, l'indicazione: «biologico».

²⁴ A tale proposito occorre anche ricordare che la Corte di giustizia, nell'interpretare la disposizione riportata nel testo, ha addirittura affermato, nella sentenza emessa in data 19 aprile 2007 in causa n. C-381/05, *De Landtsheer Emmanuel SA c. Comité Interprofessionnel du Vin de Champagne et Veuve Clicquot Ponsardin SA*, in *Raccolta*, 2007, I, p. 3115, che è possibile effettuare la comparazione anche tra un prodotto provvisto di denominazione protetta ed uno della stessa categoria che ne sia privo (cfr. punti 66 ss. della sentenza); cfr. inoltre, in argomento, le conclusioni dell'Avvocato Generale Mengozzi (punti n. 199 ss.).

²⁵ Sentenza della Corte di giustizia del 7 maggio 1997 in cause riunite da n. C-321/94 a n. C-324/94, in *Raccolta*, 1997, I, p. 2343.

Se, pertanto, un prodotto agro-alimentare viene presentato sul mercato con la sola indicazione «qualitativa» «*prodotto di montagna*» è evidente che tale indicazione dovrà attestare in modo veritiero le sue caratteristiche, come avviene per un prodotto qualificato come *biologico*.

Ne consegue che il prodotto agro-alimentare deve integralmente provenire dalla zona di montagna di riferimento.

Con ciò si deve intendere, a nostro avviso, che sia la materia prima, sia gli ingredienti «essenziali» e qualificanti devono provenire dalla zona di montagna di riferimento e che la lavorazione del prodotto deve ugualmente avvenire nella stessa zona.

Una deroga potrebbe essere eventualmente prevista per quanto riguarda l'alimentazione degli animali (per i prodotti di origine animale), nel caso in cui la provenienza di parte dei mangimi da zone *non* considerate di montagna dovesse essere ritenuta adeguata e giustificata per il tipo di alimentazione prevista per gli animali considerati.

Al di fuori di quelle riguardanti i prodotti destinati all'alimentazione degli animali, non dovrebbero, a nostro parere, essere previste altre deroghe.

Per concludere, se un prodotto agro-alimentare dovesse possedere tutte le caratteristiche nonché tutti i requisiti per essere, ad un tempo, qualificato come «*biologico*» e come «*prodotto di montagna*», potrebbe senz'altro essere commercializzato con un'etichetta che, in modo adeguato, metta in evidenza le due qualificazioni.

Lo stesso dovrebbe quindi avvenire per un prodotto agro-alimentare che abbia i requisiti per essere qualificato, contemporaneamente, come DOP, come «*prodotto biologico*» e come «*prodotto di montagna*».

Dalle considerazioni da ultimo svolte, si comprende l'importanza delle innovazioni introdotte dal Regolamento (Ue) n. 1151/2012 relativamente alle indicazioni aggiuntive («*facoltative*») da utilizzare nella presentazione dei prodotti agroalimentari.

Fausto Capelli

SINTESI

In questo articolo, l'Autore analizza in modo critico il Regolamento (Ue) n. 1151/2012, che disciplina i regimi di qualità dei prodotti agroalimentari all'interno dell'Unione europea.

Nell'articolo vengono esaminate le modifiche introdotte dal nuovo Regolamento, che rappresentano soluzioni innovative ragionevoli e da tempo attese.

In particolare, l'articolo si sofferma sulle innovazioni riguardanti le c.d. «indicazioni aggiuntive», che consentono ai produttori e ai distributori di prodotti agroalimentari di mettere in evidenza nelle etichette alcune particolari caratteristiche qualitative dei loro prodotti che potrebbero essere di interesse per i consumatori.

L'articolo mette anche in evidenza gli aspetti negativi e alcune carenze del Regolamento (Ue) n. 1151/2012 con particolare riferimento alla disciplina delle *specialità tradizionali garantite* (STG) che, secondo l'Autore, non indica in modo chiaro gli obiettivi effettivamente perseguiti.

ABSTRACT

In this article, the Author critically analyzes the (EU) Regulation n. 1151/2012, which governs the quality schemes for agricultural and food products in the EU.

The article highlighted the changes introduced by the new Regulation, which are innovative solutions reasonable and long overdue.

In particular, the article focuses on innovations in the so-called "supplementary indications" that allow producers and distributors of food products to highlight some particular quality in the labels of their products that may be of interest to consumers.

The article also highlights the negative aspects and the shortcomings of the (EU) Regulation n. 1151/2012 with particular reference to the discipline of traditional specialties guaranteed (TSG), which, according to the author, does not indicate clearly the objectives actually pursued.

CONSIGLIO EUROPEO*

Conclusioni del Consiglio europeo, 24-25 ottobre 2013

Anche se sono visibili segnali di ripresa economica, l'Unione europea deve proseguire gli sforzi per aumentare il potenziale di crescita, favorire la creazione di posti di lavoro e accrescere la competitività europea. Oggi il Consiglio europeo si è concentrato sull'economia digitale, l'innovazione e i servizi, settori che hanno un particolare potenziale di crescita e occupazione che deve essere mobilitato rapidamente. Il Consiglio europeo ha fornito orientamenti concreti per sfruttare al massimo il potenziale esistente.

Il Consiglio europeo ha preso in esame anche vari settori di intervento di carattere economico e sociale. Ha preso atto dello stato di attuazione delle iniziative adottate a giugno nella lotta contro la disoccupazione giovanile e del finanziamento dell'economia, soprattutto delle piccole e medie imprese, e ha concordato misure supplementari. Ha dato nuovo slancio al miglioramento della regolamentazione.

Il Consiglio europeo ha proceduto a un dibattito approfondito sul completamento dell'Unione economica e monetaria, concentrandosi in particolare sul coordinamento rafforzato delle politiche economiche, sul rafforzamento della dimensione sociale dell'Unione economica e monetaria e sul completamento dell'Unione bancaria. Come deciso a giugno, il Consiglio europeo tornerà su tutti questi temi a dicembre nell'intento di prendere decisioni.

Il Consiglio europeo ha guardato con interesse al vertice del partenariato orientale, che si svolgerà a Vilnius il 28 e 29 novembre 2013.

Il Consiglio europeo ha espresso profonda tristezza per i tragici eventi avvenuti di recente nel Mediterraneo nei quali centinaia di persone hanno perso la vita, e ha deciso di intensificare l'azione dell'Unione in modo da impedire che simili tragedie si verifichino ancora.

* 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.).

I. Economia digitale, innovazione e servizi

1. Un'economia digitale solida è fondamentale per la crescita e la competitività europea in un mondo globalizzato. A tal fine, occorre compiere ogni sforzo perché l'industria europea ritrovi slancio nel settore dei prodotti e servizi digitali. Vi è urgente necessità di un mercato unico digitale e delle telecomunicazioni integrato, a beneficio dei consumatori e delle imprese. Nel quadro della sua strategia per la crescita l'Europa deve dare impulso all'innovazione digitale, guidata dai dati, in tutti i settori dell'economia. Il sostegno alla riduzione del divario digitale tra Stati membri andrebbe preso in particolare considerazione.

Investire nell'economia digitale (Omissis)

Promuovere un mercato unico digitale vicino ai consumatori e alle imprese (Omissis)

Migliorare le competenze

10. Gli utenti devono avere le necessarie competenze digitali. Attualmente molti cittadini e imprese europei non si avvalgono a sufficienza delle TI. Ne consegue una crescente difficoltà nell'occupare posti di lavoro nel digitale. Nel 2011 l'Unione europea contava 300 000 posti vacanti nel settore delle TIC; se non si arresterà tale tendenza, entro il 2015 potrebbero esserci ben 900 000 posti vacanti. Tale squilibrio tra domanda e offerta di competenze nuoce ai nostri obiettivi di politica economica e sociale.

11. Si potrebbero adottare provvedimenti concreti per ovviare a questa situazione:

- a. parte dei fondi strutturali e d'investimento europei (2014-2020) dovrebbe essere destinata all'istruzione nel campo delle TIC, al supporto per la riconversione professionale e all'istruzione e alla formazione professionali nel campo delle TIC, anche mediante strumenti e contenuti digitali, nel contesto dell'iniziativa a favore dell'occupazione giovanile;
- b. andrebbe assicurato un più elevato livello di integrazione delle competenze digitali nell'istruzione, dalle primissime fasi del percorso scolastico all'istruzione superiore, all'istruzione e alla formazione professionali e all'apprendimento permanente;
- c. sarebbe opportuno rafforzare la grande coalizione per l'occupazione nel digitale per ovviare agli squilibri tra domanda e offerta di competenze sostenendo programmi mirati per la mobilità dei lavoratori e l'uso della classificazione europea di abilità/competenze, qualifiche e occupazioni (ESCO) recentemente sviluppata;
- d. la Commissione intensificherà ulteriormente i lavori sulla base della panoramica UE delle competenze per l'occupazione nel digitale allo scopo di accelerare i progressi in merito ai quadri paneuropei delle competenze digitali.

12. In tutti e tre i settori – investimenti, mercato unico digitale e miglioramento delle competenze – un fermo impegno è fondamentale per conseguire l'obiettivo di potenziare la crescita, la competitività e l'occupazione. Il Consiglio europeo chiede al Consiglio e alla Commissione di portare avanti questo programma e ritornerà sulla questione nel corso del 2014.

Innovazione (Omissis)

Servizi e commercio (Omissis)

II. Politica economica e sociale

Contrastare la disoccupazione giovanile

23. La lotta alla disoccupazione giovanile rimane un obiettivo fondamentale della strategia dell'UE per promuovere la crescita, la competitività e l'occupazione. Il Consiglio europeo ricorda la necessità che l'iniziativa a favore dell'occupazione giovanile sia pienamente operativa entro gennaio 2014: ciò consentirà di effettuare il primo pagamento ai beneficiari. Chiede agli Stati membri di adoperarsi con ogni mezzo necessario a tal fine.

24. Il Consiglio europeo chiede inoltre la rapida attuazione da parte degli Stati membri della garanzia per i giovani e della dichiarazione del Consiglio sull'Alleanza europea per l'apprendistato. Rileva che gli Stati membri beneficiari dell'iniziativa a favore dell'occupazione giovanile devono adottare piani che affrontino il problema della disoccupazione giovanile, anche attraverso l'attuazione della garanzia per i giovani entro la fine del 2013 per ottenere in tempi rapidi i vantaggi derivanti dall'iniziativa. A tale riguardo il Consiglio europeo accoglie con favore l'imminente conferenza di Parigi.

Finanziare l'economia (Omissis)

Adeguatezza della regolamentazione (Omissis)

III. Unione economica e monetaria

33. A seguito delle riunioni di dicembre 2012 e giugno 2013 il Consiglio europeo ha incentrato la sua discussione sull'unione bancaria ed economica, ma tornerà su tutti questi temi nel dicembre 2013. Il processo si basa sul quadro istituzionale dell'UE, nel pieno rispetto dell'integrità del mercato unico, assicurando nel contempo condizioni di parità tra gli Stati membri dell'UE, anche attraverso un giusto equilibrio tra Stati membri di origine e Stati membri ospitanti. Sarà aperto e trasparente nei confronti degli Stati membri che non usano la moneta unica.

*Coordinamento rafforzato delle politiche economiche (Omissis)**Dimensione sociale (Omissis)**Unione bancaria*

41. Il Consiglio europeo ha indirizzato attivamente il processo di istituzione dell'Unione bancaria. Si compiace che il Consiglio abbia adottato in via definitiva il regolamento sul meccanismo di vigilanza unico e il regolamento di modifica dell'Autorità bancaria europea. Si tratta di un passo decisivo verso l'Unione bancaria. Il Consiglio europeo ribadisce il principio di non discriminazione degli Stati membri riguardo alla vigilanza bancaria e alla risoluzione delle crisi bancarie affermato dal Consiglio europeo dell'ottobre 2012 e riconferma le nuove modalità di voto in materia convenute nel regolamento relativo all'ABE, che riflettono un giusto equilibrio tra Stati membri partecipanti e non partecipanti. Il Consiglio europeo riconferma altresì l'accordo secondo cui l'esame del funzionamento delle modalità di voto avrà luogo a partire dalla data in cui il numero di Stati membri non partecipanti sarà giunto a quattro.

42. Il meccanismo di vigilanza unico è il primo passo verso l'Unione bancaria. A novembre, la Banca centrale europea avvierà una valutazione generale degli enti creditizi degli Stati membri partecipanti a tale meccanismo in linea con il regolamento che attribuisce alla Banca centrale europea compiti specifici. Alla valutazione seguirà una prova di stress cui saranno sottoposte le banche in tutta l'UE. Secondo il Consiglio europeo quest'esercizio è fondamentale per rafforzare la fiducia nel settore bancario dell'UE e ripristinare le normali condizioni di erogazione dei prestiti a imprese e famiglie. Il Consiglio europeo si attende che le autorità nazionali prestino pieno sostegno e cooperazione per assicurare la completa trasparenza e un approccio rigoroso, elementi essenziali per la credibilità dell'esercizio.

43. In questo contesto il Consiglio europeo rammenta che gli Stati membri partecipanti al meccanismo di vigilanza unico devono definire con urgenza un approccio europeo coordinato, in preparazione della valutazione generale degli enti creditizi che dovrà effettuare la Banca centrale europea. Gli Stati membri dovrebbero mettere a punto tutte le opportune modalità, misure di sostegno comprese, applicando le norme in materia di aiuti di Stato. Gli strumenti europei sono disponibili secondo le relative norme concordate. Il Consiglio europeo chiede al Consiglio di sviluppare con urgenza tale approccio e di comunicarlo entro la fine di novembre, in linea con l'obiettivo che la Banca centrale europea possa completare la valutazione generale degli enti creditizi a tempo debito.

Chiede altresì all'Eurogruppo di mettere a punto gli orientamenti per la ricapitalizzazione diretta da parte del meccanismo europeo di stabilità, cosicché quest'ultimo abbia la possibilità di ricapitalizzare direttamente le banche, a seguito dell'istituzione del meccanismo di vigilanza unico.

44. Il completamento dell'Unione bancaria ha carattere d'urgenza e richiede non solo un meccanismo di vigilanza unico ma anche un meccanismo unico di

risoluzione delle crisi. Il Consiglio europeo chiede ai legislatori di adottare la direttiva sul risanamento e la risoluzione delle crisi nel settore bancario e la direttiva sul sistema di garanzia dei depositi entro la fine dell'anno. Evidenzia la necessità di allineare il meccanismo unico di risoluzione delle crisi e la direttiva sul risanamento e la risoluzione delle crisi nel settore bancario definitivamente adottati. Sottolinea altresì l'impegno del Consiglio di raggiungere, entro l'anno, un orientamento generale sulla proposta della Commissione relativa al meccanismo unico di risoluzione delle crisi per consentirne l'adozione prima della fine della legislatura.

IV. Partenariato orientale

45. Il Consiglio europeo attende con interesse il vertice del partenariato orientale che si svolgerà a Vilnius il 28 e 29 novembre 2013. Sottolinea l'importanza del partenariato orientale per la costruzione di uno spazio comune di democrazia, prosperità e stabilità in tutto il continente europeo. Il Consiglio europeo ribadisce la volontà dell'Unione europea di firmare l'accordo di associazione, che include la zona di libero scambio globale e approfondito, con l'Ucraina al vertice di Vilnius, a condizione che vi siano un'azione determinata e progressi tangibili in linea con le conclusioni del Consiglio del 10 dicembre 2012, e di avviarne l'applicazione provvisoria. Conferma la disponibilità dell'Unione europea a siglare accordi analoghi con la Repubblica moldova e la Georgia al vertice di Vilnius, con l'obiettivo di firmarli entro l'autunno 2014.

V. Flussi migratori

46. Il Consiglio europeo esprime profonda tristezza per la recente e tragica morte di centinaia di persone nel Mediterraneo che ha sconvolto tutti gli europei. Sulla base dell'imperativo della prevenzione e della protezione e ispirandosi al principio di solidarietà e di equa ripartizione della responsabilità, occorre intraprendere un'azione decisa per prevenire la perdita di vite in mare e per evitare che tali tragedie umane si verifichino nuovamente.

47. Il Consiglio europeo sottolinea l'importanza di affrontare le cause profonde dei flussi migratori potenziando la cooperazione con i paesi di origine e di transito, anche attraverso un appropriato sostegno dell'UE allo sviluppo e un'efficace politica di rimpatrio. Chiede inoltre una cooperazione più stretta con le pertinenti organizzazioni internazionali, in particolare l'UNHCR e l'Organizzazione internazionale per le migrazioni nei paesi terzi interessati. Occorre intensificare la lotta contro la tratta e il traffico di esseri umani non soltanto nel territorio degli Stati membri dell'UE ma anche nei paesi di origine e di transito. Inoltre, il Consiglio europeo chiede di rafforzare le attività di Frontex nel Mediterraneo e lungo le frontiere sudorientali dell'UE. La rapida attuazione da parte degli Stati membri del nuovo sistema europeo di sorveglianza delle frontiere (EUROSUR) sarà determinante per facilitare il rilevamento delle navi e degli

ingressi illegali, contribuendo a proteggere e salvare vite umane alle frontiere esterne dell'UE.

(Omissis)

ALLEGATO

Dichiarazione dei Capi di Stato o di Governo

I Capi di Stato o di Governo hanno discusso i recenti sviluppi riguardanti possibili questioni di intelligence e le profonde preoccupazioni che tali eventi hanno sollevato tra i cittadini europei.

Hanno sottolineato lo stretto rapporto tra l'Europa e gli Stati Uniti e il valore di tale partenariato. Hanno espresso la convinzione che il partenariato deve basarsi sul rispetto e sulla fiducia, anche per quanto riguarda il lavoro e la cooperazione dei servizi segreti.

Hanno sottolineato che la raccolta di intelligence è un elemento essenziale nella lotta contro il terrorismo. Ciò vale per le relazioni tra i paesi europei oltre che per le relazioni con gli Stati Uniti. Una mancanza di fiducia potrebbe pregiudicare la cooperazione necessaria nel settore della raccolta di intelligence.

I Capi di Stato o di Governo hanno preso nota dell'intenzione della Francia e della Germania di adoperarsi per ottenere colloqui bilaterali con gli Stati Uniti allo scopo di giungere, prima della fine dell'anno, a un'intesa sulle relazioni reciproche in tale ambito. Hanno rilevato che l'adesione a questa iniziativa è aperta ad altri Stati membri dell'UE.

Hanno inoltre fatto riferimento al gruppo di lavoro esistente tra l'UE e gli Stati Uniti in merito alla questione connessa della protezione dei dati e hanno chiesto progressi rapidi e costruttivi a tale riguardo.

DOCUMENTAZIONE

UNIONE EUROPEA E DIRITTI DEI PASSEGGERI: BILANCIO E PROSPETTIVE*

PARTE SECONDA

Sommario: *C. Prospettive e idee per il futuro - 1. Chiarimenti delle attuali norme (da parte della Corte di giustizia e della Commissione) - 2. Miglioramento del sistema di trattazione dei reclami da parte dei vettori - 3. Miglioramento del sistema di gestione e di trattazione dei reclami da parte degli organismi nazionali competenti (NEB, ADR, giurisdizioni, rapporti regolari) - 4. Revisione di talune norme suscettibili di produrre delle conseguenze eccessivamente onerose per l'industria o per i passeggeri, con introduzione di misure operative pratiche ed efficaci - 5. Rafforzamento della rete di autorità nazionali - 6. Armonizzazione dei regimi di sanzione - 7. Rafforzamento della dimensione internazionale dei diritti dei passeggeri - 8. Un futuro regolamento intermodale (su riprotezione, assistenza e indennizzo)? - 9. Un regolamento unico nel lungo termine ? - 10. Una futura autorità europea per i diritti dei passeggeri ? - D. Conclusione.*

C. Prospettive e idee per il futuro

Se molto è stato fatto su scala europea in materia di tutela dei diritti dei passeggeri, numerose sono le idee e le azioni che, alla luce dell'esperienza

* Versione riveduta ed aggiornata dall'A. dell'articolo pubblicato in francese nella *Revue du Droit de l'Union Européenne*, 2012, p. 31 ss. con il titolo «*Union européenne et droit des passagers: bilan et perspectives*». L'A. (capo dell'Unità «Diritti dei Passeggeri» presso la DG Mobilità e Trasporti della Commissione europea dal 2009 al 2011) desidera ringraziare sentitamente *Flor Díaz Pulido*, autentico riferimento in materia, e *Noura Rouissi* per le loro idee e il loro aiuto. Le opinioni espresse impegnano solo l'Autore.

La redazione informa i lettori che la Parte Prima del contributo è stata pubblicata nel n. 1-2/2013 di questa *Rivista*, p. 239 ss.

maturata in questi ultimi anni, potrebbero nel futuro essere sviluppate, sia sulla base dell'attuale normativa sia mediante modifiche legislative.

1. *Chiarimenti sulle attuali norme (da parte della Corte di giustizia e della Commissione)*

Un primo asse da seguire nell'immediato poggia sull'idea di apportare chiarimenti interpretativi alle norme già in vigore. È un bisogno fortemente sentito da praticamente tutti gli operatori economici e dagli utenti, ma anche dalle autorità e dalle istituzioni. Occorre, *in primis*, ricordare l'apporto della Corte di giustizia, la quale (lo si è già ricordato varie volte) si è pronunciata in diverse occasioni sui Regolamenti relativi ai passeggeri in un senso quasi costantemente a loro favorevole⁶¹.

⁶¹ Di seguito l'elenco delle sentenze già emesse in materia di passeggeri aerei (situazione al 12 gennaio 2014): 1. causa n. C-344/04, *ATA* (relazione tra la Convenzione di Montreal e il Regolamento (Ce) n. 261/2004), *cit.* in nota 41, Parte Prima; 2. causa n. C-173/07, *Emirates* (separazione giuridica del volo di andata e ritorno, in *Raccolta*, 2008, I, p. 5237 ss.; se quest'ultimo parte da un Paese terzo - ed è effettuato da una compagnia non-UE - non è soggetto al Regolamento (Ce) n. 261/2004); 3. causa n. C-549/07, *Wallentin-Hermann* (nozione di «circostanze eccezionali» ed esclusione dei problemi tecnici da tale nozione), *cit.* in nota 33, Parte Prima; 4. cause riunite n. C-402/07 e n. C-432/07, *Sturgeon e Böck* (diritto dei passeggeri ad una compensazione pecuniaria anche in caso di ritardo di almeno tre ore all'arrivo), *cit.* in nota 33, Parte Prima; 5. causa n. C-204/08, *Rehder* (competenza della giurisdizione del luogo di partenza o di destinazione), in *Raccolta*, 2009, I, p. 6073 ss.; 6. causa n. C-301/08, *Bogiatzi* (complementarità ed equivalenza del Regolamento (Ce) n. 889/2002 con il sistema della Convenzione di Montreal, la cui applicazione non dovrebbe essere quindi scartata salvo decisione contraria del legislatore), in *Raccolta*, 2009, I, p. 10185 ss.; 7. causa n. C-63/09, *Walz/Clickair* (il termine «pregiudizio» utilizzato nella Convenzione di Montreal include sia il danno materiale sia il danno morale, soprattutto quando si tratti di un pregiudizio derivante dalla perdita dei bagagli), in *Raccolta*, 2010, I, p. 4239 ss.; 8. causa n. C-83/10, *Sousa Rodriguez* (chiarimento della nozione di annullamento, che ricomprende anche i casi di volo decollato e rientrato al luogo di partenza, nonché della nozione di risarcimento supplementare per il danno morale), non ancora pubblicata in *Raccolta*; 9. causa n. C-294/10, *Eglitis* (obbligo delle compagnie aeree di prendere ragionevoli misure in termini di personale disponibile in caso di circostanze eccezionali), *cit.* in nota 49, Parte Prima; 10. causa n. C-22/11, *Finnair* (diritto ad un indennizzo per rifiuto d'imbarco a seguito della riorganizzazione dei voli dovuta a sciopero, che ha provocato il trasferimento dei passeggeri su voli differenti rispetto a quelli per i quali avevano prenotato), v. nota 15, Parte Prima; 11. causa n. C-321/11, *Rodríguez Cachafeiro e Martínez-Reboredo Varela-Villamor* (diritto ad una compensazione pecuniaria in caso di rifiuto d'imbarco dovuto ad erronea presunzione in base alla quale un passeggero proveniente da un altro volo sarebbe arrivato troppo tardi rispetto al proprio volo di coincidenza), v. pure nota 15, Parte Prima; 12. causa n. C-581/10, *Nelson* (compatibilità dell'interpretazione data nella sentenza *Sturgeon* con la Convenzione di Montreal); 13. causa n. C-629/10, *TUI Travel* (questione assimilabile a quella della causa *Nelson*); 14. causa n. C-11/11, *Folkerts* (indennizzo dovuto nei casi di voli con coincidenza nei quali un ritardo inferiore a tre ore alla partenza comporti un ritardo all'arrivo alla destinazione finale superiore a tre ore); 15. causa n. C-12/11, *McDonagh* (responsabilità delle compagnie di fornire assistenza ai passeggeri in caso di situazioni eccezionali, quali la crisi vulcanica islandese del 2010), v. nota 42, Parte Prima; 16. causa n. C-139/11, *Cuadrench Moré* (termine applicabile ad un'azione di risarcimento e incompatibilità con la Convenzione di Montreal); 17. causa n. C-410/11, *Espada Sanchez e altri* (risarcimento dovuto, in caso di perdita del bagaglio, anche al passeggero i cui oggetti vi siano contenuti, senza che il bagaglio sia registrato a suo nome).

Fra tali sentenze, tutte emesse a titolo di rinvio per interpretazione pregiudiziale, occorre ricordare, in particolare, le cause *Wallentin-Hermann* (2008) e *Sturgeon* (2009), nelle quali la Corte ha rispettivamente affermato, in estrema sintesi, che:

- i problemi tecnici sopravvenuti su un aeromobile non costituiscono, in linea di principio, circostanze straordinarie, e non dovrebbero quindi esentare una compagnia aerea dall'obbligo di versare un indennizzo al passeggero vittima di un annullamento del volo, «a meno che detto problema derivi da eventi che, per la loro natura o la loro origine, non sono inerenti al normale esercizio dell'attività del vettore aereo in questione e sfuggono al suo effettivo controllo»⁶² (si potrebbe pensare, ad esempio, alle collisioni con gli uccelli – *bird strike*);

- tale risarcimento è dovuto al passeggero non solo in caso di annullamento del volo, ma anche di ritardo di almeno tre ore all'arrivo a destinazione finale, in ragione della similarità dei disagi subiti dagli utenti il cui volo è stato annullato e da quelli il cui volo ha subito un ritardo prolungato.

Altri casi sono pendenti davanti alla Corte: le future sentenze forniranno così ulteriori elementi determinanti di interpretazione⁶³.

A quanto sopra occorre aggiungere (sempre a titolo di interpretazione pregiudiziale) le due sentenze emesse in materia di passeggeri ferroviari: 18. causa n. C-136/11, *Westbahn* (obbligo per un'impresa ferroviaria di fornire informazioni relative alle principali coincidenze e anche di indicare, oltre alle ore normali di partenza, i ritardi o le soppressioni di tali coincidenze, e obbligo per il gestore dell'infrastruttura di fornire alle imprese ferroviarie in maniera non discriminatoria in tempo reale i dati relativi ai treni di altre imprese ferroviarie, quando questi treni costituiscano le coincidenze principali); 19. causa n. C-509/11, *ÖBB* (applicabilità delle disposizioni del Regolamento n. 1371/2007 in materia di compensazione pecuniaria a livello nazionale malgrado le condizioni contrattuali diverse di un operatore e perfino in caso di circostanze eccezionali).

Occorre anche citare le molteplici cause ritirate o radiate prima del giudizio della Corte: causa n. C-396/06, *Kramme*; causa n. C-525/08, *Bienek*; causa n. C-529/08, *Schulze*; causa n. C-226/10, *Adams*; causa n. C-365/11, *Esteves Coelho dos Santos*; causa n. C-365/11, *Büsch et Siever* (identiche questioni delle cause n. C-581/10 e n. C-629/10); causa n. C-315/11, *van de Ven e van de Ven-Janssen (idem)*; causa n. C-413/11, *Germanwings*; causa n. C-436/11, *Schüsslbauer (Iberia)* e causa n. C-437/11, *Schauss (TAP)* (questioni identiche a quelle sollevate nelle cause n. C-11/11 e n. C-365/11); causa n. C-594/11, *Becker (idem)*; causa n. C-150/12, *Brännström (Ryanair)*; causa n. C-227/12, *KLM/TUI c. NL NEB*; causa n. C-316/12, *Guevara Kamm*; causa n. C-212, *Butz et Bachman-Buts (Air France)*; causa n. C-68/13, *Weiss (Condor)*; causa n. C-16/13, *Langenbacher e altri (Condor)*; causa n. C-262/13, *Aleweld*.

⁶² V. sentenza in causa n. C-549/07, *Wallentin-Hermann*, loc. cit., punto 34.

⁶³ Cause pendenti in materia di passeggeri aerei (situazione al 12 gennaio 2014): causa n. C-259/13, *Recinto e Swiss airlines* (applicabilità del Regolamento aereo alla Svizzera); causa n. C-347/13, *Pickert e Condor* (circostanze straordinarie); causa n. C-353/13, *Voss e Vietnam airlines* (deducibilità di indennizzi già versati ad altro titolo dalla compensazione finanziaria prevista dal Regolamento aereo); causa n. C-462/13, *Henning e Germanwings* (definizione dell'orario di atterraggio); causa n. C-471/13, *Link e Condor* (titolarità del diritto alla compensazione finanziaria); causa n. C-475/13, *Walter Jubin c. easyJet Airline Co. Ltd* e causa n. C-476/13, *Heidmarie Retzlaff c. easyJet Airline Co. Ltd* (deducibilità di altri indennizzi già versati in base a norme nazionali).

Anche la Commissione ha cercato di fornire linee interpretative al fine di uniformare e armonizzare il più possibile la lettura e l'applicazione dei Regolamenti aerei (Ce) n. 261/2004 e (Ce) n. 1107/2006 nonché del Regolamento ferroviario (Ce) n. 1371/2007, effettuate dalle varie autorità nazionali competenti⁶⁴.

La Comunicazione sui diritti dei passeggeri in tutti i modi di trasporto, adottata nel dicembre 2011, si iscrive innegabilmente in quest'ottica e, in particolare, preannuncia per i prossimi anni documenti che mirano a facilitare l'applicazione degli altri Regolamenti esistenti in materia di diritti dei passeggeri: 2013 per i treni (come detto, già adottato), 2014 per le navi, 2015 per gli autobus e pullman.

Da segnalare, per quanto riguarda i PMR aerei, le linee guida tecniche presentate dalla Commissione per migliorare l'applicazione del Regolamento (Ce) n. 1107/2006, in particolare nella prospettiva dei numerosi viaggi di tali passeggeri in occasione di grandi eventi quali i Giochi Paralimpici di Londra nel 2012⁶⁵. Tale documento ha posto l'accento sulle necessità di migliorare l'informazione nei confronti di tutti i soggetti coinvolti: PMR, compagnie aeree, aeroporti, prestatori di servizi di assistenza allo scalo, agenzie di viaggio, operatori e personale di società in contatto con i passeggeri. Ciò allo scopo di aumentare sensibilmente il ricorso alla notifica preventiva dei bisogni di assistenza dei PMR almeno 48 ore prima del volo.

⁶⁴ Si ricordano, tra le altre: la Comunicazione del 16 febbraio 2005 «Rafforzare i diritti dei passeggeri nell'Unione europea», (Com(2005)46); la Comunicazione sull'applicazione del Regolamento n. 261/2004 (Com(2007)168 del 4 aprile 2007, corredata da un documento di lavoro dei servizi della Commissione, Sec(2007)426 in pari data); un documento «domande-risposte» (Questions & Answers – Q&A) elaborato nel 2007 dai servizi della Commissione; la Comunicazione relativa alla portata della responsabilità dei trasportatori aerei e degli aeroporti in caso di distruzione, degrado o perdita di apparecchi di mobilità appartenenti a passeggeri con mobilità ridotta quando effettuano viaggi aerei (Com(2008)510 del 7 agosto 2008); la Comunicazione sull'applicazione del Regolamento (Ce) n. 261/2004 dell'11 aprile 2011 (Com(2011)174); il Rapporto sull'applicazione del Regolamento (Ce) n. 1107/2006 in materia di PMR in pari data (Com(2011)166); il documento informativo elaborato in occasione della grave crisi vulcanica del maggio 2010 (v. nota 37, Parte Prima); il Rapporto sull'applicazione del Regolamento (Ce) n. 1371/2007 relativo ai diritti e doveri dei passeggeri ferroviari (Com(2013)587 del 14 agosto 2013).

⁶⁵ Documento dell'11 giugno 2012 (http://ec.europa.eu/transport/passengers/air/doc/prm/2012-06-11-swd-2012-171_en.pdf; SWD(2012)171 final; v. comunicati IP/12/602 e Memo/12/422). Si tratta di una prima misura concreta che segue al rapporto dell'aprile 2011 (Com(2011)166 dell'11 aprile 2011).

2. *Miglioramento del sistema di trattazione dei reclami da parte dei vettori*

Una componente essenziale per migliorare il sistema dei reclami consiste nell'impegno dei vettori a fornire una rapida informazione ed un'assistenza più efficace ai passeggeri che abbiano riscontrato problemi. Si impone, pertanto, un considerevole sforzo per migliorare l'accessibilità all'operatore da parte del cliente. Ciò comporta, ad esempio, la cessazione dell'inoltro via fax dei reclami, con eventualmente un solo numero disponibile a livello continentale, e dei sistemi di chiamata telefonica con numeri inaccessibili al di là delle frontiere nazionali o raggiungibili per tutti ma a tariffe più elevate rispetto a quelle ordinarie, ad orari molto limitati o, ancora, con un numero di linee telefoniche manifestamente insufficienti in relazione al traffico garantito dall'operatore.

Una prima parziale soluzione a questo insieme di problemi si rinviene nella direttiva n. 2011/83/UE relativa ai diritti dei consumatori, che vieta, per l'appunto, la pratica di mettere a disposizione dei clienti solo numeri di telefono a tariffazione maggiorata⁶⁶.

Tutti gli altri ostacoli, invece, necessitano ancora della ricerca di una soluzione.

Troppo spesso, là dove la selezione e l'acquisto di un biglietto possono essere effettuati molto rapidamente e senza difficoltà, si rivela assai laborioso e dispendioso individuare il giusto *iter* per inoltrare un reclamo. Per tale motivo la Commissione riceve numerose proteste o istanze scritte e petizioni del Parlamento europeo che evidenziano le ricorrenti difficoltà dei viaggiatori ad entrare in contatto con il vettore, sia che si tratti di ricevere un'informazione in caso di problemi relativi al loro viaggio che per presentare un reclamo⁶⁷. Eppure, la facilità con la quale si può acquistare un biglietto (per via elettronica) dimostra che la comunicazione con la compagnia può essere assicurata senza ostacoli e dovrebbe quindi risultare altrettanto agevole per la presentazione di un reclamo, soprattutto per quegli operatori che sono ben noti sul mercato per la loro capacità di predisporre sistemi assai *performanti* di promozione e di vendita *on-line* dei biglietti. Insomma, l'idea di base dovrebbe essere quella della coerenza dei mezzi offerti ai clienti a livello tanto precontrattuale quanto post-contrat-

⁶⁶ V. nota 27, Parte Prima. L'art. 21 della direttiva afferma che «Gli Stati membri garantiscono che, qualora il professionista utilizzi una linea telefonica allo scopo di essere contattato dal consumatore per telefono in merito al contratto concluso, il consumatore non sia tenuto a pagare più della tariffa di base quando contatta il professionista». La direttiva doveva essere recepita, al più tardi, entro il 13 dicembre 2013.

⁶⁷ V., fra l'altro, l'interrogazione scritta n. 10024/2011 del Parlamento europeo.

tuale, senza che il contatto post-vendita si dimostri più complesso se non proibitivo e, per questo, dissuasivo. La comunicazione fra passeggeri e vettore potrebbe essere assicurata soprattutto da sistemi facili e poco costosi legati alle nuove tecnologie (e-mail, siti internet, applicazioni web, *social network*, ecc.)

Un elemento che dovrebbe completare questa relazione B2C dovrebbe essere la fissazione di un termine massimo di trattazione dei reclami dei passeggeri da parte dell'operatore: termine che – come illustrato nella sezione B.9., della Parte Prima – esiste per i settori stradale (2 mesi), marittimo e ferroviario (3 mesi), ma non in ambito aereo. Tuttavia, la recente proposta della Commissione per la revisione del Regolamento n. 261/2004/Ce punta ad apportare una specifica soluzione al problema, tramite la fissazione di un termine tanto per l'inoltro dei reclami da parte del passeggero presso il vettore (tre mesi dalla data del volo, effettuato o programmato) quanto per la relativa trattazione (una settimana per la ricevuta e due mesi per la risposta nel merito)⁶⁸.

3. *Miglioramento del sistema di gestione e di trattazione dei reclami da parte degli organismi nazionali competenti (NEB, ADR, giurisdizioni, rapporti regolari)*

Anche se un reclamo non deve obbligatoriamente essere presentato da un passeggero al proprio operatore prima che venga sottoposto ad un organo nazionale competente (NEB), in assenza di una soluzione amichevole con la compagnia, questa meccanica in due fasi, come detto, è ormai seguita *de facto* in modo generale nei ventotto Stati membri dell'UE. Il fatto di dover contattare direttamente e in prima battuta il vettore deve, quindi, diventare un autentico riflesso automatico per il consumatore. Ciò, in effetti, presenta il doppio vantaggio di consentire, a quest'ultimo, di poter trovare rapidamente una soluzione amichevole e con minor spesa, e, alla compagnia, di avere una prima opportunità di spiegarsi e dare soddisfazione al cliente. In materia di diritti dei passeggeri, tale requisito assolve altresì funzioni di controllo e semplificazione amministrativa, riducendo così al minimo l'intervento (e, pertanto, il carico di lavoro) dei poteri pubblici nelle relazioni fra privati.

Tuttavia, sempre a tal proposito, le procedure e i termini per la trattazione dei reclami a livello nazionale si dimostrano ancora troppo disparati e diversificati affinché il sistema europeo possa essere considerato come

⁶⁸ Proposta della Commissione del 13 marzo 2013, Com(2013)130.

sufficientemente coerente ed uniforme nel suo insieme. In mancanza di regole uniformi nel settore aereo, la Commissione aveva in passato tentato di introdurre alcune pratiche procedurali armonizzate tramite accordi volontari, soprattutto la fissazione di termini massimi di esame e trattamento dei reclami. Ma l'esperienza ha dimostrato, come indicato nella Comunicazione della Commissione dell'aprile 2011 sui diritti dei passeggeri aerei, che queste pratiche raccomandate sono lungi dall'essere rispettate sistematicamente. La determinazione di taluni parametri, procedure e termini massimi comuni rappresenta, quindi, tuttora un'esigenza inderogabile e una priorità per il futuro.

Un considerevole avanzamento in materia potrà parimenti essere fornito dalle procedure di soluzione extragiudiziale delle controversie come metodo alternativo semplificato.

Proprio in quest'ottica, va rammentata la recente direttiva in materia di regolamentazione extragiudiziarie delle controversie (denominata procedura ADR, dall'inglese *Alternative Dispute Resolution*)⁶⁹, che si applica anche ai trasporti.

Si tratta di un meccanismo più semplice, rapido ed accessibile per gli utilizzatori, che potrà permettere allo stesso tempo agli operatori di ridurre i costi delle procedure e ai NEB di alleggerire l'onere amministrativo. È essenziale che gli organismi ADR validi anche per i reclami dei passeggeri operino in piena sinergia con i NEB, in modo che ciascuno di essi, nel rispettivo ruolo, possa disporre dell'apporto e dell'esperienza dell'altro, evitando duplicazioni o perdite di informazione e collaborazione.

La recente esperienza nei Paesi Bassi sembra dimostrare che, affinché un sistema ADR in materia di trasporti abbia successo, sono necessarie due condizioni: assicurare la partecipazione di almeno la maggior parte – se non la totalità – delle compagnie di trasporto e vigilare affinché sia garantito il rispetto delle decisioni dell'ADR, anche se queste ultime non sono giuridicamente vincolanti.

A titolo di esempio, l'attività delle ADR norvegesi e svedesi dimostra che la pubblicazione obiettiva e neutra non solo dell'elenco di decisioni adottate dall'ADR, ma anche del loro rispetto o meno da parte della compagnia interessata, contribuisce in modo significativo alla corretta applicazione della legge, incitando al rispetto delle decisioni delle ADR e consen-

⁶⁹ Direttiva n. 2013/11/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 21 maggio 2013, sulla risoluzione alternativa delle controversie dei consumatori, che modifica il Regolamento (CE) n. 2006/2004 e la direttiva n. 2009/22/CE (Direttiva sull'ADR per i consumatori; cfr. proposte contenute in Com(2011)793 e 794). Il termine di recepimento è il 9 luglio 2015.

tendo un confronto, sebbene approssimativo, da parte dei consumatori, fra gli operatori⁷⁰.

Ad ogni buon conto, l'ultimo rimedio esperibile da parte del reclamante, una volta esauriti i contatti bilaterali con il vettore e dopo aver utilizzato senza risultati soddisfacenti la fase NEB-ADR, è rappresentata, *in fine*, dal ricorso alla giurisdizione nazionale. Lo strumento giurisdizionale può rendersi necessario in particolare a motivo del fatto che anche il parere formale di un NEB non rappresenta un atto esecutivo e vincolante per la compagnia, che può quindi rifiutare di conformarsi ad esso. Come in qualsiasi altro ambito giuridico ed economico, quindi, anche nel settore dei diritti dei passeggeri il rimedio definitivo non può che essere quello di rivolgersi ad un giudice. L'applicazione, a partire dal 1° gennaio 2009, del Regolamento (Ce) n. 861/2007⁷¹ sulla composizione delle controversie transfrontaliere di modesta entità (di valore fino a 2.000 €) rappresenta un metodo innovativo di soluzione messo a disposizione degli utenti per far valere i loro diritti in maniera più semplice, rapida ed economica. Malgrado qualche caso positivo di ricorso a tale Regolamento, si tratta purtroppo di uno strumento ancora sotto-utilizzato nella pratica, che occorrerà senz'altro valorizzare in futuro.

Infine, un'altra importante questione è quella relativa ad un'informazione più regolare e trasparente sulle prestazioni di ogni vettore (in termini di qualità, puntualità, frequenza, prezzo, ecc.) come pure del livello di soddisfazione degli utilizzatori in merito alla trattazione dei reclami. Questo tipo di informazione avrebbe come effetto benefico di aumentare la trasparenza e la fiducia dei passeggeri nonché di contribuire ad una sana concorrenza. Attualmente, siffatto obbligo giuridico a carico degli operatori esiste solo in ambito ferroviario, in virtù dell'art. 28 del Regolamento (Ce) n. 1371/2009, che obbliga le imprese a pubblicare un rapporto annuale sulle norme di qualità del servizio. Al di là delle misure volontarie praticate dagli operatori, sarebbe, quindi, opportuno in futuro riflettere sull'obbligo per i NEB di fornire dati statistici precisi, ad esempio sul numero di reclami di passeggeri ricevuti e risolti o sulle sanzioni adottate.

⁷⁰ V., ad esempio, la pagina web dell'organismo nazionale norvegese competente, Flyklagenemnda, incaricato dei reclami dei passeggeri aerei, contenente l'elenco dei casi nei quali la compagnia non ha accettato di conformarsi alla decisione (<https://flyklagenemnda.no/nor/Forside/Foelger-ikke-vedtak>).

⁷¹ Regolamento (Ce) n. 861/2007 del Parlamento europeo e del Consiglio dell'11 luglio 2007 che istituisce un procedimento europeo di composizione delle controversie transfrontaliere di modesta entità, in *Gu-Ue* n. L 199 del 31 luglio 2007, p. 1. Occorre sottolineare che questo Regolamento non si applica alla Danimarca.

Partendo da statistiche nazionali, sarebbe, poi, interessante raggruppare tali dati a livello dell'Unione europea, allo scopo di studiare le tendenze globali. Attualmente ciò viene fatto solo su iniziativa della Commissione e su una base non armonizzata e volontaria da parte delle autorità nazionali⁷².

4. *Revisione di alcune norme suscettibili di produrre conseguenze eccessivamente onerose per l'industria o per il passeggero, con introduzione di misure operative pratiche ed efficaci*

I mesi e anni a venire potrebbero offrire la possibilità di riesaminare e modernizzare alcune norme in materia di diritti dei passeggeri onde alleggerire l'onere per entrambe le parti (industria e viaggiatori), ma anche per avere una miglior ripartizione dei costi causati dai regolamenti.

L'importante è che un tale riesame non sia solo dettato dall'onda emotiva prodotta dagli inconvenienti gravi – e tuttavia del tutto eccezionali – verificatisi nel corso dell'*annus horribilis* 2010 nel settore aereo. Tale annata è stata, infatti, segnata sia dalla crisi vulcanica sia dalle conseguenze di forti nevicate in gennaio e dicembre, che hanno fortemente scombussolato il programma di voli internazionali e nazionali⁷³, come pure da altri disagi e problemi generalmente riscontrati dai passeggeri nella loro quotidiana esperienza di trasporto.

I temi richiamati nella consultazione pubblica sulla possibile revisione del Regolamento (Ce) n. 261/2004, avviata nel dicembre 2011 contestualmente all'adozione della Comunicazione orizzontale, forniscono una panoramica, se non esaustiva, certamente esemplificativa delle questioni suscettibili di essere oggetto di una revisione futura, fra le quali alcune presentano, per analogia, un interesse per tutti e quattro i modi di trasporto.

Nell'interesse dell'industria, si possono citare:

- la fissazione di un tetto massimo per gli obblighi legati all'assistenza da fornirsi ai passeggeri (come sopra indicato, i trasportatori marittimi e stradali devono offrire un alloggio limitato rispettivamente a tre e due notti d'albergo e a 80 € a notte);
- la definizione di una soglia di compensazione pecuniaria proporzionale al prezzo pagato del biglietto, cioè la somma totale pagata dall'acqui-

⁷² È proprio grazie in gran parte alla collaborazione e alla disponibilità delle autorità nazionali che la Commissione ha potuto fornire informazioni sulle situazioni nazionali nel documento di lavoro dei servizi della Commissione dell'aprile 2011, *cit.* in nota 31 Parte Prima.

⁷³ Si è calcolato che la crisi vulcanica islandese dell'aprile 2010 ha provocato la cancellazione di 100.000 voli e bloccato al suolo circa 10 milioni di passeggeri. Anche la crisi invernale del 2010 ha causato disagi di notevole portata: 1 milione di passeggeri bloccati e 35.000 voli cancellati, addirittura di più che il computo globale dell'intero 2009.

rente e non il prezzo della tariffa indicata dalla compagnia o qualsiasi altro importo inferiore, ad esempio deducendo le tasse, imposte o altri oneri supplementari.

Dovrebbe comunque essere fissato un importo di base di tale compensazione, anche per i biglietti a basso costo o promozionali, ciò affinché l'importo risarcito possa fornire una compensazione minima per il disagio pratico patito dal passeggero. In questo modo, una volta assicurata tale compensazione di base (si può pensare, ad esempio, ad un importo forfetario di 100 €), l'importo addizionale potrà in seguito rapportarsi ad una percentuale del prezzo effettivamente e globalmente pagato dal viaggiatore, fino anche, per i biglietti più cari, a superare eventualmente gli attuali importi (250, 400 e 600 €). Peraltro, nel settore aereo, non è molto frequente (almeno in termini relativi) il caso di biglietti di ammontare estremamente ridotto, che invece si verificano di frequente nel trasporto ferroviario e per via d'acqua (al punto che, come indicato, il legislatore ha introdotto una norma *de minimis* che esclude l'indennizzo nel caso in cui ammonti rispettivamente a meno di 6 o 4 €);

- una migliore ed effettiva distribuzione delle responsabilità fra vettori ed altri attori che intervengono nella catena economica (aeroporti, fornitori di servizi d'assistenza allo scalo, controllori aerei, ecc.). A tale riguardo, due prospettive meritano un'ulteriore riflessione: vietare clausole contrattuali (B2B) che impediscano alle compagnie di rivalersi su altre parti; immaginare, in caso di crisi di grande portata in occasione delle quali le compagnie possono essere obiettivamente limitate nella loro capacità di intervento, di trasferire una parte degli obblighi di assistenza e informazione ai passeggeri, ai gestori di infrastrutture (aeroporti, stazioni, *terminal* portuali, stazioni di autobus), meglio equipaggiati in termini di dispositivi anti-crisi e di capacità di centralizzare e coordinare i necessari interventi. Ciò posto, prima di prendere una decisione in materia, occorre considerare che il costo di qualsiasi regolamentazione che implichi un onere finanziario verrebbe sempre a ricadere sul passeggero, poiché qualsiasi attore della catena che dovesse farsi carico giuridicamente dei costi in questione (autorità di gestione aeroportuale, servizi di navigazione aerea, prestatori di assistenza allo scalo) li ripercuoterà inevitabilmente sul prezzo dei servizi forniti alle compagnie, che a loro volta li trasferiranno sui passeggeri;

- la possibilità di prevedere un regime giuridico adattato e flessibile (ad esempio in materia di riprotezione o di assistenza) per talune tratte riguardanti particolari destinazioni per le quali le possibilità di reistradamento tramite altri mezzi di trasporto si rivelano assai esigue se non nulle; questo regime speciale potrebbe, ad esempio, riguardare talune isole o ter-

ritori ultra-periferici, soggetti a condizioni meteorologiche spesso estreme o serviti da operatori o mezzi di trasporto di piccole dimensioni.

Relativamente alle norme più favorevoli ai passeggeri, si possono citare:

- l'imposizione dell'obbligo per le compagnie aeree di essere presenti o rappresentate in ogni aeroporto di loro attività, onde permettere sistematicamente e immediatamente ai passeggeri in difficoltà di rivolgersi ad un interlocutore fisicamente individuabile e che sia in grado di apportare rapidamente ed efficacemente le soluzioni operative adeguate in termini di reistradamento e assistenza pratica, senza dover passare (prima o esclusivamente) attraverso un contatto impersonale (numero di telefono, peraltro a tariffazione maggiorata, un indirizzo *e-mail*, un sito web, ecc., v. sezioni B.6 e B.7 della Parte Prima). Tale obbligo, peraltro, sarebbe del tutto compatibile con il dettato e lo spirito del Regolamento (Ce) n. 261/2004, tanto che già oggi un numero significativo di compagnie aeree, di loro spontanea iniziativa, garantisce un rappresentante in aeroporto in caso di incidente. Ancora, un miglior controllo preventivo potrebbe aiutare le autorità competenti a verificare che ciò accada effettivamente: tale eventualità è evocata per la prima volta nella Comunicazione della Commissione del dicembre 2011 in relazione alla politica aeroportuale dell'Unione europea⁷⁴;

- il diritto alla compensazione pecuniaria automatica da parte del vettore nel caso in cui quest'ultimo non offra immediatamente al passeggero la scelta fra il rimborso o la riprotezione (secondo il modello della normativa autobus e pullman), a prescindere dalle cause all'origine di un annullamento o di un lungo ritardo (che, cioè, si tratti o meno di circostanze straordinarie) e ferma restando l'eventuale compensazione prevista separatamente in caso di ritardo e/o annullamento (il che potrebbe condurre a un doppio risarcimento, per ragioni differenti); in altri termini, bisognerebbe sanzionare in modo severo ed automatico ogni comportamento del vettore che, in caso di problema, si limitasse ad offrire (o a far credere al passeggero di disporre del solo diritto a) il rimborso del suo biglietto e

⁷⁴ «La politica aeroportuale nell'Unione europea: assicurare capacità e qualità atte a promuovere la crescita, la connettività e la mobilità sostenibile», Com(2011)823 del 1° dicembre 2011, punto 38: «Inoltre, perché i passeggeri possano esercitare i propri diritti, l'esperienza ha dimostrato che il vettore deve essere presente o rappresentato nell'aeroporto. Non è sempre così e, di conseguenza, gli aeroporti sono stati confrontati a situazioni estremamente difficili. La Commissione ne terrà conto nel contesto di una revisione del Regolamento n. 261/2004 (...)). Questa e molte altre idee che perseguono lo stesso obiettivo figurano nel rapporto sul funzionamento e l'applicazione dei diritti dei passeggeri aerei, adottato l'8 marzo 2012 dalla Commissione dei trasporti e del turismo del Parlamento europeo (relatore K. Taylor, documento 2011/2150) e poi approvato in seduta plenaria, nonché nella relazione sulla proposta di revisione del Regolamento (Ce) n. 261/2004 votata il 17 dicembre 2013 (relatore G. Bach). Cfr. al riguardo anche la nota 34 (Parte prima).

non, invece, l'opzione di un viaggio alternativo nel più breve tempo possibile, a libera scelta dell'utente;

- la fissazione di un quadro giuridico più preciso per le situazioni di *défaillances* del passeggero (*no-show*), che portano attualmente a negare al passeggero il diritto di viaggiare su una tratta posteriore rispetto alla tratta iniziale da egli stesso non utilizzata: ad esempio, imponendo al vettore di informare in modo sufficiente ed adeguato il cliente e consentendo a quest'ultimo di segnalare la propria assenza su un volo e di «giustificarla» con ragioni obiettive (malattia, forza maggiore, ecc.);

- le norme in materia di bagagli persi o ritardati. L'attuale disciplina non prevede né compensazione automatica, dopo un certo ritardo, né autorità nazionali competenti per l'applicazione di dette norme; si tratta di due lacune che dovrebbero essere colmate in futuro. Attualmente, un altro grave problema affligge in particolare il settore aereo: come visto, le attrezzature di mobilità per i PMR sono ivi ancora considerare alla stregua di semplici bagagli sottoposti ai limiti generali di responsabilità, spesso assai inferiori ai costi di queste (a volte molto sofisticate) attrezzature, mentre negli altri settori di trasporto non è fissato un massimale (cfr. sezione B.8, *Parte Prima*); trattasi di una limitazione che deve essere eliminata rapidamente;

- la possibilità di rettificare errori materiali durante la prenotazione o il diritto di recesso entro un lasso di tempo immediatamente posteriore all'acquisto (ad esempio 24 ore);

- il diritto di recesso per i passeggeri in caso di variazione significativa di orario di un volo, in anticipo rispetto all'orario inizialmente previsto: per simmetria, si può immaginare che se vi è un rimborso in caso di ritardo di almeno cinque ore, una analoga anticipazione di un volo dovrebbe generare per l'utente il medesimo diritto;

- l'armonizzazione dei termini di trattazione dei reclami dei passeggeri da parte delle compagnie aeree e dei NEB, in modo da evitare disparità di trattamento e incertezza giuridica che tali disparità attualmente provocano nei vari Stati dell'UE.

Un contributo per migliorare il trattamento dei passeggeri in situazione di difficoltà e per garantire, quindi, una miglior protezione dei loro diritti, potrà risultare anche da varie misure normative che sono state proposte dalla Commissione nel suo pacchetto aeroportuale del dicembre 2011⁷⁵ e tuttora in discussione in sede legislativa. Partendo dalla constatazione che il 70% dei ritardi sui voli sono causati da problemi che si producono a

⁷⁵ Proposta di regolamento sui servizi di assistenza allo scalo negli aeroporti dell'Unione, che abroga la direttiva n. 96/67/Ce del Consiglio, Com(2011)824 del 1° dicembre 2011.

terra, tale pacchetto normativo mira a stimolare la competitività degli operatori europei, a eliminare i colli di bottiglia nelle capacità e a migliorare la qualità dei servizi offerti alle compagnie e agli 800 milioni (circa) di passeggeri che viaggiano ogni anno dalla o verso l'Unione europea.

Fra l'altro, la proposta di regolamento sui servizi di assistenza allo scalo indica all'art. 32 che le «norme di qualità minimale», cioè i requisiti relativi alla soglia minima di qualità dei servizi di assistenza allo scalo, riguardano in particolare l'informazione e l'assistenza ai passeggeri, ai sensi dei Regolamenti (Ce) n. 261/2004 e (Ce) n. 1107/2006⁷⁶.

Infine, altre proposte meriterebbero attenzione e soluzioni in futuro nell'interesse sia dell'industria sia dei passeggeri, quali ad esempio:

- l'estensione del campo di applicazione a taluni voli provenienti da Stati terzi e destinati al territorio dell'Unione europea, i cui biglietti sono venduti da compagnie con sede, anche secondaria, nell'UE o a passeggeri ivi residenti). Si noti al riguardo che, contrariamente all'attuale normativa europea, la legislazione americana disciplina anche i voli provenienti dall'UE, effettuati da compagnie europee, e con destinazione verso il territorio degli Stati Uniti;

- una più profonda armonizzazione delle tipologie di sanzioni nazionali (cfr. sezione B.6, Parte Prima);

- la preparazione di piani d'emergenza (*contingency plans*). Le autorità nazionali dovrebbero controllare la predisposizione di tali piani d'emergenza da parte dei vettori o dei gestori di infrastrutture, almeno per quelli di una certa dimensione, in modo da attenuare il più possibile, tramite una strategia approntata in anticipo, i disagi e i danni inevitabilmente derivanti da situazioni di crisi sistemica o che in ogni caso coinvolgono uno o più operatori;

- l'approntamento e l'applicazione generalizzata di sistemi alternativi di soluzione delle controversie (v. sezione C.3, *supra*).

Anche se non tutte, gran parte di queste idee sono presenti ed elaborate nella recente proposta della Commissione di revisione del regolamento sui passeggeri aerei n.261/2004⁷⁷.

⁷⁶ L'art. 34, lett. g., prevede anche un adeguato «addestramento funzionale per l'assistenza passeggeri, compresa la formazione in materia di ponte di imbarco passeggeri e informazioni e assistenza ai passeggeri in conformità dei Regolamenti (Ce) n. 261/2004 e (Ce) n. 1107/2006». Il punto 2 dell'allegato alla proposta stessa precisa che «l'assistenza passeggeri comprende qualsiasi forma di assistenza ai passeggeri in partenza, in arrivo, in transito o in coincidenza, in particolare il controllo dei biglietti, dei documenti di viaggio, la registrazione dei bagagli e il trasporto di questi ultimi fino ai sistemi di smistamento».

⁷⁷ V. *supra* nota 68.

A titolo illustrativo, si possono indicare: da un lato, la fissazione di un limite temporale e finanziario all'obbligo di assistenza sotto forma di alloggio in albergo (massimo di tre pernottamenti e di 100 euro a notte e a passeggero), con esclusione dei voli fino a 250 km operati da aeromobili con capacità massima di 80 posti, o ancora il divieto di limiti al diritto del vettore

5. Rafforzamento della rete di autorità nazionali

La designazione di organismi nazionali competenti per l'applicazione e il controllo del rispetto dei diritti dei passeggeri (NEB) è prevista da ciascun Regolamento in materia.

L'attuale situazione vede almeno un NEB istituito in ogni Stato membro e per ciascuna modalità di trasporto. In effetti, il sistema previsto dai Regolamenti europei lascia agli Stati membri la cura e la facoltà di designare un unico organismo di controllo dei diritti dei passeggeri per tutti i settori del trasporto ovvero più NEB per i diversi ambiti. L'esperienza sino ad oggi acquisita dimostra che se nella maggior parte degli Stati membri esiste un solo NEB per settore, in altri Paesi non ve n'è uno unico ma due o anche più NEB designati per uno stesso settore: ad esempio, un organismo incaricato di esercitare poteri di ispezione, di indagine e di sanzione nei confronti degli operatori, un altro incaricato della soluzione extragiudiziale delle controversie (fra viaggiatori e vettori) e un terzo competente per la tutela degli interessi collettivi dei passeggeri⁷⁸. Quale che sia la scelta fatta da ciascun Paese, ciò che importa è che, in caso di pluralità di NEB, le norme e le procedure nazionali garantiscano il necessario flusso di informazioni e il costante coordinamento fra i vari organismi, e in particolare fra il NEB competente per la gestione dei reclami e quello in-

di rivalersi su terzi responsabili di ritardi o cancellazioni; dall'altro, il divieto parziale di «no show», l'obbligo di meglio informare i viaggiatori o la possibilità per questi ultimi di rettificare errori materiali all'acquisto del biglietto.

A queste vanno aggiunte altre proposte, pure volte ad una migliore tutela dei diritti dei passeggeri (ed in particolare per i PRM), in materia di bagagli (ordinari, attrezzature di mobilità o strumenti musicali). Si tratta di misure avanzate nello stesso documento Com(2013)130 ma volte alla revisione del Regolamento (Ce) n. 2027/97, come modificato dal Regolamento (Ce) n. 889/2002, che recepisce la Convenzione di Montreal.

Infine, occorre segnalare, sempre in questa stessa proposta normativa della Commissione, una serie di altre novità sottoposte al legislatore in materia di diritti dei passeggeri aerei: i chiarimenti nella definizione delle circostanze straordinarie o della nozione di ritardo (cfr. *supra*, Parte seconda, par. 1, del presente articolo); l'innalzamento dei termini minimi di ritardo ai fini dell'esistenza di un diritto alla compensazione finanziaria (5, 9 o 12 ore, anziché le 3 ore previste dalla giurisprudenza *Sturgeon* della Corte); la riprotezione tramite altri vettori o mezzi di trasporto; un'unica soglia di 2 ore per innescare il diritto all'assistenza; la tutela in caso di coincidenze, peraltro anche con mezzi di trasporto diversi dall'aereo (novità importanti in termini di intermodalità, cfr. *infra*, par. 8); un coordinamento più stretto e vincolante tra le autorità competenti nazionali (cfr. *infra*, par. 5), anche ai fini dell'erogazione di sanzioni maggiormente uniformi (cfr. *infra*, par. 6).

⁷⁸ È quanto, ad esempio, si verifica in Finlandia nel settore aereo (v. documento *cit. supra*, nota 31, parte 3) per il quale ci sono tre NEB: la Finnish Transport Safety Agency (che gestisce i reclami e può sanzionare le compagnie aeree), la Consumer Disputes Board (che è un organismo di soluzione extragiudiziale delle controversie) e la Consumer Agency/Ombudsman (che agisce per la tutela degli interessi collettivi dei consumatori). Nella maggior parte degli Stati membri – 23 – il NEB aereo è unico. In 18 casi su 23 questo ruolo spetta all'Autorità dell'Aviazione Civile. Negli altri casi, il NEB è rappresentato o da un'autorità dei consumatori oppure da un altro organismo indipendente.

caricato del controllo dell'applicazione del Regolamento, in modo da garantire una completa visione di insieme e, pertanto, una politica di prevenzione e repressione a livello nazionale coerente ed incisiva.

In futuro, si potrebbe riflettere sull'idea di avere un solo NEB per ogni Stato membro: in una prima fase, un solo NEB per ogni modalità di trasporto, e, nel più lungo termine, un NEB unico per tutte le modalità di trasporto (seppur con sezioni specializzate separate). Ciò consentirebbe di razionalizzare e rendere più coerenti le attività riguardanti l'applicazione di tutto il quadro normativo UE relativo ai diritti dei passeggeri.

In questi ultimi anni, la Commissione ha intensificato i contatti formali con e tra i NEB, in modo da suscitare fra gli organismi un sentimento di appartenenza ad una rete comune. La svolta, in tal senso, è stata impressa dalla crisi vulcanica dell'aprile 2010, che ha reso acuto il bisogno di contatti più stretti e regolari fra le autorità. Come motore centrale di questo dispositivo di cooperazione amministrativa, la Commissione, nella sua Comunicazione dell'aprile 2011, ha lanciato l'idea di "istituzionalizzare" ulteriormente tale rete tramite la formalizzazione sia del mandato conferito ai rappresentanti nazionali dei NEB sia della loro struttura sinergica. Ha anche previsto sistemi di reciproco scambio di informazioni, in particolare di tipo amministrativo e giudiziario (decisioni e sanzioni), o ancora di formulari comuni di reclamo. Un passo importante ulteriore è stato compiuto in tal senso con le proposte normative della Commissione di aprile 2013⁷⁹.

La rete NEB (che naturalmente include la Commissione) dovrebbe inoltre essere corredata da una piattaforma allargata ad altre parti interessate (*stakeholders*), che potrebbero così sostenere e completare i lavori della rete.

Le due reti NEB in materia di trasporti aerei e ferroviari sono state recentemente completate da quelle relative ai trasporti per nave e autobus/pullman, al momento dell'entrata in vigore dei rispettivi testi giuridici (rispettivamente, dicembre 2012 e marzo 2013).

Appare più che naturale che si tenda ad intensificare progressivamente, nei prossimi anni, le forme di cooperazione reciproca tra queste varie reti modali, tramite un'integrazione crescente dei loro lavori sia a livello nazionale che europeo (v. punti 8 e 10, *infra*).

6. *Armonizzazione dei regimi di sanzioni*

Come precedentemente indicato (sezione B.10, Parte Prima), tutti i Regolamenti esistenti si limitano a prescrivere genericamente che, in caso

⁷⁹ Cfr. note 68 e 77.

di violazione delle loro disposizioni, gli Stati membri devono contemplare sanzioni nazionali *effettive, proporzionate e dissuasive*.

Sul piano dell'applicazione, ciò si è tradotto in una disparata varietà di politiche, metodi, misure e decisioni nazionali in materia di sanzioni che sono in evidente contrasto con l'idea di un'effettiva armonizzazione della disciplina, configurando piuttosto una lieve forma di ravvicinamento delle realtà nazionali.

In altri termini, tali disposizioni sulle sanzioni nazionali non sembrano davvero presentare le caratteristiche tipiche di un regolamento europeo, che – come noto – è direttamente applicabile negli ordinamenti nazionali, ma si apparentano piuttosto agli articoli di una direttiva, le cui modalità di recepimento – come altrettanto risaputo – spettano ai singoli Stati membri.

La necessità di ridurre sensibilmente le attuali considerevoli discrepanze normative, vista l'impossibilità di una uniformizzazione totale delle sanzioni nazionali, richiederebbe quantomeno una più marcata armonizzazione delle loro tipologie così come della loro tipologie di gravità. In tal senso, il ricorso generale a sanzioni amministrative sembrerebbe rappresentare il modello comune di riferimento più consono e più facilmente praticabile in un'ottica di riavvicinamento dei sistemi nazionali. Si potrebbe prevedere, ad esempio: la regola di subordinare l'assegnazione e il mantenimento di una licenza aerea all'assenza di violazioni gravi e sistematiche delle norme in materia di passeggeri aerei (che potrebbero, quindi, portare alla sospensione, se non addirittura al ritiro della licenza già conferita); sanzioni pecuniarie non fissate in piena discrezionalità (che, come adesso, possono dare luogo a cifre irrisorie o eccessive, a seconda dei casi), ma ricomprese in una forchetta minima e massima fissata di comune accordo a livello europeo; il divieto di utilizzo di alcune infrastrutture di trasporto; il blocco non definitivo ma temporaneo dell'esercizio di alcune attività di trasporto⁸⁰; ecc.

⁸⁰ Tale sanzione è prevista, ad esempio, nel Regolamento (Ce) n. 1071/2009 del 21 ottobre 2009 che stabilisce norme comuni sulle condizioni da rispettare per esercitare la professione di trasportatore stradale e che abroga la direttiva n. 96/26/Ce del Consiglio, in *Gu-Ue* n. L 300 del 14 novembre 2009, p. 51. Esso prevede, all'art. 6, le condizioni relative al requisito di onorabilità, e in particolare il rispetto della regolamentazione vigente in materia di trasporti. Se il gestore del trasporto o l'impresa di trasporto sono stati oggetto, in uno o più Stati membri, di una grave condanna penale o di una sanzione per una infrazione grave alle normative europee, l'autorità competente svolge una procedura di valutazione che può portare alla perdita temporanea di onorabilità. Ciò rende, a sua volta, impossibile l'esercizio delle funzioni di gestore in tutte le imprese di trasporto, in qualsiasi Stato membro dell'UE.

Una futura revisione del Regolamento aereo potrebbe includere tali tipologie di misure, subordinandole evidentemente a circostanze particolari, in funzione della gravità delle violazioni⁸¹.

Un simile sistema accrescerebbe il potere dissuasivo delle sanzioni, senza peraltro togliere loro il carattere proporzionale, considerando che il rispetto dei diritti dei passeggeri deve rappresentare un'esigenza di base inderogabile per tutti gli operatori attivi in Europa.

In proposito appare opportuna un'altra osservazione: ogni ritardo o rifiuto da parte delle compagnie aeree nell'ottemperare agli obblighi loro incombenti nei confronti dei passeggeri è suscettibile di comportare, oltre alla violazione delle disposizioni normative (in termini di rimborso, riprotezione, assistenza, risarcimento, ecc.), anche sanzioni e danni supplementari derivanti dagli interessi originati dal ritardo del pagamento. Si tratta di una conseguenza della quale i passeggeri, le compagnie e le autorità nazionali competenti (sia amministrative che giudiziarie) dovrebbero essere più coscienti in futuro. Non a caso, è un elemento che la Commissione ha già sottolineato in alcune risposte ad interrogazioni parlamentari scritte riguardanti i diritti dei passeggeri⁸².

7. Rafforzamento della dimensione internazionale dei diritti dei passeggeri

Nella misura in cui i diritti dei passeggeri sono e resteranno uno dei pilastri della politica e della visione dell'Unione europea e della Commissione negli anni futuri in materia di trasporti, questo modello normativo europeo merita di essere promosso ed esportato al di fuori delle nostre frontiere.

Ciò sia in un'ottica di estensione della protezione e della qualità del livello degli *standard* minimi offerti ai passeggeri nelle altre regioni del mondo, sia nella prospettiva di una concorrenza internazionale più equa, nell'interesse delle nostre compagnie europee di trasporto, soggette nel nostro territorio a norme più vincolanti.

Il sistema UE rappresenta già un modello di riferimento per vari Paesi europei, orientali, americani, africani e anche, a livello più embrionale, asiatici⁸³. È giunto ora il momento di un impegno politico più attivo per sol-

⁸¹ La proposta recente della Commissione, di cui alle note 68 e 77, pur non spingendosi a tanto, mira a gettare le basi di una maggiore convergenza di operato e di intervento dei vari organismi competenti nazionali in futuro.

⁸² V., ad esempio, l'interrogazione scritta del Parlamento europeo n. 10199/2011.

⁸³ A tutt'oggi, in effetti, l'Unione europea ha concluso un certo numero di accordi internazionali bilaterali e multilaterali che integrano la protezione dei diritti dei passeggeri aerei:

levare e trattare sistematicamente la questione dei diritti dei passeggeri nel quadro delle discussioni e dei negoziati bilaterali e multilaterali con i *partner* internazionali. È esattamente quanto viene annunciato nel Libro Bianco del marzo 2011 sui trasporti⁸⁴ e nella Comunicazione della Commissione del dicembre 2011.

8. *Un futuro regolamento intermodale (su riprotezione, assistenza e risarcimento)?*

La Comunicazione della Commissione del dicembre 2011 apre per la prima volta una finestra sui diritti dei passeggeri negli spostamenti multimodali e sul bisogno di arrivare, a breve, alla protezione del passeggero che acquista un biglietto composto da più segmenti di trasporto di vario tipo. Il viaggiatore, in effetti, può subire un ritardo o qualsiasi altro disagio nel corso del trasferimento dal punto di partenza al luogo di arrivo provocato da un problema di interruzione ad uno dei punti di coincidenza, o nel corso di una delle tratte collegate che compongono uno stesso viaggio intermodale. A titolo di esempio: un biglietto unico integrato – sul modello del biglietto combinato treno-aereo (*rail and fly*) piuttosto diffuso in Germania e Francia – che copre un trasporto misto treno e aereo o viceversa, che fosse turbato da un problema specifico ad una tratta determinata (poniamo: un ritardo prolungato del treno), il quale a sua volta provochi la successiva mancata coincidenza con l'aereo.

Sebbene i viaggi di lunga distanza che presentano un elemento di intermodalità in un biglietto integrato siano ancora oggi relativamente esigui (si è stimato, ad esempio, che nel 2011, circa 23 milioni di passeggeri abbiano preso un treno metropolitano per recarsi ad un aeroporto dell'Unione europea)⁸⁵, per un giro d'affari alquanto limitato, una simile forma combinata è destinata a svilupparsi progressivamente in futuro, grazie peraltro alla legislazione dell'Unione europea⁸⁶. Orbene, questi passeggeri

l'accordo Euro-Mediterraneo, in *Gu-Ue* n. L 386 del 29 dicembre 2006, p. 57; l'accordo con la Giordania, in *Gu-Ue* n. L 79 del 25 marzo 2011; quello con la Georgia (2010), in *Gu-Ue* n. L 25 del 28 gennaio 2011. Un progetto di accordo con la Moldavia contenente le disposizioni del Regolamento (Ce) n. 261/2004 è stato depositato al Consiglio dell'Unione europea dalla Commissione il 27 gennaio 2012 (Com(2012)19).

⁸⁴ Libro Bianco: foglio di via per uno spazio unico europeo dei trasporti – verso un sistema di trasporto competitivo ed economico delle risorse, Com(2011)144 e Sec(2011)358, 359 e 391.

⁸⁵ V. la Comunicazione sulla politica aeroportuale dell'Unione europea del 1° dicembre 2011, Com(2011)823, la quale precisa che esistono tre tipi di collegamenti ferroviari verso gli aeroporti: i servizi che si dipartono dal centro-città (linea «Airport Express»), i servizi ferroviari regionali e le linee ferroviarie a grande velocità.

⁸⁶ La direttiva n. 2010/40/UE sui sistemi intelligenti di trasporto, in *Gu-Ue* n. L 207 del 6 agosto 2010, p. 1, prevede l'elaborazione di specifiche vincolanti per la messa a disposizione, nell'UE, di servizi di informazione sugli spostamenti multimodali. Il Regolamento (Ce) n.

che utilizzano corrispondenze intermodali integrate in uno stesso biglietto non sono oggetto di specifica protezione, poiché non sono coperti da alcuna delle attuali normative, che si limitano a regolamentare situazioni monomodali⁸⁷, ivi comprese le corrispondenze con il medesimo mezzo di trasporto. Essi, perciò, necessitano in futuro di una soluzione e di uno strumento giuridico *ad hoc*, al di là, nel futuro prossimo, di possibili soluzioni specifiche soltanto ad alcune modalità di trasporto⁸⁸.

9. *Un regolamento unico nel lungo termine?*

Il Libro Bianco del marzo 2011 sui trasporti prevede anche un'altra tappa estremamente ambiziosa più a lungo termine: l'adozione di un regolamento unico (un *Codice UE*) sui diritti dei passeggeri in tutti le modalità di trasporto.

Certo, non è una prospettiva dell'immediato futuro, specie se si considera che l'ultimo Regolamento sui viaggiatori in autobus/pullman è entrato in vigore solo all'inizio del 2013. Tuttavia, si potrebbe immaginare fra qualche lustro uno strumento normativo che copra tutte le modalità di trasporto e che, pur prevedendo disposizioni specifiche per ciascuna modalità, disciplini i diritti dei passeggeri e i meccanismi di trattamento dei reclami e di controllo dell'applicazione di tali diritti tramite sezioni comuni, contenenti le stesse tipologie di diritti, procedure e misure preventive e repressive per tutti i mezzi di trasporto: aereo, treno, nave, bus/pullman.

10. *Una futura autorità europea per i diritti dei passeggeri?*

Un motivo ricorrente di doglianze da parte dell'industria (in particolare aerea, che vanta maggiore esperienza in materia) è quello relativo all'assenza di approccio e di misure di applicazione uniformi o semplice-

1371/2007 obbliga le imprese ferroviarie e i venditori di biglietti ad adattare i loro sistemi informatici volti all'informazione dei passeggeri e alla prenotazione ad un insieme di norme comuni adottate nel 2011 «STI ATV» (Regolamento (Ue) n. 454/2011, in *Gu-Ue* n. L 123 del 12 maggio 2011, p. 11), onde consentire la fornitura di precisi servizi di informazione sui viaggi e servizi di vendita biglietti. Tali norme contempleranno talune interfacce per l'integrazione nel sistema di altri mezzi di trasporto.

⁸⁷ V., a tal proposito, l'interrogazione scritta n. 10486/2011 del Parlamento europeo: essa ha richiamato la situazione di un passeggero a cui è stato rifiutato l'imbarco su un treno (ipotesi in effetti molto rara), che ha poi perduto il volo collegato al proprio biglietto, sul quale era programmato. La risposta di M. Kallas a nome della Commissione ha chiaramente precisato che questa situazione non è coperta né dal Regolamento sui diritti dei passeggeri aerei (che ricomprende solo il rifiuto d'imbarco opposto dalla compagnia aerea) né da quello dei diritti dei passeggeri ferroviari (che non copre casi relativi ad un rifiuto d'imbarco, v. *supra*, Parte seconda, par. 8).

⁸⁸ Cfr. note 68 e 77.

mente coerenti fra autorità nazionali nei diversi Stati membri. Una situazione frammentata, provocata spesso da politiche e atteggiamenti più o meno blandi o severi nonché da sanzioni più o meno lievi o gravi, che genera evidentemente disparità di trattamento e quindi anche serie conseguenze sul piano commerciale, industriale, finanziario per i vari vettori in concorrenza tra loro.

L'attuale scenario, composto da notevoli e molteplici discrepanze nazionali, potrebbe essere definitivamente migliorato dall'istituzione di un'autorità europea unica, incaricata di sorvegliare costantemente il comportamento delle compagnie operanti in Europa e soggette ai regolamenti descritti (e dunque non solo degli operatori con sede principale o secondaria nell'UE), e di imporre loro sanzioni in caso di violazione.

Tale autorità unica, incardinata in una rete di autorità nazionali (gli attuali NEB), potrebbe disporre di una visione e di una capacità di intervento più omogenee circa le buone e le cattive pratiche dei vettori. In particolare, essa sarebbe in grado di centralizzare le informazioni relative ad una stessa compagnia, che invece attualmente sono disseminate e disperse tra i vari mercati nazionali, con l'effetto pratico di rendere inefficaci controlli ed interventi in ordine sparso delle varie autorità nazionali.

Se le sanzioni possono senza dubbio costituire l'*extrema ratio*, non si può ignorare l'effetto di dissuasione assai più incisivo derivante da un organismo unico di controllo, nei confronti degli operatori meno disciplinati, che oggi possono approfittare della mancanza di integrazione fra le autorità esistenti.

Sul piano amministrativo e del bilancio, una simile autorità europea dei diritti dei passeggeri potrebbe disporre di una parte delle risorse attualmente allocate a livello nazionale ai NEB esistenti e futuri, realizzando così considerevoli economie di scala (ad esempio, evitando certi conflitti e difficoltà legate attualmente all'identificazione dell'autorità nazionale competente), in particolare nel caso di servizi di trasporto con corrispondenze tra più territori nazionali.

Infine, questa autorità europea potrebbe lavorare con personale limitato ma con procedure e termini uniformi, grazie a indagini e ispezioni coordinate o ad altre azioni concertate e tramite sanzioni simili, se non identiche, nei confronti di tutti gli operatori.

D. Conclusione

Si potrebbe concludere sottolineando che la Comunicazione sui diritti dei passeggeri del dicembre 2011 annuncia una chiara svolta politica: il passaggio da un approccio monomodale ad una visione integrata multimo-

dale, la quale riposa su due idee chiave e cioè la matrice unica di questi diritti, pur con le loro diversità, e l'esigenza prioritaria di assicurarne un'attuazione sempre più attenta ed efficace.

Innanzitutto, una migliore e più organica sistematizzazione dei diritti dei passeggeri: nonostante le differenze di contenuto esatto e preciso, i diritti dei passeggeri rispondono agli stessi principi e finalità nelle diverse modalità di trasporto, e quindi devono in futuro essere pure oggetto di un'interpretazione e di un'applicazione più convergenti e coerenti possibili. In effetti, questa prima presentazione congiunta di tutti i diritti dei passeggeri contenuti nei vari testi normativi europei specifici per i trasporti, fornita dalla Comunicazione del dicembre 2011, offre altresì elementi di riflessione e di confutazione circa talune tesi avanzate da rappresentanti di ciascuna modalità di trasporto, le quali tendono evidentemente a sostenere che il proprio rispettivo settore è soggetto a vincoli giuridicamente e quindi finanziariamente più onerosi in confronto agli altri, con conseguenti (supposte) sperequazioni e distorsioni in termini di concorrenza intermodale. Come si è potuto constatare analizzando ciascun diritto nel dettaglio, se una modalità di trasporto può essere effettivamente penalizzata su un aspetto specifico e preso isolatamente fuori dal contesto, essa è comunque avvantaggiata (e quindi compensata da un presunto svantaggio) in relazione ad altri elementi. Ad esempio, si è potuto osservare che se è vero che l'attuale legislazione sui passeggeri aerei non prevede limiti per quel che attiene a durata, costi e modalità di assistenza da fornire ai passeggeri in difficoltà in caso di ritardo o annullamento (coi limiti peraltro dettati dal principio generale di proporzionalità), è altrettanto innegabile che le compagnie aeree devono rimborsare, assistere o risarcire i passeggeri dopo ritardi più lunghi – talora assai più lunghi – rispetto alle altre modalità di trasporto, e peraltro non devono obbligatoriamente offrire un viaggio gratuito all'accompagnatore di un PMR. Sempre nel settore aereo, inoltre, l'imbarco del PMR può anche essere rifiutato se la compagnia ritiene che non possa viaggiare da solo.

In secondo luogo – e non si tratta certo di un aspetto marginale – se esiste la necessità di definire meglio alcuni aspetti della legislazione, in particolare alla luce di avvenimenti eccezionali e particolarmente inattesi sia per i passeggeri che per gli operatori (eruzione vulcanica o ondate di freddo prolungate e intense), è in ogni caso fondamentale, qualunque sia il contenuto e la formulazione di questi diritti, che essi siano oggetto di un'applicazione e di un controllo più efficaci, incisivi, affidabili e costanti nella vita di tutti i giorni. L'attuazione, con relativa sorveglianza, delle regole comuni dovrà quindi essere una – se non "la" – priorità per il futuro, con o senza revisioni legislative.

L'affermazione dei diritti dei passeggeri non è un fine in sé ma rappresenta una componente essenziale di un obiettivo politico più ampio: quello della promozione di uno sviluppo concorrenziale e durevole del trasporto collettivo di passeggeri.

Tale finalità presuppone un'intermodalità ottimizzata e la costante integrazione dei Paesi e dei settori economici nel mercato interno.

Inizialmente, i diritti dei passeggeri erano stati introdotti per garantire una qualità minima del servizio agli utenti, in un contesto di progressiva liberalizzazione: per questo la Comunicazione del dicembre 2011 ricorda che «I passeggeri devono poter ritenere che il loro viaggio non sarà un avvenimento incerto o stressante».

Oggi e in futuro, il fatto di assicurare ai passeggeri servizi di trasporto che effettivamente garantiscano l'assenza di discriminazione, la presa in carico in caso di interruzione del viaggio, la trasparenza delle condizioni di viaggio, un trattamento decoroso ed il rispetto integrale delle condizioni contrattuali rappresenterà una serie di premesse ineludibili per convincere i cittadini a passare in massa dal trasporto privato al trasporto collettivo e a considerare i percorsi multimodali come alternative pratiche ed affidabili.

Resta ancora molto da fare affinché i diritti dei passeggeri si affermino a pieno titolo come un patrimonio giuridico e sociale dell'Europa, di modo che i nostri cittadini possano beneficiarne con autentica fiducia. Indubbiamente, sono stati compiuti progressi più che significativi e tangibili nel corso di quest'ultimo decennio, in termini di conoscenza da parte degli utenti e di coscienza dei vettori e degli altri operatori interessati, così come sono stati spesso notevoli gli sforzi profusi delle autorità nazionali ed europee⁸⁹. Cionondimeno, per il futuro, si tratta ancora di una sfida di civiltà giuridico-economico-sociale da vincere e di un'opportunità politica unica da cogliere, in generale, per l'Unione europea e, in particolare, per la Commissione europea, verso la quale tutti gli sguardi sono legittimamente rivolti.

Salvatore D'Acunto**

⁸⁹ In proposito, merita attenzione l'annuncio del 9 febbraio 2012 del Ministero del Fomento spagnolo di stilare una *Carta de Derechos de los usuarios* per tutti i mezzi di trasporto, che indica un'evidente tendenza verso l'intermodalità in materia di diritti dei passeggeri non solo sul piano europeo ma anche su quello nazionale.

A ciò occorre aggiungere, come altro indicatore di un orientamento verso il netto miglioramento del sistema, una ben più accurata ed adeguata preparazione degli aeroporti europei alle condizioni climatiche invernali nel corso della stagione 2011-2012, rispetto all'annata precedente.

** Capo Unità presso la DG Imprese e Industria / Commissione europea.

SINTESI

Con l'entrata in vigore, lo scorso marzo, del Regolamento 181/2011 sui diritti dei passeggeri in autobus e pullman, l'Unione europea è diventata la prima regione integrata al mondo ad offrire una tutela normativa organica ai viaggiatori in tutti i mezzi di trasporto: su aerei, treni, navi e autobus/pullman.

Nel dicembre 2011, la Commissione europea ha adottato una comunicazione che configura un'autentica "Carta UE dei passeggeri", in quanto stila il decalogo dei diritti di cui gode il viaggiatore (non solo europeo) in Europa: 1. diritto alla non-discriminazione, 2. alla mobilità, 3. all'informazione, 4. al rimborso, 5. alla "riprotezione", 6. all'assistenza, 7. all'indennizzo, 8. ad un regime di responsabilità del vettore, 9. al reclamo, 10. a meccanismi di tutela di tali diritti. Da allora, dopo questo primo atto dell'UE di sintesi intermodale in materia, una ricca giurisprudenza della Corte e una nuova proposta di revisione del Regolamento 261/2004 sui passeggeri aerei sono venute ad arricchire ulteriormente lo scenario.

Il presente articolo è diviso in due parti: la prima (nel n. 1-2 della *Rivista*) contiene un'analisi del contenuto di tale comunicazione e dei summenzionati diritti; la seconda (in questo numero della *Rivista*) delinea alcune piste di riflessione per un rafforzamento ed una migliore attuazione di questi stessi diritti in futuro.

Presidio di civiltà giuridica a tutela degli utenti, i diritti dei passeggeri sono già entrati nel loro secondo decennio di vita in diritto europeo e sono destinati a consolidarsi sempre più come elemento imprescindibile e qualificante della politica dei trasporti UE e, più in generale, dell'Europa dei cittadini.

ABSTRACT

With the entry into force, in March, of the EU Regulation 181/2011 on passenger rights on bus and coach, the European Union has become the first integrated region in the world to offer a wide regulatory protection to travellers in all modes of transport: on planes, trains, ships and buses/coaches.

In December 2011, the European Commission adopted a communication which represents an authentic "EU Passenger Charter". It draws up the Decalogue of the rights of (all) travellers in Europe: 1. the right to non-discrimination, 2. mobility, 3. information, 4. refunding, 5. "re-routing", 6. assistance, 7. financial compensation, 8. liability of the carrier, 9. complaint, 10. mechanisms for enforcing these rights. Since then, after this first EU intermodal act in the area, a rich case-law of the Court of Justice and a new proposal for the revision of Regulation 261/2004 on air passenger rights have intervened, thus further enriching the scenario.

This article is divided into two parts: the first (published in the issue 1-2/2013) provides an annotated description of the content of this communication and of passenger rights; the second (published in the present issue) outlines some ideas to strengthen and better implement these rights in the future.

The passenger rights, a legal "acquis" for users, have already entered their second decade of life in European law and will be reinvigorated more and more as a quintessential element of the EU transport policy and, more generally, of the "Europe of citizens".

COMUNICAZIONI E NOTE INFORMATIVE

TRASPARENZA E LOTTA ALLA CORRUZIONE: NECESSITÀ DI AVVIARE CORSI DI FORMAZIONE IN MATERIA DI CONTROLLI ALL'INTERNO DELLA PUBBLICA AMMINISTRAZIONE*

Sommario: *Premesse - I. La nuova disciplina in materia di trasparenza e di lotta alla corruzione - II. Il sistema europeo di controllo in settori specifici - III. L'estensione del sistema europeo di controllo - IV. La formazione dei controllori - V. Considerazioni finali e conclusive.*

Grazie Presidente per l'opportunità che mi viene offerta di intervenire in questo interessante dibattito sulla rilevanza della "trasparenza" nella lotta contro la corruzione all'interno della Pubblica Amministrazione.

Premesse

Cercherò di essere sintetico e schematico, data l'ora tarda e considerato che sono l'ultimo oratore di questa intensa giornata nella quale abbiamo avuto modo di ascoltare pregevoli e stimolanti relazioni sulla portata e sull'impatto della nuova disciplina in materia di trasparenza.

In effetti, le nuove regole sulla trasparenza appena introdotte dalla normativa recentemente adottata, impongono alla Pubblica Amministra-

* Relazione presentata al 59° Convegno di Studi Amministrativi su: «Politica e amministrazione della spesa pubblica: controlli, trasparenza e lotta alla corruzione», organizzato dalla Corte dei conti e dalla Provincia di Lecco, Varenna, 19-21 settembre 2013.

zione di provvedere alla pubblicazione di tutti i dati e di tutte le informazioni che riguardano la sua attività.

Come è stato ricordato da alcuni relatori che mi hanno preceduto, la trasparenza è molto utile ed efficace per prevenire e contrastare la corruzione, con riferimento all'attività della Pubblica Amministrazione.

Orbene, poiché la corruzione, all'interno della Pubblica Amministrazione, fiorisce ed ha modo di prosperare laddove vengono esercitate attività che richiedono il maneggio del pubblico denaro, appare evidente che, soprattutto con riferimento a tali attività, occorre far ricorso, con estremo rigore, a strumenti di controllo che si avvalgano del sostegno di meccanismi basati sulla trasparenza.

In una delle relazioni pubblicate nel volume che raccoglie gli atti di un Convegno organizzato nel 2010 dalla *Corte dei conti*, dalla *Commissione europea* e dalla Rivista *Diritto Comunitario e degli scambi internazionali*¹, è riportato un apologo di *Milton Friedman*, premio Nobel per l'economia del 1976, che chiarisce in modo estremamente efficace e convincente perché gli atti corruttivi trovano terreno favorevole per svilupparsi, soprattutto laddove esiste maneggio di pubblico denaro.

Secondo Milton Friedman esistono quattro modi per spendere soldi: *a.* spendere soldi propri per interessi propri; *b.* spendere soldi propri per interessi altrui; *c.* spendere soldi altrui per interessi propri; *d.* spendere soldi altrui per interessi altrui.

I soldi spesi meglio sono quelli propri per interessi propri, perché chi li spende ha interesse a spenderli con attenzione ed oculatezza. I soldi spesi con minor attenzione e minor oculatezza sono quelli altrui per interessi altrui.

Orbene, tutti i soldi spesi dallo Stato, dalle Regioni, dalle Province, dai Comuni, dagli Enti pubblici e dalle imprese di proprietà pubblica sono soldi altrui spesi per interessi altrui.

Sembrava quindi ovvio che proprio in questi casi, per prevenire gli atti corruttivi e lo sperpero del pubblico denaro, dovessero essere applicati controlli estesi e rigorosi basati su un sistema efficiente di controlli interni abbinati a controlli esterni.

In Italia, al contrario, come è emerso dalle discussioni svoltesi in occasione dei dibattiti parlamentari per l'approvazione della *legge anticorru-*

¹ Cfr. F. CAPELLI (a cura di), *Una battaglia di civiltà e per lo sviluppo. Combattere la corruzione e prevenire lo sperpero del denaro pubblico*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2012, p. 153 ss.

zione (n. 190/2012)², i controlli interni sull'attività della Pubblica Amministrazione non sono, in sostanza, mai esistiti, con l'effetto di depotenziare quelli esterni affidati alla Corte dei conti.

È apparso quindi evidente, durante i dibattiti parlamentari per l'approvazione della *legge anticorruzione*, che sarebbe stato necessario introdurre un sistema di controlli sull'attività della Pubblica Amministrazione in grado di funzionare in modo più efficace ed incisivo³.

I. La nuova disciplina in materia di trasparenza e di lotta alla corruzione

In effetti, le disposizioni della legge anticorruzione n. 190/2012 collegate a quelle del dlgs n. 33/2013 sulla trasparenza, di recente adottato, se correttamente applicate, potrebbero produrre i risultati benefici sopra richiamati.

Poiché, secondo la nuova normativa, all'interno di ogni struttura della Pubblica Amministrazione (come pure all'interno degli enti locali) deve essere nominato un responsabile *anticorruzione* che sia contemporaneamente responsabile della *trasparenza*, ne consegue che tale figura potrà essere in grado di mettere a punto un sistema di controlli interni sull'attività amministrativa da sottoporre alla vigilanza esercitata dalla Corte dei conti, la quale sarà così posta in grado di svolgere in modo adeguato il proprio lavoro di controllore esterno.

Non appena verrà approvato da ogni competente ufficio della Pubblica Amministrazione centrale, regionale e locale, come pure da ogni organismo previsto dalla nuova legge, il *piano specifico anticorruzione* che dovrà dare attuazione al *piano nazionale anticorruzione*, appena adottato dal Ministero della funzione pubblica, sarà quindi possibile avviare il sistema di controlli interni abbinati ai controlli esterni cui sopra è stato fatto riferimento.

² Cfr. F. CAPELLI, *Governo dei tecnici e sistema costituzionale in Europa e in Italia* (seconda parte), in questa *Rivista*, 2012, pp. 672-673, spec. note 173 e 174. Cfr. anche G. COGLIANDRO, *L'attività di controllo della Corte dei conti nella lotta alla corruzione e alla malversazione*, in F. CAPELLI (a cura di), *Una battaglia di civiltà e per lo sviluppo*, cit. *supra*, nota 1, p. 137 ss.

³ Un vero sistema di controlli, per essere efficace, deve essere organizzato in modo da essere fondato sulla *sfiducia* sia nei confronti di coloro che operano all'interno della Pubblica Amministrazione, sia nei confronti di coloro che con la Pubblica Amministrazione hanno rapporti, cfr. l'articolo, F. CAPELLI, *Governo dei tecnici e sistema costituzionale in Europa e in Italia*, loc. cit. p. 671 nonché l'introduzione al volume F. CAPELLI (a cura di), *Una battaglia di civiltà e per lo sviluppo*, cit. *supra*, nota 1.

II. Il sistema europeo di controllo in settori specifici

A ben vedere, il sistema dei controlli abbinati, interni ed esterni, è un sistema da tempo applicato in vari settori di attività dell'Unione europea e, in particolare, in quelli riguardanti: *a.* la tutela dei lavoratori sul luogo di lavoro, *b.* la protezione dell'ambiente e *c.* la tutela dei prodotti agroalimentari sotto il profilo sanitario.

In questi settori il sistema europeo dei controlli abbinati (interni ed esterni) ha consentito di raggiungere risultati di straordinaria rilevanza.

Nel settore dei prodotti agroalimentari, ad esempio, il sistema europeo dei controlli abbinati ha consentito di ribaltare una situazione che, per quanto riguarda l'Italia, appariva compromessa e senza prospettive di sviluppo.

Non tutti sanno, per la verità, che negli anni Ottanta i prodotti agroalimentari italiani non trovavano diffusione all'estero perché i controlli effettuati nel nostro Paese, sotto il profilo sanitario, non apparivano affidabili.

Il sistema dei controlli, allora praticato, consisteva unicamente nei controlli esterni effettuati dall'autorità pubblica di controllo.

Negli anni Ottanta il rappresentante dell'Autorità pubblica di controllo entrava nello stabilimento di produzione dell'impresa da sottoporre a controllo, prelevava i campioni dei prodotti da esaminare e li trasmetteva, per le analisi, all'Istituto di igiene e profilassi.

Se i campioni risultavano conformi alle disposizioni applicabili, ogni problema appariva risolto. Se i campioni non erano conformi, l'Autorità presentava denuncia alla Procura della Repubblica per l'avvio di un procedimento penale nei confronti dell'impresa controllata.

Come si vede, si trattava di un sistema repressivo, rozzo e poco affidabile, perché si basava unicamente sulle condizioni in cui si trovavano i campioni prelevati. Se dopo il prelievo dei campioni si verificava un guasto macchine all'interno dello stabilimento di produzione, con successiva contaminazione dei prodotti, l'Autorità di controllo non era in grado di prevenire l'immissione sul mercato di prodotti non idonei al consumo.

Al contrario, il sistema dei controlli abbinati, interni ed esterni, imposto dalla normativa europea negli anni Novanta, come già accennato, ha completamente ribaltato la situazione preesistente perché ha introdotto un sistema di controllo preventivo al posto di quello repressivo appena descritto.

L'obiettivo perseguito con tale nuovo sistema è, infatti, quello di assicurare l'immissione in commercio di prodotti agroalimentari sicuri, non quello di sanzionare l'operatore che sbaglia.

In effetti, la normativa europea attualmente vigente, che è stata concepita all'inizio degli anni Novanta ed è stata successivamente introdotta all'in-

terno di tutti gli Stati membri mediante il recepimento della direttiva Cee n. 93/43 (in seguito abrogata e sostituita da norme più incisive), ha cambiato radicalmente il sistema dei controlli nel settore dei prodotti agroalimentari.

In base a tale normativa, infatti, in ogni stabilimento di produzione di prodotti alimentari (come pure in ogni centro di vendita: supermercati, catene di distribuzione etc.), deve essere designato un responsabile interno (con responsabilità civili, penali ed amministrative), il quale deve vigilare su ogni attività di produzione (e/o di commercializzazione) dal momento in cui entrano le materie prime nello stabilimento fino al momento in cui escono (o vengono commercializzati) i prodotti finiti, in modo da poter monitorare, con registrazioni scritte, l'intero processo di produzione e/o di commercializzazione. E il controllore interno può essere sanzionato dall'Autorità pubblica di controllo esterno anche se i prodotti, in caso di ispezione, risultano esenti da difetti, qualora il controllore interno non abbia eseguito le registrazioni previste ed osservato le prescrizioni imposte.

I risultati realizzati in applicazione di tale sistema di controllo sono stati straordinari, soprattutto per quanto riguarda il nostro Paese.

I prodotti agroalimentari che, come in precedenza ricordato, negli anni Ottanta non trovavano facile accesso ai mercati esteri a causa della scarsa affidabilità dei controlli, hanno realizzato nel corso degli anni, uno stupefacente sviluppo nelle vendite e nelle esportazioni.

Nel 2012, come è stato reso noto dalla stampa specializzata, il comparto alimentare ha raggiunto, in Italia, il secondo posto dopo la meccanica, con riferimento al PIL e lo stesso risultato è stato registrato all'interno dell'Unione europea.

Tale successo appare in gran parte dovuto al nuovo sistema dei controlli.

In effetti, il responsabile dello stabilimento, quale controllore interno, sottoposto alla vigilanza del controllore esterno, rappresentato dall'Autorità pubblica, nell'effettuare i propri controlli per scopi di carattere sanitario, è stato necessariamente costretto a verificare anche il rispetto di tutti gli *standard* qualitativi di produzione che ogni impresa deve osservare nello svolgimento della sua attività.

Di conseguenza il sistema dei controlli di carattere sanitario, sopra descritto, ha avuto come effetto di portare tutti gli operatori italiani dei settori agroalimentari (di produzione e di distribuzione) a migliorare notevolmente le tecniche di lavorazione e il livello degli *standard* qualitativi praticati all'interno delle loro imprese.

In considerazione degli eccellenti risultati raggiunti nel settore alimentare (come pure negli altri settori sopra menzionati: lavoro e ambiente), grazie all'applicazione del sistema dei controlli sopra descritto, è stata au-

spicata l'estensione di tale sistema anche all'attività della pubblica amministrazione⁴ per cercare di conseguire risultati ugualmente validi.

III. L'estensione del sistema europeo di controllo

Con l'entrata in vigore delle disposizioni contenute nella legge anticorruzione (n. 190/2012) e nel decreto legislativo sulla trasparenza (n. 33/2013), alle quali in precedenza è stato fatto cenno, tale estensione, come già ricordato, appare ora possibile.

In effetti, il responsabile anticorruzione contemporaneamente investito delle funzioni di responsabile della trasparenza, all'interno della Pubblica Amministrazione, in base alle recenti norme appena richiamate, appare in grado di perseguire gli obiettivi che sono stati conseguiti nei settori, sopra ricordati, nei quali il sistema dei controlli abbinati ha trovato applicazione.

Più precisamente, dato che ogni responsabile anticorruzione e della trasparenza, operante all'interno della propria struttura amministrativa, sotto la vigilanza della Corte dei conti (controllore esterno), deve far ricorso a strumenti e a meccanismi idonei a prevenire il sorgere di atti corruttivi, lo stesso sarà necessariamente costretto a verificare e a tenere sotto controllo sia il livello tecnico delle prestazioni sia gli *standard* qualitativi da osservare all'interno della struttura amministrativa sulla quale esercita il controllo.

In tal modo, i controlli interni (del responsabile anticorruzione e della trasparenza) abbinati a quelli esterni (della Corte dei conti) potranno rendere possibile il conseguimento di risultati che i sistemi di controllo finora applicati in Italia non hanno mai consentito di realizzare⁵.

Le considerazioni in precedenza svolte forniscono utili indicazioni sulla necessità di procedere in una direzione precisa.

Poiché uno dei maggiori ostacoli allo sviluppo in senso migliorativo del *sistema Italia* è costituito dall'inefficienza della Pubblica Amministrazione, appare assolutamente necessario approfittare delle opportunità offerte dalle innovazioni normative sopra descritte, per imprimere finalmente una svolta nella gestione dell'attività della Pubblica Amministrazione tanto a livello centrale quanto a livello regionale e locale.

⁴ Cfr. F. CAPELLI, *Controllo interno e controllo esterno: coordinamento tra le autorità di controllo e di vigilanza per prevenire lo sperpero del pubblico denaro*, in F. CAPELLI (a cura di), *Una battaglia di civiltà e per lo sviluppo*, cit. *supra*, nota 1, p. 153 ss.

⁵ A tale proposito occorre tenere presente che anche l'applicazione di altre disposizioni normative di recente adozione, come quelle del decreto legge n. 174/2013, potrà agevolare il conseguimento dei risultati sopra descritti nel testo.

IV. La formazione dei controllori

Tale svolta potrà essere impressa mettendo a punto un programma di formazione, serio e ben strutturato, che coinvolga, ad un tempo, sia i funzionari delle Amministrazioni statali, regionali e locali, che devono eseguire i controlli interni, nel senso sopra descritto, sia i magistrati della Corte dei conti (nonché i rappresentanti degli altri organi di controllo previsti dalla legge) che devono eseguire i controlli esterni.

Tale programma di formazione, articolato in corsi modulati che tengano conto delle differenti necessità delle Amministrazioni di riferimento, potrebbe essere elaborato, gestito ed attuato dalla Corte dei conti in collaborazione con la Scuola Superiore della Pubblica Amministrazione.

Poiché la Corte dei conti esercita la sua attività su tutto il territorio dello Stato tramite le proprie Sezioni regionali, dovrebbe essere possibile organizzare i corsi di formazione in ogni Regione, in modo da poterne garantire lo svolgimento in località prossime alle sedi delle amministrazioni interessate.

Nell'organizzare i corsi di formazione, la Corte dei conti potrà avvalersi dei metodi e delle tecniche di insegnamento che essa impiega per formare i propri magistrati tramite il «*Seminario di formazione permanente*». Ovviamente, essendo i nuovi corsi, di cui si auspica l'avvio, destinati anche alla formazione dei funzionari della Pubblica Amministrazione, gli stessi dovranno opportunamente essere adattati e integrati per tener conto delle tecniche impiegate e dell'esperienza acquisita dalla Scuola Superiore della Pubblica Amministrazione.

Una formazione ben impartita tanto ai controllori interni, quanto ai controllori esterni, potrà contribuire a realizzare, ad un tempo, i due obiettivi sopra segnalati: lotta alla corruzione grazie all'attività di prevenzione e miglioramento nella gestione dell'attività della Pubblica Amministrazione.

V. Considerazioni finali e conclusive

Mi appresto a concludere, Presidente.

Al termine della sua relazione, il Prof. *Cerulli Irelli* ha effettuato un'interessante osservazione che può suggerire una considerazione finale, diciamo, «*de iure condendo*».

Cerulli Irelli ha ricordato che a seguito delle recenti modifiche normative, all'interno delle Regioni svolgono ora attività di controllo appositi revisori dei conti.

Poiché questi revisori sono professionisti iscritti agli albi ufficiali che devono confrontarsi con la Corte dei conti sui risultati del lavoro svolto, essi sono generalmente portati ad eseguirlo con cura ed attenzione, per evitare di subire le critiche della Corte dei conti che inciderebbero sul loro prestigio professionale.

Ciò rende quindi possibile un miglioramento della gestione dell'attività delle Regioni sotto il profilo contabile-economico-finanziario.

L'unico inconveniente è che, pur dovendo essere iscritti agli albi ufficiali e possedere qualifiche adeguate, i predetti revisori vengono scelti direttamente dalle stesse Regioni che da essi saranno controllate.

Per quanto riguarda, invece, gli Enti locali (Comuni, Province e città metropolitane), i revisori vengono addirittura scelti dai competenti Consigli degli enti controllati, senza che risultino fissati criteri precisi né per quanto riguarda la loro scelta, né per quanto riguarda le qualifiche e le competenze che essi devono possedere.

Questa situazione appare inaccettabile.

L'ente pubblico controllato non può nominare, senza sottostare ad alcun vincolo, il revisore che lo deve controllare.

Come è stato giustamente suggerito⁶ occorrerebbe quindi adottare un'apposita disposizione che, per quanto riguarda la nomina dei revisori di tutti gli enti sopra richiamati (Regioni, Province, Comuni e Città metropolitane), attribuisca alla Corte dei conti il potere di nominare i revisori direttamente oppure, quantomeno, riconosca alla stessa Corte il diritto di redigere un elenco di revisori (da essa espressamente individuati in base a requisiti, qualifiche, professionalità, integrità etc.), tra i quali ogni ente pubblico potrà scegliere i propri revisori.

Per concludere, pertanto, potremmo sperare che il lavoro dei revisori, svolto separatamente ma parallelamente a quello dei controllori interni ed esterni sopra richiamati (in quanto indirizzato ad altri fini), sia in grado di contribuire efficacemente a migliorare la gestione dell'attività amministrativa anche all'interno delle Regioni e degli enti locali.

Fausto Capelli

⁶ Cfr. A. L. TARASCO, *Il sistema dei controlli sulle Regioni: origini e prospettive*. Relazione presentata all'incontro di Studio su «Il nuovo sistema dei controlli sugli enti territoriali», organizzato dal «Seminario di organizzazione permanente» della Corte dei conti, Roma, 7 marzo 2013.

SINTESI

Nella relazione che l'Autore ha presentato al Convegno di Varenna, vengono forniti alcuni suggerimenti che potrebbero consentire l'effettuazione di controlli più efficaci all'interno della Pubblica Amministrazione.

In particolare, l'Autore suggerisce di prendere spunto dal sistema di controllo applicato dalla normativa europea in alcuni importanti settori come quello dell'ambiente, quello dei prodotti alimentari e quello della tutela del lavoratore sul luogo di lavoro.

Sulla base di tale sistema di controllo sarebbe possibile, secondo l'Autore, abbinare i *controlli interni*, effettuati dalle amministrazioni interessate, ai controlli esterni, eseguiti dalla Corte dei conti, in modo da rendere possibile una lotta efficace contro la corruzione all'interno della Pubblica Amministrazione.

ABSTRACT

In the report that the Author presented at the Conference of Varenna, are some suggestions that could allow a control system more efficient and effective within the Public Administration.

In particular, the Author suggests taking a cue from the control system applied by the European legislation in some important areas such as the environment, the food and the protection of the worker in the workplace.

On the basis of such a monitoring system would be possible, according to the Author, match the internal controls carried out by the authorities concerned, the external controls, carried out by the Court of Auditors, in order to make possible an effective fight against corruption within the Public Administration.

RECENSIONI

Fernanda Gallo, *Dalla patria allo Stato. Bertrando Spaventa, una biografia intellettuale*, Bari, Laterza, 2013, II ed., pp. 184, € 18,00

Bertrando Spaventa è figura ai più poco nota, che Fernanda Gallo, dottoranda presso l'Università della Svizzera italiana, ha il merito di far conoscere in questo libro come intellettuale di primaria importanza nel secondo Ottocento italiano. Parlare della vita di Spaventa illumina su una tradizione filosofica italiana di grande rilevanza, quella dell'hegelismo napoletano. In un'epoca in cui, per un fuorviante nazionalismo che in realtà era in gran parte oscurantismo cattolico, i pensatori stranieri e tedeschi in particolare venivano ignorati, Spaventa ebbe il merito di interessarsi a Hegel e studiarne rigorosamente gli scritti; di più, ebbe il merito di introdurre un'influente teoria, quella della «circolazione del pensiero italiano», secondo cui la filosofia di Hegel non era estranea al pensiero italiano, bensì ne costituiva una nuova manifestazione in quelle terre, più libere nel pensiero, in cui il seme filosofico era trasmigrato dopo aver dato così importanti frutti in Italia, con grandiose figure del passato come Machiavelli, Bruno, Campanella, Vico. Non si trattava di un "primato" italiano, ma di una circolazione europea dei principii e della prassi della libertà (teoria, questa della circolazione, che può essere di particolare interesse per gli studiosi e i lettori di una rivista come «Diritto comunitario e degli scambi internazionali»). Fernanda Gallo traccia mirabilmente la linea che unisce la riflessione di Spaventa a quella di Hegel e, prima, dei precursori testé menzionati, andando a delineare un'importante mappa concettuale delle traiettorie filosofiche di congiungimento tra Risorgimento e Rinascimento.

Spaventa viene presentato molto chiaramente dalla Gallo come un intellettuale che si premurava di occuparsi di un aspetto trascurato, nell'Ottocento politico: non contribuì alla lotta di liberazione nazionale con l'impegno militare, come fecero i patrioti in armi; non contribuì alla lotta di liberazione nazionale col cimento del melodramma o della letteratura o della pittura, come fecero gli artisti; contribuì invece al Risorgimento continuamente testimoniando, nei suoi scritti e nella sua vita, che alla lotta di liberazione nazionale era necessaria anche una dimensione filosofico-politica: «l'unità vera d'una nazione, la libertà e la grandezza d'un popolo non si ottengono che con le grandi idee», scrive Spaventa in un passaggio ben evidenziato da Fernanda Gallo, e ben chiosato anche nella prefazione al libro, scritta da Maurizio Viroli, il quale estende anche ai presupposti ideali dei migliori esempi della Resistenza italiana nel Novecento una diagnosi come quella di Spaventa, secondo cui è essenziale «rivendicare l'assoluta libertà del pensiero e della ragione umana. Senza di questa ogni opera di rivoluzione nazionale, ogni tentativo di libertà sarà vano e passeggero». Per Spaventa era il pensiero di Hegel che insegnava a realizzare uno Stato libero sul fondamento della libertà interiore, e questo passaggio sarebbe stato centrale per il raggiungimento di quella moderna maturità che all'Italia mancava. Ora, si può leggere in controluce, nel libro di Fernanda Gallo, come quella mancanza di maturità filosofico-politica in Italia, non solo lamentata ma anche sofferta da Spaventa nelle vicende difficili e dolorose che portarono per tanti anni all'esilio lui e al carcere il fratello Silvio, non andava lenendosi, col passare dal processo di unificazione della patria all'attuazione dello Stato, ma andava acuendosi, per sfociare presto in un'epoca positivista tanto boriosa quanto intimamente ignara di cosa sia libertà. E forse ancora oggi tanti mali dell'Italia affondano in quella stessa mancanza di cultura filosofica, una cultura filosofica che per Spaventa era essenzialmente sinonimo di serietà, rigore, coscienza. Ciò detto, è anche interessante ravvisare però nella stessa vita di Spaventa, così francamente rievocata dalla Gallo, elementi di lieve contraddizione, che segnano in maniera quantomeno altrettanto tipica il carattere italiano più in generale: si pensi ai trascorsi di un uomo che prima prende i voti per dir messa al volgo, poi dismette l'abito talare non appena ne ha la possibilità materiale, manifestando finalmente libero le più sdegnose attitudini anticlericali; o ancora si pensi, sempre sulla base di un certo perseguimento degli interessi privati a fronte dell'enucleazione ed enunciazione di principi generali, al prestarsi per un periodo agli onori della posizione di deputato, pur ammettendo di non aver alcuna vocazione per una fattiva partecipazione agli oneri dei lavori parlamentari. Ma questo non rende il nostro hegeliano che ancora più umano, interessante da leggere, e italiano. Si

tratta, tra l'altro, di spunti critici accennati soltanto qui, perché non si trovano per nulla nel libro della Gallo, la quale aderisce sempre empaticamente alle vicende biografiche e intellettuali di Spaventa, per una evidentemente incontrovertibile ammirazione della vita e dell'opera del filosofo come biografa e come studiosa. O forse semplicemente e prudentemente Fernanda Gallo non intraprende un approccio critico nella sua biografia intellettuale, per il rispetto che è dovuto alla complessità di ogni vita. In conclusione, il libro qui recensito è concepito e scritto con tanta partecipazione intellettuale e umana e tale padronanza nella conoscenza delle fonti primarie e secondarie intorno a Spaventa, da costituire un nuovo punto di riferimento per gli studi su un grande dimenticato del nostro Risorgimento filosofico.

Alberto Nones*

Karl P. Sauvant (ed.), *Yearbook on International Investment Law and Policy 2011-2012*, Oxford University Press, 2013, pp. i-790, £ 135.00

Giunto alla sua quarta edizione, la pubblicazione annuale *Yearbook on International Investment Law & Policy 2011-2012*, a cura di K. P. Sauvant edita dalla Oxford University Press in associazione con il Vale Columbia Center on Sustainable International Investment, si conferma un punto di riferimento prezioso per gli studiosi del diritto internazionale degli investimenti e per tutti quanti vogliano approfondire e/o familiarizzare con la materia alla luce dei suoi più recenti sviluppi.

Come di consueto, il volume consta di due parti: la prima parte generale è dedicata alla disamina dei *trend* ravvisabili e dell'andamento dei flussi internazionali degli IDE in entrata e in uscita e attraverso l'analisi degli accordi internazionali e della giurisprudenza intervenuti nel 2011 nel settore. La seconda parte tematica è invece dedicata quest'anno allo studio degli sviluppi normativi e delle *policies* in materia di investimenti nel settore estrattivo. Infine, chiudono il volume alcuni articoli di natura più generale vertenti su una pluralità di tematiche della più grande attualità in materia di investimenti esteri diretti – dai casi di annullamento multiplo delle sentenze ICSID riguardanti l'Argentina all'analisi del noto caso *Abaclat et al. v. Argentina*, alla sempre attuale indagine sul livello di prote-

* School of International Studies - Università degli Studi di Trento

zione garantito all'investitore dagli *standard* di trattamento contenuti negli accordi internazionali – e una parte speciale dedicata alla pubblicazione dei *winning memorials* dell'International Moot Competition sugli IDE del 2011.

Il pregio del volume consiste nel dar conto della crescente complessità del diritto internazionale degli investimenti derivante sia dall'emergere di nuovi equilibri mondiali con riferimento alla distribuzione dei flussi degli IDE, sempre più "spostati" verso le economie emergenti e i Paesi in via di sviluppo, sia dal moltiplicarsi degli accordi bilaterali e multilaterali volti alla promozione e alla protezione degli investimenti e delle controversie in materia, in un contesto mondiale ancora profondamente condizionato dalla crisi finanziaria. Tale complessità è colta innanzitutto a livello macro, regalando al lettore una visione d'insieme dell'andamento del sistema sul piano economico-giuridico e permettendo quindi di ricavare utili chiavi di lettura per interpretare le più recenti tendenze nel settore degli investimenti e le evoluzioni della giurisprudenza in materia criticamente alla luce dei (tanti) elementi di irrazionalità inevitabilmente venutisi a produrre in una tale fase di transizione. In particolare, *P. Economou* e *K. P. Sauvant* (pp. 3-39) sottolineano la necessità di riflettere adeguatamente sulle implicazioni del concetto di «neutralità competitiva», riferito al margine entro cui i Governi nazionali debbono circoscrivere programmi di sostegno finanziario e piani di incentivi fiscali a vantaggio delle proprie imprese commerciali che investono all'estero, in considerazione del ruolo progressivamente più incisivo giocato dalle oltre 30.000 imprese multinazionali provenienti dai mercati emergenti e operanti all'estero (nel 2011 responsabili per 457 miliardi di dollari di IDE in uscita, pp. 8-9), diventate ormai attori chiave nel mercato globale degli investimenti, sovente beneficiarie di speciali privilegi in virtù della loro natura di imprese di Stato o di imprese comunque da questo controllate. *I. A. Laird e altri* analizzano invece efficacemente le ricadute della crescente complessità del regime internazionale degli investimenti sul relativo sistema di soluzione delle controversie internazionali attraverso una puntuale rassegna della giurisprudenza 2011, ICSID e non, intervenuta in materia (pp. 41-133). Tale indagine rivela infatti non soltanto un progressivo aumento del numero delle controversie in atto (38 registrate nel 2011 soltanto presso l'ICSID, p. 41), ma anche una crescente difficoltà da parte dei tribunali arbitrali di addivenire a una soluzione condivisa con riguardo a questioni tradizionalmente controverse del diritto internazionale degli investimenti e ancora fortemente dibattute (oltretutto intrinsecamente legate alla sussistenza della giurisdizione *ratione personae* e *ratione materiae* dei tribunali arbitrali come, ad esempio, la definizione di «investimento» ai sensi della Convenzione

ICSID e degli accordi bilaterali in materia di investimento), come testimoniato dall'alto numero di opinioni dissidenti (p. 43 ss.). Completano l'analisi macro-livello del sistema *S. W. Schill* e *M. Jacob*, i quali osservano come le più recenti dinamiche in corso – in particolare l'emergere di nuovi attori per lo più collocati in Asia e nell'area del Pacifico e la conseguente affermazione di nuovi approcci alla negoziazione di accordi in materia di investimenti, motivati dalla ricerca di differenti punti di equilibrio tra protezione dell'investitore e tutela di interessi pubblici di natura non-economica, uniti a una proliferazione degli accordi conclusi in materia a livello regionale (ad esempio, a livello UE o ASEAN) – si riflettano nella crescente complessità degli accordi internazionali sugli investimenti conclusi nel 2010 e nel 2011 sino a configurare «the emergence of a polycultural, polycentric and generally more pluralistic universe of international investment law» (p. 178).

Particolarmente meritevole d'interesse è poi la seconda parte del volume, dedicata all'approfondimento delle problematiche legate alla disciplina internazionale degli investimenti nel settore minerario (pp. 185-417). Tale settore ha infatti conosciuto uno sviluppo vertiginoso a partire dal c.d. *boom* minerario degli anni 2002-2003 e, in particolare, è stato caratterizzato dal sorgere di un numero sempre crescente di controversie, pari a un quinto del numero totale di dispute sorte nel 2011 (p. xxxvii). La panoramica offerta dall'opera qui recensita riesce a descrivere efficacemente i punti di maggiore criticità nella regolamentazione del settore minerario, in cui l'esigenza di bilanciare opportunamente gli interessi divergenti di imprese investitrici e Paesi ospiti dell'investimento relativamente alla distribuzione dei proventi derivanti dall'esplorazione e dallo sfruttamento delle risorse naturali (*L. J. Danielson* e *M. D. Phillips*, pp. 187-244) si affianca alla necessità di garantire una gestione sostenibile delle attività estrattive (*L. Cotula* e *K. Tienhaara*, pp. 281-311) nel pieno rispetto del principio della sovranità permanente sulle risorse naturali (*P. D. Cameron*, pp. 311-344), dei diritti delle popolazioni locali e dell'ambiente (*L. E. Sachs e altri*, pp. 345-386). In definitiva, l'idea che muove lo studio nel suo insieme è che «investment contracts should be considered public policy documents, rather just commercial deals» (p. xxxix); coerentemente con tale visione, il comune intento dei singoli contributi è quello di giungere, ciascuno per la sua parte, alla definizione di una «sustainable legal architecture for FDI in the extractive industries» (p. 183) attraverso l'identificazione di un modello di accordo in materia di investimenti minerari (*L. J. Danielson* e *M. D. Phillips*, pp. 205-241) e di meccanismi mirati a garanzia di una maggiore trasparenza nel settore (*T. P. Gormley*, pp. 249-279) e di una maggiore certezza del diritto applicabile in caso di controversia di-

nanzi ai tribunali arbitrali (*I. Alvik*, pp. 387-417).

In conclusione, il volume *Yearbook on International Investment Law and Policy 2011-2012* rappresenta un imprescindibile strumento di analisi delle profonde trasformazioni a tutt'oggi in atto nel mercato globale degli investimenti e delle implicazioni di tali processi sull'evoluzione della disciplina internazionale in materia. Va al merito di *K. P. Sauvant* aver saputo ancora una volta cogliere questi fenomeni nella loro complessità generale senza tuttavia trascurare l'analisi puntuale delle singole realtà, quale quella del settore estrattivo, la cui transizione pone attualmente le maggiori sfide sotto il profilo del necessario adeguamento e sviluppo della disciplina internazionale degli investimenti.

Ilaria Espa**

Fausto Capelli (a cura di), *La tutela giuridica del consumatore (contrante debole) in Europa e nel mondo*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2013, pp. 287, € 15,00

Un cinese entra in una libreria a Pechino per curiosare tra gli scaffali pieni di libri. Ne apre uno e scopre che una recente legge cinese riconosce all'acquirente di un prodotto contraffatto il diritto di agire per il risarcimento dei danni nei confronti del commerciante che glielo ha venduto. Forte di questa scoperta, il cinese va, sempre a Pechino, in un negozio di prodotti di lusso e compra un orologio contraffatto, dato che in Cina i prodotti contraffatti possono essere liberamente venduti. Dopo l'acquisto intenta una causa davanti al Tribunale competente chiedendo il risarcimento dei danni al commerciante. La causa crea scalpore e diventa un caso giudiziario, noto in Cina come «*caso Wang Hai*» (dal nome del consumatore cinese), perché le Corti giudiziarie non hanno ancora saputo decidere se chi acquista un prodotto contraffatto, essendo consapevole della contraffazione, abbia diritto ad ottenere il risarcimento dei danni.

Tutto ciò è riportato nel testo della relazione dedicata alla tutela del consumatore nella *Repubblica popolare cinese*, inserita nel volume qui brevemente recensito.

Ma nel volume, qui recensito, sono descritti altri casi interessanti e a volte sorprendenti, ai quali hanno fatto riferimento le relazioni in esso contenute, che riguardano i più diversi Paesi.

** COFIT Senior Research Fellow, WTI/NCCR - Bern

Ciò che, però, costituisce la sorpresa più interessante è forse la constatazione che la normativa dell'Unione europea sulla tutela del consumatore ha finito per esercitare, nel corso del tempo, un'incisiva influenza sugli ordinamenti giuridici dei più importanti Paesi del mondo: dalla *Federazione Russa* alla *Cina*, al *Giappone*, agli *Stati Uniti*, alla *Turchia*, all'*Argentina* fino agli *Emirati Arabi Uniti*.

Il pregio del volume qui recensito è anche quello di consentire al lettore di trovarvi, insieme riuniti, i commenti alle discipline, poste a tutela dei consumatori, vigenti in numerosi e importanti Paesi, che sarebbe possibile consultare soltanto in pubblicazioni separate difficilmente reperibili.

Enrica Adobati***

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

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 dell'Unione europea, 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 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 Corte di giustizia pubblica altresì la

BIBLIOGRAFIA GIURIDICA DELL'INTEGRAZIONE EUROPEA

- Pubblicazione annuale in due volumi basata sugli acquisti e sullo spoglio effettuati nell'anno di riferimento e riguardanti il diritto dell'Unione. A partire dall'edizione del 1990, la bibliografia è divenuta una pubblicazione ufficiale dell'Unione europea. Essa contiene numerosi riferimenti bibliografici ricercabili tramite indici sistematici per materia e attraverso l'indice degli autori.
- È disponibile la pubblicazione *Bibliographie juridique de l'intégration européenne 2011*, in due volumi, pubblicata nel 2012.

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

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

Hanno collaborato a questo numero:

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

FAUSTO CAPELLI, *Direttore della Rivista*

GIUSEPPE COGLIANDRO, *Presidente della Sezione di controllo per gli affari comunitari ed internazionali della Corte dei conti*

SALVATORE D'ACUNTO, *Capo Unità presso la DG Imprese e Industria / Commissione europea*

ILARIA ESPA, *COFIT Senior Research Fellow, WTI/NCCR - Bern*

FEDERICO FORNI, *Dottore di ricerca in Diritto dell'Unione europea / Università degli Studi di Bologna*

GREGORIO LEONE, *Avvocato in Milano*

ALBERTO NONES, *School of International Studies - Università degli Studi di Trento*

DANIELE PISANELLO, *Avvocato consulente in Legislazione Alimentare in Lecce e Bologna*

ANDREA SONCINI, *Avvocato in Parma e Milano*

PIETRO TROIANIELLO, *Avvocato in Roma*

WILMA VISCARDINI, *Avvocato in Padova. Già Docente di Diritto comunitario e degli scambi internazionali / Università degli Studi di Padova*

