

DIRITTO COMUNITARIO E DEGLI SCAMBI INTERNAZIONALI

Anno L – n. 4 – *Ottobre-Dicembre 2011*

Nuova serie de “Il diritto negli scambi internazionali”

Indice – Sommario

ARTICOLI

- Elisa Baroncini* - Obblighi "WTO-Plus", tutela dell'ambiente, della salute e preservazione delle risorse naturali: il *report* del Panel nel caso *China-Raw Materials* Pag. 627

COMMENTI

- Mattia Bosio* - Prima applicazione della direttiva servizi e prime difficoltà interpretative » 691
- Alessia Mari* - La vicenda degli avvocati/dipendenti pubblici *part-time*: tre Corti a confronto nello "spazio giuridico europeo" » 735
- Giuseppe Licastro* - L'evoluzione del "controllo di frontiera": i «valichi di frontiera condivisi» » 769
- Maurizio D'Amico* - La disciplina delle zone franche - *Parte Seconda*: La normativa italiana » 773

COMUNICAZIONI E NOTE INFORMATIVE

- Fausto Capelli* - Tutela della qualità dei prodotti agroalimentari sotto il profilo giuridico: riflessioni sulla riforma della disciplina dell'Unione europea » 789
- Giacomo Di Federico* - La professione forense nell'Unione europea. Alcune considerazioni sul "caso italiano": avvocato stabilito, incompatibilità e tariffe » 805

GIURISPRUDENZA COMUNITARIA

I. SENTENZE E COMMENTI

È conforme al diritto Ue la disciplina nazionale che vieta l'esercizio della professione forense da parte di un dipendente pubblico *part-time*

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

Edyta Joanna Jakubowska c. Alessandro Maneggia
(con commento di *Alessia Mari*)

Pag. 679

Libera circolazione dei servizi: è illegittimo per le professioni regolamentate il divieto assoluto e generalizzato della comunicazione commerciale diretta e *ad personam*

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

Société fiduciaire nationale d'expertise comptable c. Ministre du Budget, des Comptes publics et de la Fonction publique
(con commento di *Mattia Bosio*)

» 685

II. MASSIMARIO ANNOTATO

(a cura di *Enrica Adobati*)

Il segno «1000» è privo del carattere distintivo e non può essere registrato come marchio comunitario

Sentenza della Corte di giustizia del 10 marzo 2011 in causa n. C-51/10 P

Agencja Wydawnicza Technopol sp. z o.o., con sede in Częstochowa (Polonia) c. Ufficio per l'armonizzazione nel mercato interno (marchi, disegni e modelli) (UAMI)

» 707

Divieto di discriminazioni fondate sull'età per i piloti di linea

Sentenza della Corte di giustizia del 13 settembre 2011 in causa n. C-447/09

Reinhard Prigge, Michael Fromm, Volker Lambach c. Deutsche Lufthansa AG

» 709

La Corte di giustizia precisa quando i monopoli dei giochi d'azzardo sono giustificati

Sentenza della Corte di giustizia del 15 settembre 2011 in causa n. C-347/09

Procedimento penale a carico di *Jochen Dickinger, Franz Ömer*

» 711

Sentenza della Corte di giustizia del 30 giugno 2011 in causa n.

C-212/08 <i>Zeturf Ltd c. Premier ministre</i>	Pag. 712
La Corte di giustizia si pronuncia sui limiti di utilizzo via internet, per scopi pubblicitari, di un marchio registrato Sentenza della Corte di giustizia del 22 settembre 2011 in causa n. C-323/09 <i>Interflora Inc., Interflora British Unit c. Marks & Spencer plc, Flowers Direct Online Ltd</i>	» 716
La Corte di giustizia stabilisce le modalità di risarcimento a favore dei passeggeri di voli cancellati Sentenza della Corte di giustizia del 13 ottobre 2011 in causa n. C-83/10 <i>Aurora Sousa Rodríguez e altri c. Air France SA</i>	» 720
La Corte di giustizia si pronuncia sul servizio di riempimento delle lattine munite di un segno distintivo Sentenza della Corte di giustizia del 15 dicembre 2011 in causa n. C-119/10 <i>Frisdranken Industrie Winters BV c. Red Bull GmbH</i>	» 722
La Corte di giustizia interpreta la direttiva sulla responsabilità per danno da prodotti difettosi nell'ambito delle strutture sanitarie pubbliche Sentenza della Corte di giustizia del 21 dicembre 2011 in causa n. C-495/10 <i>Centre hospitalier universitaire de Besançon c. Thomas Dutreux, Caisse primaire d'assurance maladie du Jura</i>	» 724

GIURISPRUDENZA ITALIANA E STRANIERA

Al vaglio della Corte costituzionale la tormentata questione dell'incompatibilità tra pubblico impiego a tempo parziale e contemporaneo esercizio della professione forense Ordinanza interlocutoria della Corte di cassazione, sezioni unite civili, del 7-22 dicembre 2010 n. 25987 <i>Sorrentino Stefania e altri c. Consiglio dell'Ordine degli Avvocati di Latina ed altri</i>	» 727
Sentenza della Corte costituzionale dell'8-21 novembre 2006 n. 390 <i>Vincenzo Ciravegna c. Provincia di Cuneo</i>	» 728

Sentenza della Corte costituzionale del 4-11 giugno 2001 n. 189
Consiglio nazionale forense c. Vincenzo Locane e altri
(con commento di *Alessia Mari*)

Pag. 729

ATTI DELLE ISTITUZIONI EUROPEE

Consiglio europeo

Conclusioni della Presidenza del Consiglio europeo del 23-24 giugno 2011	» 759
Dichiarazione dei Capi di Stato o di Governo della zona euro e delle Istituzioni dell'UE del 21 luglio 2011	» 760
Conclusioni della Presidenza del Consiglio europeo del 23 ottobre 2011	» 761
Dichiarazione dei Capi di Stato o di Governo dell'UE del 26 ottobre 2011	» 761
Dichiarazione del Vertice euro del 26 ottobre 2011	» 762
Dichiarazione dei Capi di Stato o di Governo della zona euro del 9 dicembre 2011	» 763
Conclusioni della Presidenza del Consiglio europeo del 9 dicembre 2011	» 764

DOCUMENTAZIONE

A quattro anni dalla sua applicazione, la Commissione rileva la necessità di apportare modifiche tecniche puntuali al codice frontiere Schengen, prevedendo l'istituzione di valichi di frontiera condivisi

Proposta di Regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio che modifica il regolamento (Ce) n. 562/2006 del Parlamento europeo e del Consiglio che istituisce un codice comunitario relativo al regime di attraversamento delle frontiere da parte delle persone (codice frontiere Schengen), e la convenzione di applicazione dell'accordo di Schengen (con commento di <i>Giuseppe Licastro</i>)	» 765
--	-------

RECENSIONI

Bruno Nascimbene (con la collaborazione di Elisabetta Bergamini), *La professione forense nell'Unione europea* (*Gaetano D'Avino*)

Pag. 823

Hanno collaborato a questo numero

» 827

Indice 2011

» 829

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

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

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

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

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

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

La Corte di giustizia pubblica altresì la

BIBLIOGRAFIA GIURIDICA DELL'INTEGRAZIONE EUROPEA

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

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

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

ARTICOLI

OBBLIGHI "WTO-PLUS", TUTELA DELL'AMBIENTE, DELLA SALUTE E PRESERVAZIONE DELLE RISORSE NATURALI: IL REPORT DEL PANEL NEL CASO CHINA - RAW MATERIALS*

Sommario: **1.** Introduzione e fatti della disputa - **2.** Il regime "WTO-Plus" della Cina sui dazi all'esportazione: la Sezione II, par. 3, e l'Allegato 6 del Protocollo di adesione - **3.** Il rapporto tra il Protocollo di adesione della Cina all'OMC e l'art. XX GATT 1994 - **3.1** Perplexità sul risultato interpretativo del Panel - **4.** L'incompatibilità delle quote cinesi e del prezzo minimo all'esportazione sulle materie prime con l'art. XI, par. 1, GATT 1994 - **5.** L'eccezione al divieto di restrizioni quantitative di cui all'art. XI, par. 2, lett. a., GATT 1994 per far fronte ad una situazione critica dovuta alla penuria di prodotti essenziali per lo Stato esportatore - **6.** Il principio di sovranità, la tutela delle risorse naturali esauribili e l'art. XX, lett. g., GATT 1994 - **7.** Protezione di ambiente e salute della popolazione cinese e art. XX, lett. b., GATT 1994 - **8.** Conclusioni.

1. Introduzione e fatti della disputa

Da qualche tempo, la politica commerciale cinese sulle esportazioni è oggetto della massima attenzione nel sistema dell'Organizzazione mondiale del commercio (OMC). Negli ultimi anni, infatti, Pechino ha iniziato ad introdurre dazi e restrizioni quantitative all'esportazione per una nutrita serie di materiali, in particolare anche per le cosiddette "terre rare" (*rare earth elements*), un gruppo di elementi indispensabili alla produzione industriale di alta tecnologia¹. Ciò ha destato forti preoccupazioni soprattutto negli operatori

* Analisi sviluppata nell'ambito della ricerca «The Legal Framework of Environmental Protection: EU and China in a Global Perspective», finanziata dalla *China-EU School of Law* (Beijing, China), sotto la direzione scientifica della Prof.ssa Marina Timoteo.

¹ Sulle apprensioni di Stati Uniti ed Unione europea a proposito delle limitate esportazioni cinesi di terre rare v. R. BÜTIKOFER, *Europe, China and the Quest for Rare Earths*, in *EurActiv.com*,

economici delle potenze industrializzate – segnatamente, Stati Uniti e Unione europea – poiché detti operatori ormai da tempo fanno affidamento proprio sulle risorse originarie di Pechino per approvvigionarsi delle materie prime indispensabili al loro ciclo produttivo. La possibilità, sino a pochi anni fa, di potersi rifornire, a prezzi vantaggiosi, presso i produttori cinesi, certo non ha incentivato l'apertura di nuovi siti estrattivi. Inoltre, le pesanti condizioni di lavoro tipiche delle attività di estrazione o di prima lavorazione dei materiali, unitamente all'introduzione di severe normative, a livello interno, sul rispetto dell'ambiente² hanno sovente determinato la riduzione degli impianti di estrazione o di lavorazione esistenti nei Paesi più ricchi, con la conseguenza che i produttori europei e statunitensi ora faticano a reperire da fonti alternative i materiali che non riescono più ad ottenere dagli operatori asiatici. Alle difficoltà di approvvigionamento si aggiunge poi la maggiore concorrenza alla quale i prodotti americani ed europei sono suscettibili di essere sottoposti da parte dell'industria di trasformazione cinese, che non ha problemi di accesso alle materie prime e, grazie alle restrizioni alle esportazioni, può acquistare dette materie anche ad un prezzo molto contenuto, proprio mentre queste ultime, venendo a scarseggiare sui mercati stranieri, conoscono inevitabilmente un aumento del loro costo sul piano internazionale³.

4 October 2010; *EU will Urge China to Free Rare Earth Restrictions - Diplomat Goes Cap in Hand to Chinese Officials*, in *TechEye.net*, 17 November 2010; G. GABUSI, *La disputa sulle terre rare*, in *OrizzonteCina*, n. 8/2011, pp. 8-9; B. GU, *Mineral Export Restraints and Sustainable Development - Are Rare Earths Testing the WTO's Loopholes?*, University of International Business and Economics, China, 2011, in <http://www.bepress.com>; *Rare Earth Minerals Shortage Feared by US and EU*, in *BBC News Business*, 27 October 2010; A. WONG, *Japan, U.S. and EU May Bring Rare Earth Dispute with China to WTO*, in *International Business Times*, 23 October 2010.

² Per quanto riguarda la normativa dell'Unione europea sul rispetto dell'ambiente in riferimento all'industria estrattiva di materie prime cfr. la direttiva n. 2009/147/Ce del Parlamento europeo e del Consiglio, del 30 novembre 2009, concernente la conservazione degli uccelli selvatici, in *Gu-Ue* n. L 20 del 26 gennaio 2010, p. 7 e la direttiva n. 92/43/Cee del Consiglio, del 21 maggio 1992, relativa alla conservazione degli habitat naturali e seminaturali e della flora e della fauna selvatiche, in *Guce* n. L 206 del 22 luglio 1992, p. 7 che hanno stabilito NATURA 2000, la rete europea di zone naturali protette nonché la direttiva n. 2001/42/Ce del Parlamento europeo e del Consiglio, del 27 giugno 2001, concernente la valutazione degli effetti di determinati piani e programmi sull'ambiente, in *Guce* n. L 197 del 21 luglio 2001, p. 30 e la direttiva n. 85/337/Cee del Consiglio del 27 giugno 1985 concernente la valutazione dell'impatto ambientale di determinati progetti pubblici e privati, in *Gu-Ue* n. L 175 del 5 luglio 1985, p. 40, come modificata dalle direttive n. 97/11/Ce, n. 2003/35/Ce e n. 2009/31/Ce, rispettivamente in *Guce* n. L 73 del 14 marzo 1997, p. 5; in *Gu-Ue* n. L 156 del 25 giugno 2003, p. 17 e in *Gu-Ue* n. L 140 del 5 giugno 2009, p. 114. Più in generale, si vedano sul tema anche i seguenti documenti della Commissione europea: Com(2008)699, *Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo e al Consiglio - L'iniziativa "materie prime" - Rispondere ai nostri bisogni fondamentali per garantire la crescita e creare posti di lavoro in Europa*, Bruxelles, 4 novembre 2008; Com(2011)25, *Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle Regioni - Affrontare le sfide relative ai mercati dei prodotti di base e alle materie prime*, Bruxelles, 2 febbraio 2011; Commissione europea, *NATURA 2000 - Documento di lavoro*, Bruxelles, 27 dicembre 2002; European Commission, *EC Guidance on Undertaking Non-Energy Extractive Activities in Accordance with NATURA 2000 Requirements*, Luxembourg, 2011.

³ Oltre alle considerazioni che su tale aspetto verranno fatte in prosieguo, si vedano anche le dichiarazioni del Governo statunitense in USTR Press Release, *United States Files WTO Case Against China Over Export Restraints on Raw Materials*, 23 June 2009.

Alla luce anche degli impegni assunti da Pechino nel Protocollo di adesione all'OMC⁴, la recente politica cinese sulle esportazioni ha sollevato sempre maggiori perplessità riguardo la sua compatibilità con le regole del sistema di liberalizzazione degli scambi. Così, Stati Uniti ed Unione europea hanno avviato un contenzioso dinanzi al meccanismo ginevrino del sistema di risoluzione delle controversie, affiancati dal Messico⁵. Tale Paese, infatti, che si definisce in via di sviluppo, pur facendo parte dell'Organizzazione per la cooperazione e lo sviluppo economico (OCSE), ha un forte settore dell'acciaio, significativamente penalizzato dalle restrizioni di Pechino, insieme a quello chimico e all'industria dell'alluminio. Pertanto il Messico, di buon grado, ha colto l'opportunità di partecipare al reclamo delle due grandi potenze economiche, data l'alta complessità del sistema amministrativo e normativo cinese da affrontare nella causa, ed il conseguente molto ampio e dispendioso lavoro giuridico necessario per affrontare adeguatamente la disputa dinanzi al meccanismo di risoluzione delle controversie dell'OMC⁶.

⁴ *Protocol on the Accession of the People's Republic of China*, WT/L/432, 23 November 2001. V. anche *Report of the Working Party on the Accession of China*, WT/MIN(01)/3, 10 November 2001.

⁵ La controversia è stata sollevata dagli Stati Uniti (*Request for Consultations by the United States, China – Measures Related to the Exportation of Various Raw Materials*, WT/DS394/1, 25 June 2008), ai quali si sono successivamente aggiunti i ricorsi dell'Unione europea (*Request for Consultations by the European Communities, China – Measures Related to the Exportation of Various Raw Materials*, WT/DS395/1, 25 June 2009) e del Messico (*Request for Consultations by Mexico, China – Measures Related to the Exportation of Various Raw Materials*, WT/DS398/1, 26 August 2009), le cui richieste di consultazioni e di istituzione di un gruppo speciale si caratterizzano per essere molto simili tra loro – in diverse parti, soprattutto per quanto riguarda le istanze di Stati Uniti e Messico, esse risultano addirittura identiche. Con riferimento specifico al momento di presentazione della domanda di stabilimento del Panel, i reclami dei tre Membri OMC si contraddistinguono per la scelta del medesimo giorno (*Request for the Establishment of a Panel by the United States, China – Measures Related to the Exportation of Various Raw Materials*, WT/DS394/7, 9 November 2009; *Request for the Establishment of a Panel by the European Communities, China – Measures Related to the Exportation of Various Raw Materials*, WT/DS395/7, 9 November 2009; *Request for the Establishment of a Panel by Mexico, China – Measures Related to the Exportation of Various Raw Materials*, WT/DS398/6, 9 November 2009). Tale strategia mostra la forte cooperazione tra "multiple complainants", sempre più frequente nel sistema OMC per gestire cause complesse ed onerose come quella qui esaminata. Lo stretto coordinamento tra i tre ricorrenti è naturalmente sfociato nella richiesta di istituire un unico Panel per esaminare i tre reclami, richiesta accolta dal *Dispute Settlement Body* (DSB) conformemente a quanto previsto dall'art. 9, par. 1, DSU, ai sensi del quale «[w]here more than one Member requests the establishment of a panel related to the same matter, a single panel may be established to examine these complaints taking into account the rights of all Members concerned. A single panel should be established to examine such complaints whenever feasible». V. *Minutes of the Meeting Held in the Centre William Rappard on 21 December 2009*, WT/DSB/M/277, 1 March 2010, par. 67-76.

⁶ Sul tipo di sviluppo economico attualmente raggiunto dal Messico, comunque un Paese OCSE, e sulla sua partecipazione anche al contenzioso ginevrino, caratterizzata da molte dispute relative proprio al settore dell'acciaio, cfr. J. A. HUERTA-GOLDMAN, *Mexico in the WTO and NAFTA: Litigating International Trade Disputes*, Kluwer, The Hague, 2010. Il Messico, peraltro, già in precedenza aveva proficuamente agito in tandem con gli Stati Uniti contro la Cina, nei casi WT/DS358, WT/DS359, *China – Certain Measures Granting Refunds, Reductions or Exemptions from Taxes and Other Payments*, e WT/DS387, WT/DS388, *China – Grants, Loans and Other Incentives*, entrambi conclusi con una soluzione amichevole tra i contendenti. Su tali controversie si rinvia a W. Ji - C. HUANG, *China's Experience in Dealing with WTO Dispute Settlement: A Chinese Perspective*, JWT, 2011, pp. 1-37, alle pp. 16-17 e 22-23.

Dopo il fallimento delle consultazioni, il reclamo contro la Cina, relativo alle restrizioni alle esportazioni di bauxite, coke, fluorite, magnesio, manganese, carburo di silicio, silicio metallico, fosforo giallo e zinco, ha portato alla redazione di un importante *report* da parte del Panel appositamente istituito, *report* che è stato fatto circolare, secondo quanto previsto dall'Intesa OMC sulla risoluzione delle controversie (*Understanding on Rules and Procedures Governing the Settlement of Disputes*, DSU), il 5 luglio 2011⁷.

La rilevanza del *report* in oggetto risiede in molteplici ragioni. Innanzitutto, per la prima volta, un organo giudicante dell'OMC si è trovato a dover interpretare le parti del Protocollo di adesione della Cina concernenti gli impegni sui dazi alle esportazioni, come pure l'art. XI, par. 2, lett. *a*., GATT 1994, relativo all'eccezione specifica al divieto di restrizioni quantitative laddove applicate temporaneamente per prevenire o alleviare una situazione critica dovuta anche ad una penuria di prodotti essenziali per lo Stato esportatore.

Quindi, il Panel è intervenuto nuovamente sull'applicabilità della clausola sulle eccezioni generali del GATT 1994 al Protocollo di adesione, giungendo ad una conclusione opposta rispetto a quanto stabilito dall'Organo d'appello nel caso *China - Publications and Audiovisual Products*⁸, una presa di posizione che, indubbiamente, esorta alla riflessione date l'assenza di indicazioni precise nel Protocollo sul suo rapporto con gli Accordi OMC e la divergenza con il risultato interpretativo del Tribunale permanente nella controversia sulle pubblicazioni ed i prodotti audiovisivi. La Cina, infatti, nella causa qui commentata ha costantemente respinto le accuse di limitare le esportazioni per favorire l'industria nazionale di trasformazione, sostenendo, tra l'altro, che le sue misure restrittive dovevano essere giustificate in base all'art. XX, lett. *b*. e lett. *g*., GATT 1994 in quanto necessarie a tutelare l'ambiente e la salute della popolazione cinese e a preservare le proprie risorse naturali. Pur concludendo per l'inapplicabilità di tale disposizione al Protocollo di adesione, il Panel ha esaminato la possibilità di giustificare la normativa cinese grazie all'art. XX GATT 1994 «on an *arguendo* basis»⁹, dunque in via ipotetica «pour les besoins du débat»¹⁰, «a efectos de argumentación»¹¹. In sostanza, il Gruppo di esperti ha voluto, comunque, fornire alle parti il proprio esame degli elementi di fatto e delle prove, addotti nel proce-

⁷ *China – Raw Materials*, Panel Report, *China – Measures Related to the Exportation of Various Raw Materials*, WT/DS394/R, WT/DS395/R, WT/DS398/R, circulated to WTO Members 5 July 2011. Qui di seguito, unicamente per i brani citati dal *report* del Panel nel caso *China – Raw Materials*, ci si limiterà ad indicare la numerazione del paragrafo o dei paragrafi interessati.

⁸ Appellate Body Report, *China – Measures Affecting Trading Rights and Distribution Services for Certain Publications and Audiovisual Entertainment Products*, WT/DS363/AB/R, adopted 19 January 2010.

⁹ Par. 7.230.

¹⁰ *Ibid.*, nella versione francese.

¹¹ *Ibid.*, nella versione spagnola.

dimento a proposito dell'art. XX, e garantire, così, il loro diritto ad una pronta risoluzione della controversia, evitando il *non liquet* in sede di appello nell'ipotesi in cui il Tribunale permanente dovesse acconsentire all'applicabilità della clausola GATT sulle eccezioni generali anche per la Sezione 11, par. 3, del Protocollo di adesione, che impone alla Cina di eliminare i dazi all'esportazione¹². Il *report* qui esaminato, pertanto, desta notevole interesse poiché verifica l'applicabilità dell'art. XX, lett. b., GATT 1994 – come interpretato dalla pregressa giurisprudenza dell'OMC – alla difesa cinese sulla tutela della salute e sulla sostenibilità ambientale delle proprie misure e afferma, nelle corpose considerazioni compiute a proposito dell'art. XX, lett. g., GATT 1994, che quest'ultimo deve essere interpretato anche alla luce del principio della sovranità statale, sotto il particolare profilo della sovranità sulle risorse naturali, una prospettiva sulla quale il contenzioso dell'OMC non si era mai soffermato.

Più in generale, l'analisi del caso *China – Raw Materials* riveste particolare importanza poiché conferma ulteriormente tutta la conoscenza, la padronanza e l'abilità nel rapportarsi al sistema OMC che Pechino ha acquisito investendo costantemente e diligentemente nella formazione della propria classe dirigente riguardo al diritto di Marrakech. Infatti, dalla sua adesione, avvenuta nel 2001, ad oggi, dunque in soli dieci anni, la Cina è passata da un atteggiamento estremamente cauto – che la portava a non avviare reclami, preferendo concentrare le proprie risorse nell'apprendimento delle regole OMC, e, nelle situazioni di difesa, a convenire rapidamente con le parti reclamanti una soluzione amichevole alla controversia sollevata – ad un approccio decisamente aggressivo. Quest'ultimo non si riflette unicamente nella scelta, sempre più frequente, di instaurare procedimenti contenziosi, ed anche con ottimi risultati, contro Membri OMC del calibro di Stati Uniti ed Unione europea, ma anche nella difesa agguerrita con la quale Pechino sostiene le normative cinesi

¹² Come noto, l'Organo d'appello dell'OMC può pronunciarsi solo su questioni di diritto («[a]n appeal shall be limited to issues of law covered in the panel report and legal interpretations developed by the panel», art. 17, par. 6, DSU). L'Organo d'appello non ha il potere di rinviare al Panel (*remand authority*) quelle parti del *report* di un Panel che intenda annullare e in merito alle quali ritenga inadeguata o assente la valutazione degli elementi fattuali. Pertanto, laddove non disponga di un esame dei fatti considerato adeguato, l'Organo d'appello dovrà dichiarare la propria impossibilità a pronunciarsi, costringendo i reclamanti per i quali le parti in questione fossero fondamentali a ripercorrere l'*iter* procedurale dell'OMC, con tutte le conseguenze negative che ne derivano in termini di costi e di tempi. Nei lavori di revisione del sistema di risoluzione delle controversie, aperti dall'ormai lontano 1997, una delle principali questioni riguarda proprio l'attribuzione del potere di rinvio all'Organo d'appello. Sul punto, si veda il documento del segretariato dell'OMC con le proposte sulla *remand authority* JOB(04)/52/Rev.1, *Special Session of the Dispute Settlement Body*, 14 March 2007. In dottrina, cfr. M. T. MOLINA TEJEDA, F. PIÉROLA, *The Review of the WTO Dispute Settlement Process*, in *Global Trade and Customs Journal*, 2011, pp. 325-338. Si sottolinea che la Repubblica popolare cinese ha presentato appello contro il *report* del Panel anche in merito all'applicabilità dell'art. XX GATT 1994 al Protocollo di adesione: cfr. Notification of an Appeal by China under Article 16.4 and Article 17 of the Understanding on Rules and Procedures Governing the Settlement of Disputes (DSU), and under Rule 20(1) of the *Working Procedures for Appellate Review*, *China – Measures Related to the Exportation of Various Raw Materials*, WT/DS394/11, WT/DS395/11, WT/DS398/10, 2 September 2011, par. 9-10.

attaccate¹³, come accade nella controversia in esame.

Pertanto, nel presente saggio, dopo una rapida esposizione della parte in fatto, si intendono illustrare e commentare quelle parti del *report* che affrontano gli aspetti ora evidenziati, ponendo particolare attenzione alle argomentazioni addotte dal Governo cinese durante il dibattito.

2. Il regime "WTO-Plus" della Cina sui dazi all'esportazione: la Sezione 11, par. 3, e l'Allegato 6 del Protocollo di adesione

Stati Uniti, Unione europea e Messico hanno attaccato quaranta misure relative all'esportazione di nove tipi di materiali – bauxite, coke, fluorite, magnesio, manganese, carburo di silicio, silicio metallico, fosforo giallo e zinco – che possono essere rinvenuti allo stato naturale, oppure avere subito un trattamento iniziale. In particolare, i quattro tipi di restrizioni identificati consistono in dazi all'esportazione, quote all'esportazione, licenze all'esportazione nonché nell'obbligo di osservare determinati prezzi minimi all'esportazione. Le doglianze sono ricadute anche su diversi aspetti degli atti denunciati concernenti i sistemi di allocazione diretta e di aggiudicazione delle quote tramite asta in base ai quali vengono gestiti i contingenti dei materiali, come pure sulla mancata pubblicazione di alcune misure concernenti l'amministrazione delle restrizioni.

Ad avviso dei ricorrenti, il nutrito gruppo di norme cinesi avrebbe violato, tra l'altro, l'art. XI del GATT 1994; le Sezioni 1, par. 2; 5, par. 1; 11, par.

¹³ Sulla partecipazione della Cina al sistema di risoluzione delle controversie dell'OMC cfr., *inter alia*, M. DON HARPAZ, *Sense and Sensibilities of China and WTO Dispute Settlement*, in *JWT*, 2010, pp. 1155-1186; H. GAO, *Taming the Dragon: China's Experience in the WTO Dispute Settlement System*, in *LIEL*, 2007, pp. 369-392; H. GAO, *China in the WTO Dispute Settlement System: From Passive Rule-Taker to Active Rule-Maker?*, Report prepared for the Conference «A Decade in the WTO: Implications for China and Global Trade Governance», ICTSD, Geneva, 29 June 2011; P. L. HSIEH, *China-United States Trade Negotiations and Disputes: The WTO and Beyond*, Research Collection School of Law, Paper No. 525, 2009; P. L. HSIEH, *China's Development of International Economic Law and WTO Legal Capacity Building*, *JIEL*, 2010, pp. 997-1036; G. C. HUFBAUER - J. C. WOOLLACOTT, *Trade Disputes Between China and the United States: Growing Pains so Far, Worse Ahead?*, Working Paper 10-17, Peterson Institute for International Economics, December 2010; W. Ji - C. HUANG, *China's Path to Center Stage of WTO Dispute Settlement: Challenges and Responses*, in *Global Trade and Customs Journal*, 2010, pp. 365-377; W. Ji - C. HUANG, *China's Experience in Dealing with WTO Dispute Settlement: A Chinese Perspective*, cit. *supra*, nota 6; Q. KONG, *Trade Disputes between China and the EU: Are They Manageable?*, in *Global Trade and Customs Journal*, 2010, pp. 47-55; H. LIYU - Henry GAO, *China's Experience in Utilizing the WTO Dispute Settlement Mechanism*, in G. C. SHAFFER - R. MELÉNDEZ-ORTIZ (eds.), *Dispute Settlement at the WTO – The Developing Country Experience*, Cambridge University Press, Cambridge, 2010, pp. 137-171; S. MALAWER, *United States – China WTO Litigation (2011-2010): Active & Aggressive Litigants*, George Mason University - School of Public Policy, Research Paper No. 2011-03; K. THOMAS, *China and the WTO Dispute Settlement System: From Passive Observer to Active Participant?*, Working Paper Series SSRN, 2011, <http://ssrn.com/abstract=1866259>; A. S. VERGHESE, *The Evolution of China as a WTO Disputant*, *Trade Law in Brief - CUTS International*, No. 1/2010; M. YU, *WTO Disputes Settlement - China's Performance and Proposals on Its Improvement*, in *Front. Law China*, 2009, pp. 601-632.

3, del Protocollo di adesione della Cina all'OMC; nonché i par. 83 e 84 del Rapporto del Gruppo di lavoro per l'adesione, richiamati dal Protocollo. Pechino, dal canto suo, si è difesa anche invocando le eccezioni previste dagli artt. XI, par. 2, lett. *a.* e XX, lett. *b.* e lett. *g.*, del GATT 1994.

Come noto, il Protocollo di adesione della Cina all'OMC, accolto dalla Conferenza ministeriale nel 2001, contiene una nutrita serie di disposizioni speciali che ampliano significativamente, per il Paese asiatico, i doveri già espressi dagli Accordi di Marrakech¹⁴. Tali obblighi aggiuntivi vengono indicati con l'espressione di obblighi "WTO-Plus" e tra di essi indubbiamente spicca il severo regime sui dazi all'esportazione. Infatti, mentre la riduzione delle tariffe doganali sulle importazioni è sempre stato un elemento fondante e distintivo del sistema multilaterale, un simile obbligo a proposito dei dazi alle esportazioni non è mai stato imposto nell'impianto del GATT 1947 né, successivamente, nell'esteso e sofisticato meccanismo creato dall'Uruguay Round. Il diritto OMC continua, pertanto, a limitarsi al divieto di restrizioni quantitative alle esportazioni codificato all'art. XI GATT 1994, una limitazione che affonda le sue radici nel contesto storico nel quale il sistema multilaterale degli scambi è stato creato. Negli anni Quaranta, per l'appunto, le maggiori potenze industriali, che importavano grandi quantità di cibo e materie prime, avevano maturato la presunzione, o l'aspettativa, che nessun ostacolo avrebbe potuto frapporsi al loro libero accesso alle risorse di altri Stati, per via dell'importanza e dell'influenza che erano capaci di esercitare su alcuni Paesi fornitori¹⁵.

La prassi del sistema multilaterale, tuttavia, aveva ben presto chiaramente rivelato che, attraverso alti dazi all'esportazione, le parti contraenti del GATT 1947 riuscivano a vanificare il divieto sulle quote di cui all'art. XI GATT, proteggendo, con notevole successo, le industrie di trasformazione nazionali a

¹⁴ Sul contenuto del Protocollo di adesione della Cina all'OMC v., *inter alia*, N. R. LARDY, *Integrating China into the Global Economy*, Brookings Institution Press, Washington DC, 2002; J. YA QIN, "WTO-Plus" Obligations and Their Implications for the World Trade Organization Legal System, *JWT*, 2003, pp. 483-522.

¹⁵ Si veda l'importante ricostruzione operata dal Rappresentante del Canada, riportata in una Dichiarazione resa durante i lavori del Tokyo Round: «I was not present at the conception, but I have examined the drafting records of the Havana Conference and the other conferences which took place immediately following World War II, and I have examined the work that was done in the League of Nations' Economic Secretariat on these matters in the 1930's. It is the case that there was substantial discussion about rules about exports. In the event, only a limited number of rules were included in the text of what was meant to be an interim arrangement ... I think it possibly would be a better reading of history to say that in certain major industrial countries, importers of food and raw materials, there may have been an assumption or better, an expectation, that they disposed of such market power, and their economic structures were so important in the political and economic life of certain supplying countries that they could reasonably assume that no impediment would ever be placed to their free access to other people's resources. *They probably did not expect to see the question of sovereignty of resources raised. We can now see that this was a mistaken expectation*». MTN/FR/W/6, *Statement by the Representative of Canada on 22 February 1977*, 10 March 1977 (*corsivo aggiunto*). Sul tema del principio della sovranità sulle risorse naturali si rinvia al par. VII.

scapito di quelle concorrenti stabilite in un Paese terzo o assicurandosi una robusta entrata in caso di difficoltà del bilancio pubblico. Anche durante l'Uruguay Round non si è formato il *consensus* necessario per eliminare questa via d'uscita rispetto al dovere di esportare a condizioni vantaggiose che l'obbligo di ridurre i dazi all'esportazione avrebbe comportato.

Al tavolo dei lunghi negoziati per l'adesione della Cina, però, le preoccupazioni dei Membri OMC economicamente più forti – le cui industrie avevano, a volte, già riscontrato problemi di approvvigionamento per i materiali originari del Paese asiatico – riuscirono ad imporre a Pechino condizioni estremamente vantaggiose per le loro imprese di trasformazione. Infatti, in base alla Sezione 11, par. 3, del Protocollo di adesione, «China shall eliminate all taxes and charges applied to exports unless specifically provided for in Annex 6 of this Protocol or applied in conformity with the provisions of Article VIII of the GATT 1994». Quest'ultima disposizione dell'Accordo GATT, relativa agli oneri fissati in occasione delle operazioni di importazione o esportazione ma diversi dalle tariffe doganali, stabilisce che dette imposizioni possano rappresentare unicamente un equo corrispettivo rispetto ai servizi resi¹⁶; mentre l'Allegato 6 del Protocollo di adesione elenca 84 prodotti, la maggior parte dei quali sono materie prime, indicando per ciascuno di essi l'ammontare massimo che può essere imposto a titolo di dazio all'esportazione. Infine, la nota all'Allegato 6 puntualizza che «China confirmed that the tariff levels included in this Annex are maximum levels which will not be exceeded. China confirmed furthermore that it would not increase the presently applied rates, except under exceptional circumstances. If such circumstances occurred, China would consult with affected members prior to increasing applied tariffs with a view to finding a mutually acceptable solution».

Pertanto, a fronte dell'assenza di ogni tipo di obbligo a eliminare o ridurre i dazi all'esportazione, che caratterizza il sistema generale dell'OMC, la Cina ha accolto una considerevole serie di impegni. In primo luogo, Pechino ha accettato di eliminare, entro tre anni dal momento dell'adesione, tutti i dazi all'esportazione ad eccezione degli 84 prodotti elencati all'Allegato 6 del Protocollo; inoltre, con riferimento a tali 84 prodotti, il livello del dazio è vincolato a quanto indicato all'Allegato 6; ancora, la Cina ha assunto l'impegno a non innalzare comunque il livello del dazio all'esportazione praticato al momento dell'adesione; infine, limitatamente a questi ultimi, dunque alle tariffe doganali già praticate, è stata stabilita la possibilità, per la Cina, di innalzarli, ma unicamente laddove ricorrano "exceptional circumstances", e, lo si sotto-

¹⁶ Si veda, in particolare, il par. 1, lett. a. dell'art. VIII GATT: «[a]ll fees and charges of whatever character (other than import and export duties and other than taxes within the purview of Article III) imposed by contracting parties on or in connection with importation or exportation shall be limited in amount to the approximate cost of services rendered and shall not represent an indirect protection to domestic products or a taxation of imports or exports for fiscal purposes».

linea, solo dopo aver consultato i Membri OMC interessati, nell'intento di approntare un opportuno contesto ove esplorare la possibilità di pervenire ad una soluzione amichevole per superare i contrasti provocati dal prospettato incremento delle tariffe doganali.

Stati Uniti, Unione europea e Messico hanno sostenuto il mancato rispetto del regime "WTO-Plus" sulle esportazioni concordato nel Protocollo di adesione, lamentando, da parte di Pechino, l'imposizione di nuovi e/o più alti dazi su bauxite, coke, fluorite, magnesio, manganese, silicio metallico, fosforo giallo e zinco. In Cina, la procedura per la definizione e il pagamento delle tariffe doganali all'esportazione è stabilita dalla *Customs Law* e dai *Regulations on Import and Export Duties*, che vengono periodicamente affiancati da una ulteriore misura, il *Tariff Implementation Program*, adottato con cadenza annuale e che fissa le tariffe dei beni sottoposti a dazio¹⁷. Con la sola eccezione del fosforo giallo, rispetto al quale, attraverso l'*Adjustment of Export Tariffs Circular*, la Cina ha riportato la tariffa doganale al livello codificato all'Allegato 6 del Protocollo di adesione (il 20% del valore dichiarato in dogana) nella seconda metà del 2009, dunque prima della costituzione del Panel¹⁸, il Gruppo di esperti ha riconosciuto l'incompatibilità dei dazi denunciati, tutti precisati nel *2009 Tariff Implementation Program*, con la Sezione 11, par. 3, del Protocollo di adesione. Si tratta, infatti, di tariffe stabilite per materie non presenti nella lista di cui all'Allegato 6, e che, pertanto, la Cina avrebbe dovuto interamente eliminare.

Il Panel ha stabilito che l'incompatibilità con il diritto OMC è pronunciata nei confronti delle tre normative sopra ricordate «operating in concert»: «[f]or each of these products (bauxite, coke, fluorspar, magnesium, manganese, silicon metal and zinc ...), the series of measures *operating in concert* has resulted in the imposition of export duties that are inconsistent with China's obligations under Paragraph 11.3 of China's Accession Protocol»¹⁹. Il Gruppo di esperti si preoccupa di ribadire con forza che la sua scelta di determinare l'eventuale violazione del sistema multilaterale rispetto all'insieme delle misure sulla base delle quali la Cina gestisce i dazi all'esportazione è volta ad evitare che, curandosi unicamente dei provvedimenti annuali sull'ammontare delle tariffe, Pechino possa agevolmente sfuggire ad un *report*: «[t]he Panel recalls its view that findings on the measures *acting in concert* is necessary so that annually renewed measures do not evade WTO dispute settlement review merely through their expiration during the Panel proceedings»²⁰. Pertanto, conclude il Gruppo di esperti, «[i]t is only by examining

¹⁷ Cfr. il par. 7.52.

¹⁸ Cfr. il par. 7.63.

¹⁹ Par. 7.105 (*corsivo aggiunto*).

²⁰ *Ibid.* (*corsivo aggiunto*). Cfr. anche il par. 7.68: «The Panel considers that an analysis of the

these three measures as they work in concert that the Panel concluded that it could reach a final determination on the complainants' export duty claims. The Panel did not reach the conclusion that individually each of those measures is necessarily WTO-inconsistent; rather, when they operate in concert to result in WTO-inconsistent duties, it is then that they become *prima facie* WTO-inconsistent»²¹.

Inoltre, su richiesta dell'Unione europea, il Panel ha anche stabilito la violazione, da parte della Cina, dell'obbligo di entrare in consultazioni prima di imporre nuovi dazi all'esportazione o di aumentare le tariffe doganali consentite: un dovere, lo si è già sopra evidenziato, previsto dalla nota all'Allegato 6 del Protocollo di adesione²². A quanto pare, Pechino sarebbe sistematicamente venuta meno all'importante obbligo di trasparenza, una carenza che, certo, non aiuta a creare un confronto ed un dialogo informato e costruttivo tra la potenza cinese e gli altri Membri OMC, dando luogo a forti tensioni intergovernative e per gli operatori economici che hanno intensi rapporti con il Paese asiatico²³.

3. Il rapporto tra il Protocollo di adesione della Cina all'OMC e l'art. XX GATT 1994

Per difendere l'imposizione dei dazi all'esportazione, vietati dalla Sezione 11, par. 3, del Protocollo di adesione, la Cina ha sostenuto che, comunque, quelle restrizioni dovevano essere giustificate in base all'art. XX, lett. *b.*, e lett. *g.*, GATT 1994, poiché le modalità estrattive e di lavorazione di diverse materie prime oggetto delle tariffe doganali – zinco, magnesio, manganese (inclusi i cascami, dunque i residui del primo trattamento di questi tre elementi) nonché il coke – incidono pesantemente su ambiente e salute delle persone, mentre la fluorite è una risorsa naturale i cui giacimenti nel Paese asiatico andrebbero sempre più assottigliandosi, e non potrebbero, pertanto, sostenere oltre illimitate asportazioni di materiale. Pechino, quindi, ritiene necessario

WTO consistency of the 2009 Tariff Implementation Program must also involve an analysis of the Customs Law and the Regulations on Import and Export Duties. This is not to say that individually each of those measures would necessarily be WTO-inconsistent; rather, when they operate in concert to result in WTO-inconsistent duties, it is then that they would become *prima facie* WTO-inconsistent».

²¹ *Ibid.*

²² «China acknowledges that it failed to consult pursuant to the Note to Annex 6 ... in light of China's admission, the Panel concludes that China has in fact failed to consult with other affected WTO Members prior to the imposition of the export duties imposed on bauxite, coke, fluorspar, magnesium, manganese, silicon metal and zinc, in violation of its obligations under Annex 6 to China's Accession Protocol» (par. 7.102 e 7.104).

²³ «Apparently, China never conducted prior consultations with affected Members as required by the Protocol». J. YA QIN, *The Challenge of Interpreting "WTO-Plus" Provisions*, JWT, 2010, pp. 127-172, a p. 157.

contenere lo sfruttamento delle sue risorse naturali. A suo avviso, i dazi doganali sarebbero una misura appropriata per proteggere ambiente e salute, ed evitare una rapida estinzione delle sostanze a rischio di esaurimento, permettendo alla Cina di raggiungere in tempi ragionevoli uno sviluppo sostenibile attraverso la diversificazione economica che sarebbe innescata proprio dai provvedimenti restrittivi sulle materie prime, che incentiverebbero sia l'industria di trasformazione sia modi di produzione e consumo ecocompatibili.

Le parti attrici hanno respinto con la massima fermezza la possibilità di applicare l'art. XX GATT 1994 alla Sezione 11, par. 3, del Protocollo di adesione. Per Stati Uniti, Unione europea e Messico, l'inapplicabilità della clausola GATT sulle eccezioni generali risulterebbe incontrovertibilmente dalla chiara formulazione della Sezione 11, par. 3, e dell'Allegato 6 del Protocollo, come pure dei paragrafi pertinenti contenuti nella Relazione del Gruppo di lavoro. In primo luogo, i reclamanti osservano che lo *chapeau* dell'art. XX GATT 1994 – «... nothing in this Agreement ...» – indica senza ambiguità alcuna che tale disposizione può essere applicata solo agli impegni assunti in base al GATT 1994. Indubbiamente, i Membri OMC mantengono la discrezionalità di "incorporare" l'art. XX GATT 1994 in altri accordi da essi eventualmente conclusi, nell'ambito del sistema OMC, come pure al di fuori di quest'ultimo. In questo caso, però, la base giuridica che consente la possibilità di ricorrere alle eccezioni di cui all'art. XX GATT 1994 è proprio il testo, nel nuovo accordo, che ne prevede il richiamo, come accade, ad esempio, per l'Accordo multilaterale sulle misure relative agli investimenti che incidono sugli scambi commerciali (*Agreement on Trade-Related Investment Measures*, TRIMs), il cui art. 3 prevede, per l'appunto, che «[a]ll exceptions under GATT 1994 shall apply, as appropriate, to the provisions of [the TRIMs] Agreement». Inoltre, secondo i reclamanti, i Membri OMC si sarebbero sinora attenuti alla tecnica di redigere apposite regole sulle eccezioni per ogni Accordo OMC, confezionandole proprio alla luce delle specifiche caratteristiche dei diversi strumenti pattizi²⁴. Insomma, per Stati Uniti, Unione europea e Messico non

²⁴ Ad esempio, si consideri l'art. XIV dell'Accordo generale sugli scambi dei servizi (*General Agreement on Trade in Services*, GATS), ove i Membri OMC hanno stabilito, in modo simile all'art. XX GATT 1994, che «[s]ubject to the requirement that such measures are not applied in a manner which would constitute a means of arbitrary or unjustifiable discrimination between countries where like conditions prevail, or a disguised restriction on trade in services, nothing in this Agreement shall be construed to prevent the adoption or enforcement by any Member of measures: *a.* necessary to protect public morals or to maintain public order; *b.* necessary to protect human, animal or plant life or health ...»; oppure l'art. XXIII dell'Accordo plurilaterale sugli appalti pubblici (*Agreement on Government Procurement*, GPA) in base al quale «[n]othing in this Agreement shall be construed to prevent any Party from taking any action or not disclosing any information which it considers necessary for the protection of its essential security interests relating to the procurement of arms, ammunition or war materials, or to procurement indispensable for national security or for national defence purposes. Subject to the requirement that such measures are not applied in a manner which would constitute a means of arbitrary or unjustifiable discrimination between countries where the same conditions prevail or a disguised restriction on international trade, nothing in this Agreement shall be construed to prevent any Party from imposing or enforcing measures: neces-

vi sarebbe alcun riferimento testuale nelle parti rilevanti del Protocollo e in quelle collegate della Relazione del Gruppo di lavoro, né sarebbe possibile riscontrare altri elementi sui quali basare l'applicabilità dell'art. XX GATT 1994 agli impegni "WTO-Plus" assunti dalla Cina a proposito dei dazi all'esportazione. In particolare, osserva l'Unione europea, «[t]he system of the WTO covered agreements has been negotiated as a *finely knit web of rights and obligations balanced by an equally finely knit web of explicit exceptions. To allow exceptions which are foreseen in one agreement to justify a violation in another agreement would, in the absence of an explicit incorporation of this exception in that latter agreement, change the content and balance of the system and create a serious threat to the predictability and legal security of the international trading system*»²⁵.

Il Panel procede, innanzitutto, a puntualizzare la tecnica ormai consolidata per definire le condizioni di adesione dei nuovi Membri all'OMC, e a indicare il valore giuridico da attribuire agli atti attraverso i quali viene disciplinata l'entrata a far parte del sistema multilaterale degli scambi. Dando seguito a quanto stabilito dall'art. XII dell'Accordo istitutivo dell'OMC, per il quale la *membership* deve essere definita tra lo Stato che intende aderire e l'OMC²⁶, le condizioni dell'adesione sono oramai costantemente fissate in un apposito Protocollo di adesione, accompagnato e completato dalla Relazione del Gruppo di lavoro che ha materialmente negoziato l'ingresso del nuovo Stato OMC²⁷. L'accordo di adesione codificato in questi due documenti «results in a delicate balance of rights and obligations», un «accession package» che rappresenta una sorta di biglietto di ingresso per divenire parte del sistema multilatera-

sary to protect public morals, order or safety, human, animal or plant life or health or intellectual property; or relating to the products or services of handicapped persons, of philanthropic institutions or of prison labour»; e, ancora, l'art. 27, par. 2, dell'Accordo sugli aspetti dei diritti di proprietà intellettuale attinenti al commercio (*Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property*, TRIPs), che stabilisce quanto segue: «Members may exclude from patentability inventions, the prevention within their territory of the commercial exploitation of which is necessary to protect *ordre public* or morality, including to protect human, animal or plant life or health or to avoid serious prejudice to the environment, provided that such exclusion is not made merely because the exploitation is prohibited by their law».

²⁵ *China – Measures Related to the Exportation of Various Raw Materials (WT/DS395), Second Written Submission by the European Union*, Geneva 8 October 2010, par. 227 (*corsivo aggiunto*).

²⁶ «1. Any State or separate customs territory possessing full autonomy in the conduct of its external commercial relations and of the other matters provided for in this Agreement and the Multilateral Trade Agreements may accede to this Agreement, *on terms to be agreed between it and the WTO*. Such accession shall apply to this Agreement and the Multilateral Trade Agreements annexed thereto. 2. Decisions on accession shall be taken by the Ministerial Conference. The Ministerial Conference shall approve the agreement on the terms of accession by a two-thirds majority of the Members of the WTO. 3. Accession to a Plurilateral Trade Agreement shall be governed by the provisions of that Agreement». Art. XII dell'Accordo istitutivo dell'OMC (*corsivo aggiunto*).

²⁷ Con specifico riferimento alla Cina, i due documenti OMC sono i già citati *Protocol on the Accession of the People's Republic of China*, WT/L/432, 23 November 2001, e *Report of the Working Party on the Accession of China*, WT/MIN(01)/3, 10 November 2001.

le degli scambi²⁸. A loro volta, il Protocollo di adesione e gli impegni previsti nella Relazione del Gruppo di lavoro e richiamati nel Protocollo sono parte integrante degli Accordi OMC, come viene precisato anche nel Protocollo della Cina: «[t]he WTO Agreement to which China accedes shall be the WTO Agreement as rectified, amended or otherwise modified by such legal instruments as may have entered into force before the date of accession. This Protocol, which shall include the commitments referred to in paragraph 342 of the Working Party Report, shall be an integral part of the WTO Agreement»²⁹.

Chiarito, dunque, quale sia lo *status* del Protocollo di adesione nel sistema multilaterale, il Panel passa ad affrontare la questione del rapporto del Protocollo con gli altri Accordi OMC. Si tratta di un aspetto in merito al quale non è possibile fare affidamento su un complesso di regole opportunamente e appositamente dedicate al tema del coordinamento tra il Protocollo di adesione e gli altri Accordi OMC. Il Panel, pertanto, richiama la giurisprudenza dell'Organo d'appello nel caso *China – Publications and Audiovisual Products*, che era precedentemente intervenuto proprio sul rapporto tra l'art. XX GATT 1994 ed una diversa parte del Protocollo di adesione, la Sezione 5, par. 1, nella quale Pechino ha assunto l'obbligo di liberalizzare il diritto al commercio – dunque di importare e di esportare – per tutte le imprese in Cina.

Detta sezione stabilisce che «[w]ithout prejudice to China's right to regulate trade in a manner consistent with the WTO Agreement, China shall progressively liberalize the availability and scope of the right to trade, so that, within three years after accession, all enterprises in China shall have the right to trade in all goods throughout the customs territory of China, except for those goods listed in Annex 2A which continue to be subject to state trading in accordance with this Protocol». Nella disputa appena richiamata, l'Organo d'appello ha stabilito la possibilità di applicare a tale parte del Protocollo l'eccezione sulla morale pubblica di cui all'art. XX, lett. *a.*, GATT 1994, invocata dalla Cina per difendere la propria normativa restrittiva su importazione e distribuzione di prodotti audiovisivi, consentite solo previo esame del contenuto di tali prodotti, effettuabile unicamente da imprese facenti capo allo Stato cinese. Il Panel, richiamando la pronuncia d'appello del caso *China – Publications and Audiovisual Products*, sottolinea la scelta del Tribunale permanente di non discutere – e quindi definire – il tipo di relazione che dovrebbe intercorrere tra il Protocollo di adesione della Cina nel suo insieme e la clausola sulle eccezioni generali del GATT, preferendo concentrarsi solo sul testo della Sezione 5, par. 1, invocata dagli Stati Uniti quale base giuridica del proprio reclamo. Tale Sezione, come già indicato, prevede espressamente,

²⁸ Cfr. par. 7.112.

²⁹ Sezione 1, par. 2 del Protocollo di adesione della Cina, WT/L/432, *cit. supra*, nota 4 (*corsivo aggiunto*).

nella parte iniziale, che il diritto al libero commercio sia garantito dalla Cina «without prejudice to China's right to regulate trade in a manner consistent with the WTO Agreement». L'espressione «in a manner consistent with the WTO Agreement» è stata interpretata dall'Organo d'appello come inclusiva *a.* del diritto dei Membri OMC di regolamentare gli scambi in base a quanto previsto dalle apposite regole multilaterali (ad esempio, per le misure tecniche dall'Accordo TBT, per quelle fitosanitarie dall'Accordo SPS), *b.* del diritto di avvalersi delle eccezioni consentite dalle apposite clausole laddove la disciplina posta in essere da uno Stato dovesse confliggere con gli obblighi di liberalizzazione. Quindi, riassume il Panel, il Tribunale permanente ha concluso nel senso che l'*incipit* della Sezione 5, par. 1, del Protocollo debba significare «that the justifications of Article XX of the GATT 1994 were incorporated, *by way of reference*, into the Protocol and this formed a constituent part of this specific accession commitment», con la conseguenza che «China could rely on this incorporation to invoke Article XX as a defence for a violation of Article 5.1 of its Accession Protocol»³⁰.

Passando all'esame del testo del Protocollo sul divieto di dazi alle esportazioni, che la Cina vorrebbe intendere come giustificabile ricorrendo all'art. XX GATT 1994, il Panel, richiamando quanto previsto dall'art. 31, par. 1, della Convenzione di Vienna sul diritto dei trattati³¹ (in base al quale «[u]n trattato deve essere interpretato in buona fede seguendo il senso ordinario da attribuire ai termini del trattato nel loro contesto e alla luce del suo oggetto e del suo scopo»), si concentra sul *testo* della Sezione 11, par. 3, nonché della nota dell'Allegato 6 del Protocollo. E qui, il Gruppo di esperti riscontra immediatamente che la terminologia è ben diversa rispetto alla Sezione 5, par. 1. Se l'espressione introduttiva di quest'ultima ha permesso all'Organo d'appello di affermare che, in ragione della loro incorporazione, è possibile ricorrere alle giustificazioni consentite dall'art. XX GATT 1994, il testo della Sezione 11, par. 3, non consentirebbe di giungere alla medesima conclusione. Infatti, detta Sezione, lo si ricorda, stabilisce che «China shall eliminate all taxes and charges applied to exports unless specifically provided for in *Annex 6 of this Protocol* or applied in conformity with the provisions of *Article VIII of the*

³⁰ Par. 7.119 (*corsivo aggiunto*).

³¹ Convenzione di Vienna sul diritto dei trattati, Vienna, 23 maggio 1969, entrata in vigore il 27 gennaio 1980, in *UNTS*, vol. 1155, p. 331, ratificata dalla Repubblica italiana con legge n. 112 del 12 febbraio 1974, in *Guri* n. 111 del 30 aprile 1974, *suppl. ord.* Come noto, l'art. 3, par. 2, DSU, stabilisce che il diritto OMC debba essere interpretato conformemente alle norme di diritto internazionale generale sull'interpretazione dei trattati; e dottrina e giurisprudenza considerano ormai incontestabilmente che le pertinenti disposizioni della Convenzione di Vienna (artt. 31, 32, 33) riflettano il diritto internazionale consuetudinario sul punto. Per tali aspetti cfr., *inter alia*, P. MENGGOZZI, *The World Trade Organization Law: An Analysis of Its First Practice*, in P. MENGGOZZI (ED.), *International Trade Law on the 50th Anniversary of the Multilateral Trade System*, Milano, Giuffrè, 1999, pp. 3-51; I. VAN DAMME, *Treaty Interpretation by the WTO Appellate Body*, Oxford University Press, OUP, 2009.

GATT 1994»³²; a sua volta, l'Allegato 6 elenca 84 prodotti per i quali è consentito applicare tariffe doganali all'esportazione, nei limiti massimi ivi indicati, e la nota all'Allegato 6 rende ancora più stringente l'obbligo assunto da Pechino, precisando che «China confirmed that *the tariff levels included in this Annex are maximum levels which will not be exceeded*. China confirmed furthermore that *it would not increase the presently applied rates, except under exceptional circumstances*. If such circumstances occurred, China would consult with affected members prior to increasing applied tariffs with a view to finding a mutually acceptable solution»³³. Pertanto, a differenza della Sezione 5, par. 1, la Sezione 11, par. 3, non contiene alcun richiamo generale al diritto della Cina a regolamentare gli scambi in modo compatibile con il sistema OMC né alcun rinvio specifico all'Accordo GATT 1994, né, tantomeno, all'art. XX GATT 1994. Le eccezioni tassativamente previste (si sottolinea il verbo «shall eliminate») sono quelle dell'art. VIII GATT 1994, relativo alla liceità delle tariffe che rappresentano un equo corrispettivo rispetto ai servizi resi; quelle indicate all'Allegato 6, dunque gli 84 prodotti sui quali è possibile imporre un dazio all'esportazione, nei limiti codificati; infine, le «exceptional circumstances» di cui alla nota dell'Allegato 6, circostanze eccezionali che, però, sono riferite unicamente alla possibilità di aumentare le tariffe doganali praticate al momento dell'adesione della Cina all'OMC, e solo a seguito di consultazioni con i Membri OMC interessati, dunque con un ambito di applicazione estremamente circoscritto³⁴. L'analisi del testo delle parti del Protocollo richiamate non lascerebbe alcun margine di flessibilità nell'applicazione del divieto dei dazi all'esportazione: «[w]hile it would have been possible to include a reference to the GATT 1994 or to Article XX, WTO Members evidently decided not to do so. The deliberate choice of language providing for exceptions in Paragraph 11.3, together with the omission of general references to the WTO Agreement or to the GATT 1994, suggest to us that the WTO Members and China did not intend to incorporate into Paragraph 11.3 the defences set out in Article XX of the GATT 1994»³⁵.

Quindi, il Panel vaglia la conclusione cui è pervenuto sulla base dell'interpretazione testuale alla luce del "contesto" nel quale le regole richiamate

³² *Corsivo aggiunto.*

³³ *Corsivo aggiunto.*

³⁴ «In the Panel's view, the ordinary meaning of these two sentences of Annex 6 [China confirmed that the tariff levels included in this Annex are maximum levels which will not be exceeded; China confirmed furthermore that it would not increase presently applied rates except under exceptional circumstances] is very clear. The use of the term "maximum levels" sets a *definitive ceiling in excess of which China may not impose export duties*. Furthermore, the second sentence makes clear that *any increase in the export duty rates applied at the time of the conclusion of China's Accession Protocol could be effected only in exceptional circumstances following consultations with affected Members*», par. 7.127 (*corsivo aggiunto*).

³⁵ Par. 7.129.

sono poste. La Cina indica come opportuno contesto alla luce del quale leggere la Sezione 11, par. 3 del Protocollo, il par. 170 della Relazione di accompagnamento, richiamato dalla Sezione 1, par. 2³⁶, come parte integrante del Protocollo di adesione. In tale par. 170 «[t]he representative of China confirmed that upon accession, China would ensure that its laws and regulations relating to all fees, charges or taxes levied on imports and exports would be *in full conformity with its WTO obligations, including Articles I, III:2 and 4, and XI:1 of the GATT 1994* ...». Per Pechino, il termine «including» inequivocabilmente significa che la lista di disposizioni espressamente citate in seguito è esemplificativa e non tassativa, dunque suscettibile di includere, in via interpretativa, tutte le regole relative alle merci, compresa la clausola sulle eccezioni generali dell'Accordo GATT. Inoltre, l'espressione «in full conformity with its WTO obligations» includerebbe anch'essa un implicito riferimento all'art. XX GATT 1994, poiché una misura che soddisfa i requisiti di tale disposizione è pienamente conforme al sistema OMC. Pertanto, secondo la Cina, il linguaggio rilevante impiegato dalla Sezione 5, par. 1, del Protocollo, e quello utilizzato per il par. 170 della Relazione del Gruppo di lavoro sono sinonimi. Di conseguenza, argomenta Pechino, «if Paragraph 5.1 includes the flexibilities of Article XX, so does Paragraph 170 of the Working Party Report»³⁷.

Il Panel non accoglie le considerazioni della Cina. A suo avviso, il par. 170 non costituisce il corretto "contesto" della Sezione 11, par. 3, del Protocollo, poiché riguarderebbe solo gli obblighi previsti dal GATT 1994, mentre la materia oggetto della disputa concerne unicamente lo specifico divieto accolto dalla Cina sulle tariffe doganali all'esportazione, dunque un divieto che non è contemplato dall'Accordo generale sulle merci³⁸. Infatti, i dazi al-

³⁶ In base alla quale «[t]his Protocol, which shall include the commitments referred to in paragraph 342 of the Working Party Report, shall be an integral part of the WTO Agreement». A sua volta, il par. 342 della Relazione del Gruppo di lavoro così recita: «[t]he Working Party took note of the explanations and statements of China concerning its foreign trade regime, as reflected in this Report. The Working Party took note of the commitments given by China in relation to certain specific matters which are reproduced in paragraphs 18-19, 22-23, 35-36, 40, 42, 46-47, 49, 60, 62, 64, 68, 70, 73, 75, 78-79, 83-84, 86, 91-93, 96, 100-103, 107, 111, 115-117, 119-120, 122-123, 126-132, 136, 138, 140, 143, 145, 146, 148, 152, 154, 157, 162, 165, 167-168, 170-174, 177-178, 180, 182, 184-185, 187, 190-197, 199-200, 203-207, 210, 212-213, 215, 217, 222-223, 225, 227-228, 231-235, 238, 240-242, 252, 256, 259, 263, 265, 270, 275, 284, 286, 288, 291, 292, 296, 299, 302, 304-305, 307-310, 312-318, 320, 322, 331-334, 336, 339 and 341 of this Report and noted that these commitments are incorporated in paragraph 1.2 of the Draft Protocol». WT/MIN(01)/3, *cit. supra*, nota 4, par. 342.

³⁷ Par. 7.133.

³⁸ «The Panel notes, in particular, that Paragraph 170 does not refer to China's specific obligations on export duties; it refers to "charges and taxes levied on imports and exports" ... Paragraph 170 essentially repeats the commitments existing under certain GATT rules. The matter at issue in this dispute, and governed by Paragraph 11.3, is different; it is concerned with duties and taxes that are imposed only on exports, and that are specifically prohibited under Paragraph 11.3 of the Accession Protocol ... and not regulated by the GATT 1994. In the Panel's view, Paragraph 170 of the Working Party Report neither explicitly nor implicitly refers to any exceptions or GATT 1994 flexibilities in relation to the prohibition on China to use export duties as prescribed by Paragraph 11.3 of the Accession Protocol», par. 7.141.

l'esportazione sono proibiti solo dalla Sezione 11, par. 3, del Protocollo, per cui il Panel ritiene che il contesto da analizzare per definire con esattezza la portata della prescrizione proibitiva sia rappresentato dai primi due paragrafi della Sezione 11. Questi ultimi contengono entrambi l'espressione «in conformity with GATT 1994» («1. China shall ensure that customs fees or charges applied or administered by national or sub-national authorities shall be *in conformity with the GATT 1994*. 2. China shall ensure that internal taxes and charges, including value-added taxes, applied or administered by national or sub-national authorities shall be *in conformity with the GATT 1994*»)³⁹. Non vi è traccia di tale espressione nel par. 3 della Sezione 11. Per il Panel, il diverso linguaggio nei tre paragrafi della Sezione considerata sarebbe prova di una precisa scelta della Cina e della *membership* dell'OMC durante i negoziati sull'adesione, scelta che deve essere rispettata ed applicata, poiché riflette un «agreement at the time of China's accession that since China's export duties commitments arose exclusively from China's Accession Protocol, Article XX would not apply to such commitments»⁴⁰. Insomma, per il Panel, il silenzio della Sezione 11, par. 3, a differenza dell'espressione di «conformità al GATT» richiamata in entrambi i paragrafi precedenti, sta ad indicare che la Cina ha rinunciato ad applicare l'art. XX GATT 1994 al divieto di dazi alle esportazioni: «[i]f China and WTO Members wanted the defences of GATT Article XX to be available to violations of China's export duty commitments, they could have said so in Paragraph 11.3 or elsewhere in China's Accession Protocol»⁴¹.

La Cina tenta, infine, di sottolineare che accettando il divieto di imporre dazi all'esportazione non può aver acconsentito a spogliarsi completamente del proprio diritto a regolamentare e disciplinare il commercio, un diritto che è un «inherent right» di cui gode ogni Membro OMC, e che non è, pertanto, "conferito" dagli accordi internazionali, ma, al contrario, esercitato anche attraverso questi ultimi⁴². Il Panel concorda con la Cina sul fatto che «WTO Members have an *inherent and sovereign right to regulate trade*»⁴³, ma immediatamente dopo osserva che il tipo di impegni assunti nel Protocollo di adesione sono proprio «the ultimate expression of China's sovereignty»⁴⁴. Riconoscere l'applicabilità dell'art. XX GATT 1994 alla Sezione 11, par. 3, significherebbe unicamente cambiare il contenuto ed alterare l'attento equili-

³⁹ Sezione 11 del Protocollo di adesione della Cina, WT/L/432, *cit. supra*, nota 4 *Corsivo aggiunto*.

⁴⁰ Par. 7.138.

⁴¹ Par. 7.140.

⁴² «According to China, the text of Paragraph 11.3 of its Accession Protocol shows that WTO Members, in imposing an obligation on China to forego export duties in certain circumstances, did not exclude the inherent right to regulate trade», par. 7.155.

⁴³ Par. 7.156 (*corsivo aggiunto*).

⁴⁴ Par. 7.157.

brio raggiunto durante i negoziati per l'ingresso della Cina nell'OMC, dunque minare alle fondamenta la prevedibilità e la sicurezza giuridica del sistema del commercio internazionale⁴⁵. Indubbiamente, il Panel riconosce che la situazione determinata dall'inapplicabilità della clausola GATT sulle eccezioni generali alla Sezione 11, par. 3, del Protocollo di adesione può apparire sbilanciata, del tutto dissimile rispetto agli impegni della maggior parte dei Membri OMC⁴⁶, che non devono osservare alcun divieto sui dazi all'esportazione, rispetto ai quali, al contrario, godono di piena discrezionalità: «[h]owever, *based on the text before us*, the Panel can only assume that this was the intention of China and the WTO Members when negotiating China's Accession Protocol ... the Panel can find no legal basis in the Protocol or otherwise to interpret Paragraph 11.3 of China's Accession Protocol as permitting resort to Article XX of the GATT 1994»⁴⁷.

3.1 Perplessità sul risultato interpretativo del Panel

La conclusione del Panel sull'inapplicabilità dell'art. XX alla Sezione 11, par. 3, del Protocollo ha già scatenato reazioni piuttosto dure da parte della dottrina⁴⁸. Esse sono impregnate sulla convinzione che il risultato dell'attività interpretativa compiuta dal Gruppo di esperti, più che creare una situazione suscettibile di essere «perceived as imbalanced»⁴⁹, sfocia, in realtà, in quello che l'art. 32, lett. b., della Convenzione di Vienna sul diritto dei trattati definisce come «un risultato che è manifestamente assurdo o irragionevole».

Infatti, le regole *ad hoc* sul divieto di dazi all'esportazione accettato dalla Cina vengono ad assumere la natura di «most sacred rules of the WTO»⁵⁰ poi-

⁴⁵ Cfr. par. 7.159.

⁴⁶ «The Panel is mindful that excluding the applicability of Article XX justifications from the obligations contained in Paragraph 11.3 means that China is in a position unlike that of most other WTO Members who are not prohibited from using export duties, either via the terms of their respective accession protocols or their membership to the WTO at the time of its inception ... The situation created by this provision taken in isolation may be perceived as imbalanced ...», par. 7.160 (*corsivo aggiunto*).

⁴⁷ *Ibid* (*corsivo aggiunto*).

⁴⁸ In particolare, cfr. J. YA QIN, *The Irrationality of the WTO Export Duty Regime: Availability of GATT Article XX and Beyond*, in *International Economic Law and Policy Blog*, 11 July 2011. Più in generale, sul rapporto tra l'art. XX GATT 1994 e il Protocollo di adesione della Cina v. P. CONCONI - J. PAUWELYN, *Trading Culture: Appellate Body Report on China-Audiovisuals (WT/DS363/AB/R, adopted 19 January 2010)*, in *World Trade Review*, 2011, pp. 95-118; Y. NGANGJOH-HODU, *Relationship of GATT Article XX Exceptions to Other WTO Agreements*, in *Nordic Journal of International Law*, 2011, pp. 219-234; J. PAUWELYN, *Squaring Free Trade in Culture with Chinese Censorship: The WTO Appellate Body Report in China-Audiovisuals*, in *Melbourne JIL*, 2008, pp. 1-22.

⁴⁹ Par. 7.160.

⁵⁰ J. YA QIN, *The Irrationality of the WTO Export Duty Regime: Availability of GATT Article XX and Beyond*, cit. *supra*, nota 48.

ché sono, in pratica, permanenti in quanto ben difficilmente emendabili, e, stante l'interpretazione del Panel nel *report China – Raw Materials*, costantemente inderogabili poiché non si potrebbero ad esse applicare le eccezioni previste dal GATT 1994. Negoziando le condizioni di adesione, Cina e *membership* dell'OMC hanno convenuto di non inserire gli obblighi assunti da Pechino in materia di oneri all'esportazione nella apposita *Schedule* della Cina allegata all'Accordo generale sulle merci, ossia nella lista di impegni redatta da ogni Membro OMC a proposito degli obblighi in materie di tariffe doganali. Questo aspetto tecnico della redazione ha prodotto, innanzitutto, l'impossibilità di evitare ogni minimo dubbio sull'applicabilità delle eccezioni contemplate dal GATT 1994 al divieto sui dazi cinesi all'esportazione, poiché l'impianto dell'Accordo generale sulle merci prevede che le deroghe agli impegni di liberalizzazione riguardino anche le *Schedules* dei Paesi membri dell'OMC. Inoltre, la scelta di inserire gli obblighi WTO-Plus in oggetto nel Protocollo di adesione comporta anche l'impossibilità di modificare o ritirare le concessioni sui dazi all'esportazione ogni tre anni, come, invece, per gli impegni tariffari contemplati nelle *Schedules*, è consentito dall'art. XXVIII GATT 1994, previa individuazione di un adeguato accordo di compensazione con i Membri OMC principalmente interessati⁵¹. Pertanto, considerando che le pesanti procedure di voto rendono estremamente difficile riuscire a trovare il consenso della *membership* del sistema di Marrakech per adottare un emendamento agli Accordi OMC⁵², come pure al Protocollo di adesione⁵³, non si può che arrivare alla conclusione che gli obblighi sui dazi al-

⁵¹ «On the first day of each three-year period (...) a contracting party (...) may, by negotiation and agreement with any contracting party with which such concession was initially negotiated and with any other contracting party (...) [having] a principal supplying interest (...) and subject to consultation with any other contracting party (...) [having] a substantial interest in such concession, modify or withdraw a concession included in the appropriate schedule annexed to this Agreement». Art. XXVIII, par. 1, GATT 1994.

⁵² In linea di principio, per le disposizioni diverse dall'art. IX dell'Accordo istitutivo dell'OMC, dagli artt. I e II GATT 1994, dall'art. II, par. 1, GATS, e dall'art. 4 TRIPs, per la cui modifica l'art. X dell'Accordo istitutivo dell'OMC richiede il consenso di tutti i Membri, un emendamento alle regole multilaterali richiede la ratifica da parte di due terzi della *membership* dell'OMC, ed è sottoposto ad una serie complessa di passaggi per quanto riguarda la proposta dell'emendamento, la sua approvazione e la sua entrata in vigore.

⁵³ Attualmente, non è chiaro quali sarebbero le procedure che la Cina dovrebbe seguire per modificare una o più parti del Protocollo di adesione. Poiché, in base alla Sezione 1, par. 2, del Protocollo, quest'ultimo, unitamente alle parti richiamate della Relazione del Gruppo di lavoro, è definito «integral part» degli Accordi OMC, si potrebbe sostenere che le modifiche del Protocollo devono osservare i pesanti meccanismi decisionali di cui all'art. X dell'Accordo istitutivo dell'OMC. In dottrina, però, vi è chi osserva acutamente che in tal modo, per le modifiche del Protocollo, si richiederebbe di osservare regole più onerose rispetto a quelle utilizzate per l'adozione del Protocollo stesso (ossia la procedura codificata all'art. XII, par. 2, dell'Accordo istitutivo dell'OMC, in base alla quale le decisioni sull'adesione sono approvate dalla Conferenza ministeriale, che deve deliberare con i due terzi dei voti dei suoi componenti) e che, per giunta, sarebbero suscettibili di pervenire ad un risultato assurdo. Infatti, poiché l'art. X OMC richiede, in linea di principio, la ratifica di due terzi dei Membri OMC per perfezionare l'adozione di un emendamento, e non obbliga i Membri OMC che non abbiano accolto l'emendamento in questione a rispettarlo, potrebbe verificarsi la singolare situazione di un emendamento al Protocollo di adesione approvato

l'esportazione della Cina sarebbero blindati, inflessibili e senza possibilità di deroga alcuna: essi avrebbero, quindi, una forza giuridica da precetto "integralista" che supererebbe addirittura quella delle colonne del sistema di liberalizzazione, ossia la clausola della nazione più favorita e il principio del trattamento nazionale, la cui violazione è comunque suscettibile, come accade per tutti gli obblighi del GATT, di essere giustificata in base all'art. XX GATT 1994, come pure all'art. XXI GATT 1994, disposizione che consente le eccezioni in materia di sicurezza dei Membri OMC. Anche alla luce del fatto che l'impegno ad eliminare le tariffe doganali all'esportazione non è contemplato dal sistema generale dell'OMC, ma riguarda solo alcuni Paesi che hanno aderito al sistema multilaterale successivamente all'entrata in vigore degli Accordi di Marrakech – insieme alla Cina, vi sono Arabia Saudita, Croazia, Lettonia, Mongolia, Ucraina e Vietnam⁵⁴ – pare davvero difficile concludere che la reale intenzione dei negozianti del Protocollo di adesione fosse quella di determinare la rinuncia assoluta, da parte della Cina, al suo «inherent and sovereign right to regulate trade»⁵⁵, comunque riconosciuto dal Panel, e, prima ancora, dall'Organo d'appello nel caso *China - Publications and Audiovisual Products*⁵⁶.

Certo, la redazione del Protocollo di adesione, come pure della Relazione del Gruppo di lavoro, non è stata effettuata con la necessaria attenzione e risulta del tutto inadeguata a fornire un quadro chiaro della portata degli specifici obblighi cinesi nonché del coordinamento di tali strumenti giuridici con il sistema OMC. Se l'insufficiente tecnica redazionale complica enormemente il lavoro dell'interprete, quest'ultimo, però, proprio in ragione del testo oggettivamente carente di Protocollo e Relazione non potrà certo affidarsi unicamente all'infelice formulazione terminologica. L'interprete non può, quindi, fermarsi alla sola interpretazione testuale per concludere che il testo del Protocollo, inequivocabilmente, indica una chiara intesa dei negozianti sulla rinuncia della Cina, pressoché perenne, al proprio diritto sovrano alla regolamentazione del commercio anche attraverso l'imposizione di tariffe doganali all'esportazione. Per riprendere le parole dell'art. 32, lett. b., della Convenzione di Vienna, un simile risultato ci pare davvero «manifestamente assurdo», e «manifestamente ... irragionevole». Infatti, negando l'applicabilità del-

senza il concorso della Repubblica popolare cinese. Cfr. J. YA QIN, *The Challenge of Interpreting "WTO-Plus" Provisions*, cit. *supra*, nota 23, pp. 133-135.

⁵⁴ Cfr. la nota 186 del Panel Report.

⁵⁵ Par. 7.156.

⁵⁶ «[W]e see the "right to regulate", in the abstract, as an *inherent power* enjoyed by a Member's government, rather than a right bestowed by international treaties such as the *WTO Agreement*. With respect to trade, the *WTO Agreement* and its Annexes instead operate to, among other things, discipline the exercise of each Member's inherent power to regulate by requiring WTO Members to comply with the obligations that they have assumed thereunder», in *China - Publications and Audiovisual Products*, Appellate Body Report, par. 222 (*corsivo aggiunto*).

l'art. XX GATT 1994 alla Sezione 11, par. 3, del Protocollo, si rende impossibile applicare un dazio all'esportazione per tutelare ambiente, salute, o risorse naturali esauribili, mentre rimangono giustificabili le quote e i divieti all'esportazione, poiché essi ricadono nell'art. XI GATT 1994, disposizione che si applica a quote e divieti cinesi, non essendovi un regime *ad hoc* nel Protocollo di adesione. Ciò è assurdo e irragionevole, poiché nel sistema multilaterale ginevrino, laddove uno Stato necessita di mantenere o introdurre misure restrittive per tutelare il mercato interno o perseguire le politiche pubbliche contemplate dalle eccezioni generali, l'ostacolo agli scambi più tollerato è proprio il dazio doganale, in quanto è un provvedimento che, comunque, consente la commercializzazione dei beni, dunque risulta meno distorsivo degli scambi rispetto alle barriere non tariffarie, ed è inoltre, trasparente, essendo ben chiaro il tipo e l'ammontare dell'onere che uno Stato, in deroga agli impegni di liberalizzazione, impone su un determinato prodotto⁵⁷. Ancora, pare assurdo e irragionevole dover concludere che dal testo del Protocollo risulti che la Cina, più che avere esercitato la propria sovranità prestando il proprio consenso al Protocollo, abbia, in pratica, abdicato – e abdicato per sempre – ad esercitarla, acconsentendo ad eliminare, senza possibilità di deroga, tutti i dazi all'esportazione ad eccezione degli 84 prodotti elencati all'Allegato 6. Un simile risultato è incoerente con il sistema multilaterale degli scambi così come delineato nel Preambolo dell'Accordo istitutivo dell'OMC, ove è contemplato il principio dello sviluppo sostenibile, in base al quale occorre sempre raccordare lo sviluppo economico con la preservazione dell'ambiente e con lo sviluppo sociale.

A fronte dell'irragionevolezza rispetto ai tratti distintivi e all'integrità del sistema OMC, che ci pare scaturisca dal considerare l'art. XX GATT 1994 inapplicabile alla Sezione 11, par. 3, del Protocollo di adesione, si tenta qui di indicare un diverso percorso ermeneutico, anche per non incorrere nel pericolo di dedurre improvvisi divieti da diversamente interpretabili silenzi.

Indubbiamente, è vero che i par. 1 e 2 della Sezione 11 del Protocollo contengono entrambi l'espressione «in conformity with GATT», che, invece, non è richiamata dal par. 3. I primi due paragrafi, infatti, lo si ricorda, così recitano: «1. China shall ensure that customs fees or charges applied or administered by national or sub-national authorities, shall be in conformity with the GATT 1994. 2. China shall ensure that internal taxes and charges, including value-added taxes, applied or administered by national or sub-national authorities shall be in conformity with the GATT 1994». Bisogna, però, anche

⁵⁷ Cfr. R. HOWSE, *Climate Change Mitigation Subsidies and the WTO Legal Framework: A Policy Analysis*, International Institute for Sustainable Development, 2010, a p. 17; I. JEGOU - L. RUBINI, *The Allocation of Emission Allowances Free of Charge: Legal and Economic Considerations*, ICTSD Programme on Competitiveness and Sustainable Development, Transition to a Low Carbon Series, Issue Paper No. 18, International Centre for Trade and Sustainable Development, Geneva, Switzerland, 2011, p. 39.

tener presente che essi riaffermano gli obblighi generali del GATT – pertanto, per forza di cose, deve essere richiamato l'Accordo generale! – rispetto al nuovo Membro OMC, e nulla più.

Invece, il par. 3 della Sezione 11, che stabilisce il divieto di dazi all'esportazione, contempla un significativo obbligo "WTO-Plus": «China shall eliminate all taxes and charges applied to exports unless specifically provided for in Annex 6 of this Protocol or applied in conformity with the provisions of Article VIII of the GATT 1994». Le due espresse esclusioni contemplate in tale paragrafo potrebbero semplicemente intendersi per quello che dicono. Esse precisano che *a.* il nuovo divieto della Sezione 11, par. 3 – formulato con l'ampia espressione di «all taxes and charges applied to exports», anziché utilizzare una più puntuale nozione, ad esempio «export customs duties» – non deve intendersi come esteso agli oneri imposti dalla Cina quale corrispettivo di un servizio reso (art. VIII GATT 1994); *b.* un gruppo di 84 prodotti, elencati all'Allegato 6, è escluso dal divieto di dazio all'esportazione. Il silenzio sugli altri aspetti di raccordo con le regole OMC non può essere valutato come l'esclusione dell'applicabilità dell'art. XX GATT 1994.

Certo, vi è il pasticcio del riferimento alle «exceptional circumstances» malamente inserito nella nota all'Allegato 6 del Protocollo di adesione. Lo si rammenta: in tale nota si legge che la Cina «would not increase the *presently applied rates*, except under *exceptional circumstances*». Dunque, la giustificazione in presenza di circostanze eccezionali è limitatissima, nell'oggetto e nella portata temporale. Infatti, essa riguarda solo i dazi doganali all'esportazione applicati da Pechino al momento dell'adesione all'OMC. Perché mai, tali, non meglio precisate, «exceptional circumstances» avrebbero potuto verificarsi solo in riferimento ai dazi all'esportazione praticati dalla Cina nel 2001 e non per altre tariffe, definite successivamente? Ci pare che il dato letterale della nota di un Allegato ad un Protocollo di adesione davvero non possa determinare un risultato interpretativo che risulti incoerente con il sistema multilaterale nel suo complesso, ove lo stesso Preambolo dell'Accordo istitutivo dell'OMC ricorda che la liberalizzazione degli scambi e lo sviluppo economico devono poter essere perseguiti osservando il principio dello sviluppo sostenibile, quindi tutelando l'ambiente e promuovendo il progresso sociale.

Si può ancora obiettare che la frase introduttiva dell'art. XX GATT 1994 «... nothing in this Agreement ...» sia un esplicito ed invalicabile limite all'applicabilità di tale disposizione al di fuori del GATT, a meno che non vi sia un espresso richiamo nello strumento pattizio al quale la si vorrebbe accostare. Occorre, comunque, ricordare, che i lavori preparatori relativi alla clausola GATT sulle eccezioni generali rivelano che il suo *incipit* venne inserito proprio con l'intento di garantire una applicazione generalizzata, («universal»)⁵⁸ dei diversi valori in essa contemplati come possibili giustificazioni a

⁵⁸ Sul punto v. I. JEGOU - L. RUBINI, *The Allocation of Emission Allowances Free of Charge*:

tutti gli impegni GATT. Inoltre, ancora una volta si sottolinea l'assurdità del risultato cui si perverrebbe affidandosi esclusivamente al dato letterale. Infatti, si profila sempre il rischio di impedire ad un Membro OMC di tutelare e promuovere gli importanti valori contemplati nell'art. XX GATT 1994 attraverso una misura che, pur formalmente di ostacolo agli scambi, è comunque capace di rispettare le numerose condizioni poste dalla disposizione richiamata per la sua legittimazione. Ma una liberalizzazione assoluta e inderogabile, completamente sganciata dalla sostenibilità, non è certo il modello predisposto per il sistema multilaterale degli scambi dell'OMC.

Oltre a rammaricarsi per un altro aspetto negativo della prassi redazionale delle condizioni di adesione, ossia l'assenza dei lavori preparatori del Protocollo di adesione della Cina, non resta, a questo punto, che attendere che cosa deciderà l'Organo d'appello sul punto. La Cina, come era ampiamente prevedibile, ha impugnato il *report* qui commentato anche in riferimento all'applicabilità dell'art. XX GATT 1994 alla Sezione 11, par. 3, del Protocollo di adesione⁵⁹. Alla luce di tale sviluppo, risulta indubbiamente opportuna la prudente scelta del Panel di procedere «on an *arguendo* basis» ad analizzare comunque le eccezioni di Pechino basate sull'art. XX lett. b., e lett. g., per giustificare i dazi all'esportazione contestati da Stati Uniti, Unione europea e Messico⁶⁰. In tal modo, infatti, l'Organo d'appello, laddove decidesse di ribaltare l'irragionevole risultato interpretativo del Panel sull'inapplicabilità dell'art. XX GATT 1994 alla Sezione 11, par. 3, del Protocollo di adesione, potrà avere a sua disposizione l'analisi degli elementi di fatto del Panel relativi alla clausola GATT sulle eccezioni generali e pronunciarsi di conseguenza anch'esso sulla giustificabilità delle restrizioni cinesi alle esportazioni.

4. L'incompatibilità delle quote cinesi e del prezzo minimo all'esportazione sulle materie prime con l'art. XI, par. 1, GATT 1994

Con specifico riferimento al sistema di quote poste in essere dalla Cina⁶¹, va ricordato che la loro disciplina generale è inquadrata nella *Foreign Trade Law*, che conferisce l'autorità ad adottare misure restrittive all'esportazione per perseguire determinati obiettivi, quali la tutela della salute e della vita dell'uomo, o la preservazione di risorse che risultino esauribili. Il Ministero cinese per il commercio con l'estero (*Ministry of Commerce of the People's*

Legal and Economic Considerations, cit. *supra*, nota 57, p. 56, e D. A. IRWIN - P. C. MAVROIDIS - A. O. SYKES (eds.), *The Genesis of GATT*, Cambridge, Cambridge University Press, 2008, p. 164.

⁵⁹ Cfr. WT/DS394/11, WT/DS395/11, WT/DS398/10, cit. *supra*, nota 12, par. 9-10.

⁶⁰ Cfr. par. 7.230.

⁶¹ Il Panel Report compie una accurata presentazione della disciplina cinese sull'amministrazione delle quote ai par. 7.172-7-201.

Republic of China, MOFCOM) è responsabile per l'amministrazione centralizzata di tutte le quote all'esportazione cinesi, che determina annualmente per ciascun prodotto e gestisce in collaborazione con gli uffici delle dogane. Per ciascun minerale o metallo, o per gruppi delle materie prime oggetto della presente causa, esistono poi, molteplici atti normativi, attraverso i quali vengono puntualizzati i criteri per determinare le quote annuali e le esigenze da tener presente per ciascun settore, nonché i singoli provvedimenti annuali che contengono l'ammontare delle quote. Le quote possono essere allocate direttamente, cosa che avviene per lo zinco e il coke, oppure attraverso un sistema di aggiudicazione delle quote basato sulle offerte all'asta degli operatori, metodo che viene seguito per bauxite, fluorite e carburo di silicio. Per garantire il rispetto del complesso ed articolato sistema amministrativo delle quote, la disciplina cinese prevede sanzioni amministrative ed anche di carattere penale.

Le quote fissate sulle materie prime oggetto della nostra attenzione sono state naturalmente attaccate sulla base dell'art. XI, par. 1, GATT 1994, la disposizione che proibisce ogni tipo di restrizione e, naturalmente, di divieto anche sulle esportazioni, ai sensi della quale «[n]o prohibitions or restrictions other than duties, taxes or other charges, whether made effective through quotas, import or export licences or other measures, shall be instituted or maintained by any contracting party on the importation of any product of the territory of any other [Member] or on the exportation or sale for export of any product destined for the territory of any other [Member]».

Tale regola multilaterale esprime estesamente l'obbligo di eliminare le restrizioni quantitative, come può evincersi altresì dal termine «measures», utilizzato accanto ai più puntuali vocaboli di «quotas, import or export licences», per indicare nel modo più inclusivo possibile ogni tipo di normativa suscettibile di contenere – o, comunque, implicare – contingenti o bandi, una terminologia che distingue l'art. XI rispetto alle altre disposizioni GATT, che si riferiscono, invece, a leggi o regolamenti, omettendo di servirsi di un vocabolo così generico come quello di «misura»⁶². Pertanto, la disposizione in oggetto è suscettibile di essere interpretata in modo considerevolmente esteso, anche se l'esatta portata dell'art. XI, par. 1, GATT 1994 in riferimento alle

⁶² Nel caso *Japan – Semi-Conductors*, sviluppatosi nell'ambito del GATT 1947, il Panel, che era stato chiamato a pronunciarsi sulla riconducibilità all'art. XI GATT di una serie di misure amministrative giapponesi le quali, pur non vincolanti, inducevano gli operatori economici locali ad adottare pratiche contrarie alla ricordata disposizione, osservò, per l'appunto, che «this wording [of Article XI:1] was comprehensive: it applied to all measures instituted or maintained by a contracting party prohibiting or restricting the importation, exportation or sale for export of products other than measures that take the form of duties, taxes or other charges (...) the Panel noted that Article XI:1, unlike other provisions of the General Agreement, did not refer to laws or regulations but more broadly to measures. This wording indicated clearly that any measure instituted or maintained by a contracting party which restricted the exportation or sale for export of products was covered by this provision, irrespective of the legal status of the measure». *Japan – Semi-Conductors*, GATT Panel Report, *Japan – Trade in Semi-Conductors*, L/6309, adopted 4 May 1988, BISD 35S/116, par. 104 e 106.

restrizioni alle esportazioni è ben lungi dall'essere chiara e consolidata poiché è stata oggetto di un numero estremamente limitato di controversie, prima nel sistema del GATT 1947, ed, ora, in quello di Marrakech⁶³.

Il Panel ha scelto di attribuire alla nozione di «restriction» un significato molto ampio, richiamando la giurisprudenza pregressa dei panels dell'OMC, poiché, ad oggi, l'Organo d'appello non è mai intervenuto sulla nozione di restrizione di cui all'art. XI, par. 1, GATT 1994. Dunque, va considerata restrittiva quella misura che crea incertezze ed incide sui piani di investimento, restringe l'accesso ai mercati e rende proibitivo il costo delle importazioni, o quel provvedimento che limita, in generale, le operazioni commerciali⁶⁴. Insomma, per il Panel, «the obligation imposed in Article XI:1 is to explicitly forbid Members from maintaining a restriction made effective through a prohibition or quota on the exportation of any product. Export quotas are inconsistent with Members' obligations by virtue of Article XI:1 because they have a restrictive or limiting effect on exportation»⁶⁵.

Analizzando le varie misure portate alla sua attenzione, dalle discipline quadro ai singoli provvedimenti che fissano le quote annuali, il Gruppo di esperti conclude che la Cina mantiene quote – ed anche divieti – all'esportazione per bauxite, coke, fluorite, carburo di silicio e zinco⁶⁶. Il Panel precisa inoltre che la violazione dell'art. XI, par. 1, GATT 1994 è dovuta all'operare congiunto dell'insieme dei provvedimenti analizzati e richiamati, secondo l'impostazione definita risolvendo l'eccezione preliminare sul suo mandato, proprio per evitare che «annually renewed measures do not evade WTO dispute settlement review merely through their expiration during the Panel proceedings»⁶⁷.

Sempre sulla base dell'art. XI, par. 1, GATT 1994, Stati Uniti, Unione europea e Messico hanno attaccato anche il meccanismo cinese del prezzo minimo all'esportazione (*minimum export price*, MEP) praticato su bauxite,

⁶³ Cfr. B. KARAPINAR, *China's Export Restriction Policies: Complying with "WTO Plus" or Undermining Multilateralism*, in *World Trade Review*, 2011, pp. 389-408; L. VAN DEN HENDE - J. PATERSON, *Export Restrictions on Raw Materials – WTO Rules and Remedies*, Bloomberg Law Reports, 2009.

⁶⁴ «The Appellate Body has not yet been required to consider the meaning of "restrictions" in Article XI:1. Some panels, however, have done so. In *Colombia – Ports of Entry*, after reviewing several GATT and WTO cases, the panel concluded that "restrictions" in the sense contemplated by Article XI:1 refers to measures that create uncertainties and affect investment plans, restrict market access for imports, or make importation prohibitively costly [WT/DS366/R, par. 7.240]. The panel in *India – Quantitative Restrictions* concluded that the scope of the term 'restriction' is "broad" and, in terms of its ordinary meaning, is "a limitation on action, a limiting condition or regulation" [WT/DS90/R, par. 5.128]. The panel in *India – Autos* similarly endorsed a broad interpretation of the term "restriction", concluding that Article XI:1 applies to conditions that are "limiting" or have a "limiting effect ... on importation itself" [WT/DS175/R, par. 7.270]», par. 7.206.

⁶⁵ *Ibid.*

⁶⁶ Per lo zinco, sia nel 2009 che nel 2010, la Cina ha adottato, in pratica, un vero e proprio bando poiché il MOFCOM non ha deliberato alcuna quota annuale all'esportazione: cfr. il par. 7.217.

⁶⁷ Par. 7.218.

coke, fluorite, magnesio, carburo di silicio, fosforo giallo e zinco. Il MEP è definito dalla Camera di commercio cinese degli importatori ed esportatori di metalli, minerali e prodotti chimici (*China Chamber of Commerce of Metals, Minerals and Chemicals Importers and Exporters*, CCCMC), alla quale la legislazione del Paese asiatico ha delegato il compito di definire ed applicare tali prezzi minimi all'esportazione. La loro osservanza è garantita da rigorose sanzioni, che possono arrivare al ritiro della licenza a quegli esportatori che non abbiano rispettato il MEP⁶⁸.

Anche in questo caso il Panel ha accolto l'istanza delle parti reclamanti. Richiamando quanto già definito a proposito dell'ampio significato da attribuire alla nozione di «restrizione», il Gruppo di esperti ha concluso che un sistema ove si determini un prezzo minimo all'esportazione e se ne imponga il dovere di osservarlo agli esportatori, che incorrono in una pesante penalità laddove non rispettino il MEP, «has the *potential* to restrict trade»⁶⁹. In particolare, nel caso specifico, la limitazione creata dalla misura cinese nasce dalla possibilità che il prezzo venga fissato ad un livello tale per cui gli esportatori non riescono a trovare degli acquirenti per il loro prodotto. Il Panel sottolinea, quindi, con severità che è sufficiente, per violare l'art. XI, par. 1, GATT 1994, riscontrare la *potenzialità* di una misura a produrre effetti restrittivi, implicitamente sancendo che non occorre provare che si siano già verificate limitazioni pregiudizievoli agli scambi. Dunque, «the very *potential* to limit trade is sufficient to constitute a "restriction ... on the exportation or sale for export of any product" within the meaning of Article XI:1 of the GATT 1994»⁷⁰.

5. L'eccezione al divieto di restrizioni quantitative di cui all'art. XI, par. 2, lett. a., GATT 1994 per far fronte ad una situazione critica dovuta alla penuria di prodotti essenziali per lo Stato esportatore

La Cina chiede, limitatamente alla quota all'esportazione di 930.000 tonnellate annue imposta per la bauxite refrattaria, di poter giustificare detta misura in base all'art. XI, par. 2, lett. a., GATT 1994, che consente di legittimare le misure restrittive laddove si tratti di «[e]xport prohibitions or restrictions temporarily applied to prevent or relieve critical shortages of foodstuffs or other products essential to the exporting contracting party». Pechino, infatti, sostiene di essere obbligata a mantenere la misura contestata poiché la sua disponibilità di bauxite è fortemente minacciata dall'alta domanda proveniente dai Paesi terzi e dal rischio di rapida esauribilità delle scorte. Inoltre, la Cina

⁶⁸ Cfr. par. 7.1063 – 7.1066.

⁶⁹ Par. 7.1081 (*corsivo aggiunto*).

⁷⁰ *Ibid.*

sottolinea che le scelte compiute riguardo la bauxite refrattaria sono analoghe ai divieti ed alle restrizioni che le stesse parti reclamanti hanno mantenuto anche per 40 anni su prodotti ritenuti essenziali per la loro industria di trasformazione, citando quali esempi le limitazioni ed i bandi all'esportazione sul legname non lavorato utilizzati dagli Stati Uniti per 43 anni, e le restrizioni ed i divieti all'esportazione per diversi tipi di residui della lavorazione di metalli ferrosi e non ferrosi che l'Unione europea ha adottato per 37 anni. Tali misure, secondo Pechino, sarebbero indicative dell'opinione dei Membri OMC sulla portata dell'art. XI, par. 2, lett. *a.*, dunque si presterebbero ad essere qualificate come la «prassi successivamente seguita nell'applicazione del trattato attraverso la quale si sia formato un accordo delle parti in materia di interpretazione del medesimo» che l'art. 31, par. 3, lett. *b.*, della Convenzione di Vienna indica quale elemento di cui tener conto nell'interpretare un accordo internazionale⁷¹. Di avviso completamente opposto sono le parti attrici: per Stati Uniti, Unione europea e Messico, la quota cinese attaccata non potrebbe essere considerata come una misura applicata temporaneamente, la bauxite refrattaria non sarebbe un prodotto essenziale per la Cina, la restrizione all'esportazione non sarebbe stata posta in essere per prevenire o alleviare una situazione critica del minerale che ne è oggetto⁷², ma unicamente per incentivare lo sviluppo dell'industria nazionale⁷³, e, infine, il mandato del Panel non potrebbe, in alcun modo, includere anche le misure restrittive statunitensi ed europee richiamate dalla Cina. Prima di procedere alla disamina dell'art. XI, par. 2, lett. *a.*, GATT 1994, il Panel interviene proprio su quest'ultimo punto. In riferimento alla prassi USA e UE, invocata dalla Cina quale prova della possibilità di includere nell'eccezione *ad hoc* sulle restrizioni quantitative anche misure di durata quarantennale, il Gruppo di esperti precisa di non considerare i provvedimenti richiamati rilevanti per la sua analisi poiché non è per nulla chiaro che tali misure siano state poste in essere avendo in mente l'art. XI, par. 2, lett. *a.* Inoltre, anche laddove risultasse che Stati Uniti ed Unione europea abbiano ritenuto di essere legittimati ad adottare quelle misure sulla base dell'eccezione qui considerata «their application does not demonstrate agreement on the meaning of Article XI:2(a)»⁷⁴. Dunque, il Panel segue integralmente l'impostazione molto cauta da sempre indicata dall'Organo d'appello per qualificare una prassi delle parti contraenti intervenuta successivamente all'entrata in vigore di un accordo come una prassi rilevante ai sensi dell'art. 31, par. 3, lett. *b.*, della Convenzione di Vienna: per il Tribunale permanente «subsequent practice in interpreting a treaty has been recognized

⁷¹ Cfr. par. 7.241 e 7.242 nonché la nota 414.

⁷² Par. 7.243.

⁷³ Cfr. par. 7.271.

⁷⁴ Par. 7.247.

as a a "concordant, common and consistent" sequence of acts or pronouncements which is sufficient to establish a discernible pattern implying the agreement of the parties [to a treaty] regarding its interpretation»⁷⁵.

Il Panel procede, quindi, ad esaminare quale sia, in generale, il significato da attribuire ai tre elementi chiave dell'eccezione invocata: il concetto di misura «temporarily applied», quello di «products *essential* to the exporting contracting party», e, infine, la nozione di «critical shortage».

Riguardo che cosa si debba intendere per restrizione *temporarily applied*, la Cina, dovendo giustificare il bando sulla bauxite, che, attraverso rinnovi annuali, applica dal 2000 e in merito al quale non ha dato indicazione alcuna di una sua dismissione a breve, sostiene che la durata acconsentita dall'art. XI, par. 2, lett. a., non è suscettibile di essere astrattamente quantificata *a priori*, ma deve essere definita caso per caso, e può anche essere prolungata nel tempo, purché regolarmente rivista. L'arco temporale consentito, dunque, dovrebbe essere strettamente legato al tipo di situazione critica che si intende alleviare o prevenire attraverso la restrizione quantitativa da giustificare. Non potendo, come si è appena visto, avvalersi della prassi statunitense ed europea su legname e residui della lavorazione di metalli per legittimare misure protratte per lungo tempo, la Cina fa allora affidamento sul bando australiano sull'esportazione di pecore merino, dal cui vello si ottiene la famosa e pregiata lana. Tale bando è stato mantenuto per più di 80 anni – dal 1929 al 2010 – ed è stato al centro delle discussioni sul testo dell'attuale art. XI durante i negoziati per la creazione del sistema del GATT 1947. Infatti, il rappresentante dell'Australia era preoccupato che l'inserimento della qualifica di «critical» per le situazioni di «shortages», di carenza di prodotti essenziali, fosse suscettibile di non includere il bando mantenuto dall'Australia sulle pecore merino. La siccità che aveva colpito la regione nel 1946 aveva causato la perdita di 20 milioni di capi, e i suoi effetti avrebbero richiesto parecchi anni per essere smaltiti. Dunque, se il periodo «critical» della siccità era stato superato, la penuria di bestiame avrebbe richiesto anni per essere colmata. L'Australia, pertanto, chiedeva di eliminare l'aggettivo «critical» dalla disposizione che sarebbe poi divenuta l'art. XI GATT, per evitare di essere costretta ad abrogare un divieto di esportazione che, invece, considerava irrinunciabile per difendere un'attività produttiva essenziale per il Paese anglosassone, e che avrebbe potuto dover reintrodurre in caso di nuove calamità naturali⁷⁶. Il Comitato sulle politi-

⁷⁵ *Japan – Alcoholic Beverages II*, Appellate Body Report, *Japan – Taxes on Alcoholic Beverages*, WT/DS8/AB/R, WT/DS10/AB/R, WT/DS11/AB/R, adopted 1 November 1996, p. 13.

⁷⁶ «It will be noticed that we have sent a circular proposing the deletion of the word "critical" (...) The reason why we suggest that this word be removed is that it is feared that export prohibitions on merino sheep which we impose might, because of the strict qualification of the word "shortages", have to be removed at a time when, in our view, they should be retained. We feel that whilst we have suffered very heavy shortages, it would be difficult with our sheep population to describe them as "critical". In the drought which occurred a little over a year ago we lost 20 million

che commerciali della Conferenza su commercio e sviluppo delle Nazioni Unite rassicurò, allora, il Rappresentante australiano nel senso che la situazione *sui generis* delle pecore merino era «entirely covered by the text as it stands,» dunque era riconducibile ad una situazione di penuria "critical", sottolineando, inoltre, che «the minutes of [the] meeting will always be at ... the disposal [of the Australian Representative] to indicate the feeling of this Committee»⁷⁷.

Il Panel, però, si rifiuta di prendere in considerazione i lavori preparatori dell'art. XI GATT 1994. L'art. 32 della Convenzione di Vienna, infatti, prevede il ricorso ai lavori preparatori di un accordo internazionale solo laddove l'applicazione dei criteri ermeneutici di cui all'art. 31 della Convenzione in oggetto pervenga ad un significato ambiguo o oscuro, o conduca ad un risultato assurdo o irragionevole⁷⁸. Ma l'interpretazione testuale e contestuale dell'art. XI, par. 2, lett. a., porta – ad avviso del Panel – ad un risultato molto chiaro. Il significato ordinario di «temporarily», osserva il Gruppo di esperti dopo aver riportato il consueto repertorio vocabolaristico che contraddistingue l'*incipit* dell'attività ermeneutica degli organi giudicanti del sistema OMC, è quello di «of a limited duration and not indefinite»⁷⁹. Occorre, inoltre, leggere l'art. XI GATT 1994 in modo tale da preservare il significato e la funzione dell'art. XX, lett. g., GATT 1994, conformemente al principio dell'effetto utile (*ut res magis valeat quam pereat*), un canone ermeneutico di diritto internazionale generale costantemente enfatizzato dall'Organo d'appel-

of sheep over a period of a few months. It caused something of a crisis at the time, but the effects of a drought do not wear off until very many years have passed, and measures may still be needed even when the really critical stages have passed. In other words, the critical element in the shortage might pass rather rapidly, but the effects remain for some years. It should be realized that, even with our large flocks, it takes time to get back to anything like a loss of 20 million sheep. I have therefore to ask the Commission that it agree to the word "critical" being removed and to explain that it is designed to meet our present position on the prohibition of the merino sheep, a position which might be expected to recur periodically. We could contemplate removing this prohibition perhaps in a year or so, but our problem is that if we have another drought in perhaps 3, 4, 5 or 6 years' time, we would not be able to reimpose this prohibition, or if we did reimpose it, we would only be able to keep it on during the very critical period of the result of the drought». Questa l'interessante dichiarazione del Rappresentante Australiano riportata in UN Economic and Social Council, *Second Session of the Preparatory Committee of the United Nations Conference on Trade and Employment, Verbatim Report of Fortieth Meeting of Commission A*, E/PC/T/A/PV/40(1) (19 August 1947).

⁷⁷ UN Economic and Social Council, *Third Committee: Commercial Policy, Summary Record of the Thirty-Seventh Meeting, Held on Monday, 16 February 1948 at 3.30 p.m., Consideration of the Report of Sub-Committee E (Articles 20 and 22)*, E/CONF.2/C.3/SR.37 (16 February 1948), pp. 1-3.

⁷⁸ Inoltre, a proposito delle discussioni sul bando australiano per le pecore merino svoltesi durante i negoziati del GATT 1947, il Panel ha osservato che «[t]he negotiating parties' discussion of this ban appears to have centred on whether Article XI:2(a) could be used to address questions of shortages in times of drought, which is not instructive with respect to the facts before us. Moreover, the fact that Australia may have kept the measure in place for 80 years (up to today) does not support the conclusion that the negotiating parties foresaw then and therefore agreed that the continued application for such duration would be justified under Article XI:2(a)» (v. la nota 437 del Panel Report [*corsivo aggiunto*]). Le osservazioni del Panel in merito al bando quasi secolare sulle pecore merino sono supportate dalle indicazioni temporali – certo più contenute rispetto a tempistiche pluridecennali – illustrate dal Rappresentante australiano nelle discussioni negoziali degli anni Quaranta.

⁷⁹ Par. 7.258.

lo, sin dal suo primo *report* nel caso *US – Gasoline*⁸⁰. In base a tale principio, una disposizione pattizia deve essere interpretata in modo tale da dare significato ed efficacia a tutti i termini e a tutte le altre disposizioni del trattato cui essa appartiene. «An interpreter is not free to adopt a reading that would result in reducing whole clauses or paragraphs of a treaty to redundancy or inutility»⁸¹; al contrario, «a treaty interpreter must read all applicable provisions of a treaty in a way that gives meaning to *all* of them, harmoniously»⁸².

Ora, l'art. XX, lett. g., GATT 1994 è dedicato alle misure volte a preservare le risorse naturali esauribili, per giustificare le quali richiede il rispetto di requisiti più numerosi e più pesanti di quelli previsti dall'art. XI, par. 2, lett. a. L'interpretazione proposta dalla Cina «would allow WTO Members to resort indistinguishably to either Article XI:2(a) or XX(g) to address the problem of an exhaustible natural resource»⁸³. Si tratta di una lettura errata, poiché il rischio di estinzione di una risorsa "finita", come può essere un minerale, non si presta ad essere efficacemente affrontato con una misura "temporanea" e priva di tutte le caratteristiche invece richieste dall'art. XX, lett. g., GATT 1994 – ad esempio, la necessità che analoga misura di conservazione venga adottata anche sul piano interno. Pertanto, ad avviso del Panel, «an interpretation that Article XI:2(a) permits the application of a measure for a limited time under limited circumstances [i.e. to address 'critical shortages' of 'essential products'] would be in harmony with the protection that may be available to a Member under Article XX(g), which addresses the conservation of exhaustible natural resources»⁸⁴.

Ampia è la nozione di «products *essential* to the exporting contracting party» cui perviene il Panel nell'interpretare il secondo requisito dell'art. XI, par. 2, lett. a., GATT 1994. Sempre muovendosi dall'analisi dei dizionari, il Gruppo di esperti osserva che "essenziale" può essere definito come significativo, importante, assolutamente necessario, che costituisce o è parte essenziale di qualcosa, insomma, indispensabile⁸⁵. Quindi, nota che l'essenzialità, nella disposizione oggetto di indagine, è precisata dall'espressione «to the expor-

⁸⁰ Appellate Body Report, *United States – Standards for Reformulated and Conventional Gasoline*, WT/DS2/AB/R, adopted 20 May 1996.

⁸¹ *US – Gasoline*, Appellate Body Report, p. 23.

⁸² *Argentina – Footwear (EC)*, Appellate Body Report, *Argentina – Safeguard Measures on Imports of Footwear*, WT/DS121/AB/R, adopted 12 January 2000, par. 81 (il corsivo è nel testo originale). Il principio dell'effetto utile è evidenziato con particolare efficacia anche nei seguenti *report* dell'Organo d'appello: *Korea – Dairy*, Appellate Body Report, *Korea – Definitive Safeguard Measure on Imports of Certain Dairy Products*, WT/DS98/AB/R, adopted 12 January 2000, par. 81; *India – Patents (US)*, Appellate Body Report, *India – Patent Protection for Pharmaceutical and Agricultural Chemical Products*, WT/DS50/AB/R, adopted 16 January 1998, par. 45; *Japan – Alcoholic Beverages II*, Appellate Body Report, p. 12.

⁸³ Par. 7.257.

⁸⁴ Par. 7.257 e 7.260.

⁸⁵ Cfr. par. 7.275.

ting contracting party», dunque deve trattarsi di prodotti *essenziali* per il Paese esportatore. Poi, il Panel sottolinea che, dai lavori preparatori, il riferimento all'*exporting Member* risulta essere stato aggiunto alla redazione iniziale dell'attuale art. XI per chiarire che «the importance of any product should be judged in relation to the particular country concerned»⁸⁶. Subito puntualizzando, però, che ciò non avalla alcuna determinazione arbitraria e insindacabile da parte dello Stato esportatore. Infine, l'organo giudicante stabilisce che l'essenzialità di un prodotto, da definire prendendo oggettivamente in considerazione le particolari circostanze in cui si trova lo Stato che esporta nel momento in cui applica la restrizione, «may include a product that is an "input" to an important product or industry»⁸⁷, ricorrendo ad una definizione aperta – la scelta del verbo "include" – e ampia, poiché comprende anche ogni tipo di bene suscettibile di essere strategico per un importante settore produttivo, o prodotto, nazionale.

Più combattuto è il risultato interpretativo sull'ultimo elemento richiesto dall'eccezione *ad hoc* dell'art. XI, par. 2, lett. a. GATT 1994, quello di *critical shortage*, dunque di situazione critica di penuria nella quale venga a trovarsi un prodotto essenziale. Poiché la misura temporale volta ad affrontare tale situazione critica può essere adottata non solo per alleviare, ma anche per prevenire il verificarsi di una «critical shortage» – si parla, infatti, di «[e]xport prohibitions or restrictions temporarily applied to prevent or relieve critical shortages of ... products essential to the exporting contracting party» –⁸⁸ la Cina ritiene che sia giustificato adottare una misura restrittiva anche quando «the degree of shortage [is not] so extreme that it can only be relieved through an export ban»⁸⁹. Il Panel respinge l'interpretazione proposta da Pechino, osservando nuovamente che l'estesa nozione di «critical shortage» caldeggiata dalla parte resistente sarebbe suscettibile di rendere superfluo l'art. XX, lett. g., GATT 1994, il quale pone requisiti più numerosi e stringenti per giustificare una misura, poiché il suo ambito di applicazione riguarda anche le risorse naturali esauribili non viventi, e, dunque, «with a limited life span»⁹⁰. Pertanto, in ottemperanza al principio dell'effetto utile, già richiamato, e in base al quale gli Accordi OMC devono essere interpretati «in a harmonious way»⁹¹, il Panel giunge alla conclusione che «the requirement that measures be applied "temporarily" contextually informs the notion of "critical short-

⁸⁶ UN Economic and Social Council, *Second Session of the Preparatory Committee of the United Nations Conference on Trade and Employment. Commission A: Report of Sub-Committee on Articles 25 and 27 E/PC/T/141* (1 August 1947), p. 2, riportato al par. 7.275.

⁸⁷ Par. 7.282 (*corsivo aggiunto*).

⁸⁸ Art. XI, par. 2, lett. a., GATT 1994 (*corsivo aggiunto*).

⁸⁹ Par. 7.285.

⁹⁰ Par. 7.293.

⁹¹ Cfr. par. 7.298.

age"»⁹² Laddove la carenza di un prodotto essenziale sia irreversibile, ragiona il Gruppo di esperti, «it will not be possible to "relieve or prevent" it through an export restriction applied on a temporary basis»⁹³. Tale restrizione, infatti, sarebbe concentrata solo sulle esportazioni, senza dover essere accompagnata da provvedimenti limitativi anche sul piano interno, come, invece, è richiesto per le misure conservative giustificabili in base all'art. XX, lett. g., GATT 1994 proprio perché, agendo solo sulle esportazioni, non si gestirebbe in maniera adeguata soprattutto un problema di esauribilità di risorse naturali non viventi. Dunque, per legittimare una misura che, formalmente, ostacola gli scambi avvalendosi dei requisiti meno esigenti di cui all'art. XI, par. 2, lett. a., GATT 1994, occorre trovarsi dinanzi ad una situazione di vera e propria crisi, che si presti ad essere efficacemente contrastata attraverso una misura chiaramente limitata nel tempo⁹⁴: «[i]f Article XI:2(a) were interpreted to permit the long-term application of measures in the nature of China's export restrictions on refractory grade bauxite, the import of Article XX(g) would be very much undermined, if not rendered redundant»⁹⁵.

Viste le premesse interpretative generali sulla portata dell'art. XI, par. 2, lett. a., GATT 1994, è facile immaginare che il Panel abbia poi concluso nel senso dell'ingiustificabilità della quota cinese sulla bauxite in base all'eccezione *ad hoc* invocata. Il Gruppo di esperti, avvalendosi dell'ampia nozione di «essential products», che si è sopra illustrata, ha considerato la bauxite refrattaria un prodotto «essenziale» per la Cina, poiché è indispensabile alla produzione di ferro ed acciaio – due settori strategici per lo sviluppo economico e la diversificazione del Paese asiatico – e risulterebbe costoso ricorrere a materiali alternativi, che, peraltro, non possiedono tutte le importanti caratteristiche della «refractory-grade bauxite». Il Panel, però, non ha potuto evitare di constatare che la quota di 930.000 tonnellate annue, vigente dal 2000 e che la Cina non ha intenzione di abbandonare, non può considerarsi come una misura «temporarily applied» né, tantomeno, come un provvedimento volto a fronteggiare una situazione di «critical shortage». Secondo le prudenti stime cinesi, infatti, Pechino avrebbe, all'attuale tasso di estrazione, riserve di bauxite refratta-

⁹² Par. 7.297.

⁹³ *Ibid.*

⁹⁴ L'Unione europea ha avanzato una drastica interpretazione di «critical shortage», suggerendo di considerare riconducibili all'art. XI, par. 2, lett. a., unicamente le situazioni di carenza che, pur gravi, abbiano, comunque, una durata limitata: «[i]n this sense ... there should be a point in time when the critical shortage would cease to exist and the availability of the good would return to normal. If there is no possibility for the shortage ever to cease to exist, the European Union submits that it would not be possible to 'relieve or prevent' it through an export restriction applied only for a limited period of time» (par. 7.290). Quindi, l'Unione porta alcuni esempi di «critical shortages» suscettibili di rientrare nell'ambito di applicazione dell'art. XI, par. 2, lett. a.: «an extended drought or wildfires that severely decrease the crops of grain or cereal in a particular country, or a mining accident» (par. 7.291).

⁹⁵ Par. 7.298.

ria ancora per 16 anni – ben più generose sono, invece, le proiezioni delle parti ricorrenti, per le quali le scorte cinesi del minerale sarebbero, addirittura, di 91 anni. Anche considerando corretti i calcoli cinesi, ad avviso del Panel la disponibilità di riserve di bauxite per 16 anni non costituisce una situazione critica di penuria del minerale, insomma non dimostrerebbe l'esistenza di una situazione «that is "grave", rising to the level of a "crisis"»⁹⁶. Né il Gruppo di esperti considera accettabile l'ulteriore argomentazione cinese secondo la quale la legislazione sulla tutela dell'ambiente e la preservazione delle risorse naturali adottata dalla Cina in riferimento all'estrazione e alla lavorazione di un prodotto contribuirebbero a creare una situazione di «critical shortage», poiché renderebbe più onerose le condizioni di utilizzo della bauxite refrattaria: «accepting this view would be problematic, as it would allow a Member to claim the existence of a critical shortage when objectively none exists»⁹⁷. Di conseguenza, il Panel ritiene che la Cina non abbia provato che la quota annuale praticata sulla bauxite refrattaria sia giustificata dall'art. XI, par. 2, lett. *a.*, GATT 1994⁹⁸.

6. Il principio di sovranità, la tutela delle risorse naturali esauribili e l'art. XX, lett. *g.*, GATT 1994

Una parte del *report* del Panel sicuramente destinata a suscitare un forte interesse, che travalicherà i confini del diritto internazionale dell'economia, è la difesa cinese di alcune sue misure restrittive sulla base dell'art. XX, lett. *g.*, GATT 1994. Pechino, infatti, ha cercato di sostenere che la quota annua all'esportazione di 930.000 tonnellate di bauxite refrattaria (*refractory-grade bauxite*) e il dazio all'esportazione del 15% sulla fluorite fossero misure volte a consentire la conservazione delle due risorse naturali cinesi. Bauxite e fluorite sono minerali esauribili di importanza centrale per la produzione di acciaio ed alluminio. Non sono elementi facilmente sostituibili: poiché i giacimenti cinesi sarebbero in difficoltà – al tasso di estrazione del 2009, Pechino ha stimato che le riserve di fluorite si estinguerebbero in quattro anni e mezzo, mentre rimarrebbero 16 anni per le riserve della bauxite refrattaria –⁹⁹ dazi e quote potrebbero essere giustificati ricorrendo alla clausola sulle eccezioni generali del GATT, in quanto si sarebbe in presenza, sempre secondo il Paese asiatico, di misure relative alla conservazione di risorse naturali esauribili, applicate congiuntamente a restrizioni imposte su produzione o consumo nazionali, e in modo imparziale rispetto a queste ultime. Di avviso completamente opposto sono i

⁹⁶ Par. 7.351.

⁹⁷ Par. 7.352.

⁹⁸ Cfr. par. 7.353.

⁹⁹ Par. 7.411.

reclamanti: per Stati Uniti, Unione europea e Messico, le misure restrittive cinesi non possono essere giustificate in base all'art. XX, lett. g., GATT 1994 poiché non presentano alcuna relazione con l'obiettivo della preservazione delle risorse e non sono inserite in un quadro giuridico credibile e volto a perseguire effettivamente ed efficacemente politiche di sostenibilità nell'estrazione delle materie prime. L'unico chiaro elemento che emerge dall'analisi delle misure oggetto di indagine, secondo le parti attrici, è la loro stretta e inequivoca relazione («close and genuine relationship») con gli obiettivi di sviluppo economico della Cina, che, in realtà, con le sue restrizioni alle esportazioni intenderebbe unicamente avvantaggiare le imprese e l'economia locali¹⁰⁰.

Come noto, l'art. XX, lett. g., GATT 1994 consente di legittimare provvedimenti e discipline che, formalmente, ostacolano gli scambi laddove siano soddisfatte le diverse condizioni poste nel sottoparagrafo richiamato (per il quale le misure devono essere «relating to the conservation of exhaustible natural resources if such measures are made effective in conjunction with restrictions on domestic production or consumption») e nello *chapeau* di tale clausola (il quale richiede che le misure da giustificare «are not applied in a manner which would constitute a means of arbitrary or unjustifiable discrimination between countries where the same conditions prevail, or a disguised restriction on international trade»). Si tratta del meccanismo puntualizzato dalla giurisprudenza e ormai consolidato della *two-tiered analysis*, in base al quale la disciplina interna volta a perseguire politiche pubbliche e interessi nazionali, qualora confligga con le regole del GATT 1994, dovrà, per poter essere legittimata, prima ottenere la giustificazione provvisoria dimostrando la riconducibilità ad una delle lettere dell'art. XX GATT 1994, e, quindi, superare l'ulteriore vaglio dell'ottemperanza ai requisiti dello *chapeau* della clausola sulle eccezioni generali¹⁰¹.

La Cina, per salvare le proprie misure, propone di interpretare l'art. XX, lett. g., GATT 1994 come espressione del principio di sovranità sulle risorse naturali, che tutela, pertanto, il diritto sovrano di Pechino ad adottare una politica mineraria di preservazione capace di tener conto sia delle esigenze di sviluppo economico che delle istanze di carattere sociale del Paese asiatico. Inoltre, la Cina sottolinea che i diritti sovrani sulle risorse naturali, tutelati dall'art. XX, lett. g., GATT 1994, devono essere esercitati alla luce dell'obiettivo dello sviluppo sostenibile contemplato dal Preambolo dell'Accordo istitutivo dell'OMC. E tale principio, osserva ancora Pechino, «requires that economic development and conservation be aligned through the effective

¹⁰⁰ Cfr. par. 7. 412.

¹⁰¹ Sull'art. XX GATT 1994 sia consentito di rinviare a E. BARONCINI, *L'articolo XX GATT e il rapporto tra commercio e ambiente nell'interpretazione dell'Organo d'appello dell'OMC*, in questa *Rivista*, 2010, pp. 617-656, ed alla bibliografia *ivi* citata.

management of scarce resources, as the term "conservation" [stated in Article XX(g)] refers to the management of a limited supply of exhaustible natural resources over time»¹⁰². Da ciò deriva, conclude la parte resistente, che «nothing should interfere with ... sovereignty over natural resources», tenendo anche in considerazione l'esigenza, per i Paesi in via di sviluppo, «to make optimum use of their resources for their development, as they deem appropriate, including the processing of their raw material»¹⁰³.

Il Panel accoglie la sfida lanciata dalla Cina, sviluppando argomentazioni e arrivando ad una soluzione interpretativa che ci pare equilibrata e suscettibile di apportare un contributo di interesse al dibattito sul rapporto tra il sistema OMC e le risorse naturali¹⁰⁴. Dopo aver ripercorso la giurisprudenza pregressa sull'art. XX GATT 1994 a proposito del significato da attribuire ad espressioni e termini di tale disposizione, il Panel procede con l'interpretazione contestuale, alla luce del principio di integrazione sistemica, della clausola sulle eccezioni generali, naturalmente con particolare riferimento al sottoparagrafo g.

Pertanto, il Gruppo di esperti si sofferma sul Preambolo dell'Accordo istitutivo dell'OMC – in base all'art. 31, par. 2, della Convenzione di Vienna, lo si ricorda, il "contesto" di un trattato comprende il testo, *il preambolo* e gli allegati. Riprendendo le parole dell'Organo d'appello nel caso *US – Shrimp*, il Panel ricorda che il Preambolo dona «colour, texture and shading to [the] interpretation of the agreements annexed to the *WTO Agreement*»¹⁰⁵. Infatti, il primo paragrafo del Preambolo stabilisce che le relazioni economiche e l'espansione della produzione e del commercio di beni e servizi, volta ad innalzare il tenore di vita delle popolazioni dei Membri OMC, debbano sempre consentire un impiego ottimale delle risorse mondiali, conformemente all'obiettivo di uno sviluppo sostenibile, che miri a tutelare e a preservare l'ambiente e a potenziare gli strumenti per perseguire tale obiettivo in maniera compatibile con le rispettive esigenze e i rispettivi problemi, derivanti dai diversi livelli di sviluppo economico¹⁰⁶. Di conseguenza, inizia ad osservare il Panel, «a proper reading of Article XX(g) in the context of the GATT 1994 should take into ac-

¹⁰² Par. 7.364.

¹⁰³ Par. 7.356.

¹⁰⁴ Sul tema si veda l'importante volume prodotto dall'OMC: WTO, *World Trade Report 2010 - Trade in Natural Resources*, Geneva, 2010.

¹⁰⁵ Appellate Body Report, *United States – Import Prohibition of Certain Shrimp and Shrimp Products*, WT/DS58/AB/R, adopted 6 November 1998, par. 153.

¹⁰⁶ «The Parties to this Agreement [recognize] that their relations in the field of trade and economic endeavour should be conducted with a view to raising standards of living, ensuring full employment and a large and steadily growing volume of real income and effective demand, and expanding the production of and trade in goods and services, while allowing for the optimal use of the world's resources in accordance with the objective of sustainable development, seeking both to protect and preserve the environment and to enhance the means for doing so in a manner consistent with their respective needs and concerns at different levels of economic development». Preambolo dell'Accordo istitutivo dell'OMC, par. 1.

count the challenge of using and managing resources in *a sustainable manner that ensures the protection and conservation of the environment while promoting economic development*»¹⁰⁷. È evidente che vi è piena sintonia tra Panel e Cina sul fatto che lo sviluppo economico debba essere sostenibile, dunque coniugato alle esigenze di preservazione di cui all'art. XX, lett. g., GATT 1994.

Inoltre, prosegue il Gruppo di esperti, nell'interpretare tale disposizione occorre prendere in considerazione i principi di diritto internazionale generale applicabili ai Membri OMC, in quanto l'art. 31, par. 3, lett. c., della Convenzione di Vienna stabilisce che l'interprete di un accordo debba tener presente anche «qualsiasi regola pertinente di diritto internazionale applicabile nei rapporti fra le parti». In base al principio di integrazione sistemica, per l'appunto, il risultato dell'attività ermeneutica di una fonte pattizia deve armonizzarsi con il diritto espresso dalla Comunità internazionale. Ancora una volta, quindi, il Panel mostra di condividere l'impostazione della Cina, che aveva proposto di considerare l'art. XX, lett. g., GATT 1994 come volto a proteggere «its sovereign right to adopt a comprehensive and sustainable mineral conservation policy, taking into account China's social and economic development needs»¹⁰⁸. Infatti, argomenta il Gruppo di esperti, «[o]ne of the fundamental principles of international law is the principle of state sovereignty, denoting the equality of all states in competence and independence over their own territories and encompassing the right to make laws applicable within their own territories without intrusion from other sovereign states. Independent decisions can be taken with regard to matters including the choice of political, economic and social systems»¹⁰⁹.

Ma vi è di più. Il Panel, infatti, continua ad articolare il suo ragionamento, e, riprendendo il testo delle Risoluzioni delle Nazioni Unite sulla sovranità permanente sulle risorse naturali¹¹⁰, osserva che «[a]n important element of the principle of state sovereignty is the principle of sovereignty over natural resources, recognized as a principle of international law ... and allowing states to "freely use and exploit their natural wealth and resources wherever deemed desirable by them for their own progress and economic development"»¹¹¹. Dunque, precisa ulteriormente il Gruppo di esperti, «[t]he principle

¹⁰⁷ Par. 7.375 (*corsivo aggiunto*).

¹⁰⁸ Par. 7.363.

¹⁰⁹ Par. 7.378.

¹¹⁰ Si tratta in particolare, delle seguenti Risoluzioni: UN General Assembly Resolution 626 (VII), *Right to Exploit Freely Natural Wealth and Resources* (21 December 1952); UN General Assembly Resolution 1803 (XVII), *Permanent Sovereignty Over Natural Resources* (14 December 1962). Sul principio della sovranità permanente sulle risorse naturali cfr. N. J. SCHRIJVER, *Permanent Sovereignty over Natural Resources*, in *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, <http://www.mpepil.com>; V. ZAMBRANO, *Il principio di sovranità permanente dei popoli sulle risorse naturali tra vecchie e nuove violazioni*, Milano, Giuffrè, 2009.

¹¹¹ Par. 7.380.

of sovereignty over natural resources affords Members the opportunity to use their natural resources to promote their own development while regulating the use of these resources to ensure sustainable development»¹¹². E, «consistently with Article 31(3)(c) of the *Vienna Convention*, [the] interpretation of Article XX(g) should "take into account" the principle of sovereignty over natural resources»¹¹³, con la conseguenza che l'applicazione di tale disposizione non può certo pregiudicare il rispetto dei diritti sovrani dei Membri OMC sulle loro risorse naturali.

Pertanto, l'impostazione interpretativa del Gruppo di esperti è accostabile alle statuizioni difensive della Cina, alla quale puntualmente ricorda che la conclusione di accordi internazionali è un aspetto dell'esercizio della sovranità statale: gli obblighi assunti in sede pattizia non possono certo essere considerati come una violazione della sovranità, in quanto proprio la capacità di stipulare accordi è un esempio paradigmatico della sovranità. Dunque, «[e]xercising its sovereignty over its own natural resources while respecting the requirements of Article XX(g) ... is an efficient way for China to pursue its own social and economic development»¹¹⁴, poiché «the requirements of Article XX(g) can be interpreted harmoniously with the international law principle of State sovereignty over its natural resources»¹¹⁵.

Tuttavia, chiarita la portata dell'art. XX, lett. g., GATT 1994, da definire alla luce del principio dello sviluppo sostenibile del Preambolo dell'Accordo istitutivo dell'OMC, nonché del principio della sovranità sulle risorse naturali, il Panel, quando passa a valutare il rispetto dei requisiti della clausola di giustificazione da parte della restrizione quantitativa sulla bauxite refrattaria e del dazio sulla fluorite, non può che riscontrare l'inottemperanza della disciplina cinese. Non si tratta, infatti, di misure relative (*relating to*) alla conservazione di risorse naturali esauribili, come richiesto dalla prima delle condizioni di cui alla lett. g. dell'art. XX GATT 1994. Il testo delle due misure cinesi in nessuna parte fa riferimento all'obiettivo della «conservazione» né, tantomeno, collega in alcun modo le due restrizioni all'esportazione a finalità di sostenibilità¹¹⁶. Inoltre, non regge la richiesta della Cina di considerare i due provvedimenti come elementi di un più ampio ed organico insieme di misure volte ad attuare razionalmente ed efficacemente un sedicente programma nazionale di preservazione della bauxite e della fluorite. Sempre l'analisi del testo dell'insieme delle normative cinesi richiamate – che non si prestano, però, ad essere qualificate come misure facenti parte di un credibile piano di

¹¹² Par. 7.381.

¹¹³ *Ibid.*

¹¹⁴ Par. 7.383.

¹¹⁵ Par. 7.387.

¹¹⁶ Cfr. par. 7.418.

conservazione delle risorse naturali – fa emergere unicamente i vantaggi economici e di sviluppo che la Cina può ricavare dallo sfruttamento delle sue risorse minerarie¹¹⁷, oppure l'intento generico e meramente programmatico di avviare una politica di conservazione nel settore dei minerali¹¹⁸. Insomma, «there is no clear link between the way the duty and the quota are set and any conservation objective»¹¹⁹. Anzi, i dati statistici analizzati durante il procedimento mostrano che la Cina ha aumentato costantemente e significativamente l'estrazione di bauxite e fluorite, registrando un notevole incremento delle esportazioni dei prodotti dell'industria di trasformazione locale, con la conseguenza che «[f]or the Panel, this evidence does not support China's claim that it has put in place a comprehensive plan to conserve refractory-grade bauxite and fluorspar given that domestic extraction has in fact increased»¹²⁰. Infine, mentre le misure restrittive all'esportazione hanno aumentato i prezzi per gli acquirenti stranieri, esse hanno determinato un abbassamento del costo delle materie prime per i produttori nazionali ed, ovviamente, una loro maggiore utilizzazione a livello locale: ed anche questo fenomeno è difficile da conciliare con l'obiettivo di preservare bauxite e fluorite¹²¹. Al contrario, esso è suscettibile di determinare un vero e proprio «sussidio» per la «downstream industry» cinese, poiché spinge quest'ultima ad aumentare le sue richieste di materie prime, azzerando ogni possibilità di riduzione nell'estrazione che, invece, secondo le argomentazioni di Pechino, sarebbe l'unica e vera ragion d'essere della quota sulla bauxite e del dazio sulla fluorite¹²². Dunque, ad avviso del Panel, la Cina non ha provato in alcun modo che le due misure oggetto di indagine si prestino ad essere qualificate come «relating to», come relative alla conservazione di risorse naturali.

Le caratteristiche e gli elementi sopra richiamati sulla situazione e sulla disciplina dell'estrazione dei minerali in Cina fanno facilmente intuire l'impossibilità di soddisfare l'ulteriore requisito della lett. g. dell'art. XX, il quale prevede che le misure che si intendono giustificare siano non solo relative alla conservazione di risorse naturali esauribili, ma anche adottate congiuntamente a restrizioni sulla produzione e sul consumo nazionali («made effective in conjunction with restrictions on domestic production or consumption»). Co-

¹¹⁷ Cfr. par. 7.419: «[the] document entitled "China's Policy on Mineral Resources Information Office of the State Council of December 2003" (...) refers for the most part to the economic and development gains that China can make through the exploitation of its mineral resources. The Panel cannot find, nor has China pointed to, measures relating to the conservation of refractory-grade bauxite and fluorspar in the evidence China submitted relating to what it terms its "mineral policy"».

¹¹⁸ Cfr. par. 7.422 - 7.426.

¹¹⁹ Par. 7.432.

¹²⁰ Par. 7.429.

¹²¹ Cfr. par. 7.434.

¹²² Cfr. par. 7.430.

me già indicato, la disciplina cinese prevede unicamente obiettivi programmatici, enuncia linee politiche che ancora attendono di essere eseguite. Anche la nutrita serie di misure adottata nel 2010, che pure indica dei tetti massimi di estrazione annua, non si presta ad essere qualificata come una vera e propria restrizione poiché si tratta di tetti che superano di gran lunga la media della produzione dell'ultimo periodo, dunque non suscettibili di limitare in alcun modo l'attuale tasso di estrazione e consumo cinesi. Quindi, la quota sulla bauxite e il dazio sulla fluorite non sono stati adottati «in conjunction with restriction on domestic production or consumption», non rispettando, così, questo secondo requisito del sottoparagrafo g. dell'art. XX GATT 1994, il quale configura le restrizioni alle esportazioni come ammissibili nel sistema multilaterale unicamente nel caso in cui possano essere considerate come «primarily aimed at rendering effective the domestic restriction»¹²³, dunque solo laddove risultino complementari alla piena efficacia delle limitazioni interne¹²⁴.

Un'ulteriore condizione per la riconducibilità di una misura alla lett. g. è stata precisata dall'Organo d'appello sin dal suo primo *report*, deciso nel caso *US-Gasoline*. In tale occasione fu puntualizzato che la restrizione, da giustificare, ricadente sui beni e sugli operatori stranieri, e quella adottata per la produzione e il consumo nazionali devono possedere le caratteristiche di «even-handedness», di imparzialità. Ciò non vuol dire che le restrizioni in questione debbano essere identiche: proprio perché l'art. XX, lett. g. va interpretato prendendo in considerazione il principio di diritto internazionale della sovranità sulle risorse naturali, «[a]s long as even-handed restrictions are imposed on domestic supply, Article XX(g) does not oblige resource-endowed countries to ensure that the economic development of other user-countries benefits identically from the exploitation of the resources of the endowed countries»¹²⁵. La Cina ha tentato di difendere le proprie misure sostenendo che i limiti recentemente programmati sulle estrazioni di bauxite e fluorite e la tassazione applicata sui gestori dei giacimenti, pur non producendo, nell'immediato, effetti restrittivi su produzione e consumo interni, avrebbero, comunque, potuto soddisfare il requisito di imparzialità. Infatti, per la Cina, se «even-handed does not mean identical»¹²⁶, dovrebbe comunque essere possibile interpretare l'art. XX, lett. g. come capace di permettere alla Cina «to pursue its goal of economic development»¹²⁷. Questo perché la clausola

¹²³ *Canada – Herring and Salmon*, GATT Panel Report, *Canada – Measures Affecting Exports of Unprocessed Herring and Salmon*, L/6268, adopted 22 March 1988, BISD 35S/98, par. 4.6.

¹²⁴ «[I]n our view, restrictions on domestic production or consumption must not only be applied jointly with the challenged export restrictions but, in addition, *the purpose of those export restrictions must be to ensure the effectiveness of those domestic restrictions*», par. 7.397 (*corsivo aggiunto*).

¹²⁵ Par. 7.404.

¹²⁶ Par. 7.461.

¹²⁷ *Ibid.*

GATT sulle eccezioni generali dovrebbe essere letta alla luce dell'art. XXXVI, par. 5, GATT 1994, il quale prevede che la rapida espansione dei Paesi meno sviluppati debba essere facilitata attraverso la diversificazione della loro economia, evitando una eccessiva dipendenza dall'esportazione di prodotti primari¹²⁸. Il contesto così individuato da Pechino per l'interpretazione dell'art. XX, lett. g. le permetterebbe di considerare come soddisfatte le condizioni del sottoparagrafo richiamato anche laddove «a higher burden» venga posto sugli stranieri, poiché «export restrictions are needed to support its economy and to enable it to diversify»¹²⁹.

Il Panel respinge decisamente la lettura dell'art. XX, lett. g., GATT 1994 proposta dal Paese asiatico. «WTO Members cannot rely on Article XX(g) to excuse export restrictions adopted *in aid of economic development* if they operate to increase protection of the domestic industry»¹³⁰. Se si interpretasse il sottoparagrafo g. come capace di avallare una discriminazione manifesta tra le restrizioni alle esportazioni e le misure praticate sul piano interno – blande, se non meramente programmatiche, dunque prive di effetti realmente limitativi – si tradirebbe quello che è il vero obiettivo di tale eccezione, ossia la preservazione delle risorse naturali esauribili, poiché, come il Panel ha già osservato, misure restrittive sulle sole esportazioni creano condizioni di favore, di vero e proprio protezionismo, per l'industria locale e non disincentivano affatto produzione e consumo. Seguendo la difesa cinese si consentirebbe, indirettamente, quello che un altro tipo di giustificazione, contemplato alla lett. i. dell'art. XX, proibisce espressamente. Tale sottoparagrafo prevede che possano essere giustificate misure restrittive sulle esportazioni di materie prime laddove esse siano necessarie al Paese produttore per assicurare l'approvvigionamento ad un'industria nazionale di trasformazione in presenza di un piano governativo di stabilizzazione, che, tra l'altro, mantiene basso il prezzo locale dei materiali in questione rispetto al loro costo sul piano internazionale «provided that such restrictions shall not operate to increase the exports of or the protection afforded to such domestic industry, and shall not depart from the provisions of this Agreement relating to non-discrimination»¹³¹. Dunque, anche per non ridurre al silenzio la specifica giustificazione di cui alla lett. i. dell'art. XX, occorre verificare il rispetto dell'imparzialità tra le misure restrittive esterne e quelle interne dedicate alla tutela delle risorse naturali esau-

¹²⁸ «The rapid expansion of the economies of the less-developed contracting parties will be facilitated by a diversification (...) of the structure of their economies and the avoidance of an excessive dependence on the export of primary products. There is, therefore, need for increased access in the largest possible measure to markets under favourable conditions for processed and manufactured products currently or potentially of particular export interest to less-developed contracting parties». Art. XXXVI, par. 5, GATT 1994.

¹²⁹ Par. 7.403.

¹³⁰ Par. 7.386.

¹³¹ Art. XX, lett. i., GATT 1994.

ribili: «[t]his is, in fact, the very essence of the conservation objective set forth in Article XX(g) ... if a WTO Member is not taking steps to manage the supply of natural resources domestically, it is not entitled to seek the cover of Article XX(g) for the measures it claims are helping to conserve the resource for future generations»¹³².

Il Panel, quindi, non può che bocciare la richiesta cinese di giustificare la quota sulla bauxite refrattaria e il dazio sulla fluorite, essendo evidente che i due provvedimenti non sono configurabili come volti a preservare i minerali, poiché essenzialmente dedicati a sviluppare ulteriormente i settori dell'acciaio e dell'alluminio nei quali la Cina è già *leader* mondiale¹³³, risultando impossibile considerare soddisfacenti gli elementi addotti dalla Cina a proposito del requisito di imparzialità, di «even-handedness», che deve, invece, caratterizzare il rapporto tra restrizioni interne e restrizioni esterne proprio per rispettare la finalità di conservazione che contraddistingue l'eccezione di cui all'art. XX, lett. g., GATT 1994¹³⁴.

Tuttavia, il Gruppo di esperti ammette che le nuove misure di Pechino del 2010 avviano un «substantive progress» in riferimento all'introduzione di restrizioni su produzione e consumo domestici per salvaguardare le proprie risorse minerarie, un «substantive progress» che, però, non è sufficiente a soddisfare i requisiti di cui all'art. XX, lett. g., essendo ancora quasi esclusivamente caratterizzato da linee programmatiche o da misure troppo deboli per incidere efficacemente sul contenimento di produzione e consumo delle risorse a rischio di esaurimento¹³⁵. Indubbiamente, questa annotazione finale del Gruppo di esperti può essere considerata come un incentivo, per la Cina, a proseguire la strada intrapresa per la conservazione dei minerali, così da rafforzarla ed equilibrarla in tempi stretti, ripartendo in modo più bilanciato («somehow balanced») le limitazioni tra produttori nazionali e imprese straniere nell'ambito di una più organica e puntuale legislazione interna.

7. Protezione di ambiente e salute della popolazione cinese e art. XX, lett. b., GATT 1994

Per un nutrito gruppo di misure, relative ai dazi all'esportazione sui residui (cascami o rottami) della lavorazione di magnesio, manganese e zinco

¹³² Par. 7.406.

¹³³ Cfr. par. 7.401.

¹³⁴ «In order to show even-handedness, China would need to show that the impact of the export duty or export quota on *foreign users* is *somehow balanced* with some measure imposing restrictions on *domestic users and consumers*. In our view China has not met this burden», par. 7.465 (*corsivo aggiunto*).

¹³⁵ Cfr. par. 7.466.

¹³⁶ Par. 7.465.

(«magnesium scrap», «manganese scrap», «zinc scrap»), utilizzati quali fattori produttivi nell'industria secondaria e nel riciclaggio come pure per i dazi su coke, magnesio e manganese metallici e le quote all'esportazione su carburo di silicio e ancora su coke, tutte materie prime ad alto consumo energetico e molto inquinanti nel processo estrattivo («energy-intensive, highly polluting, resource-based products», indicati con l'abbreviazione tecnica di «EPR products»), la Cina ha invocato l'applicabilità dell'art. XX, lett. b., GATT 1994. Pechino, infatti, sostiene che tutte le misure citate, pur violando l'art. XI, par. 1, GATT 1994, o la Sezione 11, par. 3, del Protocollo di adesione, farebbero parte di una strategia ambientale complessiva ed unitaria costituita da un folto ed articolato insieme di provvedimenti posti in essere per ridurre l'inquinamento e per proteggere la salute della popolazione cinese. Attraverso i dazi sui cascami, ostacolandone l'acquisto sui mercati terzi, la Cina spera di riuscire a mettere a disposizione delle proprie imprese una loro fornitura costante e sostanziosa per il riciclaggio e per facilitare il passaggio dall'industria primaria – suscettibile di essere molto inquinante e impattante per il territorio, e dunque nociva per ambiente e salute dei cittadini – a quella secondaria, incentivando, così, la diversificazione economica. Riguardo i dazi e le quote sulle altre materie prime (i prodotti EPR), Pechino intende, invece, ridurre la produzione, al fine di stimolare il risparmio energetico e, più in generale, la produzione di beni maggiormente rispettosi dell'ambiente (*more environmentally friendly*), incoraggiando la «circular economy» o «recycle economy»¹³⁷.

Per Stati Uniti, Unione europea e Messico, le motivazioni addotte dalla Cina per la lunga lista di dazi e quote all'esportazione sarebbero meramente di facciata, non avendo alcuna finalità di tutela dell'ambiente e della salute della popolazione del Paese asiatico. Per i reclamanti, la difesa di Pechino è solo una razionalizzazione *ex post* («a post hoc rationalization») ¹³⁸ messa in piedi per accampare una giustificazione di comodo per le proprie restrizioni all'esportazione. Perfino la categoria dei prodotti EPR – ossia, come si è visto, di quelle risorse naturali la cui estrazione e lavorazione richiede un alto impiego di energia ed è fortemente inquinante – sarebbe una creazione precipitosa, compiuta anch'essa successivamente all'instaurazione del contenzioso OMC, e fatta su misura dalle autorità cinesi per costruire una giustificazione per la loro politica sulle esportazioni che fosse ammantata dal mantra della «sostenibilità»: della categoria degli «EPR products», infatti, non vi è traccia nella voluminosissima documentazione normativa riversata da Pechino nelle fasi dibattimentali dinanzi al Panel, segno evidente che non è stata considerata dalla Cina nel contesto delle sue politiche ambientali, le quali, pertanto, non si prestano per nulla ad essere configurate come razionalmente costruite proprio per gestire quella cate-

¹³⁷ Cfr. par. 7.470-472, 7.494, e 7.498.

¹³⁸ Cfr. par. 7.499.

goria di prodotti¹³⁹. Ad avviso delle parti attrici, la vera ragione delle restrizioni sul commercio di materie prime è l'accrescimento della produzione di beni da parte dell'industria di trasformazione locale usando proprio gli elementi oggetto di dazi e quote. Realizzando quello che è un noto schema di analisi economica, le limitazioni all'esportazione abbassano il prezzo dei materiali a livello nazionale, sostenendo, così, l'industria di trasformazione locale, come è confermato dalla crescita spettacolare che le esportazioni cinesi di acciaio ed alluminio hanno conosciuto negli ultimi anni¹⁴⁰. Insomma, non sarebbe davvero possibile legittimare con argomentazioni sulla sostenibilità ciò che è unicamente una pesante prassi discriminatoria contro gli operatori industriali stabiliti al di fuori della Cina, a vantaggio dei produttori locali¹⁴¹.

Molto opportunamente, il Panel fa precedere la sua valutazione sulla compatibilità delle misure contestate con l'art. XX, lett. b., GATT 1994, da una accurata disamina dell'eccezione invocata, che svolge alla luce della importante giurisprudenza OMC su tale disposizione. La giustificazione di cui al sottoparagrafo b. dell'art. XX prevede che sia possibile legittimare una misura di ostacolo agli scambi se risulta necessaria a proteggere la vita e la salute di persone, animali e vegetali («necessary to protect human, animal or plant life or health»), e applicata senza costituire una discriminazione arbitraria tra Paesi ove prevalgano le medesime condizioni, o una restrizione dissimulata al commercio internazionale («[s]ubject to the requirement that such measures are not applied in a manner which would constitute a means of arbitrary or unjustifiable discrimination between countries where the same conditions prevail, or a disguised restriction on international trade»), secondo quanto statuito dallo *chapeau* dell'art. XX GATT 1994). Pertanto, secondo la già richiamata e consolidata tecnica della *two-tiered analysis*, prima occorre giustificare provvisoriamente la norma che viola il diritto GATT dimostrandone la riconducibilità alla lett. b., bisognerà poi provare, per approdare alla giustificazione completa, che siano stati rispettati i requisiti di non discriminazione e di non arbitrarietà

¹³⁹ «The complainants also argue that the term EPRs is not used in any of the documents submitted by China, suggesting that it was created for the purpose of this dispute, but was not considered in the context of China's environmental policies». Nota 822 del Panel Report.

¹⁴⁰ I dati dello strabiliante sviluppo del Paese asiatico sono proprio da quest'ultimo forniti. Nella Relazione sulla bauxite refrattaria prodotta in giudizio dalla Cina è riportato che «China in 2009 produced 568 million tonnes of steel [...] [which amounts to] six and a half times more steel than the world's second largest steel producer (Japan)». Inoltre, la medesima Relazione informa che nell'ultimo decennio «China's steel production grew at an average rate of 19% a year. By comparison, production in the rest of the world did not grow at all over the period, with the result that by 2009 China was producing almost half of the world's steel». Il Report sulla fluorite, sempre citato in giudizio da Pechino, indica che «China in 2009 produced 12.85 million tonnes of aluminium [...] [which amounts to] four times more than the world's second largest aluminium producer (Russia)», e riporta che nell'ultimo decennio «China's aluminium production grew at an average rate of 20% a year. By comparison, production in the rest of the world grew at 2% a year». Cfr. la nota 629 del Panel Report.

¹⁴¹ Cfr. par. 7.499.

posti dalla clausola introduttiva dell'art. XX GATT 1994.

La lett. *b.* della clausola GATT sulle eccezioni generali prevede che la misura da legittimare debba essere «necessaria» a tutelare salute e vita. Naturalmente, per potersi occupare del requisito della necessità, preliminarmente bisogna verificare se il provvedimento attaccato «falls within the range of policies designed to protect human, animal or plant life or health»¹⁴². Il Panel ricorda come, per effettuare questa considerazione di riconducibilità alle politiche contemplate dalla lett. *b.* dell'art. XX GATT 1994, occorra esaminare «both the design and structure of a challenged measure»¹⁴³ e ritiene che l'operato dei gruppi di lavoro e dell'Organo d'appello dell'OMC abbia mostrato una considerevole deferenza alle politiche dei Membri OMC («a degree of deference to Members' policies designed to "protect human, animal or plant life or health"»)¹⁴⁴. Infatti, sono state ricondotte al sottoparagrafo in questione un vasto gruppo di discipline, come la riduzione dell'inquinamento dell'aria causato dal consumo di benzina¹⁴⁵, o quella del rischio per salute e ambiente derivante dall'accumulazione dei residui di pneumatici¹⁴⁶. Mentre gli organi giudicanti dell'OMC hanno il potere di stabilire se una data misura possa o meno rientrare nelle politiche richiamate dall'art. XX, lett. *b.*, essi, invece, non possono intervenire sulla scelta discrezionale degli Stati riguardo il livello di protezione dei valori contemplati nella clausola GATT sulle eccezioni generali. Infatti, «WTO Members enjoy "the right to determine the level of protection of health that they consider appropriate in a given situation"»¹⁴⁷. Ricondotta la misura da giustificare ad una delle politiche di cui alla lett. *b.*, si può procedere ad esaminare se quest'ultima sia «necessaria». L'Organo d'appello ha scolpito una portata dinamica per tale nozione, un «fluid legal standard»¹⁴⁸ capace della flessibilità richiesta ad una eccezione che deve coniugare la liberalizzazione degli scambi con la tutela della salute e della vita¹⁴⁹. Infatti, nel caso *Korea – Various Measures on Beef*, il Tribunale permanente ha stabilito che «the term "necessary" refer[s] ... to a range of degrees of neces-

¹⁴² Par. 7.479.

¹⁴³ *Ibid.*

¹⁴⁴ *Ibid.*

¹⁴⁵ Cfr. il caso *US – Gasoline*, WT/DS2.

¹⁴⁶ Cfr. il caso *Brazil – Retreaded Tyres*, WT/DS332.

¹⁴⁷ Par. 7.479. V. anche *Brazil – Retreaded Tyres*, Appellate Body Report, *Brazil – Measures Affecting Imports of Retreaded Tyres*, WT/DS332/AB/R, adopted 17 December 2007, par. 140 e 210; *EC – Asbestos*, Appellate Body Report, *European Communities – Measures Affecting Asbestos and Asbestos-Containing Products*, WT/DS135/AB/R, adopted 5 April 2001, par. 168; *US – Gasoline*, Appellate Body Report, p. 28.

¹⁴⁸ Così si esprime I. VAN DAMME, *Appellate Body Report, Brazil – Measures Affecting Imports of Retreaded Tyres*, Adopted on 17 December 2007, in *ICLQ*, 2008, pp. 710-723, p. 713.

¹⁴⁹ Sul principio di necessità codificato all'art. XX GATT e interpretato nell'ambito del sistema di risoluzione delle controversie dell'OMC cfr., *inter alia*, E. RUOZZI, *I principi di necessità e di proporzionalità all'interno dell'art. XX GATT*, in *Il diritto dell'economia*, 2007, pp. 139-160.

sity ... [a]t one end of this continuum lies "necessary" understood as "indispensable"; at the other end, is "necessary" taken to mean as "making a contribution to"¹⁵⁰, per poi precisare, nella disputa *US – Gambling*, che laddove si sia in presenza di una misura che risulti «significantly closer to the pole of "indispensable" than to the opposite pole of simply "making a contribution to" ... then a panel should find that challenged measure "necessary"»¹⁵¹. Quindi, il Tribunale permanente ha puntualizzato che la valutazione della necessità implica essenzialmente tre tappe, poiché si tratta di un processo «of weighing and balancing a series of factors which prominently include *the contribution made by the compliance measure to the enforcement of the law or regulation at issue, the importance of the common interests or values protected by that law or regulation, and the accompanying impact of the law or regulation on imports or exports*»¹⁵².

Partendo dall'*importanza degli interessi o valori in gioco*, il Panel rammenta che «"[t]he more vital or important [the] common interests or values" behind the policies pursued, "the easier it would be to accept as 'necessary' a measure designed as an enforcement instrument"»¹⁵³. Quindi, con specifico riferimento alla lett. b. dell'art. XX, il Gruppo di esperti ricorda anche che «the Appellate Body has stated that "few interests are more 'vital' and 'important' than protecting human beings from health risks, and that protecting the environment is no less important"»¹⁵⁴.

Soffermandosi, poi, sul *contributo di una misura alla realizzazione dell'obiettivo perseguito*, ancora una volta il Panel riprende i tratti salienti della giurisprudenza dell'Organo d'appello. Richiamando il caso *Brazil – Retreaded Tyres*, si è, così, affermato che il contributo deve essere «material», dunque sostanziale, importante («material contribution», espressione resa nelle versioni francese e spagnola come «contribution importante» e «contribución importante»). Inoltre, nel valutare il contributo di una singola misura, occorre sempre tenere a mente che «certain complex public health or environmental problems may be tackled only with a comprehensive policy comprising a multiplicity of interacting measures»¹⁵⁵. Infine, sono stati distinti due tipi di contributi: «the measure that "brings about" a material contribution to the achievement of its objective; and the measure that "is apt to produce" a

¹⁵⁰ Appellate Body Report, *Korea – Measures Affecting Imports of Fresh, Chilled and Frozen Beef*, WT/DS161/AB/R, WT/DS169/AB/R, adopted 10 January 2001, par. 161.

¹⁵¹ Appellate Body Report, *United States – Measures Affecting the Cross-Border Supply of Gambling and Betting Services*, WT/DS285/AB/R, adopted 20 April 2005, par. 310.

¹⁵² *Korea – Various Measures on Beef*, Appellate Body Report, par. 164 (corsivo aggiunto).

¹⁵³ *Ivi*, par. 162.

¹⁵⁴ Par. 7.482, che cita *Brazil – Retreaded Tyres*, Appellate Body Report, par. 144.

¹⁵⁵ Par. 7.475.

material contribution to the objective pursued»¹⁵⁶, dunque la misura che apporta già un contributo importante alla tutela della salute e della vita (che, con riferimento specifico alle restrizioni cinesi, il Panel chiamerà misura «*currently making a material contribution*»)¹⁵⁷ e quella che, invece, si presenta come capace di apportare solo nel futuro un contributo sostanziale (che il Gruppo di esperti, in relazione ai dazi e alle quote di esportazione, qualificherà come «*apt to make a material contribution to the stated objective in the future*»)¹⁵⁸. Infatti, il contributo di una misura può non essere immediatamente osservabile, e destinato a produrre effetti rilevabili solo nel futuro, come avviene per le discipline volte ad attenuare il riscaldamento globale e ad affrontare il cambiamento climatico¹⁵⁹. Naturalmente, come ineccepibilmente osservato dall'Organo d'appello anche nel caso *China – Publications and Audiovisual Products*, «the greater the contribution a measure makes to the objective pursued, the more likely it is to be characterized as "necessary"»¹⁶⁰.

Riguardo la terza tappa della valutazione sulla necessità di una misura, quella relativa al *carattere restrittivo del provvedimento da giustificare*, dunque all'impatto che esso ha sulla disciplina degli scambi, si richiama quanto statuito dall'Organo d'appello sempre nel caso *China – Publications and Audiovisual Products*, ove è precisato che «[t]he less restrictive the effects of the measure, the more likely it is to be characterized as "necessary"»¹⁶¹. La giurisprudenza nelle controversie *US – Gambling* e *Brazil – Retreaded Tyres* ha poi puntualizzato che la definizione del carattere restrittivo di una misura da giustificare deve essere compiuta anche alla luce delle misure alternative ragionevolmente disponibili che, meno impattanti sul commercio internazionale, sono comunque capaci di realizzare lo stesso livello di tutela scelto dal Membro OMC che ha adottato il provvedimento di ostacolo agli scambi. L'onere di provare l'esistenza di misure alternative ricade sulle parti attrici. E tali misure, dovendo essere ragionevolmente disponibili, non devono comportare per la parte resistente un onere indebito, un carico eccessivo, come, ad esempio, dei costi proibitivi, o delle difficoltà tecniche sostanziali. «In sum – conclude il Gruppo di esperti – we understand that a panel cannot reject an environmental protection measure, or a public health measure, by pointing to

¹⁵⁶ Par. 7.483, che cita *Brazil – Retreaded Tyres*, Appellate Body Report, par. 151 (*corsivo aggiunto*).

¹⁵⁷ Cfr. il titolo della sezione del Panel Report che inizia dal par. 7.525 (*corsivo aggiunto*).

¹⁵⁸ Cfr. il titolo della sezione del Panel Report che inizia dal par. 7.539 (*corsivo aggiunto*).

¹⁵⁹ «[T]he results obtained from certain actions—for instance, measures adopted in order to attenuate *global warming* and *climate change*, or certain preventive actions to reduce the incidence of diseases that may manifest themselves only after a certain period of time—can only be evaluated with the benefit of time». *Brazil – Retreaded Tyres*, Appellate Body Report, par. 151 (*corsivo aggiunto*).

¹⁶⁰ *China – Publications and Audiovisual Products*, Appellate Body Report, par. 251.

¹⁶¹ *Ivi*, par. 310.

a WTO-consistent or less trade-restrictive alternative, unless that alternative is *both practically and financially feasible for the Member seeking to justify a WTO-inconsistent measure* under Article XX(b) and provides an *equivalent contribution to the achievement of the objective pursued*»¹⁶².

Passando, quindi, a verificare se i dazi e le quote alle esportazioni sui residui della lavorazione di magnesio, manganese e zinco, su coke, magnesio e manganese metallici, e sul carburo di silicio, siano suscettibili di essere ricondotti all'eccezione di cui all'art. XX, lett. b., GATT 1994, il Panel conclude nel senso che dette misure non solo non risultano necessarie a tutelare l'ambiente e la salute della popolazione cinese, ma afferma, addirittura, che tali provvedimenti restrittivi non sono neppure suscettibili di ricadere nella categoria delle politiche concepite per proteggere la salute e la vita di persone, piante ed animali¹⁶³. Infatti, i provvedimenti che istituiscono le limitazioni contestate non contengono alcuna menzione di preoccupazioni ambientali o di salute¹⁶⁴. Inoltre, l'analisi dell'enorme mole di legislazione addotta in giudizio dalla Cina, pur notevole, non rivela «a comprehensive framework aimed at addressing environmental protection and health»¹⁶⁵, né Pechino è riuscita a produrre «persuasive evidence»¹⁶⁶ circa l'esistenza di un collegamento tra le misure restrittive all'esportazione e i vari atti cinesi richiamati dalla parte resistente – quali l'Undicesimo Piano quinquennale 2006-2010 per la tutela ambientale e i diversi Piani e Leggi per la conservazione dell'energia, lo sviluppo economico e sociale, la riduzione degli scarichi inquinanti, la prevenzione e il controllo dell'inquinamento delle acque, la promozione della *recycle economy* e delle politiche per affrontare il cambiamento climatico, la promozione delle energie rinnovabili¹⁶⁷. Nella corposa documentazione normativa presentata dalla Cina vi sono le enunciazioni di ambiziosi obiettivi, quali l'incentivazione fiscale tesa a facilitare lo sviluppo di tecnologie pulite, il sostegno all'adozione di *standard* più rispettosi dell'ambiente nell'attività estrattiva e lavorativa, il risparmio energetico. Ma il tenore della legislazione cinese esibita nel procedimento è essenzialmente programmatico ed i pochi provvedimenti operativi sono recenti, e ancora troppo timidi, con la conseguente impossibilità di disporre di dati significativi per valutare la loro adeguatezza a perseguire gli obiettivi di sostenibilità proclamati. Per di più i dazi e le quote attaccati risultano completamente sconnessi anche dalle norme programmatiche né la Cina è riuscita concretamente a dimostrare gli effetti

¹⁶² Par. 7.492 (*corsivo aggiunto*).

¹⁶³ Par. 7.500.

¹⁶⁴ Par. 7.501.

¹⁶⁵ Par. 7.511.

¹⁶⁶ Par. 7.507.

¹⁶⁷ Cfr. par. 7.502, 7.506, 7.510.

benefici che le misure restrittive all'esportazione avrebbero per ambiente e salute della popolazione cinese.

Del resto, è la stessa Repubblica popolare a svelare che la vera e immediata finalità delle limitazioni poste sulle materie prime non è, in realtà, la tutela di ambiente e salute. La Cina, infatti, chiede al Panel di giustificare le sue restrizioni all'esportazione perché la loro imposizione «will allow China to develop its economy in the future»¹⁶⁸. Infatti, prosegue Pechino, «export restraints encourage the domestic consumption of these basic materials in the domestic economy»¹⁶⁹. A sua volta, il consumo delle materie di base da parte dell'industria locale di trasformazione incentiva l'ulteriore produzione – ed esportazione – di beni sofisticati e ad alto valore aggiunto, aiutando l'economia cinese a crescere ancor più rapidamente e a cessare di essere caratterizzata da una «heavy reliance on natural resource, labor-intensive, highly polluting manufacturing»¹⁷⁰. «This move towards higher-tech, low-polluting, high value-added industries – osserva ancora Pechino – will increase growth opportunities for the Chinese economy, generating positive spillovers beyond those to firms directly participating in these markets»¹⁷¹. Dunque, per la Cina, le sue restrizioni all'esportazione devono essere giustificate non perché volte direttamente ed immediatamente a tutelare ambiente e salute dell'uomo, ma per favorire un più rapido sviluppo economico del Paese asiatico diversificandone la produzione industriale; quest'ultima, a sua volta, creerà benessere e ricchezza, i quali determineranno poi le condizioni per modelli di produzione e consumo improntati alla sostenibilità, dunque ecocompatibili e salubri. Si tratta, né più, né meno, della richiesta di applicare il modello della curva ambientale di Kuznets (*Environmental Kuznets Curve*, EKC) nell'interpretazione dell'art. XX, lett. b., GATT 1994. Come noto, in tale modello gli economisti sostengono che vi sia una correlazione tra reddito *pro capite* e degrado ambientale, per cui, in presenza di bassi redditi, l'aumento di questi ultimi implica, inizialmente, un peggioramento delle condizioni ambientali, mentre, superato un determinato livello del reddito, l'inquinamento declina poiché la qualità ambientale diviene un bene ricercato e difeso dalla società in migliori condizioni economiche¹⁷².

Di fronte a tali argomentazioni, il Panel non si limita ad affermare che indicano chiaramente che i dazi e le quote contestati non possono essere considerati come misure ambientali o volte a tutelare la salute della popolazione

¹⁶⁸ Par. 7.514.

¹⁶⁹ *Ibid.*

¹⁷⁰ *Ibid.*

¹⁷¹ Considerazioni riprese nel par. 7.514.

¹⁷² Cfr. il par. 7.551. Sulla curva ambientale di Kuznets v. A. LEVINSON, *Environmental Kuznets Curve*, in S. N. DURLAUF - L. E. BLUME (edited by), *The New Palgrave Dictionary of Economics*, II ed., Palgrave, Basingstoke, 2008.

cinese, ma esprime a chiare lettere il suo «concern», la sua preoccupazione, «at the systemic implications of China's arguments under Article XX(b)»¹⁷³. Laddove si accogliesse l'impostazione della Cina circa i «*long-term benefits of any export restrictions as instruments to promote sophisticated exports thereby favouring environmental protection*»¹⁷⁴, sarebbe, in pratica, possibile applicare la giustificazione di cui all'art. XX, lett. b., per ogni restrizione all'esportazione sulle materie prime: «China's argument, if accepted, – osserva ancora il Panel – could ... be interpreted to allow such restrictions on any raw materials simply because they help increase growth, and, *in turn, eventually reduce pollution*»¹⁷⁵. Ma questa non è la finalità dell'eccezione invocata, che riguarda le misure necessarie a tutelare la vita e la salute di persone, animali e vegetali. Il Panel, quindi, sottolineando di non essere «aware of any support»¹⁷⁶ all'interpretazione avanzata dalla Cina sulla portata dell'art. XX, lett. b., GATT 1994, richiama la giurisprudenza OMC – finemente cesellata, come si è visto, dall'Organo d'appello – su cosa debba intendersi per misura «necessaria» a tutelare la salute e la vita. La misura da giustificare deve essere «a material contribution», deve, dunque, apportare un contributo importante alle finalità dell'eccezione invocata: «the requirement is *crucial* under Article XX that *only those export restrictions that bring about a material contribution* to the environmental policy goal are accepted as *WTO-consistent*»¹⁷⁷.

E analizzando ulteriormente i dazi e le quote cinesi sotto il profilo del tipo di apporto che danno alla realizzazione degli obiettivi di tutela ambientale e della salute proclamati dalla Cina, il Panel ha ben pochi dubbi. Pechino non ha portato elementi sufficienti a dimostrare che le misure commerciali attaccate rappresentino «a material contribution» né per il presente (dunque non si tratta di misure «*currently making a material contribution*» agli obiettivi di cui all'art. XX, lett. b., GATT 1994) né per il futuro (i provvedimenti non appaiono neppure in grado di realizzare in un momento successivo le asserite finalità di sostenibilità, vale a dire che non sono «*apt to make a material contribution to the stated objective in the future*»). Non vi sono prove, infatti, che i dazi e le quote abbiano ridotto l'inquinamento o la produzione di materie prime né che abbiano migliorato la salute della popolazione cinese.

Ancora, il Panel sottolinea che la Repubblica popolare, pur essendone perfettamente in grado, non ha posto in essere con adeguata perizia le misure alternative che, meno restrittive degli scambi, le avrebbero comunque permesso di raggiungere lo stesso livello di tutela ambientale e di salubrità. I re-

¹⁷³ Par. 7.515.

¹⁷⁴ Par. 7.554.

¹⁷⁵ Par. 5.515 (*corsivo aggiunto*).

¹⁷⁶ Par. 7.554.

¹⁷⁷ Par. 7.515 (*corsivo aggiunto*).

clamanti hanno identificato sei tipi di misure alternative, che sarebbero non solo di minore impatto sul commercio internazionale, ma addirittura compatibili con il sistema OMC e più efficienti nel realizzare gli obiettivi di sostenibilità proclamati dalla Cina. Si tratta degli investimenti in tecnologie più rispettose dell'ambiente; della promozione del riciclo dei beni di consumo; del rafforzamento generale degli *standard* ambientali; degli investimenti nelle infrastrutture necessarie a facilitare il riciclaggio dei residui (cascami o rottami); della promozione di una maggior domanda dei residui, senza bloccarne l'offerta agli operatori dei Paesi terzi; infine, della definizione di restrizioni alla produzione e di controllo dell'inquinamento sulla cosiddetta produzione «primaria»¹⁷⁸. La Cina ha cercato di difendersi sostenendo che le quote e i dazi contestati sarebbero comunque complementari, anzi indispensabili per supportare le misure alternative indicate dalle parti attrici, ritenute, da sole, insufficienti a tutelare ambiente e salute. Ma, ancora una volta, il Panel conclude che non può far altro che riscontrare l'assenza di prove del contributo materiale che quote e dazi apportano (*currently make to*) o possono apportare in futuro (*are apt to make in the future*) alla riduzione dell'inquinamento e alla protezione della salute dei cittadini cinesi. Non è provato che vi sia una riduzione della produzione di coke, magnesio e manganese metallici e carburo di silicio, tutte materie prime la cui estrazione richiede molta energia ed è molto inquinante, né è provato che i dazi all'esportazione sui residui (cascami o rottami) della lavorazione di magnesio, manganese e zinco riduca l'inquinamento, poiché la Cina non ha fornito dati riguardo al molto probabile aumento della produzione secondaria provocato dalla maggiore disponibilità di residui a buon prezzo, il cui conseguente tasso di inquinamento deve, invece, essere tenuto in considerazione per stabilire se, effettivamente, i dazi in questione siano capaci di tutelare l'ambiente.

Il Panel, tuttavia, ha accompagnato la severità con la quale ha analizzato le argomentazioni difensive di Pechino all'indicazione del modo in cui la Repubblica popolare cinese può effettivamente tutelare l'ambiente e la salute della sua popolazione. Più volte il Gruppo di esperti afferma di essere stato profondamente colpito («[t]he Panel is impressed»)¹⁷⁹ dall'ampiezza e dalla profondità delle misure ed azioni ambientali della Cina, e dalla potenzialità di regolamentazione che il Paese asiatico può e deve ancora esprimere rispetto agli obiettivi socio-politico-economici dichiarati. E proprio nei numerosi piani ed atti sfoggiati da Pechino il Panel riscontra la piena capacità del gigante asiatico di porre in essere in modo adeguato le misure alternative proposte

¹⁷⁸ Cfr. par. 7.566.

¹⁷⁹ Par. 7.583. Si veda anche il par. 7.511: «[i]n the Panel's view, all of these measures are evidence of China's considerable efforts to regulate in the interest of protecting the environment. The breadth of China's measures touching on environmental (and other) matters is impressive».

dalle parti reclamanti per evitare di violare il sistema OMC perseguendo comunque obiettivi di sostenibilità: occorre, in buona sostanza, che la Cina superi la fase programmatica, ed adotti i relativi provvedimenti esecutivi, e che, rispetto alle azioni già intraprese, rafforzi gli *standard* ambientali¹⁸⁰.

8. Conclusioni

L'esame del corposo *report* sulle misure restrittive alle esportazioni della Cina fa toccare con mano l'enorme peso che la Repubblica popolare ha raggiunto nell'economia mondiale e la grande capacità che, in poco tempo, è riuscita ad acquisire nel destreggiarsi tecnicamente nel contenzioso del sistema multilaterale degli scambi, superando decenni di diffidenza nei confronti dei tribunali internazionali¹⁸¹.

Nell'attuale controversia, il Panel ha rigettato quasi tutte le istanze di Pechino, stabilendo l'illiceità delle restrizioni alle esportazioni introdotte dalla Cina su minerali e metalli. L'esito negativo, però, non permette certo di nascondere la rilevanza delle questioni che il Paese asiatico ha saputo proporre ed argomentare dinanzi al Gruppo di esperti. Sotto un profilo prevalentemente tecnico, ma suscettibile di significative conseguenze di carattere sostanziale, Pechino ha nuovamente posto la questione dell'applicabilità dell'art. XX GATT 1994 al Protocollo di adesione. La risposta negativa data dal Panel dovrà essere rivista dall'Organo d'appello, al quale, come prevedibile, la Cina si è rivolta, ritenendo che gli obblighi "WTO-Plus" che ha assunto aderendo all'OMC non possano essere privati della possibilità di deroga consentita dalla clausola GATT sulle eccezioni generali¹⁸². Come si è cercato di dimostrare, a nostro avviso l'inapplicabilità dell'art. XX GATT al divieto di dazi alle esportazioni contemplato nel Protocollo di adesione della Cina è un risultato che rischia di minare l'integrità del sistema OMC, fondato su un modello di sviluppo che vuole coniugare la liberalizzazione degli scambi con il costante perseguimento della tutela dell'ambiente e del progresso sociale¹⁸³. Il nostro auspicio è che l'Organo d'appello non solo ribalti l'esito della valutazione del Panel, ma individui anche una formula per riconoscere l'applicabilità dell'art. XX GATT 1994 a tutto il Protocollo di adesione, senza confinare il suo *report* alla singola Sezione 11, par. 3, oggetto della disputa in esame.

Inoltre, sempre su intelligente "provocazione" della Cina, il Gruppo di

¹⁸⁰ Cfr. par. 7.583, 7.590 e 7.590.

¹⁸¹ Sul punto cfr. P. L. HSIEH, *China's Development of International Economic Law and WTO Legal Capacity Building*, cit. *supra*, nota 13, alle pp. 1000 ss.

¹⁸² V. WT/DS394/11, WT/DS395/11, WT/DS398/10, cit. *supra*, nota 12, par. 9-10.

¹⁸³ Cfr., *supra*, par. 3.1.

esperti ha dovuto affrontare l'importante tema del rapporto tra liberalizzazione degli scambi e principio della sovranità sulle risorse naturali, mostrando come sia possibile leggere l'eccezione sulle risorse naturali esauribili, di cui all'art. XX, lett. g., GATT 1994, nel pieno rispetto di tale sovranità. Sicuramente si tratta di una questione che non rimarrà confinata nella controversia in esame e la Cina continuerà ad avere sul tema un ruolo da protagonista. Infatti, le grandi potenze dell'OMC si stanno già confrontando in modo serrato a proposito delle restrizioni sulle terre rare, indispensabili per produrre beni di alta tecnologia, dai cellulari, ai fucili di precisione, ai pannelli solari. Le terre rare per il 97% sono estratte in Cina, ma Pechino non è più disposta a condividerle con il resto del mondo. Sarà, quindi, di notevole interesse vedere se e come l'Organo d'appello interverrà sul rapporto tra sistema OMC e risorse naturali nel caso *China – Raw Materials*. Un giudizio convincente, che contenga delle aperture a Pechino – si pensa in particolare, ad una risposta positiva all'applicabilità dell'art. XX GATT 1994 al Protocollo di adesione – potrebbe creare un sufficiente ed adeguato spazio politico per incentivare una soluzione amichevole alla nuova disputa che si profila all'orizzonte.

Elisa Baroncini**

** Professore aggregato di Diritto internazionale / Università degli Studi di Bologna.

GIURISPRUDENZA COMUNITARIA

I. SENTENZE E COMMENTI

È CONFORME AL DIRITTO UE LA DISCIPLINA NAZIONALE CHE VIETA L'ESERCIZIO DELLA PROFESSIONE FORENSE DA PARTE DI UN DIPENDENTE PUBBLICO *PART-TIME*

Corte di giustizia

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

Edyta Joanna Jakubowska c. Alessandro Maneggia

Art. 234 CE (ora art. 267 TFUE) - Questione pregiudiziale - Artt. 3, n. 1, lett. g., 4, 10, 81 e 98 CE - Direttiva n. 77/249/Cee - Direttiva n. 98/5/Ce - Libera prestazione dei servizi - Esercizio della professione di avvocato - Rapporto di lavoro a tempo parziale nella pubblica amministrazione - Incompatibilità tra impiego pubblico *part-time* ed esercizio della professione forense.

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

* Inedita in *Raccolta*. Il testo integrale della sentenza è reperibile sul sito internet www.curia.europa.eu. In argomento v. *infra*, p. 735 ss., il commento di *ALESSIA MARI*.

DIRITTO COMUNITARIO E DEGLI SCAMBI INTERNAZIONALI, FASC. 4/2011, PP. 679-684
© EDITORIALE SCIENTIFICA SRL

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

(Omissis) **In diritto**

1. La domanda di pronuncia pregiudiziale verte sull'interpretazione degli artt. 3, n. 1, lett. g., CE, 4 CE, 10 CE, 81 CE e 98 CE, della direttiva del Consiglio 22 marzo 1977, 77/249/Cee, intesa a facilitare l'esercizio effettivo della libera prestazione di servizi da parte degli avvocati (*Guce* L 78, p. 17), della direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio 16 febbraio 1998, 98/5/Ce, volta a facilitare l'esercizio permanente della professione di avvocato in uno Stato membro diverso da quello in cui è stata acquistata la qualifica (*Guce* L 77, p. 36), nonché dei principi generali della tutela del legittimo affidamento e del rispetto dei diritti quesiti.

2. Detta domanda è stata presentata nell'ambito di una controversia tra la signora Jakubowska e il signor Maneggia in merito ad una domanda di risarcimento dei danni, controversia sfociata in un procedimento attualmente pendente dinanzi al Giudice di pace di Cortona, nelle more del quale, a carico degli avvocati che rappresentavano la signora Jakubowska, è stata emessa una delibera di cancellazione dall'albo degli Avvocati di Perugia.

Contesto normativo

Il diritto dell'Unione (Omissis)

La normativa nazionale (Omissis)

Causa principale e questioni pregiudiziali

15. La signora Jakubowska ha convenuto il signor Maneggia dinanzi al Giudice di pace di Cortona per il pagamento di una somma di EUR 200 a titolo di risarcimento dei danni, in ragione del fatto che quest'ultimo aveva accidentalmente danneggiato l'automobile di sua proprietà.

16. Nell'ambito di tale controversia, la signora Jakubowska si è fatta rappresentare dagli avvocati Mazzolai e Nardelli, iscritti all'albo degli Avvocati di Perugia. Questi ultimi, in quanto dipendenti pubblici con impiego a tempo parziale, rientravano nell'ambito di applicazione dell'art. 1, commi 56 e 56 bis, della legge n. 662/96.

17. Dopo l'entrata in vigore della legge n. 339/2003 e la scadenza del termine

prescritto dall'art. 2, n. 1, della stessa, il consiglio dell'Ordine degli Avvocati di Perugia, in pendenza del procedimento a quo dinanzi al giudice del rinvio, ha emesso due delibere che disponevano la cancellazione di detti avvocati da tale albo.

18. La signora Jakubowska ha presentato una memoria nella quale chiedeva che i suoi avvocati fossero autorizzati a continuare a rappresentarla, adducendo che la legge n. 339/2003 è contraria al Trattato CE nonché ai principi generali della tutela dell'affidamento legittimo e del rispetto dei diritti quesiti.

19. In tale contesto, il Giudice di pace di Cortona ha deciso di sospendere il giudizio e di sottoporre alla Corte le questioni seguenti:

«1. Se gli artt. 3, lett. g., [CE], 4 [CE], 10 [CE], 81 [CE] e 98 [CE] debbano essere interpretati in modo da ritenere che ostino ad una disciplina nazionale, quale quella risultante dagli articoli 1 e 2 della legge [n. 339/2003], che reintroducono l'incompatibilità all'esercizio della professione forense da parte dei dipendenti pubblici *part-time* e negano agli stessi, pur in possesso di un'abilitazione all'esercizio della professione di avvocato, l'esercizio della professione disponendone la cancellazione dall'albo degli avvocati con provvedimento del competente consiglio dell'ordine degli avvocati, salvo che il pubblico dipendente opti per la cessazione del rapporto di impiego.

2. Se gli artt. 3, lett. g., [CE], 4 [CE], 10 [CE] e 98 [CE] debbano essere interpretati in modo da ritenere che ostino ad una disciplina nazionale, quale quella risultante dagli articoli 1 e 2 della legge [n. 339/2003] (...).

3. Se l'art. 6 della direttiva [77/294] (...) debba essere interpretato in modo da ritenere che esso osti ad una disciplina nazionale quale quella risultante dagli articoli 1 e 2 della legge [n. 339/2003] (...) laddove tale disciplina nazionale sia applicabile anche agli avvocati dipendenti che esercitano l'attività forense in via di libera prestazione dei servizi.

4. Se l'art. 8 della direttiva [98/5] (...) debba essere interpretato in modo da ritenere che esso non si applichi all'avvocato dipendente pubblico *part time*.

5. Se i principi generali di diritto [dell'Unione] della tutela del legittimo affidamento e dei diritti quesiti ostino ad una disciplina nazionale quale quella risultante dagli articoli 1 e 2 della legge [n. 339/2003], che introducono l'incompatibilità all'esercizio della professione forense da parte dei dipendenti pubblici *part-time* e si applicano anche agli avvocati già iscritti negli albi degli avvocati alla data di entrata in vigore della medesima legge (...), prevedendo all'art. 2 solo un breve periodo di "moratoria" per l'opzione imposta fra impiego ed esercizio della professione forense».

20. In risposta ai quesiti scritti che sono stati posti dalla Corte ai rappresentanti *ad litem* della signora Jakubowska, in applicazione dell'art. 54 bis del regolamento di procedura della Corte, l'avv. Nardelli ha prodotto, con lettera del 31 maggio 2010, un'attestazione del consiglio dell'Ordine degli Avvocati dalla quale risulta che egli resta formalmente iscritto all'albo di tale Ordine fino a che a quest'ultimo sia comunicata la data di notifica della delibera del Consiglio nazionale forense recante rigetto del ricorso dell'avv. Nardelli avverso la decisione di cancellazione che lo concerne.

21. Con la stessa lettera, il signor Nardelli ha informato la Corte che l'avv. Mazzolai aveva rinunciato alla procura conferitagli nella causa principale. Inoltre, ha fatto sapere che la signora Jakubowska aveva conferito una procura *ad litem* all'avv. Frigessi di Rattalma al fine di rappresentarla all'udienza dinanzi alla Corte.

Sulle questioni pregiudiziali

Sulla ricevibilità delle questioni pregiudiziali (Omissis)

Nel merito

Sulla prima e sulla seconda questione

47. Con la sua prima e la sua seconda questione, che occorre esaminare congiuntamente, il giudice del rinvio domanda, in sostanza, se gli artt. 3, n. 1, lett. g., CE, 4 CE, 10 CE, 81 CE e 98 CE ostino ad una normativa nazionale, quale quella risultante dagli artt. 1 e 2 della legge n. 339/2003, che nega ai dipendenti pubblici impiegati in una relazione di lavoro a tempo parziale, pur in possesso di un'abilitazione all'esercizio della professione forense, l'esercizio di tale professione, disponendone la cancellazione dall'albo degli Avvocati.

48. Se è pur vero che, di per sé, l'art. 81 CE riguarda esclusivamente il comportamento delle imprese e non le disposizioni legislative o regolamentari emanate dagli Stati membri, nondimeno tale articolo, letto in combinato disposto con l'art. 10 CE, fa obbligo agli Stati membri di non adottare o mantenere in vigore provvedimenti, anche di natura legislativa o regolamentare, che possano rendere praticamente inefficaci le regole di concorrenza applicabili alle imprese (citare sentenze *Arduino*, punto 34, nonché *Cipolla e a.*, punto 46).

49. La Corte ha, in particolare, dichiarato che si è in presenza di una violazione degli artt. 10 CE e 81 CE qualora uno Stato membro imponga o agevoli la conclusione di accordi in contrasto con l'art. 81 CE, o rafforzi gli effetti di tali accordi, oppure revochi alla propria normativa il suo carattere pubblico delegando ad operatori privati la responsabilità di adottare decisioni di intervento in materia economica (citare sentenze *Arduino*, punto 35, nonché *Cipolla e a.*, punto 47).

50. Orbene, il fatto che uno Stato membro prescriva agli organi di un'associazione professionale quali i consigli dell'Ordine degli Avvocati dei differenti fori di procedere d'ufficio alla cancellazione dell'iscrizione all'albo degli Avvocati dei membri di tale professione che siano anche dipendenti pubblici a tempo parziale e che non abbiano optato, entro un termine fisso, vuoi per il mantenimento dell'iscrizione a detto albo, vuoi per il mantenimento della relazione di lavoro con l'ente pubblico presso il quale sono impiegati, non è idoneo a dimostrare che tale Stato membro abbia revocato alla propria normativa il suo carattere pubblico. Infatti, i consigli dell'Ordine non hanno alcuna influenza per quel che riguarda l'adozione d'ufficio, prescritta per legge, delle decisioni di cancellazione.

51. Per motivi analoghi, non si può ritenere che una normativa nazionale come quella in questione nella causa principale imponga o agevoli accordi in contrasto con l'art. 81 CE.

52. Tali considerazioni non sono affatto inficiate né dall'art. 3, n. 1, lett. g., CE, che prevede l'azione dell'Unione europea per quanto concerne un regime che assicuri che la concorrenza non sia falsata nel mercato interno, né dagli artt. 4 CE e 98 CE, che mirano all'instaurazione di una politica economica nel rispetto del principio di un'economia di mercato aperta e in libera concorrenza.

53. Alla luce di quanto precede, occorre risolvere la prima e la seconda questione sollevate nel senso che gli artt. 3, n. 1, lett. g., CE, 4 CE, 10 CE, 81 CE e 98 CE

non ostano ad una normativa nazionale che neghi ai dipendenti pubblici impiegati in una relazione di lavoro a tempo parziale l'esercizio della professione di avvocato, anche qualora siano in possesso dell'apposita abilitazione, disponendone la cancellazione dall'albo degli Avvocati.

Sulla quarta questione

54. Come esposto nella decisione di rinvio, con la sua quarta questione, il Giudice di pace di Cortona domanda, in sostanza, se la possibilità lasciata dall'art. 8 della direttiva 98/5 allo Stato membro ospitante di disciplinare e, quindi, se del caso, di limitare l'esercizio di talune categorie di impieghi da parte degli avvocati iscritti in tale Stato valga anche nei confronti degli avvocati che desiderino esercitare uno di tali impieghi solo a tempo parziale.

55. Al fine di risolvere tale questione, giova rammentare anzitutto che, con l'adozione della direttiva 98/5, il legislatore dell'Unione ha inteso, in particolare, porre fine alle disparità tra le norme nazionali relative ai requisiti d'iscrizione come avvocato (sentenza 19 settembre 2006, causa n. C-506/04, *Wilson*, *Raccolta*, I, p. 8613, punto 64).

56. La Corte ha già precisato che, in considerazione di tale obiettivo della direttiva 98/5, occorre ritenere che essa proceda ad un'armonizzazione completa dei requisiti preliminari per l'iscrizione presso l'autorità competente dello Stato membro ospitante, requisiti essenzialmente limitati alla presentazione a tale autorità di un documento attestante l'iscrizione presso l'autorità competente dello Stato membro di origine (v., in tal senso, sentenza *Wilson*, *cit.*, punti 65-67).

57. Tuttavia, come risulta inequivocabilmente dall'art. 6 della direttiva 98/5, l'iscrizione in uno Stato membro ospitante di avvocati che esercitano con un titolo ottenuto in uno Stato membro diverso assoggetta tali avvocati all'applicazione delle regole professionali e deontologiche in vigore nello Stato membro ospitante. Ebbene, tali regole, contrariamente a quelle relative ai requisiti preliminari per l'iscrizione, non sono state oggetto di un'armonizzazione e possono quindi divergere considerevolmente da quelle in vigore nello Stato membro d'origine. Del resto, come conferma l'art. 7, n. 1, della stessa direttiva, l'inosservanza di dette regole può portare alla cancellazione dell'iscrizione nello Stato membro ospitante.

58. Occorre constatare che l'art. 8 della direttiva 98/5 riguarda una categoria specifica delle regole professionali e deontologiche richiamate dall'art. 6 della stessa direttiva, vale a dire quelle che determinano in quale misura gli avvocati iscritti possono «esercitare la professione come lavoratore subordinato di un altro avvocato, di un'associazione o società di avvocati, di [un'impresa pubblica o privata]».

59. In considerazione degli ampi termini scelti dal legislatore dell'Unione, si deve ritenere che detto art. 8 ricomprenda tutte le regole che lo Stato membro ospitante ha introdotto al fine di prevenire i conflitti d'interesse che potrebbero, secondo le sue valutazioni, risultare da una situazione nella quale un avvocato sia, da una parte, iscritto all'albo degli Avvocati e, dall'altra, impiegato presso un altro avvocato, un'associazione o società di avvocati, un'impresa pubblica o privata.

60. Il divieto imposto dalla legge n. 339/2003 agli avvocati iscritti in Italia di essere impiegati, anche solo a tempo parziale, di un ente pubblico rientra nelle regole

di cui all'art. 8 della direttiva 98/5, almeno nei limiti in cui detto divieto concerne l'esercizio concomitante della professione forense e di un impiego presso un'impresa pubblica.

61. Del resto, il fatto che la normativa così introdotta dalla Repubblica italiana possa essere considerata restrittiva non è di per sé censurabile. La mancanza di conflitto d'interessi è, infatti, indispensabile all'esercizio della professione forense ed implica, in particolare, che gli avvocati si trovino in una situazione di indipendenza nei confronti dei pubblici poteri e degli altri operatori di cui non devono subire l'influenza (v., in tal senso, sentenza 19 febbraio 2002, causa n. C-309/99, *Wouters e a.*, *Raccolta*, I, p. 1577, punti 100-102). Occorre, certo, che le regole stabilite al riguardo non vadano al di là di quello che è necessario per conseguire l'obiettivo di prevenzione dei conflitti di interesse. La proporzionalità di un divieto come quello imposto dalla legge n. 339/2003 non deve, tuttavia, essere esaminata nell'ambito della presente questione, che non riguarda tale aspetto.

62. Infine, come già constatato nell'ambito dell'esame della ricevibilità di tale questione, occorre sottolineare che l'art. 8 della direttiva 98/5 implica che le norme dello Stato membro ospitante si applichino a tutti gli avvocati iscritti in tale Stato membro, a prescindere dal fatto che essi esercitino con il titolo professionale ottenuto nello stesso Stato o con quello ottenuto in un altro Stato membro.

63. Con riserva di verifica da effettuare al riguardo da parte dei giudici italiani, non risulta che la legge n. 339/2003 si applichi esclusivamente agli avvocati di origine italiana e produca in tal modo una discriminazione alla rovescia. Certamente, gli avvocati presi in considerazione da detta legge sono quelli interessati ad esercitare un impiego presso enti soggetti a tutela o a vigilanza della Repubblica italiana o dei suoi enti locali. Tuttavia, almeno nei limiti in cui si tratta di impieghi presso imprese pubbliche, gli avvocati iscritti all'albo di uno degli ordini degli Avvocati della Repubblica italiana e sui quali incide quindi il divieto di esercizio concomitante di un tale impiego possono essere non solo cittadini italiani, bensì anche cittadini di altri Stati membri.

64. Alla luce dell'insieme delle considerazioni che precedono, occorre risolvere la quarta questione sollevata dichiarando che l'art. 8 della direttiva 98/5 dev'essere interpretato nel senso che lo Stato membro ospitante può imporre agli avvocati ivi iscritti e che siano impiegati – vuoi a tempo pieno vuoi a tempo parziale – presso un altro avvocato, un'associazione o società di avvocati oppure un'impresa pubblica o privata, restrizioni all'esercizio concomitante della professione forense e di detto impiego, sempreché tali restrizioni non eccedano quanto necessario per conseguire l'obiettivo di prevenzione dei conflitti di interesse e si applichino a tutti gli avvocati iscritti in detto Stato membro.

(*Omissis*)

**LIBERA CIRCOLAZIONE DEI SERVIZI: È ILLEGITTIMO
PER LE PROFESSIONI REGOLAMENTATE IL DIVIETO
ASSOLUTO E GENERALIZZATO DELLA COMUNICAZIONE
COMMERCIALE DIRETTA E *AD PERSONAM***

Corte di giustizia

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

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

Art. 234 CE (ora art. 267 TFUE) - Questione pregiudiziale - Libera prestazione dei servizi - Direttiva n. 2006/123/Ce, art. 24 - Professioni regolamentate: dottori commercialisti/esperti contabili - Normativa nazionale che vieta l'attività di «démarchage» - Restrizione alla libera circolazione dei servizi - Ostacolo alla realizzazione del mercato interno libero e concorrenziale.

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

(Omissis) **In diritto**

Causa principale e questione pregiudiziale

13. Con ricorso proposto il 28 novembre 2007, la Société fiduciaire ha chiesto al Conseil d'État di annullare il decreto n. 1387/2007 nella parte in cui vieta il «démarchage».

* Inedita in *Raccolta*. Il testo integrale della sentenza è reperibile sul sito internet www.curia.europa.eu. In argomento v. *infra*, p. 691 ss., il commento di *MATTIA BOSIO*.

chage», cioè gli atti di promozione commerciale diretta e *ad personam* dei propri servizi. Tale società considera che il divieto generale e assoluto di qualsiasi attività di «démarchage», previsto dall'art. 12-I del codice di deontologia della professione di dottore commercialista/esperto contabile, sia contrario all'art. 24 della direttiva n. 2006/123 e metta in grave pericolo l'attuazione di quest'ultima.

14. Il giudice *a quo* ritiene che un rinvio pregiudiziale sia necessario nella controversia dinanzi ad esso pendente, in quanto il divieto di «démarchage» imposto dal decreto impugnato, qualora fosse considerato contrario all'art. 24 della direttiva n. 2006/123, comprometterebbe seriamente l'attuazione di quest'ultima.

15. Ciò premesso, il Conseil d'État ha deciso di sospendere il procedimento e di sottoporre alla Corte la seguente questione pregiudiziale:

«Se la direttiva [n. 2006/123] abbia inteso abolire, per le professioni regolamentate da essa contemplate, ogni divieto generale, qualunque sia la forma di pratica commerciale di cui trattasi, oppure se abbia lasciato agli Stati membri la possibilità di mantenere dei divieti generali per talune pratiche commerciali, quali il "démarchage"».

Sulla ricevibilità

16. Il giudice del rinvio sollecita l'interpretazione della direttiva n. 2006/123, il cui termine di recepimento, fissato al 28 dicembre 2009, non era ancora scaduto alla data in cui è stata emanata l'ordinanza di rinvio, ossia il 4 marzo 2009.

17. Il Governo francese, senza eccepire esplicitamente l'irricevibilità della domanda di pronuncia pregiudiziale, solleva obiezioni in ordine alla pertinenza del quesito posto dal giudice del rinvio e alla valutazione formulata da quest'ultimo secondo cui, se la normativa nazionale controversa nella causa principale venisse considerata contraria alla direttiva n. 2006/123, comprometterebbe seriamente l'attuazione di quest'ultima.

18. Infatti, secondo tale Governo, se è pur vero che, conformemente alla giurisprudenza della Corte, in pendenza del termine di recepimento di una direttiva gli Stati membri che ne sono destinatari devono astenersi dall'adottare disposizioni che possano compromettere gravemente il risultato prescritto dalla direttiva stessa (sentenze 18 dicembre 1997, causa n. C-129/96, *Inter-Environnement Wallonie*, *Raccolta*, I, p. 7411, punto 45; 8 maggio 2003, causa n. C-14/02, *ATRAL*, *Raccolta*, I, p. 4431, punto 58, nonché 23 aprile 2009, cause riunite n. C-261/07 e n. C-299/07, *VTB-VAB e Galatea*, *Raccolta*, I, p. 2949, punto 38), ciò non varrebbe nel caso di specie, in cui l'applicazione della normativa nazionale controversa in pendenza del termine di recepimento della direttiva n. 2006/123 non produrrebbe effetti capaci, da un lato, di perdurare dopo la scadenza di tale termine e suscettibili, dall'altro, di presentare una particolare gravità in rapporto all'obiettivo perseguito dalla direttiva in parola.

19. A tal riguardo, va ricordato che, come emerge da questa stessa giurisprudenza, spetta al giudice del rinvio investito della controversia principale valutare se le disposizioni nazionali di cui si contesta la legittimità siano atte a compromettere seriamente il risultato prescritto da una direttiva. In tale valutazione il giudice del rinvio dovrebbe, in particolare, esaminare se le disposizioni di cui trattasi si presentino come un completo recepimento della direttiva e determinare gli effetti concreti dell'applicazione di tali disposizioni non conformi alla direttiva e della loro durata nel tempo (v., in particolare, sentenza *Inter-Environnement Wallonie*, *cit.*, punti 46 e 47).

20. Non spetta dunque alla Corte verificare l'esattezza di tale valutazione nell'ambito di un esame della ricevibilità di una domanda di pronuncia pregiudiziale.

21. Ad ogni modo, secondo una giurisprudenza costante, la questione relativa all'interpretazione del diritto dell'Unione, sollevata dal giudice nazionale nel contesto di diritto e di fatto che egli individua sotto la propria responsabilità, beneficia di una presunzione di rilevanza (v., in tal senso, sentenze 16 dicembre 2008, causa n. C-210/06, *Cartesio*, *Raccolta*, I, p. 9641, punto 67; 7 ottobre 2010, causa n. C-515/08, *dos Santos Palhota e a.*, non ancora pubblicata nella *Raccolta*, punto 20, nonché 12 ottobre 2010, causa n. C-45/09, *Rosenbladt*, non ancora pubblicata nella *Raccolta*, punto 33).

22. Ne consegue che la domanda di pronuncia pregiudiziale è ricevibile.

Sulla questione pregiudiziale

23. Con la sua questione il giudice del rinvio chiede, sostanzialmente, se l'art. 24 della direttiva n. 2006/123 debba essere interpretato nel senso che esso osta ad una normativa nazionale la quale vieti agli esercenti una professione regolamentata, come quella di dottore commercialista/esperto contabile, di effettuare atti di promozione commerciale diretta e *ad personam* dei propri servizi («démarchage»).

24. In via preliminare, va rilevato che l'art. 24 della direttiva n. 2006/123, intitolato «Comunicazioni commerciali emananti dalle professioni regolamentate», sancisce due obblighi a carico degli Stati membri. Da un lato, l'art. 24, n. 1, esige che gli Stati membri sopprimano tutti i divieti assoluti in materia di comunicazioni commerciali delle professioni regolamentate. Dall'altro, il n. 2 del medesimo articolo obbliga gli Stati membri a provvedere affinché le comunicazioni commerciali che promanano dalle professioni regolamentate ottemperino alle regole professionali, conformi al diritto dell'Unione, riguardanti, in particolare, l'indipendenza, la dignità e l'integrità della professione nonché il segreto professionale, nel rispetto della specificità di ciascuna professione. Le suddette regole professionali devono essere non discriminatorie, giustificate da un motivo imperativo di interesse generale e proporzionate.

25. Al fine di verificare se l'art. 24 della direttiva n. 2006/123, e segnatamente il n. 1 di tale articolo, costituisca una norma destinata a proibire l'introduzione di un divieto di «démarchage» quale quello previsto dalla normativa nazionale in esame nella causa principale, occorre interpretare tale disposizione riferendosi non soltanto al suo tenore letterale, bensì anche alla sua finalità e al suo contesto nonché all'obiettivo perseguito dalla normativa di cui trattasi.

26. A tal riguardo, dal secondo e dal quinto "*considerando*" della direttiva in parola emerge che quest'ultima mira ad eliminare le restrizioni alla libertà di stabilimento dei prestatori negli Stati membri e alla libera circolazione dei servizi tra Stati membri, al fine di contribuire alla realizzazione del mercato interno libero e concorrenziale.

27. La finalità dell'art. 24 di detta direttiva viene precisata nel centesimo "*considerando*" di quest'ultima, dove si afferma che occorre sopprimere i divieti assoluti in materia di comunicazioni commerciali per le professioni regolamentate che, in generale e per una determinata professione, proibiscono una o più forme di comunicazione commerciale, segnatamente qualsiasi pubblicità in un determinato o in determinati mezzi di comunicazione.

28. Per quanto riguarda il contesto in cui si iscrive l'art. 24 della direttiva n. 2006/123, va ricordato che esso è contenuto nel capo V della medesima, intitolato «Qualità dei servizi». Orbene, come rilevato dall'Avvocato Generale al par. 31 delle sue conclusioni, tale capo, in generale, e il citato art. 24, in particolare, mirano alla salvaguardia degli interessi dei consumatori migliorando la qualità dei servizi delle professioni regolamentate nell'ambito del mercato interno.

29. Di conseguenza, tanto dalla finalità del predetto art. 24 quanto dal contesto in cui questo si inserisce risulta che, come giustamente sostenuto dalla Commissione europea, l'intenzione del legislatore dell'Unione era non soltanto di porre fine ai divieti assoluti, per gli esercenti una professione regolamentata, di ricorrere alla comunicazione commerciale, in qualunque forma, ma anche di eliminare i divieti di ricorso a una o più forme di comunicazione commerciale ai sensi dell'art. 4, punto 12, della direttiva n. 2006/123, quali, in particolare, la pubblicità, il *marketing* diretto e le sponsorizzazioni. Alla luce degli esempi contenuti nel centesimo "*considerando*" della direttiva in parola, devono considerarsi quali divieti assoluti, preclusi a norma dell'art. 24, n. 1, della medesima direttiva, anche le regole professionali che proibiscono di fornire, nell'ambito di uno o più mezzi di comunicazione, informazioni sul prestatore o sulla sua attività.

30. Tuttavia, in forza dell'art. 24, n. 2, della direttiva n. 2006/123, letto alla luce del secondo periodo del centesimo "*considerando*" di quest'ultima, gli Stati membri rimangono liberi di prevedere divieti relativi al contenuto o alle modalità delle comunicazioni commerciali per quanto riguarda le professioni regolamentate, purché le regole previste siano giustificate e proporzionate al fine di garantire in particolare l'indipendenza, la dignità e l'integrità della professione, nonché il segreto professionale necessario in sede di esercizio di quest'ultima.

31. Al fine di stabilire se la normativa nazionale controversa rientri nell'ambito di applicazione dell'art. 24 della direttiva in parola, occorre anzitutto stabilire se il «*démarchage*» configuri una comunicazione commerciale ai sensi di tale articolo.

32. La nozione di «comunicazione commerciale» è definita all'art. 4, punto 12, della direttiva n. 2006/123 come comprensiva di qualsiasi forma di comunicazione destinata a promuovere, direttamente o indirettamente, i beni, i servizi o l'immagine di un'impresa, di un'organizzazione o di una persona che svolge un'attività commerciale, industriale, artigianale o che esercita una professione regolamentata. Tuttavia, esulano da tale nozione, in primo luogo, le informazioni che consentono l'accesso diretto all'attività dell'impresa, dell'organizzazione o della persona, quali un nome di dominio o un indirizzo di posta elettronica, nonché, in secondo luogo, le comunicazioni relative ai beni, ai servizi o all'immagine dell'impresa, dell'organizzazione o della persona elaborate in modo indipendente, in particolare qualora esse siano fornite senza corrispettivo economico.

33. Di conseguenza, come sostenuto dal Governo olandese, la comunicazione commerciale comprende non soltanto la pubblicità classica, ma anche altre forme di pubblicità e di comunicazione di informazioni destinate all'acquisizione di nuovi clienti.

34. Per quanto riguarda la nozione di «*démarchage*», va rilevato che né la direttiva n. 2006/123 né alcun altro atto normativo dell'Unione contengono una defini-

zione di tale nozione. Inoltre, la sua portata può variare negli ordinamenti giuridici dei diversi Stati membri.

35. Ai sensi dell'art. 12-I del codice di deontologia in esame nella causa principale, deve considerarsi atto di «démarchage» quello con il quale un dottore commercialista/esperto contabile prende contatto con un terzo, che non l'abbia richiesto, al fine di proporgli i propri servizi.

36. A tal riguardo, va evidenziato che, sebbene la portata esatta della nozione di «démarchage», ai sensi della normativa nazionale, non risulti dall'ordinanza di rinvio, il Conseil d'État, nonché tutti gli interessati che hanno presentato osservazioni alla Corte, considerano che il «démarchage» rientri nella nozione di «comunicazione commerciale», di cui all'art. 4, punto 12, della direttiva n. 2006/123.

37. Secondo la Société fiduciaire, il «démarchage» si definisce come un'offerta personalizzata di beni o di servizi rivolta a una determinata persona giuridica o fisica che non l'abbia richiesta. Il Governo francese aderisce a tale definizione, pur proponendo di distinguere due elementi, ossia, da un lato, un elemento di movimento, che risiede nel fatto di prendere contatto con un terzo che non lo ha richiesto, e, dall'altro, un elemento di contenuto consistente nella trasmissione di un messaggio a carattere commerciale. Secondo tale Governo, è questo secondo elemento che costituisce, in particolare, una comunicazione commerciale ai sensi della direttiva n. 2006/123.

38. Da tali elementi si evince che il «démarchage» costituisce una forma di comunicazione di informazioni destinata alla ricerca di nuovi clienti. Orbene, come dedotto dalla Commissione, il «démarchage» implica un contatto personalizzato tra il prestatore e il potenziale cliente, al fine di presentare a quest'ultimo un'offerta di servizi. Per tale motivo, esso può essere qualificato come *marketing* diretto. Di conseguenza, il «démarchage» rientra nella nozione di «comunicazione commerciale», ai sensi degli artt. 4, punto 12, e 24 della direttiva n. 2006/123.

39. La questione che si pone quindi è se il divieto di «démarchage» possa essere considerato un divieto assoluto in materia di comunicazioni commerciali ai sensi dell'art. 24, n. 1, di tale direttiva.

40. Dalla formulazione dell'art. 12-I del codice di deontologia oggetto della causa principale, nonché dalla «Griglia indicativa degli strumenti di comunicazione» predisposta dal Conseil supérieur de l'ordre des experts-comptables [Consiglio superiore dell'Ordine dei dottori commercialisti/esperti contabili], allegata alle osservazioni scritte del Governo francese, risulta che, in forza della norma suddetta, gli esercenti la professione di dottore commercialista/esperto contabile devono astenersi da qualsiasi contatto personale non richiesto che possa essere considerato come un reclutamento di clientela o una proposta concreta di servizi commerciali.

41. Va constatato che il divieto di «démarchage», quale previsto dal citato art. 12-I, è concepito in modo ampio, poiché vieta qualsiasi atto di promozione commerciale diretta e *ad personam* dei propri servizi, a prescindere dalla sua forma, dal suo contenuto o dai mezzi impiegati. Pertanto, tale divieto comprende la proibizione di tutti i mezzi di comunicazione che consentono l'attuazione di questa forma di comunicazione commerciale.

42. Ne consegue che un siffatto divieto deve essere considerato come un divieto assoluto in materia di comunicazioni commerciali, proibito dall'art. 24, n. 1, della direttiva n. 2006/123.

43. Tale conclusione è conforme all'obiettivo di detta direttiva, che consiste, come ricordato al punto 26 della presente sentenza, nell'eliminare gli ostacoli alla libera prestazione dei servizi tra gli Stati membri. Infatti, una normativa di uno Stato membro che vieti ai dottori commercialisti/esperti contabili di procedere a qualsiasi atto di «démarchage» può ledere maggiormente i professionisti provenienti da altri Stati membri, privandoli di un mezzo efficace di penetrazione del mercato nazionale di cui trattasi. Un siffatto divieto costituisce pertanto una restrizione alla libera prestazione dei servizi transfrontalieri (v., per analogia, sentenza 10 maggio 1995, causa n. C-384/93, *Alpine Investments*, Raccolta, I, p. 1141, punti 28 e 38).

44. Il Governo francese sostiene che il «démarchage» lede l'indipendenza dei soggetti esercitanti tale professione. A suo avviso, essendo i dottori commercialisti/esperti contabili incaricati di controllare la contabilità di imprese e organismi ai quali essi non sono vincolati da un contratto di lavoro, nonché di attestare la regolarità e la veridicità dei risultati di esercizio di tali imprese od organismi, è indispensabile che i suddetti professionisti non siano sospettati di alcuna compiacenza nei confronti dei loro clienti. Orbene, mediante una presa di contatto con il dirigente dell'impresa o dell'organismo interessati, il dottore commercialista/esperto contabile rischierebbe di modificare la natura del rapporto che deve abitualmente intrattenere con il suo cliente, ciò che dunque nuocerebbe alla sua indipendenza.

45. Tuttavia, come constatato al punto 42 della presente sentenza, la normativa di cui trattasi nella causa principale vieta totalmente una forma di comunicazione commerciale e rientra pertanto nell'ambito di applicazione dell'art. 24, n. 1, della direttiva n. 2006/123. Tale normativa è dunque incompatibile con la direttiva n. 2006/123 e non può essere giustificata in forza dell'art. 24, n. 2, di quest'ultima, anche se essa è non discriminatoria, fondata su un motivo imperativo di interesse generale e proporzionata.

46. Alla luce di tutte queste considerazioni, la questione deferita va risolta dichiarando che l'art. 24, n. 1, della direttiva n. 2006/123 deve essere interpretato nel senso che esso osta a una normativa nazionale la quale vieti totalmente agli esercenti una professione regolamentata, come quella di dottore commercialista/esperto contabile, di effettuare atti di promozione commerciale diretta e *ad personam* dei propri servizi («démarchage»).

(*Omissis*)

PRIMA APPLICAZIONE DELLA DIRETTIVA SERVIZI E PRIME DIFFICOLTÀ INTERPRETATIVE

Sommario: *Premessa* - **1.** Direttiva n. 2006/123: qualità dei servizi e pubblicità per le professioni regolamentate - **2.** Controversia principale ed applicabilità della direttiva *ratione temporis* - **3.** La portata giuridica della nozione di divieto totale in materia di comunicazioni commerciali - **4.** La dissenting opinion dell'Avvocato Generale conferma l'ambigua dimensione dei motivi imperativi di interesse generale nella direttiva servizi.

Premessa

Nella recente sentenza *Société fiduciaire*¹ sopra riportata la Corte di giustizia è stata «chiamata per la prima volta a pronunciarsi sull'interpretazione²» della direttiva servizi al fine di specificare la portata della disposizione, ivi prevista, relativa alla soppressione di ogni divieto totale in materia di comunicazioni commerciali per le professioni regolamentate. Il giudice comunitario in tale pronuncia è chiamato a valutare la compatibilità con il diritto comunitario di una norma francese che vieta ai soggetti esercenti una professione regolamentata di pubblicizzare a terzi la propria attività, proponendo direttamente al mercato i propri servizi. Non costituiscono invece oggetto di trattazione nella decisione della Corte di giustizia i punti più controversi della di-

¹ Sentenza della Corte di giustizia del 5 aprile 2011 in causa n. C-119/09, *Société fiduciaire nationale d'expertise comptable c. Ministre du budget, des comptes publics et de la fonction publiques*, inedita in *Raccolta*, massimata in questa *Rivista*, 2011, p. 295 (di seguito «la sentenza»).

² Conclusioni dell'Avvocato Generale Mazák del 18 maggio 2010 in causa n. C-119/09, *Société fiduciaire nationale d'expertise comptable c. Ministre du budget, des comptes publics et de la fonction publiques*, p. 1, di seguito «le conclusioni». Risulta altresì pendente dinanzi alla Corte di giustizia un ulteriore caso relativo alla compatibilità della direttiva servizi, ed in particolare di talune sue disposizioni sostanziali in materia di libera prestazione dei servizi (art. 16) e di libertà di stabilimento (art. 15), con la disciplina italiana in materia di affidamento di servizi di liquidazione, accertamento e riscossione di tributi e di altre entrate degli enti locali (domanda di pronuncia pregiudiziale proposta dal TAR Lombardia del 19 luglio 2010, in cause riunite da n. C-357/10 a n. C-359/10, *Duomo, Gpa Srl - Gestione Servizi Pubblici Srl, Irtel Srl*). Sul punto vedasi recentemente le conclusioni dell'Avvocato Generale Villalón del 16 novembre 2011 in cause riunite n. C-357/10, n. C-358/10, n. C-359/10, *Duomo Gpa*.

rettiva, relativi al campo di applicazione della stessa ed all'armonizzazione dei motivi di interesse generale che possono giustificare un ostacolo alla libera prestazione dei servizi. In merito a quest'ultimo punto risulta tuttavia particolarmente interessante a livello dottrinale richiamare, nel paragrafo finale del commento, la posizione espressa dall'Avvocato Generale il quale ha proposto un'originale soluzione alla questione delle deroghe concesse agli Stati membri dalla direttiva per limitare la circolazione transfrontaliera dei servizi.

1. Direttiva n. 2006/123: qualità dei servizi e pubblicità per le professioni regolamentate

La direttiva servizi³ costituisce un perfetto esempio di strumento orizzontale di coordinamento dei sistemi giuridici nazionali, più che di armonizzazione⁴, scelto proprio in virtù della necessità di affrontare un insieme di restrizioni, in particolare normative ed amministrative, estremamente variegato che affliggono contemporaneamente un ampio ventaglio di attività di servizi. In tale contesto, di fronte ad una categoria di ostacoli comuni e ripetitivi che, per propria natura o tramite un effetto espansivo da un'attività autonoma a quelle correlate, interessano diverse professioni, il ricorso ad una serie di strumenti

³ Direttiva n. 2006/123/Ce del Parlamento europeo e del Consiglio, del 12 dicembre 2006, relativa ai servizi nel mercato interno, in *Gu-UE* n. L 376, del 27 dicembre 2006, p. 36, di seguito «la direttiva». L'iter legislativo di tale atto di diritto derivato è risultato essere piuttosto complesso e tortuoso, trascinandosi a lungo con notevoli modifiche nel corso dell'approvazione, mentre l'Europa stessa, affrontando una crisi economica senza precedenti, ricercava una nuova identità di fronte al processo abortito di trattato costituzionale ed in seguito all'allargamento ad est. Il dibattito istituzionale in merito alla versione definitiva dell'atto si è principalmente indirizzato attorno al campo d'applicazione della direttiva, al rapporto della stessa con la normativa settoriale preesistente (in particolare in materia di distacco dei lavoratori) ed al principio del Paese d'origine. Proprio quest'ultimo punto ha costituito il centro di un'aspra polemica innescata da sindacati, sinistra massimalista e destra nazionalista, per il presunto rischio di *dumping* sociale e di *jurisdictional shopping* che tale previsione avrebbe dovuto comportare, contemporaneamente ad un abbassamento della qualità dei servizi ed alla totale ed incontrollata liberalizzazione dei servizi di interesse economico generale (per un approccio critico, ma comunque giuridicamente plausibile cfr. O. DE SCHUTTER - S. FRANCO, *La proposition de directive relative aux services dans le marché intérieur: reconnaissance mutuelle, harmonisation et conflits de lois dans l'Europe élargie*, in *Cah. dr. eur.*, 2005, p. 604 ss.). Il numero di emendamenti proposti alla versione originale da parte del Parlamento europeo in prima lettura ha quindi costretto la Commissione a presentare una seconda proposta di direttiva, sostanzialmente in linea con le modifiche approvate dall'Assemblea, intorno alla quale si è finalmente creato il consenso necessario per giungere ad una rapida adozione dell'atto. In merito ai punti critici che hanno costituito il fulcro del dibattito in seno al Parlamento ed al Consiglio si rimanda a G. BERARDIS, *La direttiva generale in materia di servizi*, in F. BESTAGNO - L. G. RADICATI DI BROZOLO (a cura di), *Il mercato unico di servizi*, Milano, Giuffrè, 2007, p. 30-35.

⁴ Secondo questa impostazione J. P. MINGASSON, *De la proposition législative à l'adoption de la directive service*, in O. DUBOS - P. KAUFFMANN, *L'Europe des services - L'approfondissement du marché intérieur*, Collection droits européens, Paris, Editions A. Pedone, 2009, p. 34. Ugualmente «in the Directive a harmonised set of regulatory rules is absent», non prevedendo tale atto di diritto derivato l'implementazione da parte degli Stati membri di «specific standards for a wide range of services» (J. VAN DE GROENDEN - H. DE WAELE, *All's Well That Bends Well? The Constitutional Dimension to the Services Directive*, in *European Constitutional Law Review*, Vol. 6, Issue 3, October 2010, p. 402).

di intervento legislativo di tipo settoriale si sarebbe rivelato inutile o in ogni caso eccessivamente dispendioso e controproducente. Tale direttiva quadro infatti, come ripetutamente specificato nelle sue disposizioni, non intende occuparsi di quelle materie già oggetto di disciplina settoriale, né precludere eventuali interventi in questo senso in futuro, quanto piuttosto tentare di ricomprendere all'interno del proprio campo di applicazione tutte le situazioni residuali della circolazione dei servizi nel mercato interno, evitando tuttavia di affrontare ogni problematica connessa alle specificità di ogni singola professione in sé considerata. Si tratta, dunque, di uno strumento quadro di carattere orizzontale che non impone regole dettagliate, ma piuttosto un insieme di principi comuni e divieti generali, e che sostanzialmente codifica una giurisprudenza consolidata della Corte di giustizia, integrandosi in modo complementare con le disposizioni preesistenti in materia di servizi⁵.

Rispetto all'operato *ante litteram* del giudice comunitario che, riconoscendo progressivamente nuove categorie di esigenze imperative meritevoli di tutela, ha implicitamente ammesso una serie di ostacoli che possono essere frapposti alla libera circolazione dei fattori produttivi, il legislatore, tramite la direttiva servizi, ha fissato un insieme di regole pratiche che dovrebbe contribuire a rafforzare l'efficacia delle disposizioni direttamente applicabili preesistenti nell'ambito del diritto primario in materia di prestazione di servizi⁶. La direttiva servizi disciplina, inoltre, quelle forme di ostacolo alle quali, né la procedura d'infrazione, né l'applicazione diretta degli artt. 49 e 56 TFUE hanno dimostrato di saper sopperire, risultando inadeguate qualora sia necessario un coordinamento preliminare delle legislazioni nazionali, al fine di rafforzare la cooperazione tra autorità amministrative, di semplificare le relative procedure e di istituire le opportune strutture informative. Tale responsabilità di collaborazione tra autorità nazionali destinata ad incrementare, tramite meccanismi obbligatori di cooperazione amministrativa, il reciproco affidamento nei controlli effettuati dallo Stato di stabilimento del prestatore costituisce il punto realmente innovativo della direttiva che per il resto si limita sostanzialmente a codificare quanto a più riprese affermato nella giurisprudenza comunitaria⁷.

⁵ Cfr. S. D'ACUNTO, *Directive Services (2006/123/CE): radiographie juridique en dix points*, in *Revue du droit de l'Union européenne*, 2007, 2, p. 267 ss.

⁶ In questo senso G. BERARDIS, *La direttiva generale in materia di servizi*, cit. *supra*, nota 3, p. 28.

⁷ Per un ordinamento giuridico di *civil law*, come quello che caratterizza l'Europa continentale ove non vige il principio dello *stare decisis* e le decisioni delle autorità giudiziarie non rappresentano il dato normativo, tramite la trasposizione della soluzione ad un caso giurisprudenziale in legge, tale sforzo di codificazione rappresenta anche un impegno alla chiarezza ed alla conoscibilità dello stesso diritto comunitario (così anche G. DAVIES, *The Services Directive: extending the country of origin principle and reforming public administration*, *EL Rev.*, 2007, vol. 32, n. 2, p. 234).

Nello specifico, in tema di «qualità dei servizi»⁸, al fine di accrescere la fiducia dei consumatori nei confronti delle attività di operatori economici stabiliti in altri Stati membri – incrementando di conseguenza la domanda di servizi – sono previste specifiche disposizioni volte a migliorare, anche tramite la collaborazione degli stessi prestatori di servizi, i livelli di informazione degli utenti, la trasparenza dei servizi forniti ed il confronto tra le diverse offerte degli operatori in modo da permettere ai destinatari di scegliere consapevolmente il servizio desiderato. Il capo V della direttiva disciplina la rimozione dei divieti in materia di attività multidisciplinari e di pubblicità commerciale per le professioni regolamentate e regola la facoltà per le autorità nazionali di imporre un'assicurazione o una garanzia professionale nei confronti dei prestatori che svolgano attività rischiose per la salute o la sicurezza del destinatario o di terzi. In particolare l'art. 24 della direttiva prevede che gli Stati membri sopprimano tutti i divieti totali in materia di comunicazioni commerciali⁹ per le professioni regolamentate (comma primo), quali ad esempio quelli relativi alla comunicazione di informazioni sul prestatore di servizi o sulla sua attività in un qualsiasi mezzo di comunicazione (compresi stampa, televisione, radio, internet), indipendentemente dal fatto che tali divieti siano contenuti nella legislazione nazionale o nelle regole degli organismi e ordini professionali o di altre organizzazioni professionali¹⁰. Per contro «le regole sul contenuto e sulle condizioni della pubblicità e di altre forme di comunicazione commerciale possono essere, invece, giustificate da motivi deontologici nel caso di determinate professioni regolamentate e di determinati tipi di comunicazioni commerciali»¹¹. Lo stesso art. 24 della direttiva impone, infatti, alle autorità nazionali di garantire che tale pubblicità risulti compatibile con i relativi regolamenti deontologici, così da salvaguardare l'indipendenza, la dignità, l'integrità dei professionisti e la segretezza del

⁸ Capo V (artt. 22-27) della direttiva.

⁹ L'art. 4, punto 12, della direttiva n. 2006/123 prevede che, ai fini della medesima, si debba intendere per: comunicazione commerciale «qualsiasi forma di comunicazione destinata a promuovere, direttamente o indirettamente, beni, servizi, o l'immagine» di un operatore economico. Risultano invece estranee a tale nozione: «le informazioni che permettono l'accesso diretto all'attività dell'impresa, dell'organizzazione o della persona, in particolare un nome di dominio o un indirizzo di posta elettronica» (art. 4, punto 12, lettera a.) e «le comunicazioni relative ai beni, ai servizi o all'immagine dell'impresa, dell'organizzazione o della persona elaborate in modo indipendente, in particolare se fornite in assenza di un corrispettivo economico» (art. 4, punto 12, lett. b.).

¹⁰ In questo senso il Manuale per l'attuazione della direttiva servizi, Ufficio delle pubblicazioni ufficiali delle Comunità europee, 2007, p. 51, (disponibile sul sito internet http://ec.europa.eu/internal_market/services/services-dir/index_en.htm). La Commissione europea consapevole che per valutare concretamente gli effetti della direttiva sul mercato europeo dei servizi molto dipenderà dall'efficacia, dalla tempestività e dalla coerenza delle modalità interne di trasposizione della stessa negli ordinamenti giuridici degli Stati membri ha ivi elaborato delle linee direttrici altamente dettagliate di carattere tecnico ed operativo per aiutare le autorità nazionali ad integrare nei rispettivi ordinamenti le disposizioni e gli obblighi previsti dalla nuova legislazione, principalmente in materia di modernizzazione regolamentare ed amministrativa.

¹¹ Manuale per l'attuazione della direttiva servizi, *loc. cit.*, p. 51.

rapporto con il cliente¹² (comma secondo). A tal fine, pur ammettendosi la conservazione di regole particolari in materia di pubblicità dei servizi professionali, la disciplina deontologica dettata dagli ordini deontologici in materia di comunicazioni commerciali deve rispondere ai classici criteri di compatibilità con il sistema giuridico dell'Unione europea, cosicché eventuali restrizioni devono rivelarsi non discriminatorie, giustificate da un motivo imperativo di interesse generale e proporzionate rispetto allo scopo perseguito. In pratica, la direttiva elimina ogni divieto assoluto di comunicazione commerciale per le professioni regolamentate, valorizzando la funzionalità dello strumento pubblicitario in termini di informazione per gli utenti e di stimolo per gli operatori a competere sulla qualità dei servizi offerti. Contemporaneamente impone alle autorità nazionali di vigilare affinché tali comunicazioni commerciali si svolgano nel pieno rispetto del diritto comunitario e delle eventuali regole deontologiche di ciascuna professione.

2. Controversia principale ed applicabilità della direttiva *ratione temporis*

La questione pregiudiziale sottoposta ai giudici di Lussemburgo vertente sull'interpretazione dell'art. 24 della direttiva trae origine da un ricorso della Società fiduciaria francese degli esperti contabili diretto all'annullamento di una disposizione del codice deontologico nazionale dei dottori commercialisti, ai sensi della quale sono vietati gli atti di accaparramento di clientela (*démarchage*), intesi quali promozione commerciale diretta ed *ad personam* dei propri servizi¹³. Tale divieto, avendo, secondo la ricorrente, natura generale ed assoluta, risulterebbe contrario all'obbligo contenuto nella direttiva di rimuovere ogni interdizione alla pubblicità per le professioni regolamentate. L'istanza giurisdizionale interna investita della controversia, adducendo che tale divieto, ove effettivamente illegittimo alla luce del diritto UE, comprometterebbe seriamente l'attuazione della direttiva, ha stabilito di sospendere il procedimento al fine di permettere alla Corte di giustizia di specificare la portata della disposizione comunitaria in relazione al divieto previsto dalla normativa francese. Si rimette dunque ai giudici di Lussemburgo il compito di stabilire se l'art. 24 della direttiva abbia inteso sopprimere ogni divieto gene-

¹² «Ad esempio, il rispetto dell'obbligo riguardante il segreto professionale dovrà di regola impedire ai prestatori di fare il nome dei propri clienti nelle comunicazioni commerciali, in assenza di un loro consenso espresso» (Manuale per l'attuazione della direttiva servizi, *cit. supra*, nota 10, p. 51).

¹³ Il codice francese di deontologia applicabile alla professione di dottore commercialista/esperto contabile, allegato al decreto 1387/2007, vieta a coloro che esercitano tale attività di «intraprendere qualsiasi atto non richiesto al fine di proporre i propri servizi a terzi» (art. 12-I). La partecipazione di tali soggetti «a dibattiti, seminari o altre manifestazioni universitarie o scientifiche è autorizzata nei limiti in cui essi non compiano, in tale occasione, atti equiparabili a un "démarchage"» (art. 12-II).

rale, qualunque sia la relativa forma di pratica commerciale, o se abbia invece concesso agli Stati membri di mantenere in vigore determinati divieti generali per talune pratiche commerciali, quali appunto l'accaparramento di clientela.

Prima di esprimersi sulla compatibilità del divieto di *démarchage* alla luce della disciplina comunitaria di diritto derivato, la Corte di giustizia è chiamata a precisare i profili di applicabilità *ratione temporis* della direttiva n. 2006/123 in riferimento alla controversia principale. Risulta, infatti, che il termine di recepimento della direttiva, fissato al 28 dicembre 2009¹⁴, non era ancora scaduto al momento dell'adozione dell'ordinanza di rinvio in data 4 marzo 2009. Pur in assenza di una eccezione di irricevibilità proposta in via ufficiale, ma solo adombrata nelle osservazioni del Governo francese, il giudice comunitario ha ritenuto necessario valutare in via preliminare, l'operatività delle disposizioni della direttiva durante il relativo periodo di recepimento. In base ad una giurisprudenza consolidata, il vincolo per uno Stato membro – in pendenza del termine di trasposizione – di adottare tutti i provvedimenti necessari a realizzare il risultato prescritto da una direttiva è un obbligo cogente, ostando lo stesso Trattato¹⁵ all'adozione da parte delle autorità nazionali di provvedimenti contrari allo spirito ed agli obiettivi di una direttiva in fase di recepimento. Se la direttiva prevede un termine per la trasposizione, diretto in particolare a fornire agli Stati membri il tempo necessario per adottare provvedimenti di attuazione, durante tale periodo gli Stati membri, pur non tenuti al recepimento prima della scadenza del termine, «devono adottare i provvedimenti necessari ad assicurare che il risultato prescritto dalla direttiva sarà realizzato alla scadenza del termine stesso»¹⁶, astenendosi di riflesso da ogni azione che possa compromettere «gravemente»¹⁷ l'attuazione della direttiva stessa. Pur spettando in concreto al giudice del rinvio valutare se le disposizioni nazionali delle quali è chiamato ad esaminare la legittimità possano pregiudicare il risultato perseguito dalla direttiva, la Corte in proposito ha considerato necessario valutare se la disciplina interna costituisca una tra-

¹⁴ Artt. 44 e 45 della direttiva. A tal fine l'esecutivo comunitario ha previsto inoltre una serie di misure di cooperazione che permetteranno di seguire passo passo l'attività degli Stati membri durante il periodo di tre anni fissato per la messa in opera della direttiva, tramite un sistema di riunioni multilaterali e bilaterali, per esaminare lo stato del recepimento che non si limita infatti all'adozione di una legge interna, come normalmente avviene per le direttive classiche, ma richiede invece misure concrete, anche di semplificazione dal punto di vista amministrativo.

¹⁵ Ai sensi dell'art. 4 TUE, comma terzo, in virtù del principio di leale cooperazione, gli Stati membri «adottano ogni misura di carattere generale o particolare atta ad assicurare l'esecuzione degli obblighi derivanti dai trattati o conseguenti agli atti delle istituzioni dell'Unione» e «facilitano all'Unione l'adempimento dei suoi compiti e si astengono da qualsiasi misura che rischi di mettere in pericolo la realizzazione degli obiettivi dell'Unione».

¹⁶ Sentenza della Corte di giustizia del 18 dicembre 1997 in causa n. C-129/96, *Inter-Environnement Wallonie ASBL c. Région Wallonne*, punto 44, in *Raccolta*, 1997, I, p. 7411, massimata in questa *Rivista*, 1997, p. 746 con nota di A. GRATANI, *Obblighi negativi dello Stato in pendenza di termine per la trasposizione di una direttiva*, p. 746 ss.

¹⁷ *Ivi*, punto 45.

sposizione definitiva della direttiva e analizzarne gli effetti, anche in relazione alla relativa durata nel tempo¹⁸. La Corte, quindi, pur delegando al giudice nazionale tale valutazione, ha ritenuto ricevibile la domanda di pronuncia pregiudiziale sollevata, dal momento che per costante giurisprudenza la questione relativa all'interpretazione del diritto dell'Unione beneficia di una presunzione di rilevanza¹⁹.

3. La portata giuridica della nozione di divieto totale in materia di comunicazioni commerciali

In merito all'interpretazione da attribuirsi all'art. 24 della direttiva in relazione ad un divieto totale per gli esercenti una professione regolamentata di effettuare atti di promozione commerciale diretta e *ad personam* dei propri servizi, la Corte sottolinea innanzitutto come la suddetta disposizione stabilisca due obblighi in capo agli Stati membri apparentemente antitetici²⁰: da un lato le autorità nazionali devono sopprimere ogni divieto assoluto e generale di pubblicità; dall'altro la medesima norma impone il rispetto della specificità di ciascuna professione, obbligando gli Stati membri ad assicurare che eventuali comunicazioni commerciali siano conformi alle prescrizioni dei relativi codici deontologici.

Come suggerito dall'Avvocato Generale un'interpretazione letterale del dettato normativo risulta di per sé insufficiente per comprendere appieno la portata della disposizione al fine di stabilire se possa includere, e quindi proibire, anche un divieto di *démarchage*. Al contrario occorre invece indagare l'intenzione perseguita dal legislatore e contestualizzare la singola prescrizione nell'ambito sistemico in cui si inserisce. Tramite un approccio ermeneutico di natura finalistica si può desumere come l'obiettivo dell'art. 24 consista nella soppressione di ogni divieto assoluto di pubblicità che proibisca in via ge-

¹⁸ Punto 19 della sentenza. In base alle precedenti indicazioni giurisprudenziali la Corte pare esprimere un pregiudizio sfavorevole nei confronti di provvedimenti nazionali che si presentino come una trasposizione definitiva e completa di una direttiva senza esservi peraltro conformi, non opponendosi invece all'adozione di disposizioni provvisorie o a una trasposizione per gradi in pendenza del termine. In ipotesi del genere, la difformità di norme transitorie del diritto nazionale con detta direttiva o l'omessa trasposizione di alcune disposizioni di quest'ultima non comprometterebbe necessariamente il risultato da essa prescritto (sentenza *Inter-Environnement Wallonie*, cit. *supra*, nota 16, punti 49-50). Per altro nel caso specifico, secondo l'opinione dell'Avvocato Generale, già dalla decisione di rinvio pregiudiziale emergerebbe che il giudice *a quo* abbia autonomamente ritenuto che un siffatto divieto di accaparramento della clientela, ove effettivamente ritenuto contrario alla direttiva n. 2006/123, «ne comprometterebbe seriamente l'esecuzione» (punto 22 delle conclusioni).

¹⁹ Punto 22 della sentenza e giurisprudenza *ivi* citata.

²⁰ L'Avvocato Generale ha sottolineato che i due diversi commi dell'art. 24 non configurano il rapporto tra un principio, quello della soppressione dei divieti, ed una deroga a tale principio, sostenendo invece al contrario che la disposizione del secondo comma integrerebbe il principio enunciato al primo (punto 38 delle conclusioni).

nerale per tutti i componenti di una professione regolamentata una o più forme di comunicazione commerciale²¹. Dalla collocazione sistematica della norma nel capo della direttiva dedicato alla qualità dei servizi si può dedurre che l'art. 24 persegue la soppressione di ogni divieto di comunicazione commerciale nell'ottica di garantire gli interessi dei consumatori²², stimolando gli operatori delle professioni regolamentate a confrontarsi in un contesto di libera concorrenza. Quindi, secondo il ragionamento della Corte, la prescrizione prevista dall'art. 24 non va limitata ai soli divieti assoluti rivolti verso qualsiasi forma di comunicazione commerciale, ma tale proibizione va estesa anche ai divieti destinati verso una o più forme di comunicazione commerciale, quali in particolare la pubblicità, il *marketing* diretto e le sponsorizzazioni. Usando le parole dell'Avvocato Generale le istituzioni comunitarie con siffatta disposizione hanno quindi inteso sopprimere non solo «il divieto totale di qualsiasi comunicazione commerciale», ma anche e piuttosto «qualsiasi divieto totale di una forma di comunicazione commerciale»²³. Di conseguenza sono da ritenersi divieti assoluti, preclusi in quanto tali dall'art. 24, comma primo, della direttiva, «anche le regole professionali che proibiscono di fornire, nell'ambito di uno o più mezzi di comunicazione, informazioni sul prestatore o sulla sua attività»²⁴, pur restando gli Stati membri liberi di adottare «divieti relativi al contenuto o alle modalità delle comunicazioni commerciali per

²¹ In questo senso vedasi il *considerando* n. 100 della direttiva: «Occorre sopprimere i divieti totali in materia di comunicazioni commerciali per le professioni regolamentate, revocando non i divieti relativi al contenuto di una comunicazione commerciale bensì quei divieti che, in generale e per una determinata professione, proibiscono una o più forme di comunicazione commerciale, ad esempio il divieto assoluto di pubblicità in un determinato o in determinati mezzi di comunicazione. Per quanto riguarda il contenuto e le modalità delle comunicazioni commerciali, occorre incoraggiare gli operatori del settore ad elaborare, nel rispetto del diritto comunitario, codici di condotta a livello comunitario».

²² A tal merito l'Avvocato Generale, pur accennando all'assenza di incidenza diretta di una norma siffatta sulla qualità dei servizi ed in via generale sulla tutela del consumatore, sottolinea come «la corretta interpretazione e applicazione di detto articolo rappresentano l'indispensabile presupposto per fornire una prestazione di servizi di qualità, specie nel settore delle professioni regolamentate, trattandosi di un settore in cui è più evidente l'asimmetria informativa che esiste tra il prestatore e il destinatario di un servizio» (p. 33 delle conclusioni). Si è altrove sottolineata la scarsa influenza sulla qualità dei servizi di previsioni in materia di divieti pubblicitari per le professioni regolamentate (in questo senso C. BARNARD, *Unravelling the Services Directive*, *CMLR*, 2008, (45), p. 376, ove si evidenzia come il capo V della direttiva «contains a ragbag of provisions, most having little to do with quality directly»).

²³ Punto 39 delle conclusioni. L'Avvocato Generale aveva distinto due diversi approcci: secondo una prima interpretazione, sostenuta dalla Commissione e confermata sia nelle conclusioni che nella sentenza «l'obbligo di sopprimere tutti i divieti totali riguarderebbe ogni divieto totale di qualsiasi forma di comunicazione»; per la seconda e differente impostazione invece, proposta dal Governo francese e non accolta dai giudici «il suddetto obbligo riguarderebbe solo il divieto totale di qualsiasi comunicazione commerciale», risultando quindi consentito agli Stati membri di mantenere taluni divieti totali per determinate forme di comunicazione commerciale (punto 24 delle conclusioni).

²⁴ Punto 29 della sentenza.

quanto riguarda le professioni regolamentate, purché le regole previste siano giustificate e proporzionate»²⁵.

Precisati i contorni della portata giuridica della prescrizione prevista dall'art. 24 della direttiva bisogna stabilire se la controversa nozione di *démarchage* configuri una comunicazione commerciale ai sensi della stessa, onde stabilire se il divieto di accaparramento di clientela previsto dal codice deontologico francese rientri nel campo di applicazione della direttiva, costituendo «una forma sufficientemente autonoma di comunicazione commerciale» che uno Stato non può vietare in via generale ed assoluta, o se non si tratti invece di una mera modalità «di realizzazione della pubblicità in quanto forma di comunicazione commerciale»²⁶. In mancanza di una definizione autonoma in ambito comunitario, il *démarchage* può essere inteso come una fornitura personalizzata di informazioni verso una determinata persona, fisica o giuridica, che non l'abbia richiesta. Tale offerta personalizzata di beni o servizi costituisce una forma di comunicazione di informazioni finalizzata alla ricerca di nuovi clienti che, implicando un contatto personalizzato tra l'operatore economico ed il consumatore al fine di proporre una prestazione, può essere qualificato come *marketing* diretto. In virtù di tali considerazioni la Corte ha ritenuto che la pratica di *démarchage*, quale forma di pubblicità e di divulgazione di informazioni destinata all'acquisizione di nuovi clienti, rientri nella nozione di comunicazione commerciale prevista dalla direttiva.

La disciplina di tale pratica di comunicazione commerciale contenuta nel codice deontologico francese dei dottori commercialisti rappresenta un'inibizione che opera in senso ampio, proibendo ogni atto di promozione commerciale diretta ed individuale dei propri servizi, «a prescindere dalla sua forma, dal suo contenuto, o dai mezzi impiegati»²⁷. Di conseguenza l'obbligo imposto agli esperti contabili di astenersi da qualsiasi contatto personale non richiesto (un reclutamento di clientela od una proposta di servizi), proibendo tale pratica di *démarchage* tramite qualsiasi mezzo di comunicazione commerciale, deve ritenersi un divieto assoluto, vietato in quanto tale, dall'art. 24, primo comma, della direttiva. Secondo l'apprezzamento della Corte la soppressione di un siffatto divieto si rivela conforme all'obiettivo perseguito dalla direttiva di eliminare gli ostacoli alla libera circolazione dei servizi, in quanto la normativa interna controversa costituirebbe una restrizione alla libera prestazione suscettibile di svantaggiare i dottori commercialisti e gli esperti contabili provenienti da altri Stati membri, «privandoli di un mezzo efficace di penetrazione nel mercato nazionale»²⁸ francese. La previsione della proibizione del-

²⁵ Punto 30 della sentenza.

²⁶ In questo senso punto 41 delle conclusioni.

²⁷ Punto 41 della sentenza.

²⁸ *Ivi*, punto 43.

l'accaparramento di clientela in termini assoluti e generalisti, facendo rientrare la siffatta interdizione nella nozione di divieto totale ai sensi dell'art. 24, comma primo della direttiva, pare escludere in radice una valutazione della sussistenza di un motivo imperativo di interesse generale, quale la tutela dell'indipendenza dei professionisti, che possa giustificare la misura interna restrittiva, anche ove non discriminatoria e proporzionata. L'operatività dell'eccezione prevista dall'art. 24, comma secondo, della direttiva a favore dell'apposizione di talune limitazioni alle comunicazioni commerciali da parte dei codici deontologici ed in genere dei regolamenti professionali risulta dunque, seguendo tale impostazione, confinata ai soli divieti aventi carattere non assoluto.

4. La *dissenting opinion* dell'Avvocato Generale conferma l'ambigua dimensione dei motivi imperativi di interesse generale nella direttiva servizi

Appare invece diversa la soluzione suggerita dall'Avvocato Generale che propone, nelle relative conclusioni, una differente definizione di accaparramento di clientela, intesa non quale «forma particolare di comunicazione commerciale» ma solo come «una modalità specifica di realizzazione della pubblicità²⁹». Da tale approccio discenderebbe che la proibizione del *démarchage* non sia, di per sé, da ritenersi incompatibile con l'invito alla soppressione di ogni divieto totale contenuto nell'art. 24, comma primo, della direttiva, non costituendo una forma sufficientemente autonoma di comunicazione commerciale distinguibile dalla pubblicità. Non si tratterebbe dunque di un divieto assoluto, ma dell'esercizio della facoltà concessa agli Stati membri, ex art. 24, comma secondo, di limitare il contenuto e le modalità delle comunicazioni commerciali, a condizione che tali restrizioni siano funzionali ad assicurare l'indipendenza, l'integrità e la dignità della professione e la protezione del segreto professionale. La comunicazione commerciale tramite contatto di-

²⁹ Punto 47 delle conclusioni. Tale asserzione è suffragata, secondo l'Avvocato Generale, dalla definizione di pubblicità contenuta, in relazione ai medicinali, nella direttiva n. 2001/83/Ce nonché per analogia da un precedente giurisprudenziale ove la Corte aveva dichiarato che il *marketing* telefonico rappresentasse una «tecnica rapida e diretta per farsi pubblicità e contattare potenziali clienti che si trovano in altri Stati membri» (sentenza della Corte di giustizia del 10 maggio 1995 in causa n. C-384/93, *Alpine Investments*, punto 28, in *Raccolta*, 1995, I, p. 1141). Il divieto di «cold calling» controverso nel caso di specie impediva tuttavia «solo di contattare i potenziali clienti per telefono o di persona senza il loro previo consenso scritto, restando autorizzate le altre tecniche di presa di contatto» (punto 54). In tale pronuncia la Corte aveva sancito che il divieto previsto da una normativa interna nei confronti dei prestatori di servizi stabiliti sul proprio territorio di contattare telefonicamente senza previo consenso potenziali clienti situati in un altro Stato membro allo scopo di offrire i propri servizi costituisca una restrizione alla libera prestazione dei servizi, condizionando «direttamente l'accesso al mercato dei servizi negli altri Stati membri» (punto 38). Tuttavia il giudice comunitario ha in tal caso ritenuto che la salvaguardia della fiducia degli investitori nei mercati finanziari rappresentasse un legittimo motivo imperativo di interesse generale idoneo a giustificare un siffatto ostacolo al commercio intra-comunitario dei servizi (punto 56).

retto di un potenziale cliente al fine di offrire un servizio reso dagli esperti contabili comporta, secondo l'apprezzamento dell'Avvocato Generale, un rischio effettivo di pregiudicare l'indipendenza di questi professionisti, sottoponendoli a una illegittima influenza esterna. Di conseguenza si è ivi diversamente ritenuto che il divieto di accaparramento di clientela contenuto nel codice deontologico francese sia da ritenersi giustificato da un motivo di interesse generale e che tale misura interdittiva non abbia né natura discriminatoria, né sproporzionata rispetto allo scopo di tutela dell'indipendenza dei dottori commercialisti.

A parte la diversa definizione della questione suggerita dall'Avvocato Generale risulta particolarmente interessante, da un punto di vista squisitamente giuridico, approfondire brevemente, soprattutto in prospettiva futura, la questione dei motivi imperativi di interesse generale che possono limitare l'operatività del processo di liberalizzazione dei servizi che la direttiva è destinata a realizzare. L'Avvocato Generale, infatti, nella valutazione del divieto di comunicazioni commerciali – diversamente dalla Corte che non giunge a tale stadio – introduce un parallelo, inedito anche a livello dottrinale, tra i motivi imperativi che possono giustificare un regola professionale ex art. 24, comma secondo, della direttiva e le ragioni, che in base all'art. 16, lett. b., della medesima direttiva, possono legittimamente limitare l'operatività della clausola generale di libera prestazione dei servizi³⁰.

La disposizione di cui all'art. 16 della direttiva, prevedendo, in linea con quanto sancito dall'art. 56 TFUE, che lo Stato membro ospitante assicuri all'operatore economico il libero accesso e la prestazione del servizio³¹, riconferma, anche nel diritto derivato, la predilezione, per un modello di *home state control* ai sensi del quale trova applicazione la disciplina del Paese di origine, salva l'imposizione da parte del Paese ospitante di requisiti che rispettino i principi di non discriminazione, proporzionalità e necessità. Proprio in merito a tale ultimo punto la direttiva opera in discontinuità con la giurisprudenza comunitaria ove prevede, con riferimento al criterio di necessità, che le

³⁰ Punti 61-64 delle conclusioni.

³¹ Il principio del Paese di origine, quale inizialmente formulato nella proposta di direttiva, è stato sostituito da una disposizione formalmente meno impegnativa, ma sostanzialmente dall'analoga portata precettiva: ai sensi dell'attuale art. 16 della direttiva infatti «gli Stati membri rispettano il diritto dei prestatori di fornire un servizio in uno Stato membro diverso da quello in cui sono stabiliti. Lo Stato in cui il servizio viene prestato assicura il libero accesso a un'attività di servizi e il libero esercizio della medesima sul proprio territorio». Si tratta sostanzialmente quindi della trasposizione dell'interpretazione giurisprudenziale dell'art. 56 TFUE e del relativo *test* di accesso al mercato, ai sensi del quale ogni misura nazionale suscettibile di ostacolare o rendere meno attraente l'esercizio di una delle fondamentali libertà di circolazione ricade nell'alveo applicativo di tale previsione del diritto primario (in questo senso J. VAN DE GROENDEN - H. DE WAELE, *All's Well That Bends Well?* cit. *supra*, nota 4, Vol. 6, Issue 3, October 2010, p. 406, ove si deduce da tale operazione di «copia & incolla» dal Trattato alla direttiva che anche lo stesso art. 16 sia basato su un *test* di accesso al mercato, proibendo di conseguenza «all member state measures of a restrictive nature, irrespective of the fact whether they are discriminatory or not»).

esigenze imperative d'interesse generale che possano giustificare una legittima restrizione alla libera prestazione dei servizi da parte di una normativa nazionale indistintamente applicabile siano limitate a «ragioni di ordine pubblico, di pubblica sicurezza, di sanità pubblica o di tutela dell'ambiente». Dunque in relazione esclusivamente alle attività di servizi che rientrano nel campo di applicazione della direttiva, gli Stati membri di esecuzione della prestazione per giustificare la compatibilità con l'ordinamento dell'Unione europea di una misura nazionale non discriminatoria che possa ostacolare la libera circolazione dei servizi, limitandone l'accesso o l'esercizio, dovrebbero poter invocare solo le quattro esigenze di tutela indicate, quali eccezioni generali alla clausola *pro mercato* della libera prestazione dei servizi³². Tale innovativa limitazione dello spazio di intervento dello Stato ospitante non trova invece operatività in merito alla libertà di stabilimento ove permane il diritto di invocare la classica categoria aperta delle esigenze di tutela e dei motivi di interesse generale³³, quali legittimamente riconosciuti da una giurisprudenza comunitaria in costante evoluzione. La diversità di disciplina prevista dalla direttiva potrebbe trovare una spiegazione nelle caratteristiche precipue e nei diversi ruoli di ciascuna modalità di circolazione dei servizi (permanente e temporanea): nel caso della libertà di stabilimento infatti la possibilità di ricorrere a restrizioni generalmente in nome del "pubblico interesse" garantisce alle autorità nazionali di estendere le ipotesi, già ampie, in cui si applica la rispettiva regolamentazione e di conseguenza assicura un controllo maggiormente rigido su chi intenda installarsi stabilmente sul territorio nazionale; mentre nel caso della libera prestazione dei servizi si è preferito limitare le ipotesi d'applicazione nei confronti dell'operatore transfrontaliero della normativa del Paese ove si reca per svolgere temporaneamente la propria attività al fine di favorire lo scambio intracomunitario di servizi con l'opzione di una clausola *pro mercato*³⁴.

³² Si è altresì sottolineato come la circoscrizione delle ragioni imperative di interesse generale, limitando le ipotesi di applicazione del diritto nazionale dello Stato membro di accoglimento in materia di regolamentazione dell'accesso o dell'esercizio di un'attività di servizi, costituisca una seppur parziale affermazione dello stesso principio del Paese di origine, formalmente escluso dal testo della direttiva, ma che di fatto finisce per risultare rafforzato rispetto a come già moderatamente riflesso nell'ambito del mutuo riconoscimento (G. DAVIES, *The Services Directive: extending the country of origin principle and reforming public administration*, *EL Rev.*, 2007, vol. 32, n. 2, p. 235). Si rammenti tuttavia come lo stesso Trattato sul funzionamento all'art. 56 non preveda alcun riferimento alla categoria aperta delle ragioni imperative di interesse generale, concetto totalmente elaborato dalla giurisprudenza comunitaria, che potrebbe anche per quanto concerne la direttiva servizi attingere in modo creativo a tale classe di eccezioni. L'art. 52 TFUE tuttavia quali ipotesi di deroga ai principi fondamentali del Trattato, da intendersi in senso limitativo, fa proprio riferimento alle nozioni di ordine, sicurezza e sanità pubblici. Resta invece estranea al diritto primario, ma non all'evolutive giurisprudenza comunitaria la tutela dell'ambiente, salvo voler ricondurre tale ragione giustificativa in un concetto ampio di tutela dell'ordine pubblico.

³³ Art. 9 della direttiva.

³⁴ Secondo questa impostazione anche C. BARNARD, *Unravelling the Services Directive*, cit. *supra*, nota 22, p. 366: «the directive reflects the long-established idea that the host State has more

Orbene, in virtù di siffatte precisazioni, ci si potrebbe domandare se le ragioni imperative citate dall'art. 24, comma secondo, della direttiva, relativamente alla tutela delle specificità degli ordini professionali, possano ritenersi quali ragioni giustificative di una misura restrittiva della libera circolazione dei servizi aventi carattere aggiuntivo rispetto ai quattro motivi imperativi tassativamente elencati all'art. 16 della direttiva. Infatti, secondo il ragionamento dell'Avvocato Generale, ove si trasponesse tale divieto di invocare ragioni giustificative diverse da quelle predeterminate ex art. 16 della direttiva ai motivi imperativi che ex art. 24 della direttiva possono giustificare una regolamentazione professionale restrittiva, si snaturerebbe la funzione stessa di tale seconda norma³⁵. Se infatti le regole professionali che rappresentano un ostacolo per la libera prestazione dei servizi siano da ritenersi legittime alla luce della direttiva solo ove perseguano uno dei quattro motivi tassativamente stabiliti, la giustificazione di un codice deontologico non potrebbe assolutamente derivare dalla necessità di tutelare l'indipendenza, la dignità, e l'integrità della professione regolamentata, nonché il segreto professionale, come invece previsto dall'art. 24, comma secondo, della direttiva. Di conseguenza, l'Avvocato Generale considera che la tutela di siffatti motivi imperativi, espressivi delle peculiarità dei vari ordini professionali, siano da considerarsi a pieno titolo quali motivi imperativi, ai sensi dell'art. 24, comma secondo, della direttiva. Tale norma, infatti, rappresenterebbe una *lex specialis* rispetto alla regola generale sancita dalla clausola di libera prestazione ex art. 16 della direttiva. Di riflesso ai fini della disciplina del contenuto e delle modalità delle comunicazioni commerciali delle professioni regolamentate sono ugualmente ammessi i motivi imperativi di interesse generale previsti in modo non esaustivo dall'art. 24, comma secondo, della direttiva, aventi dunque

right to intervene in respect of establishment (hence the broad justifications) than it does in respect of services, where the principal regulator is the home State (hence the narrow justifications)». Nello stesso senso «Home state regulation, which is the philosophy of the cases and of the directive, entails that requirements imposed on services providers by their host state should be the exceptions, and so are subject to stricter limits. By contrast, the home state approach entails that the established person has in principle made choice to subject herself to the rules of her state of new establishment, and EU intervention should confine itself to rooting out discriminations against her, or particularly obstructive and disproportionate rules» D. CHALMERS – C. HADJIMMANUIL – G. MONTI – A. TOMKINS ADAM, *European Union Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2009, p. 868.

³⁵ Diversamente si è altrove sostenuto che l'Avvocato Generale si limiti a riconoscere che le giustificazioni previste dall'art. 16 della direttiva abbiano carattere tassativamente limitato (così J. VAN DE GROENDEN - H. DE WAELE, *All's Well That Bends Well? The Constitutional Dimension to the Services Directive*, in *European Constitutional Law Review*, Vol. 6, Issue 3, October 2010, p. 409, nota 38). Tale ultima interpretazione pare tuttavia altresì essere smentita dalle recenti conclusioni dell'Avvocato Generale Villalón, *cit. supra*, nota 2, ove, sulla scia della contraddittorietà tra talune disposizioni della stessa direttiva rilevata dall'Avvocato Generale Mazak, si afferma, non senza una certa audacia, che «nulla si opporrebbe al rimettere in discussione il carattere limitativo dell'elenco dell'art. 16 o, persino, la sua compatibilità con le disposizioni del Trattato e, in definitiva, la stessa validità della direttiva a siffatto proposito» (p. 55).

portata differente dai motivi giustificativi tassativamente elencati all'art. 16 della medesima direttiva³⁶.

Il ragionamento dell'Avvocato Generale pare sostanzialmente condivisibile, risultando peraltro suffragato dalla natura orizzontale dell'art. 24 della direttiva, il quale, in virtù della relativa collocazione nel titolo dedicato alla qualità dei servizi, concerne gli ostacoli non solo alla libera prestazione dei servizi, ma anche alla libertà di stabilimento. Mentre, infatti, nell'ambito della libera prestazione di servizi opera una armonizzazione e circoscrizione delle ragioni invocabili per giustificare un ostacolo alla libera circolazione, nel contesto della libertà di stabilimento la direttiva lascia sopravvivere la categoria aperta dei motivi imperativi. Ulteriormente lo stesso art. 24, n. 2, della direttiva fa riferimento espressamente a tale nozione di motivi imperativi di interesse generale, non menzionata invece in alcun modo nella clausola di libera prestazione ex art. 16 della direttiva. Di conseguenza pare potersi concludere che le ragioni giustificative previste in materia di regolamenti professionali rientrino nella categoria giurisprudenziale aperta dei motivi imperativi.

Tale impostazione, ove accolta, potrebbe probabilmente facilitare l'ingresso di ulteriori esigenze giustificative che si aggiungano all'elenco tassativo delle ragioni che possono legittimare un ostacolo alla libera prestazione dei servizi. Sibillina risulta già di per sé, ad esempio, la previsione ai sensi della quale gli Stati membri restano comunque liberi di applicare le proprie norme in materia «di condizioni di occupazione, comprese le norme che figurano negli accordi collettivi»³⁷, quasi a voler concedere un'altra ipotesi di deroga a fini di tutela del lavoro e di politica sociale, applicabile però solo in caso di spostamento fisico.

Pur essendo stata soppressa la versione più progressista del principio del Paese di origine, il risultato attuale che dovrebbe scaturire dall'applicazione concreta della clausola che sancisce la libera prestazione dei servizi costituisce dunque un compromesso che rappresenta una soluzione intermedia tra principio del Paese di origine e giurisprudenza classica della Corte fondata sul principio del mutuo riconoscimento, con la notevole innovazione costituita dal fatto che gli Stati membri si sono autolimitati ad invocare soltanto gli ostacoli alla prestazione di servizi relativi a quattro settori determinati valutati gli unici meritevoli di tutela, in linea con il Trattato³⁸, ma con una notevole

³⁶ In questo senso v. punto 64 delle conclusioni.

³⁷ Art. 16, par. 3 della direttiva.

³⁸ Si rammenti che l'art. 16 della direttiva deve essere interpretato alla luce del diritto primario e della giurisprudenza consolidata della Corte di giustizia in materia di libera circolazione delle attività autonome. Così si esprime la stessa direttiva ove prevede che gli Stati membri applichino le relative disposizioni «nel rispetto delle norme del trattato che disciplinano il diritto di stabilimento e la libera circolazione dei servizi» (art. 3.3 della direttiva).

compressione del ricorso alle esigenze imperative di interesse generale tra cui è rimasta salva la sola protezione dell'ambiente³⁹.

Competerà dunque ancora una volta alla Corte di giustizia governare il grado effettivo di liberalizzazione e di deregolazione dei mercati dei servizi negli Stati membri, nell'ambito di un'armonizzazione puramente negativa, attraverso il sindacato sulla legittimità di una norma nazionale restrittiva della libera circolazione, verificandone la rispondenza rispetto ai requisiti di non discriminazione, necessità e proporzionalità. Il giudice comunitario potrebbe, infatti, come già avvenuto relativamente ai motivi imperativi di interesse generale, non nominati all'interno dei Trattati, "*scoprire*", o meglio riconfermare, le classiche ragioni giustificative – quali, ad esempio, la protezione del consumatore apparentemente esclusa dal testo della direttiva – che possono legittimare una restrizione alla libera prestazione dei servizi⁴⁰.

Mattia Bosio*

³⁹ Si è valutata in dottrina la legittimità della scelta operata dal legislatore di escludere le ragioni imperative storicamente individuate dal giudice comunitario come meritevoli di tutela, interrogandosi sull'opportunità giuridica che un atto di diritto secondario possa limitare la portata del Trattato ove questo prevede che possano esistere tante esigenze imperative di interesse generale quante possono essere invocate, spettando unicamente alla Corte di giustizia stabilire caso per caso se una determinata motivazione possa giustificare una limitazione delle libertà fondamentali. Si è tuttavia sostenuto come il compromesso politico raggiunto, espressivo anche della fiducia reciproca tra Paesi membri, sia da considerarsi pienamente legittimo anche sul piano giuridico dal momento che le possibilità di opporsi alla libera circolazione nel mercato interno costituisce per gli Stati membri solo una facoltà e non un obbligo e considerando come la tendenza che ispira lo stesso diritto primario sia «verso la libertà e non verso gli ostacoli» (per tale contributo G. BERARDIS, *La direttiva generale in materia di servizi*, cit. *supra*, nota 3, p. 38). In senso opposto nuovamente le recenti conclusioni dell'Avvocato Generale Villalón, cit. *supra*, nota 2, il quale adombra una eventuale incompatibilità tra diritto primario e direttiva servizi, relativamente alla circoscrizione dei motivi imperativi di interesse generale (v. nota 35).

⁴⁰ Una tale giurisprudenza creatrice pare tuttavia inammissibile dal momento che la direttiva, garantendo la possibilità di ricorrere alla categoria aperta dei motivi imperativi di interesse generale per limitare la libertà di stabilimento, conferma la non estensibilità della *short list* prevista in materia di libera prestazione di servizi (in questo senso, D. CHALMERS - C. HADJEMMANUIL - G. MONTI - A. TOMKINS ADAM, *European Union Law*, cit. *supra*, nota 34, p. 827).

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

II. MASSIMARIO ANNOTATO*

IL SEGNO «1000» È PRIVO DEL CARATTERE DISTINTIVO E NON PUÒ ESSERE REGISTRATO COME MARCHIO COMUNITARIO

Corte di giustizia

Sentenza del 10 marzo 2011 in causa n. C-51/10 P

Agencja Wydawnicza Technopol sp. z o.o., con sede in Częstochowa (Polonia) c. Ufficio per l'armonizzazione nel mercato interno (marchi, disegni e modelli) (UAMI)

Art. 56 Statuto della Corte di giustizia dell'Unione europea - Impugnazione - Marchio comunitario - Registrazione di un segno ideato esclusivamente da cifre - Domanda di registrazione del segno «1000» come marchio per opuscoli, periodici e giornali - Carattere descrittivo di tale segno - Criteri per l'applicazione dell'art. 7, n. 1, lett. c., del regolamento (Ce) n. 40/94 relativo agli impedimenti assoluti alla registrazione - Obbligo per l'UAMI di tenere conto della propria prassi decisionale anteriore - Contrasto - Sussistenza.

(...) la Quarta commissione di ricorso dell'UAMI ed il Tribunale hanno constatato che la Technopol aveva chiesto la registrazione del segno «1000», fra l'altro, per «periodici, compresi periodici contenenti parole crociate». Essi hanno, altresì, affermato che esistono numerosi prodotti di questo genere sul mercato e che tali prodotti contengono generalmente numeri di informazioni a cifra tonda. (...), il segno «1000» che figuri su una pubblicazione di questo genere sarà percepito come un'indicazione del fatto che essa contiene 1 000 parole crociate¹.

Un'applicazione dell'art. 7, n. 1, lett. c., del regolamento n. 40/94 a simili circostanze di fatto non è indice di un'errata interpretazione di tale dispo-

* A cura di *ENRICA ADOBATI*.

sizione. Infatti, quando una domanda di registrazione ha ad oggetto, in particolare, una categoria di prodotti il cui contenuto è facilmente e tipicamente designato dalla quantità delle sue unità, è ragionevole prevedere che un segno costituito da cifre, come quello di cui trattasi, sarà effettivamente riconosciuto dagli ambienti interessati come una descrizione di detta quantità e dunque di una caratteristica di tali prodotti².

(...) per motivi di certezza del diritto e, specificamente, di buona amministrazione, l'esame di ogni domanda di registrazione deve essere rigoroso e completo per evitare l'indebita registrazione dei marchi (...). Tale esame deve avvenire in ogni caso concreto. Infatti, la registrazione di un segno come marchio dipende da criteri specifici, applicabili nell'ambito delle circostanze di fatto del caso di specie, destinati a verificare se il segno di cui trattasi rientri in un impedimento alla registrazione (...)³.

L'impugnazione è respinta⁴.

¹⁻⁴ L'Agencja Wydawnicza Technopol sp. z o.o. (di seguito denominata: Technopol), un editore polacco di opuscoli e periodici contenenti soprattutto giochi e parole crociate (rientranti nella classe 16 dell'Accordo di Nizza del 15 giugno 1957), ha chiesto l'annullamento della sentenza del Tribunale di primo grado delle Comunità europee del 19 novembre 2009 (in causa n. T-298/06, *Agencja Wydawnicza Technopol c. UAMI* (1000), in *Raccolta*, 2009, II, p. 217*, pubblicazione sommaria) con la quale il Tribunale ha respinto il ricorso della Technopol diretto all'annullamento della decisione della quarta commissione di ricorso UAMI del 7 agosto 2006 (procedimento R 447/2006-4) relativa alla domanda di registrazione del segno «1000» come marchio comunitario. L'UAMI, infatti, ha respinto la domanda di registrazione sostenendo che il segno «1000» non possedeva il carattere distintivo e costituiva un'indicazione descrittiva del contenuto o di altre caratteristiche dei prodotti presi in considerazione.

Contro tale decisione la Technopol presentava così un ricorso dinanzi al Tribunale dell'UE per l'annullamento della decisione dell'UAMI.

Il Tribunale, nel respingere il ricorso, ha sottolineato che, nel caso di specie, esiste necessariamente un nesso diretto e concreto tra il segno «1000» e talune caratteristiche dei prodotti considerati (per esempio: quantità di pagine o di opere, giochi raccolti nell'opuscolo, etc.).

Inoltre, sull'assenza del carattere descrittivo del segno, il Tribunale ha affermato che tale caratteristica impedisce al segno in questione di adempiere alla funzione di indicazione dell'origine commerciale per i prodotti indicati nella domanda di registrazione. È irrilevante il fatto che esistano altre possibili combinazioni di cifre. L'impedimento alla registrazione si è dunque basato sull'art. 7, n. 1, lett. c., del regolamento comunitario n. 40/94 (in *Guce* n. L 11 del 1994, p. 1).

La Technopol ha così impugnato la sentenza del Tribunale dinanzi alla Corte di giustizia basandosi sostanzialmente su due motivi: *a.* sulla violazione dell'art. 7, n. 1, lett. c., del regolamento n. 40/94 e *b.* sul fatto che l'UAMI non ha seguito la propria prassi giurisprudenziale anteriore. Sul primo motivo, la Corte di giustizia ha sottolineato come, da un lato, sia possibile la registrazione come marchio di un segno composto esclusivamente da cifre (l'art. 4 del regolamento prevede, infatti, che le cifre possano rientrare tra i segni di cui un marchio può essere costituito) e, dall'altro, come il segno (registrato come marchio) debba essere in grado di distinguere i prodotti o i servizi di un'impresa da quelli di altre imprese concorrenti.

A parere della Corte di giustizia, l'art. 7, n. 1, lett. c., del regolamento n. 40/94 non è stato mal interpretato perché quando una domanda di registrazione ha ad oggetto una categoria di prodotti il cui contenuto è facilmente e tipicamente designato dalla quantità delle sue unità, è ragionevole prevedere che un segno costituito da cifre, come il «1000», sarà effettiva-

mente identificato dai consumatori come una descrizione di tale quantità e dunque di una peculiarità di tali prodotti.

Sul secondo motivo, relativo al fatto che l'UAMI non avrebbe analizzato la propria prassi giurisprudenziale anteriore, la Corte di giustizia ha precisato che l'UAMI deve prendere in considerazione la prassi anteriore per decidere (con la medesima decisione) procedimenti simili o uguali. Tuttavia, la prassi anteriore non è giuridicamente vincolante e l'UAMI deve evitare l'indebita registrazione dei marchi.

Nel caso di specie, la domanda di registrazione del segno «1000» si è scontrata, in considerazione dei prodotti di cui trattasi e a motivo della percezione da parte degli ambienti interessati, con uno degli impedimenti alla registrazione previsti dal regolamento comunitario.

DIVIETO DI DISCRIMINAZIONI FONDATE SULL'ETÀ PER I PILOTI DI LINEA

Corte di giustizia

Sentenza del 13 settembre 2011 in causa n. C-447/09

Reinhard Prigge, Michael Fromm, Volker Lambach c. Deutsche Lufthansa AG

Art. 234 CE (ora art. 267 TFUE) - Questione pregiudiziale - Direttiva n. 2000/78/Ce - Artt. 2, n. 5, 4, n. 1, e 6, n. 1 - Divieto di discriminazioni fondate sull'età - Artt. 21 e 28 della Carta dei diritti fondamentali - Piloti di linee aeree commerciali - Contratto collettivo - Contratto collettivo che prevede la cessazione del rapporto di lavoro a sessant'anni («pensionamento d'ufficio») per i piloti di una compagnia aerea - Sicurezza aerea - Rispetto del principio di autonomia della contrattazione collettiva - Requisiti professionali essenziali e determinanti per l'esercizio della professione - Politica sociale - Principio di proporzionalità - Violazione.

L'art. 2, n. 5, della direttiva del Consiglio del 27 novembre 2000, n. 2000/78/Ce, che stabilisce un quadro generale per la parità di trattamento in materia di occupazione e di condizioni di lavoro, deve essere interpretato nel senso che gli Stati membri possono, mediante norme di delega, autorizzare le parti sociali ad adottare misure ai sensi di tale art. 2, n. 5, nei settori cui detta disposizione si riferisce rientranti negli accordi collettivi e a condizione che tali norme di delega siano sufficientemente precise per garantire che dette misure rispettino i requisiti enunciati al citato art. 2, n. 5. Una misura come quella di cui trattasi nella causa principale, che fissa a 60 anni l'età limite a partire dalla quale i piloti non possono più esercitare la loro attività lavorativa, mentre la normativa nazionale e quella internazionale fissano tale età a 65 anni, non è una misura necessaria alla sicurezza pubblica e alla tutela della salute ai sensi del medesimo art. 2, n. 5¹.

L'art. 4, n. 1, della direttiva n. 2000/78/Ce deve essere interpretato nel senso che osta a che una clausola di un contratto collettivo, come quella di

cui trattasi nella causa principale, fissi a 60 anni l'età limite a partire dalla quale i piloti sono considerati non più in possesso delle capacità fisiche per esercitare la loro attività lavorativa, mentre la normativa nazionale e quella internazionale fissano tale età a 65 anni².

L'art. 6, n. 1, primo comma, della direttiva n. 2000/78/Ce deve essere interpretato nel senso che la sicurezza aerea non costituisce una finalità legittima ai sensi di tale disposizione³.

¹⁻³ Questa sentenza ha offerto un'altra occasione alla Corte di giustizia per precisare ulteriormente la propria giurisprudenza sul principio di non discriminazione fondato sull'età nell'ambito dei rapporti di lavoro (si è partiti con la sentenza del 22 novembre 2005 in causa n. C-144/04, *Mangold*, in *Raccolta*, 2005, I, p. 9981, fino ad arrivare alle sentenze che riguardano l'età del pensionamento, ossia l'età che consente l'accesso ai diritti previdenziali, sentenze del 16 ottobre 2007 in causa n. C-41/05, *Palacios de la Villa*, in *Raccolta*, 2007, I, p. 8531; del 5 marzo 2009 in causa n. C-388/07, *Age Concern England*, in *Raccolta*, 2009, I, p. 1569 e annotata in questa *Rivista*, 2009, p. 91; del 12 gennaio 2010 in causa n. C-341/08, *Petersen*, in *Raccolta*, 2010, I, p. 47 e annotata in questa *Rivista*, 2010, p. 84; del 12 ottobre 2010 in causa n. C-45/09, *Rosenbladt*, inedita in *Raccolta*, annotata in questa *Rivista*, 2010, p. 707, e del 18 novembre 2010 in cause riunite n. C-250/09 e n. C-268/09, *Georgiev*, inedita in *Raccolta*). Nella sentenza sopra massimata si prende in esame, ancora una volta, una clausola inserita in un contratto collettivo che prevede la cessazione del rapporto di lavoro al raggiungimento, da parte del lavoratore, di una determinata età, nella prospettiva del pensionamento.

La direttiva n. 2000/78/Ce sulla parità di trattamento in materia di occupazione e di condizioni di lavoro (in *Guce* n. L 303 del 2000, p. 16, trasposta nell'ordinamento tedesco con la legge generale sulla parità di trattamento del 14 agosto 2006, *Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz*), oltre a fissare un quadro generale per la lotta alle discriminazioni fondate su diversi motivi, stabilisce, altresì, che gli Stati dell'Unione possono decidere che una differenza di trattamento basata su una peculiarità connessa alla religione o alle convinzioni personali, agli *handicap*, all'età o alle tendenze sessuali, non costituisca discriminazione laddove, per la natura di un'attività lavorativa o per il contesto in cui essa viene compiuta, tale requisito risulti essenziale e determinante per lo svolgimento dell'attività lavorativa, purché la finalità sia legittima e il requisito proporzionato.

La professione di pilota è regolamentata anche a livello internazionale dal Joint Aviation Requirements al quale la normativa tedesca rinvia: sono previste alcune restrizioni per i piloti che abbiano superato i sessant'anni di età e precisamente, il pilota che abbia superato tale limite di età non potrà più esercitare l'attività di pilota su un aereo da trasporto commerciale tranne nel caso in cui egli sia membro di un equipaggio composto da vari piloti e gli altri piloti non abbiano ancora compiuto i sessant'anni di età.

Orbene, la Corte federale del lavoro tedesca, alla quale alcuni piloti si sono rivolti dopo avere esaurito tutti i gradi di giudizio, ha deciso di sospendere il giudizio e di chiedere alla Corte di giustizia se un contratto collettivo che, con il fine di garantire la sicurezza aerea, prevede la cessazione del rapporto di lavoro all'età di sessant'anni dei piloti di una compagnia aerea, sia in contrasto con la direttiva n. 2000/78/Ce, ovvero con il principio generale di non discriminazione in base all'età.

In *primis*, la Corte di giustizia ha chiarito che la direttiva in esame, proprio per le sue finalità trova applicazione nei confronti di tutti i soggetti, sia del settore pubblico sia del settore privato e che la misura del contratto collettivo generale n. 5a – ai sensi della quale il rapporto di lavoro di un pilota della Deutsche Lufthansa termini *ipso iure* al compimento dei sessant'anni – contiene una disparità di trattamento. Ne consegue che le parti sociali, quando adottano misure rientranti nell'ambito di applicazione della direttiva n. 2000/78/Ce devono conformarsi ai principi ivi contemplati nel rispetto del principio di non discriminazione in funzione dell'età (cfr. sentenza del 27 ottobre 1993 in causa n. C-127/92, *Enderby*, in *Raccolta*, 1993, I, p. 5535) e che il divieto di pilotare dopo i sessant'anni non può essere considerato necessario per conseguire gli obiettivi legati alla sicurezza pubblica e alla tutela della salute dei passeggeri, nonché degli abitanti delle regioni sorvolate dagli aerei.

La Corte di giustizia ha, altresì, precisato che i piloti di linea devono possedere capacità fisiche particolari «in quanto le carenze fisiche, in tale professione, possono avere conseguenze rilevanti» (punto 67). Si deve, pertanto, affermare che il possesso delle capacità fisiche costituisce un requisito essenziale e determinante per lo svolgimento della professione di pilota di linea e che il possesso di tale capacità è inevitabilmente legato all'età (cfr. art. 4, n. 1, della direttiva ed inoltre, relativamente alla professione di pompiere, cfr. la sentenza del 12 gennaio 2010 in causa n. C-229/08, *Wolf*, in *Raccolta*, 2010, I, p. 1, annotata in questa *Rivista*, 2010, p. 84). Considerate, però, le norme applicabili in sede internazionale ed anche in sede nazionale, la misura contenuta nel contratto collettivo generale n. 5a relativo al personale di bordo della Deutsche Lufthansa – volta a stabilire la cessazione automatica dei contratti di lavoro dei piloti al compimento dei sessant'anni di età allo scopo di garantire la sicurezza del traffico aereo – costituisce una misura sproporzionata dato che le normative nazionali e internazionali fissano il limite a sessantacinque anni (su un'interpretazione restrittiva dell'art. 4, n. 1 della direttiva n. 2000/78/Ce, cfr. sentenze del 15 maggio 1986 in causa n. 222/84, *Johnston*, in *Raccolta*, 1986, p. 1651 e del 26 ottobre 1999 in causa n. C-273/97, *Sirdar*, in *Raccolta*, 1999, I, p. 7403, e annotata in questa *Rivista*, 2000, p. 295).

LA CORTE DI GIUSTIZIA PRECISA QUANDO I MONOPOLI DEI GIOCHI D'AZZARDO SONO GIUSTIFICATI

I

Corte di giustizia

Sentenza del 15 settembre 2011 in causa n. C-347/09

Procedimento penale a carico di Jochen DICKINGER, Franz ÖMER

Art. 234 CE (ora art. 267 TFUE) - Questione pregiudiziale - Art. 49 CE (ora art. 56 TFUE) - Libera prestazione dei servizi - Art. 43 CE (ora art. 49 TFUE) - Libertà di stabilimento - Normativa austriaca che prevede un monopolio di gestione per i giochi d'azzardo - Giochi di casinò commercializzati tramite internet - Condizioni di ammissibilità - Politica commerciale espansionista - Controlli sugli operatori di giochi d'azzardo effettuati in altri Stati membri - Assegnazione del diritto di esclusiva ad una società di diritto privato - Possibilità di monopolio riservata alle sole società di capitali aventi la propria sede sociale nel territorio nazionale - Divieto per il titolare del monopolio di costituire una filiale all'estero - Affidamento della gestione e dell'organizzazione dei monopoli ad un solo Stato membro.

Il diritto dell'Unione, e segnatamente l'art. 49 CE, osta alla minaccia di sanzioni penali per la violazione di un monopolio di gestione di giochi d'azzardo, quale il monopolio di gestione dei giochi di casinò commercializzati tramite internet previsto dalla normativa nazionale oggetto della causa principale, nel caso in cui tale normativa non sia conforme alle disposizioni del citato diritto dell'Unione¹.

L'art. 49 CE deve essere interpretato nel senso che esso è applicabile ai

servizi di giochi d'azzardo commercializzati tramite internet nel territorio di uno Stato membro ospitante da un operatore stabilito in un altro Stato membro, nonostante che tale operatore: a. abbia creato nello Stato membro ospitante una certa infrastruttura di supporto informatico, ad esempio un server, e b. si avvalga di servizi di assistenza informatica offerti da un prestatore stabilito nello Stato membro ospitante, al fine di fornire i propri servizi a consumatori stabiliti anch'essi in questo Stato membro².

L'art. 49 CE deve essere interpretato nel senso che:

a. uno Stato membro che intenda assicurare un livello di tutela dei consumatori particolarmente elevato nel settore dei giochi d'azzardo può legittimamente ritenere che soltanto l'istituzione di un monopolio a favore di un organismo unico assoggettato ad uno stretto controllo da parte delle autorità pubbliche possa consentire di fronteggiare la criminalità connessa a tale settore e di perseguire gli obiettivi della prevenzione dell'incitamento a spese eccessive legate al gioco e della lotta alla dipendenza dal gioco in modo sufficientemente efficace;

b. per essere coerente con gli obiettivi della lotta alla criminalità e della riduzione delle occasioni di gioco, una normativa nazionale istitutiva di un monopolio in materia di giochi d'azzardo, la quale consenta al titolare di tale monopolio di condurre una politica espansionistica, deve: i. fondarsi sulla constatazione secondo cui le attività criminali e fraudolente connesse ai giochi e la dipendenza dal gioco costituiscono un problema nel territorio dello Stato membro interessato, al quale potrebbe porsi rimedio mediante un'espansione delle attività autorizzate e regolamentate, e ii. consentire soltanto la realizzazione di una pubblicità contenuta e strettamente limitata a quanto necessario per incanalare i consumatori verso le reti di gioco controllate;

c. il fatto che uno Stato membro abbia scelto un sistema di protezione differente da quello adottato da un altro Stato membro non può influire sulla valutazione della necessità e della proporzionalità delle disposizioni prese in materia, le quali devono essere giudicate soltanto alla luce degli obiettivi perseguiti dalle competenti autorità dello Stato membro interessato e del livello di tutela che esse intendono assicurare³.

II

Corte di giustizia

Sentenza del 30 giugno 2011 in causa n. C-212/08

Zeturf Ltd c. Premier ministre

Art. 234 CE (ora art. 267 TFUE) - Questione pregiudiziale - Regime di esclusiva di gestione delle scommesse ippiche all'esterno dell'ippodromo - Art. 49 ss. CE (ora art. 56 TFUE) - Restrizione alla libera prestazione dei

servizi - Motivi imperativi d'interesse generale ex art. 46 CE (ora art. 52 TFUE) - Obiettivi di lotta alla dipendenza dal gioco e alle attività fraudolente e criminali - Partecipazione allo sviluppo agricolo - Proporzionalità - Previsione di misure restrittive dirette a limitare le occasioni di gioco - Pratiche pubblicitarie contenute - Ostacolo alla commercializzazione tramite i canali tradizionali e internet.

L'art. 49 CE deve essere interpretato nel senso che:

a. *uno Stato membro che intenda assicurare un livello di tutela dei consumatori particolarmente elevato nel settore dei giochi di azzardo può legittimamente ritenere che solo la concessione di diritti esclusivi ad un organismo unico soggetto ad uno stretto controllo da parte delle autorità pubbliche sia atto [rectius: atto n.d.r.] a consentire di padroneggiare i rischi connessi a tale settore e di perseguire l'obiettivo di prevenire l'induzione a spese eccessive collegate al gioco e di lotta alla dipendenza dal gioco in modo sufficientemente efficace;*

b. *spetta al giudice del rinvio verificare che: le autorità nazionali, al momento dei fatti di cui alla causa principale, mirassero realmente a garantire un simile livello di tutela particolarmente elevato e che, rispetto a tale livello di tutela perseguito, l'instaurazione di un monopolio potesse effettivamente considerarsi necessaria, e che i controlli statali, cui le attività dell'organismo beneficiante dei diritti esclusivi sono in linea di principio soggette, siano effettivamente attuati in modo coerente e sistematico allo scopo di conseguire gli obiettivi fissati per tale organismo;*

c. *per essere coerente con gli obiettivi di lotta alla criminalità nonché di riduzione delle occasioni di gioco, una normativa nazionale che instaura un monopolio in materia di giochi di azzardo deve essere fondata sul riconoscimento che le attività criminali e fraudolente connesse ai giochi e la dipendenza dal gioco costituiscono un problema nel territorio dello Stato membro interessato al quale un'espansione delle attività autorizzate e regolamentate sarebbe idonea a porre rimedio, e consentire unicamente la realizzazione di una pubblicità contenuta e strettamente limitata a quanto necessario al fine di canalizzare i consumatori verso le reti di gioco controllate⁴.*

Per valutare il pregiudizio alla libera prestazione di servizi da parte di un sistema che sancisce un regime di esclusiva per l'organizzazione delle scommesse ippiche, spetta ai giudici nazionali tener conto del complesso dei canali di commercializzazione interscambiabili di dette scommesse, a meno che il ricorso a internet non abbia l'effetto di aggravare i rischi connessi ai giochi di azzardo al di là di quelli che esistono per quanto riguarda i giochi commercializzati tramite canali tradizionali. In presenza di una normativa nazionale che si applica in egual modo all'offerta di scommesse ippiche online e all'offerta mediante canali tradizionali, il pregiudizio alla libera pre-

*stazione dei servizi deve essere valutato dal punto di vista delle restrizioni arrecate a tutto il settore interessato*⁵.

¹⁻⁵ Ancora una volta la Corte di giustizia si trova ad interpretare le disposizioni comunitarie sulla libertà di stabilimento e sulla libera prestazione di servizi nell'ambito della gestione dei giochi d'azzardo e delle scommesse sportive. La Corte, infatti, ha già avuto modo di precisare la propria giurisprudenza sulla questione della conformità di un monopolio in materia di giochi d'azzardo alle libertà di circolazione previste dal TFUE (cfr. sentenze dell'8 settembre 2009 in causa n. C-42/07, *Liga Portuguesa de Futebol Profissional e Bwin International*, in *Raccolta*, 2009, I, p. 7633, annotata in questa *Rivista*, 2010, p. 81; del 3 giugno 2010 in causa n. C-203/08, *Sporting Exchange*, in *Raccolta*, 2010, I, p. 4695, annotata in questa *Rivista*, 2010, p. 299; e, in pari data, in causa n. C-258/08, *Ladbrokes Betting & Gaming e Ladbrokes International*, in *Raccolta*, 2010, I, p. 4757, annotata in questa *Rivista*, 2010, p. 298; le sentenze emesse in data 8 settembre 2010, inedite in *Raccolta*, nelle seguenti cause: n. C-409/06, *Winner Wetten*; n. C-316/07, da n. C-358/07 a n. C-360/07, n. C-409/07 e n. C-410/07, *Stoß e a.*; n. C-46/08, *Carmen Media Group*, nonché del 9 settembre 2010 in causa n. C-64/08, *Engelmann*, inedita in *Raccolta*, annotata in questa *Rivista*, 2010, p. 490).

La controversia dalla quale è scaturita la questione interpretativa nella causa n. C-347/09 è sorta nell'ambito di alcuni procedimenti penali promossi contro i signori Dickinger e Omer per il mancato rispetto da parte della società austriaca bet-at-home.com Entertainment GmbH, da loro gestita, della normativa nazionale relativa alla gestione dei giochi d'azzardo, nella parte relativa all'offerta di giochi *on line*.

In Austria, il diritto di organizzare giochi d'azzardo è riservato allo Stato federale (cfr. legge federale sui giochi d'azzardo, Glücksspielgesetz, BGBl. 620/1989). Un regime di rilascio di concessione è previsto, invece, per i giochi di casinò che sono equiparati alle lotterie. La concessione per l'organizzazione di lotterie può essere concessa (per una durata massima di quindici anni) ad un solo operatore a condizione che questi sia una società di capitali, che abbia la propria sede in Austria e che si sottoponga ad un controllo da parte delle autorità austriache. In Austria è reato l'organizzazione di giochi d'azzardo senza la prescritta concessione.

I ricorrenti della causa principale, cittadini austriaci, sono i gestori della società austriaca bet-at-home.com Entertainment che detiene, quale controllata, la società maltese bet-at-home.com Holding Ltd, la quale a sua volta detiene tre controllate maltesi che propongono giochi d'azzardo e scommesse sportive *on line* sul sito internet www.bet-at-home.com disponendo, a tal fine, di specifiche licenze maltesi.

Le società controllate (maltesi) si servivano di un *server* installato in territorio austriaco, a Linz messo a disposizione dalla società austriaca bet-at-home.com Entertainment GmbH. Ai ricorrenti è stato attribuito il reato di organizzazione dei giochi d'azzardo ed è, pertanto, scaturito nei loro confronti un procedimento penale. Il giudice del rinvio, il Tribunale distrettuale di Linz, ha deciso di sospendere il procedimento e di rivolgersi alla Corte di giustizia.

In primis, la Corte di giustizia ha affermato che la normativa austriaca controversa che contempla sanzioni penali nei confronti dei contravventori ad un monopolio di gestione di giochi d'azzardo contrasta con la normativa sulla libera prestazione dei servizi.

In secondo luogo, la Corte di giustizia ha chiarito che l'art. 49 CE (ora art. 56 TFUE) trova applicazione nei confronti di un operatore di giochi d'azzardo stabilito in uno Stato membro, il quale proponga i propri servizi in un altro Stato membro, anche nell'ipotesi in cui egli disponga, a tal fine, di agenti/intermediari stabiliti nello stesso Stato membro in cui si trovano i destinatari dei servizi (cfr., in proposito, sentenza del 6 novembre 2003 in causa n. C-243/01, *Gambelli e a.*, in *Raccolta*, 2003, I, p. 13031, annotata in questa *Rivista*, 2004, p. 528). In sostanza, la normativa comunitaria trova applicazione qualora l'operatore di giochi d'azzardo richieda la collaborazione di un mero prestatore di servizi quale supporto informatico nello Stato membro ospitante.

La questione più spinosa che ha affrontato la Corte di giustizia, è stata quella relativa alla compatibilità del monopolio austriaco in materia di giochi d'azzardo (*on line*) con la di-

sciplina comunitaria sulla libera prestazione di servizi.

La Corte di giustizia ha chiarito, innanzitutto, *a.* le condizioni in base alle quali è possibile istituire un monopolio in materia di giochi d'azzardo; *b.* in che modo il perseguimento di una politica commerciale espansionistica da parte del soggetto titolare di un monopolio in materia di giochi d'azzardo possa essere fedele agli obiettivi prefissati dal regime di monopolio; *c.* la compatibilità delle restrizioni imposte dalla normativa nazionale al titolare del monopolio e, infine, il rispetto del principio di proporzionalità con riferimento alle restrizioni previste a livello nazionale.

È fuori dubbio, secondo la Corte di giustizia, che la normativa austriaca controversa che introduce un regime di monopolio vietando, nel contempo, agli altri operatori – compresi quelli stabiliti in altri Stati membri – di proporre servizi tramite internet nel territorio di tale Stato costituisce di fatto una restrizione alla libera prestazione di servizi garantita dal TFUE (cfr. sentenza del 3 giugno 2010 in causa n. C-203/08, *Sporting Exchange*, cit.).

Sui presupposti per l'istituzione di un monopolio in materia di giochi d'azzardo, la Corte ha sottolineato che gli obiettivi perseguiti dalle normative nazionali in tale ambito rientrano nel novero dei motivi imperativi di interesse generale che possono limitare la libera prestazione di servizi. La necessità di tutelare l'ordine morale, religioso o culturale giustificano quel potere discrezionale in capo alle autorità nazionali di agire a tutela dei consumatori e dell'ordine sociale. Gli Stati membri, sono, pertanto, liberi di definire con precisione il livello di protezione perseguito.

Nel caso di specie, è compito del giudice del rinvio individuare gli obiettivi effettivamente perseguiti dalla normativa nazionale. E una volta individuati, il giudice nazionale è tenuto a verificare se, alla luce di tali obiettivi, l'istituzione di un monopolio possa considerarsi effettivamente necessario per ridurre le occasioni di gioco, nonché le attività in tale settore.

Sul perseguimento di una politica commerciale espansionistica da parte del soggetto titolare di un monopolio in materia di giochi d'azzardo, la Corte ha demandato al giudice del rinvio di verificare se la politica commerciale del titolare (pubblicità e creazione di nuovi giochi) del monopolio possa essere considerata come rientrante in una politica di espansione controllata nel settore dei giochi d'azzardo (cfr. sentenza del 30 giugno 2011 in causa n. C-212/08, *Zeturf*, annotata *infra*) alla luce del fatto che l'obiettivo di tutela dei consumatori contro la dipendenza dal gioco risulta difficilmente conciliabile con una politica di espansione dei giochi d'azzardo.

Infine, sulla compatibilità con l'art. 56 TFUE delle restrizioni imposte al titolare del monopolio concernenti la veste giuridica, l'ammontare del capitale sociale, l'ubicazione della sede sociale nonché la possibilità di costituire filiali in altri Stati membri, la Corte di giustizia ha sottolineato come l'imposizione di determinate restrizioni (proprio perché si deve garantire un elevato livello di tutela dei consumatori) sia compatibile con il diritto comunitario purché venga rispettato il principio di proporzionalità. La Corte di giustizia ha invitato, altresì, il giudice nazionale a verificare, in concreto, il rispetto del principio di proporzionalità nonché se esistano mezzi meno restrittivi per garantire un elevato livello di controllo sulle attività degli operatori stabiliti nel territorio di altri Stati membri. Infine, sul divieto di creare filiali in altri Stati membri, la Corte ha precisato come, al riguardo, gli Stati membri godano di un ampio margine discrezionale relativamente agli obiettivi che devono perseguire.

I monopoli nazionali in materia di giochi d'azzardo sono, dunque, compatibili con il diritto dell'Unione a condizione che perseguano in maniera coerente finalità di interesse generale legate alla tutela dei consumatori.

Nella causa *Zeturf* (n. C-212/08), di cui alla sentenza sopra massimata, la Corte di giustizia è stata chiamata a pronunciarsi nell'ambito di una controversia tra una società maltese (che offre servizi di scommesse ippiche tramite internet) e il Primo Ministro francese a causa del rigetto da parte di quest'ultimo della domanda di procedere all'abrogazione delle misure nazionali conferenti al Consorzio *Pari Mutuel Urban* (di seguito denominato: PMU) il monopolio, in Francia, della gestione delle scommesse ippiche fuori ippodromo.

Il Consiglio di Stato francese, investito della controversia, ha deciso di sospendere il procedimento e di rivolgersi alla Corte di giustizia per sapere se la normativa nazionale controversa in materia di scommesse ippiche contrasti con la libera prestazione di servizi.

La Corte di giustizia si è soffermata, innanzitutto, sui presupposti dell'istituzione di un regime di esclusiva per l'organizzazione delle scommesse ippiche e ha sottolineato come le giustificazioni ammissibili in tale ambito siano collegate principalmente alla tutela dei consumatori, nonché alla tutela dell'ordine sociale (i c.d. motivi imperativi di interesse generale, cfr. sentenza dell'8 settembre 2010 in cause riunite n. C-316/07, da n. C-358/07 a n. C-360/07, n. C-409/07 e n. C-410/07, *Stoß e a.*, cit.).

La Corte, anche in questa sentenza, ha richiamato il principio secondo il quale gli Stati sono liberi di determinare gli obiettivi della loro politica in materia di giochi d'azzardo e di stabilire il livello di protezione perseguito (cfr. sentenza *Liga Portuguesa de Futebol Profissional*, cit.).

Ne consegue che uno Stato può ritenere che solamente con la concessione di diritti di esclusiva ad un unico soggetto che sia sottoposto ad un rigido controllo da parte delle autorità statali sia possibile controllare in maniera efficace i rischi connessi al settore dei giochi d'azzardo nonché prevenire spese eccessive collegabili al mercato dei giochi d'azzardo.

La Corte di giustizia ha precisato che gli obiettivi perseguiti dalla normativa nazionale sono ricollegabili alla lotta alla frode e al riciclaggio di danaro sporco nonché alla tutela dell'ordine sociale e allo sviluppo rurale. La realizzazione di tali obiettivi, a parere della Corte, può essere legittimamente garantita a livello nazionale soltanto se avviene in maniera coerente e sistematica (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). E spetta al giudice del rinvio valutare se i controlli statali siano attuati perseguendo il conseguimento degli obiettivi citati.

Con la seconda questione pregiudiziale, il Consiglio di Stato francese ha chiesto alla Corte di giustizia di chiarire se il mercato delle scommesse ippiche *on line* possa ritenersi distinto da quello generale delle scommesse. Sul punto, la Corte di giustizia ha precisato come i giochi d'azzardo accessibili via internet implicino rischi di natura differente e di maggior entità rispetto ai mercati tradizionali in quanto, proprio per l'isolamento del giocatore e a causa dell'anonimato, può nascere un'eccessiva dipendenza dal gioco. Il giudice nazionale è, pertanto, invitato dalla Corte a valutare il complesso dei canali di commercializzazione delle scommesse tenendo presente che il pregiudizio alla libera prestazione di servizi deve essere valutato dal punto di vista delle restrizioni provocate a tutto il settore interessato.

LA CORTE DI GIUSTIZIA SI PRONUNCIA SUI LIMITI DI UTILIZZO VIA INTERNET, PER SCOPI PUBBLICITARI, DI UN MARCHIO REGISTRATO

Corte di giustizia

Sentenza del 22 settembre 2011 in causa n. C-323/09

Interflora Inc., Interflora British Unit c. Marks & Spencer plc, Flowers Direct Online Ltd

Art. 234 CE (ora art. 267 TFUE) - Questione pregiudiziale - Pubblicità su internet per mezzo di parole chiave (le c.d. «keyword advertising») - Scelta di una parola chiave correlata ad un marchio che gode della notorietà di un concorrente - Direttiva n. 89/104/Cee sui marchi d'impresa - Art. 5, nn. 1, lett. a., e 2, sui diritti conferiti dal marchio d'impresa - Regolamento

Ce n. 40/94 - Art. 9, n. 1, lett. a. e c. - Violazione di una delle funzioni del marchio - Indebolimento dell'idoneità del marchio ad identificare i prodotti o i servizi per i quali è stato registrato - Indebito vantaggio ricavato dal carattere distintivo o dalla notorietà di tale marchio - Messa in pericolo di una reputazione idonea ad attirare i consumatori - Concorrenza leale.

Gli artt. 5, n. 1, lett. a., della prima direttiva del Consiglio del 21 dicembre 1988, n. 89/104/Cee, sul ravvicinamento delle legislazioni degli Stati membri in materia di marchi d'impresa, e 9, n. 1, lett. a., del regolamento Ce del Consiglio del 20 dicembre 1993, n. 40/94/Ce, sul marchio comunitario, devono essere interpretati nel senso che il titolare di un marchio ha il diritto di vietare ad un concorrente di fare pubblicità – a partire da una parola chiave identica a detto marchio che tale concorrente, senza il consenso del titolare del marchio, ha scelto nell'ambito di un servizio di posizionamento su internet – a prodotti o servizi identici a quelli per i quali tale marchio è stato registrato, quando il predetto uso è idoneo a violare una delle funzioni del marchio. Siffatto uso: a. viola la funzione di indicazione d'origine del marchio allorché la pubblicità che compare a partire dalla suddetta parola chiave non consente o consente solo difficilmente all'utente di internet normalmente informato e ragionevolmente attento di sapere se i prodotti o i servizi menzionati nell'annuncio provengano dal titolare del marchio o da un'impresa economicamente collegata a quest'ultimo oppure, al contrario, da un terzo; b. non viola, nell'ambito di un servizio di posizionamento avente le caratteristiche di quello di cui trattasi nella causa principale, la funzione di pubblicità del marchio, e c. viola la funzione di investimento del marchio ove intralci in modo sostanziale l'utilizzo, da parte del titolare in questione, del proprio marchio per acquisire o mantenere una reputazione idonea ad attirare i consumatori e a renderli fedeli¹.

Gli artt. 5, n. 2, della direttiva n. 89/104/Cee e 9, n. 1, lett. c., del regolamento n. 40/94 devono essere interpretati nel senso che il titolare di un marchio che gode di notorietà ha il diritto di vietare ad un concorrente di fare pubblicità a partire da una parola chiave corrispondente a tale marchio che il suddetto concorrente, senza il consenso del titolare del marchio, ha scelto nell'ambito di un servizio di posizionamento su internet, qualora detto concorrente tragga così indebitamente vantaggio dal carattere distintivo o dalla notorietà del marchio (parassitismo) oppure qualora tale pubblicità arrechi pregiudizio a detto carattere distintivo (diluizione) o a detta notorietà (corrosione)².

Un annuncio pubblicitario a partire da una parola chiave siffatta arreca pregiudizio al carattere distintivo del marchio che gode di notorietà (diluizione), in particolare, ove contribuisca a trasformare la natura di tale marchio rendendolo un termine generico³.

Per contro, il titolare di un marchio che gode di notorietà non può vietare, in particolare, annunci pubblicitari fatti comparire dai suoi concorrenti a

*partire da parole chiave che corrispondono a detto marchio e propongono, senza offrire una semplice imitazione dei prodotti e dei servizi del titolare di tale marchio, senza provocare una diluizione o una corrosione e senza peraltro arrecare pregiudizio alle funzioni di detto marchio che gode di notorietà, un'alternativa rispetto ai prodotti o ai servizi del titolare di detto marchio*⁴.

¹⁻⁴ Non è la prima volta che la Corte di giustizia si occupa della pubblicità a partire da parole chiave offerte in un motore di ricerca su internet (cfr. sentenze del 23 marzo 2010 in cause riunite da n. C-236/08 a n. C-238/08, *Google France e Google*, in *Raccolta*, I, p. 2417; del 25 marzo 2010 in causa n. C-278/08, *BergSpechte*, in *Raccolta*, 2010, I, p. 2517; ordinanza del 26 marzo 2010 in causa n. C-91/09, *Eis.de*, inedita in *Raccolta* e sentenza dell'8 luglio 2010 in causa n. C-558/08, *Portakabin*, inedita in *Raccolta*).

La questione pregiudiziale sull'interpretazione dell'art. 5 della direttiva n. 89/104/Cee (in *Guce* n. L 40 del 1989, p. 1), nonché dell'art. 9 del regolamento Ce n. 40/94, sul marchio comunitario (in *Guce* n. L 11 del 1994, p. 1) è scaturita da una controversia che ha visto contrapposti, da un lato, le società Interflora Inc. e Interflora British Unit e, dall'altro lato, le società Marks & Spencer plc e Flowers Direct Online Ltd (con quest'ultima si è giunti ad una transazione), relativamente alla pubblicazione su internet di inserzioni pubblicitarie della M & S a partire da parole chiave corrispondenti al marchio INTERFLORA (si ricorda che la direttiva n. 89/104/Cee e il regolamento n. 40/94 sono stati abrogati, rispettivamente, dalla direttiva n. 2008/95/Ce, in *Gu-Ue* n. L 299 del 2008, p. 25 e dal regolamento Ce n. 207 del 2009 sul marchio comunitario, in *Gu-Ue* n. L 78 del 2009, p. 1).

Le parti della causa principale offrono tutte un servizio di consegna di fiori a domicilio; l'Interflora accusa la Marks & Spencer di aver violato il marchio INTERFLORA avendo utilizzato diverse sequenze di segni identici o simili a tale marchio come parole chiave nel servizio di pubblicità denominato AdWords gestito da Google.

È noto che per effettuare una ricerca sul motore di ricerca Google, il soggetto digita una o più parole chiave; Google indirizzerà l'utente verso quei siti che maggiormente corrispondono alle parole indicate. È possibile anche un servizio di posizionamento a pagamento: un operatore economico può, attraverso una o più parole chiave far apparire un *link* promozionale che rinvii al proprio sito.

La Interflora, società statunitense, gestisce una rete di consegna di fiori in tutto il mondo. La Interflora British Unit è una licenziataria della Interflora Inc. La loro rete è formata sostanzialmente da fiorai con i quali i clienti possono effettuare anche ordinazioni via internet, che vengono evase dal membro della rete più vicino al luogo in cui dovrà essere effettuata la consegna. INTERFLORA è un marchio nazionale (nel Regno Unito) e comunitario. La società inglese Marks and Spencer è uno dei maggiori rivenditori al dettaglio del Regno Unito: essa offre molti servizi tra cui anche la vendita e la consegna di fiori a domicilio mettendosi così in concorrenza con l'attività di Interflora. La Marks and Spencer avrebbe violato, a parere dell'Interflora, il diritto di marchio «Interflora» in quanto, nell'ambito del servizio di posizionamento, sopra citato, la Marks and Spencer si sarebbe riservata le parole chiave Interflora e alcune espressioni quali: «Interflora Flowers», «Interflora Delivery» etc.

La High Court of Justice dinanzi alla quale l'Interflora si è rivolta, ha deciso di sospendere il procedimento e di proporre alla Corte di giustizia alcune questioni pregiudiziali al fine di chiarire se il titolare di un marchio noto (INTERFLORA) abbia il diritto di vietare ad un concorrente di far apparire un annuncio pubblicitario per prodotti o servizi identici a quelli per i quali il marchio in questione è stato registrato. Ed, inoltre, la Corte è stata invitata a chiarire il fatto se il pubblico sia indotto a pensare che il soggetto/autore dell'inserzione faccia parte della rete del titolare del marchio e possa, quindi, consentire al titolare del marchio di opporsi alla selezione di segni identici.

La Corte di giustizia ha, innanzitutto, chiarito che l'indicazione scelta dall'inserzionista come parola chiave nell'ambito di un servizio di posizionamento su internet costituisce lo strumento utile per consentire la visualizzazione del proprio annuncio, ed è dunque oggetto di un uso «nel commercio» ai sensi delle disposizioni oggetto di interpretazione (cfr. sentenze del 23 marzo 2010 in cause riunite da n. C-236/08 a n. C-238/08, *Google France e*

Google, cit. nonché del 25 marzo 2010 in causa n. C-278/08, *BergSpechte, cit.*).

La Corte ha sostenuto che il titolare di un marchio non può opporsi all'uso quale parola chiave di un segno identico al suo marchio qualora non ricorrano tutte le condizioni previste dalla normativa comunitaria; l'uso può essere vietato solamente nell'ipotesi in cui quest'ultimo possa compromettere una delle funzioni del marchio stesso. La Corte ha dunque esaminato, nel caso di specie, l'eventuale violazione della funzione del marchio: funzione di indicazione d'origine, funzione di pubblicità e funzione di investimento.

Sulla violazione della funzione di indicazione di origine, la Corte ha precisato che essa sussiste quando l'annuncio rende difficile all'utente di internet, generalmente informato e ragionevolmente attento, conoscere se i prodotti o i servizi a cui l'annuncio si riferisce provengano dal titolare del marchio o da un'impresa economicamente collegata a quest'ultimo oppure, al contrario, da un terzo (cfr. sentenze *Google France e Google, loc. cit.* e del 2 luglio 2010 in causa n. C-558/08, *Portakabin, cit.*): in tale situazione il soggetto può facilmente confondersi sull'origine dei prodotti o dei servizi in questione.

Sulla violazione della funzione di pubblicità, la Corte ha precisato come si sia già occupata della questione dichiarando che l'uso di un segno identico ad un marchio altrui, nell'ambito di un servizio di posizionamento come «AdWords», sopra citato, non comprometta la funzione del marchio stesso in quanto non priva il titolare del marchio della possibilità di utilizzare in maniera efficace il proprio marchio per fare conoscere nonché consigliare i consumatori nei loro acquisti (*on line*).

È noto, infine, che un marchio può essere utilizzato dal suo titolare per ottenere o conservare una certa reputazione nei confronti dei consumatori quali utenti finali del servizio offerto. Tale funzione, detta di investimento, viene ottenuta anche attraverso particolari tecniche commerciali (e non solamente mediante i canali pubblicitari).

Viola la funzione di investimento del marchio l'uso da parte di un concorrente del titolare del marchio di un segno identico a quest'ultimo per prodotti o servizi identici a quelli per i quali il marchio è stato registrato qualora ostacoli in maniera effettiva l'utilizzo del «proprio marchio per mantenere o acquisire una reputazione idonea ad attirare i consumatori e renderli fedeli» (punto 66). In tale circostanza il titolare del marchio può vietare l'uso del marchio all'inserzionista in virtù del diritto esclusivo che gli è conferito dal marchio stesso (cfr. sentenza del 12 luglio 2011 in causa n. C-324/09, *L'Oréal e a.*, inedita in *Raccolta*, annotata in questa *Rivista*, 2011, p. 510).

Per contro, il titolare del marchio non può opporsi qualora la concorrenza generatasi da tali comportamenti ponga in essere una concorrenza leale, nel rispetto delle funzioni del marchio stesso, tale da indurre il titolare del marchio a conformare i propri sforzi per procurarsi o mantenere i consumatori. A parere della Corte, nel caso di specie, sarà compito del giudice del rinvio verificare se l'uso da parte della Marks and Spencer del segno identico al marchio INTERFLORA metta in difficoltà la società Interflora relativamente al mantenimento della sfera dei consumatori già acquisiti.

Infine, il giudice del rinvio ha chiesto alla Corte di giustizia di precisare le condizioni in base alle quali un inserzionista (che fa comparire un *link* sponsorizzato verso il proprio sito) possa arrecare pregiudizio al carattere distintivo del marchio che gode di notorietà (la c.d. diluizione) o possa trarre indebitamente un vantaggio dal carattere distintivo o dalla notorietà del marchio stesso (c.d. parassitismo).

Orbene, si è in presenza di un pregiudizio al carattere distintivo del marchio che gode di notorietà quando l'uso di un segno identico o simile a quest'ultimo diminuisca la capacità di tale marchio di contraddistinguere i prodotti o i servizi del titolare del marchio da quelli che hanno un'altra origine. Nel corso del processo di diluizione, il titolare del marchio – quando vede ridotta la capacità distintiva del proprio marchio – può invocare la tutela comunitaria.

Tale capacità distintiva, secondo la Corte di giustizia, non è stata ridotta nel caso di specie in quanto la selezione, quale parola chiave, di un segno identico ad un marchio che gode di notorietà è servita semplicemente ad attirare l'attenzione dell'utente di internet (normalmente informato e ragionevolmente attento) sulla presenza di un'alternativa circa l'offerta di un prodotto o un servizio.

Sul vantaggio indebitamente tratto dal carattere distintivo o dalla notorietà del marchio, la Corte di giustizia ha precisato come spesso i fruitori di internet utilizzino il nome di un marchio, come parola chiave, per fare le loro ricerche, nonché per rintracciare notizie o of-

ferite sui prodotti o servizi riconducibili al marchio stesso. Ne consegue, e così ha concluso la Corte di giustizia, che se l'annuncio pubblicitario visibile su internet proponga semplicemente un'alternativa rispetto ai prodotti o ai servizi del titolare del marchio noto, nell'ambito di una concorrenza sana e leale, non si ha alcuna violazione dell'art. 5, n. 2, della direttiva n. 89/104 e dell'art. 9, n. 1, lett. c. del regolamento n. 40/94.

La Corte ha, tuttavia, demandato al giudice nazionale, nel caso di specie, la valutazione concreta del comportamento posto in essere dalla società Marks and Spencer.

LA CORTE DI GIUSTIZIA STABILISCE LE MODALITÀ DI RISARCIMENTO A FAVORE DEI PASSEGGERI DI VOLI CANCELLATI

Corte di giustizia

Sentenza del 13 ottobre 2011 in causa n. C-83/10

Aurora Sousa Rodríguez e altri c. Air France SA

Art. 234 CE (ora art. 267 TFUE) - Questione pregiudiziale - Regolamento (Ce) n. 261/2004 sulla compensazione ed assistenza ai passeggeri in caso di imbarco negato, di cancellazione del volo o di ritardo prolungato - Art. 2, lett. l. - Compensazione pecuniaria per i passeggeri in caso di cancellazione del volo - Definizione di «cancellazione del volo» - Art. 12 del regolamento - Definizione di «risarcimento supplementare» - Compensazione pecuniaria ai sensi della normativa spagnola - Ritardi prolungati - Risarcimento del danno morale.

La nozione di «cancellazione del volo», come definita dall'art. 2, lett. l., del regolamento Ce del Parlamento europeo e del Consiglio dell'11 febbraio 2004, n. 261, che istituisce regole comuni in materia di compensazione ed assistenza ai passeggeri in caso di negato imbarco, di cancellazione del volo o di ritardo prolungato e che abroga il regolamento Cee n. 295/91, deve essere interpretata nel senso che, in una situazione come quella in discussione nella causa principale, essa non si riferisce esclusivamente all'ipotesi in cui l'aereo in questione non sia affatto partito, bensì comprende anche il caso in cui tale aereo è partito, ma, per una qualsivoglia ragione, è stato poi costretto a rientrare all'aeroporto di partenza, e i passeggeri di detto aereo sono stati trasferiti su altri voli¹.

La nozione di «risarcimento supplementare», di cui all'art. 12 del regolamento n. 261/2004, deve essere interpretata nel senso che consente al giudice nazionale, alle condizioni previste dalla convenzione per l'unificazione di alcune norme relative al trasporto aereo o dal diritto nazionale, di concedere il risarcimento del danno, incluso quello di natura morale, occasionato

dall'inadempimento del contratto di trasporto aereo. Per contro, il giudice nazionale non può utilizzare la nozione di «risarcimento supplementare» quale fondamento giuridico per condannare il vettore aereo a rimborsare ai passeggeri, il cui volo ha subito un ritardo oppure è stato cancellato, le spese che gli stessi hanno dovuto sostenere a causa dell'inadempimento da parte del citato vettore degli obblighi di sostegno e assistenza di cui agli artt. 8 e 9 di tale regolamento².

¹⁻² Il Tribunale commerciale n. 1 di Pontevedra ha chiesto alla Corte di giustizia se la nozione di «cancellazione del volo», ai sensi del regolamento Ce n. 261/2004 (in *Guce* n. L 46 del 2004, p. 1), includa il caso in cui un volo, pur essendo decollato, sia costretto a rientrare all'aeroporto d'origine per cause tecniche. Inoltre, il giudice del rinvio ha chiesto precisazioni sul significato della nozione di «risarcimento supplementare» di cui all'art. 12 del regolamento in questione.

La questione pregiudiziale è stata presentata nell'ambito di una controversia che ha visto contrapposti, da un lato, sette passeggeri di Air France e, dall'altro lato, la compagnia Air France SA per il risarcimento dei danni che essi asseriscono di aver subito a causa dei ritardi prolungati e dei disagi provocati da cause tecniche verificatesi sull'aeromobile della compagnia durante il volo che collegava la capitale francese a Vigo (Spagna).

Il regolamento comunitario n. 261/2004 riconosce una serie di diritti minimi ai passeggeri nel caso di negato imbarco, di cancellazione (assistenza del vettore e compensazione pecuniaria) e ritardo del volo (a seconda del ritardo, il vettore offre pasti e bevande o sistemazione alberghiera). All'art. 12 viene, altresì, precisato che sono lasciati impregiudicati i diritti del passeggero ad un risarcimento supplementare e il risarcimento che venisse concesso può essere detratto dal risarcimento supplementare eventualmente riconosciuto.

In ambito internazionale, la Convenzione di Montreal per l'unificazione di alcune norme relative al trasporto aereo internazionale prevede la responsabilità del vettore per il danno derivante dal ritardo nel trasporto aereo dei passeggeri, bagagli o merci.

Nel caso di specie, i ricorrenti della causa principale sarebbero dovuti partire dalla capitale francese per Vigo. A causa di un guasto tecnico, immediatamente dopo il decollo, l'aereo è rientrato a Parigi. I passeggeri (ricorrenti), avendo raggiunto la destinazione il giorno successivo, hanno citato in giudizio la compagnia aerea al fine di ottenere il risarcimento dei danni subiti a causa dell'inadempimento contrattuale invocando l'art. 7 del citato regolamento (diritto a compensazione pecuniaria).

Il giudice del rinvio ha deciso di sospendere il procedimento e di chiedere alla Corte di giustizia di chiarire le nozioni di «cancellazione del volo» (art. 2, lett. 1., e di «risarcimento supplementare» (art. 12). Sulla prima nozione, la Corte di giustizia ha richiamato il tenore letterale dell'art. 2, lett. 1., del regolamento soffermandosi anche sulla nozione di volo. Questo consiste in un'operazione di trasporto aereo realizzata da un vettore che fissa il proprio itinerario. L'itinerario costituisce un elemento indispensabile del volo stesso in quanto quest'ultimo deve essere svolto seguendo il programma preventivamente stabilito dal vettore (cfr., sulla nozione di volo, le seguenti sentenze: del 10 luglio 2008 in causa n. C-173/07, *Emirates Airlines*, in *Raccolta*, 2008, I, p. 5237 e del 19 novembre 2009 in cause riunite n. C-402/07 e n. C-432/07, *Sturgeon e a.*, in *Raccolta*, 2009, I, p. 10923, annotata in questa *Rivista*, 2009, p. 785). Nel caso di specie, a parere della Corte di giustizia, il volo non è stato effettuato perché l'itinerario (dall'aeroporto di partenza a quello di destinazione) non è stato rispettato, ossia la programmazione iniziale del volo è stata sostanzialmente abbandonata. Il loro volo iniziale è stato, pertanto, cancellato.

Sulla possibilità di far rientrare nella nozione di risarcimento supplementare qualunque tipo di danno, compreso quello di natura morale, nell'ipotesi di inadempimento contrattuale, in particolare per le spese che i passeggeri hanno dovuto sostenere a causa della mancata osservanza di quanto statuito agli artt. 8 e 9 del regolamento n. 261/2004 (per esempio, rimborso del biglietto, spese di trasferimento da un aeroporto all'altro, etc.), la Corte di giustizia ha osservato come l'art. 12 del regolamento consenta al giudice nazionale di condannare

il vettore aereo al risarcimento dei danni causati ai passeggeri per l'inadempimento del contratto di trasporto aereo invocando la Convenzione di Montreal o il diritto nazionale (cfr. sentenza del 10 gennaio 2006 in causa n. C-344/04, *IATA e ELFAA*, in *Raccolta*, 2006, I, p. 403 e in questa *Rivista*, 2006, 41 con commento di M. FRAGOLA, *Convenzione di Montreal e norme comunitarie sull'«overbooking»*: la Corte di giustizia riconosce la legittimità dei principi "chiave" dell'ordinamento comunitario, p. 51 ss.; inoltre, sull'interpretazione dell'art. 12 del regolamento e sulla risarcibilità dei danni materiali e morali, cfr. sentenza del 6 maggio 2010 in causa n. C-63/09, *Walz*, in *Raccolta*, 2010, I, p. 4239 e annotata in questa *Rivista*, 2010, p. 296).

La Corte di giustizia ha precisato, infine, che le domande dei passeggeri ricorrenti fondate sui diritti di cui agli artt. 8 e 9 del regolamento non possono rientrare nella nozione di «risarcimento supplementare» di cui all'art. 12 del regolamento n. 261/2004.

LA CORTE DI GIUSTIZIA SI PRONUNCIA SUL SERVIZIO DI RIEMPIMENTO DELLE LATTINE MUNITE DI UN SEGNO DISTINTIVO

Corte di giustizia

Sentenza del 15 dicembre 2011 in causa n. C-119/10

Frisdranken Industrie Winters BV c. Red Bull GmbH

Art. 234 CE (ora art. 267 TFUE) - Questione pregiudiziale - Direttiva n. 89/104/Cee - Art. 5, n. 1, lett. b., sui marchi d'impresa - Prestatore di servizi che riempie, per conto di un terzo, lattine provviste di un segno simile a quello di un marchio - Diritto del titolare di un marchio registrato di vietare un uso non autorizzato del proprio marchio - Azione del titolare del marchio contro il prestatore - Esportazione di merci - Confusione nel pubblico - Uso legittimo del segno distintivo.

L'art. 5, n. 1, lett. b., della prima direttiva del Consiglio del 21 dicembre 1988, n. 89/104/Cee, sul ravvicinamento delle legislazioni degli Stati membri in materia di marchi d'impresa, deve essere interpretato nel senso che un prestatore di servizi che, su incarico e secondo le direttive di un terzo, riempie confezioni fornitegli dal terzo medesimo, il quale vi ha fatto precedentemente apporre un segno identico o simile a un segno tutelato come marchio, non fa a sua volta un uso di tale segno che può essere vietato ai sensi della suddetta disposizione¹.

¹ Nella sentenza, sopra massimata, la Corte di giustizia, nell'interpretare la direttiva sui marchi d'impresa, la n. 89/104/Cee (in *Guce* n. L 40 del 1988, p. 1) ha dovuto chiarire se tale direttiva trovi applicazione anche nei confronti di un soggetto/prestatore di servizi che nell'ambito della propria attività di riempimento di lattine (per conto di terzi) si trovi a dover utilizzare il marchio contrassegnato nelle stesse lattine con il rischio di vedersene vietare

l'uso. La questione pregiudiziale è scaturita da una controversia che ha visto contrapposti, da un lato, la Red Bull GmbH (di seguito denominata: Red Bull) e, dall'altro lato, la Fridranken Industrie Winters BV (di seguito denominata: Winters) per il fatto che quest'ultima riempie con una bevanda dissetante lattine aventi segni simili a marchi della Red Bull.

La Red Bull produce e commercializza con l'omonimo marchio d'impresa (registrato a livello internazionale) la bevanda energetica RED BULL. La Winters è un'impresa che si occupa principalmente dell'attività di riempimento di lattine con bevande prodotte da essa stessa o da terzi soggetti. Su incarico della Smart Drinks (una società delle Isole Vergini britanniche e concorrente della Red Bull), la Winters ha riempito lattine con bevande dissetanti. La Smart Drinks ha fornito lattine vuote alla Winters, con le relative chiusure, recanti tutti i segni, le decorazioni e i testi necessari, nonché l'estratto della bevanda rinfrescante. La Winters ha riempito le lattine, secondo le indicazioni ricevute dalla Smart Drinks, con una certa quantità di estratto, lo ha allungato con acqua ed eventualmente anidride carbonica, e successivamente ha chiuso le lattine. La Winters ha messo poi le lattine riempite nuovamente a disposizione della Smart Drinks (senza effettuare alcuna vendita e/o consegna dei prodotti), che le ha poi esportate al di fuori del Benelux.

Nel 2006 la Red Bull ha imposto alla Winters la cessazione di ogni ulteriore uso di diversi segni identici ai marchi della Red Bull (per esempio: «bullfighter», «pittbull» e «live wire») sostenendo che, nell'attività di riempimento delle lattine su cui sono apposti i segni sopra citati, avrebbe violato i corrispondenti diritti di marchio della Red Bull.

La Corte Suprema dei Paesi Bassi presso cui la Winters ha presentato un ricorso per cassazione, si è rivolta alla Corte di giustizia affinché venisse chiarito se ad un fornitore di servizi (Winters) il quale, su incarico di un terzo, riempie lattine fornitagli dal terzo stesso sul quale è apposto un segno identico o simile ad un segno tutelato come marchio, possa essere attribuito l'uso dei segni, sopra citati, con conseguente divieto dell'uso degli stessi.

Sul punto, la Corte di giustizia ha precisato che, ai sensi dell'art. 5, n. 1, lett. b., della direttiva n. 89/104/Cee, la Red Bull ha il diritto di vietare ai terzi, salvo proprio consenso, di usare nel commercio: «un segno che, a motivo dell'identità o della somiglianza di detto segno col marchio di impresa e dell'identità o somiglianza dei prodotti o servizi contraddistinti dal marchio di impresa e dal segno, possa dare adito a un rischio di confusione per il pubblico, comportante anche un rischio di associazione tra il segno e il marchio di impresa» (il divieto di cui all'art. 5, n. 1, lett. b., prevede l'identità dei marchi).

A parere della Corte di giustizia, il fatto che un soggetto (la Winters) operi nel commercio con la propria attività di riempimento di lattine (su incarico di un terzo) non significa che il prestatore di servizi faccia uso dei segni apposti sulle lattine ai sensi dell'art. 5, n. 1, lett. b., della direttiva (cfr. sentenza del 23 marzo 2010 in cause riunite da n. C-236/08 a n. C-238/08, *Google France e Google*, in *Raccolta*, 2010, I, p. 2417). La realizzazione delle condizioni tecniche necessarie per l'uso di un segno, con il conseguente vantaggio economico per l'esecuzione di un servizio, non dimostra che il soggetto/fornitore del servizio faccia a sua volta uso di tale segno.

Inoltre, il servizio fornito dalla Winters di riempimento di lattine non presenta alcuna somiglianza con il prodotto per il quale i marchi della Red Bull sono stati registrati e tale servizio non è volto a promuovere la commercializzazione di prodotti recanti i segni di cui si discute non comportando la creazione di un nesso tra i segni stessi e il servizio che viene reso (l'impresa, infatti, che effettua il riempimento non ha alcuna visibilità sul mercato dei consumatori).

Ne consegue, e così conclude la Corte di giustizia, che il titolare di un marchio (Red Bull) non può, invocando le disposizioni della direttiva sui marchi comunitari, vietare al prestatore di servizi (Winters) il riempimento di lattine recanti segni simili ai suoi marchi.

**LA CORTE DI GIUSTIZIA INTERPRETA LA DIRETTIVA
SULLA RESPONSABILITÀ PER DANNO DA PRODOTTI DIFETTOSI
NELL'AMBITO DELLE STRUTTURE SANITARIE PUBBLICHE**

Corte di giustizia

Sentenza del 21 dicembre 2011 in causa n. C-495/10

Centre hospitalier universitaire de Besançon c. Thomas Dutrueux, Caisse
primaire d'assurance maladie du Jura

Art. 234 CE (ora art. 267 TFUE) - Questione pregiudiziale - Direttiva n. 85/374/Cee sulla responsabilità per danno da prodotti difettosi - Ambito di applicazione della direttiva - Alto livello di tutela del consumatore contro i danni provocati alla sua salute e ai suoi beni da un prodotto difettoso - Normativa francese che prevede a carico delle strutture sanitarie pubbliche l'obbligo di risarcire i danni subiti da un paziente - Cattivo funzionamento delle apparecchiature o dei prodotti utilizzati nell'ambito delle cure fornite al soggetto - Assenza di colpa imputabile alle strutture ospedaliere - Responsabilità delle strutture sanitarie pubbliche nei confronti dei loro pazienti per danno da prodotti difettosi - Limitazione della responsabilità del prestatore di servizi».

La responsabilità di un prestatore di servizi che utilizzi, nell'ambito di una prestazione di servizi quale l'erogazione di cure in ambiente ospedaliero, apparecchi o prodotti difettosi di cui non sia il produttore ai sensi delle disposizioni dell'art. 3 della direttiva del Consiglio del 25 luglio 1985, n. 85/374/Cee, relativa al ravvicinamento delle disposizioni legislative, regolamentari ed amministrative degli Stati membri in materia di responsabilità per danno da prodotti difettosi, come modificata dalla direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio del 10 maggio 1999, n. 1999/34/Ce, e causi in tal modo danni al destinatario della prestazione non rientra nell'ambito di applicazione di tale direttiva. Quest'ultima non osta, pertanto, a che uno Stato membro istituisca un regime, come quello di cui alla causa principale, che preveda la responsabilità di un simile prestatore per i danni in tal modo cagionati, anche in assenza di qualunque colpa imputabile al medesimo, a condizione, tuttavia, che sia fatta salva la facoltà per la vittima e/o per il suddetto prestatore di invocare la responsabilità del produttore in base alla citata direttiva, qualora risultino soddisfatte le condizioni previste dalla medesima¹.

¹ La questione pregiudiziale sull'interpretazione della direttiva n. 85/374/Cee, sulla responsabilità per danno da prodotti difettosi (in *Guce* n. L 210 del 1985, p. 29), come modificata dalla direttiva n. 1999/34/Ce, (in *Guce* n. L 141 del 1999, p. 20) è stata proposta nell'ambito di una controversia relativa alla responsabilità del Centre hospitalier universita-

re de Besançon (di seguito denominato: CHU) per i danni cagionati ad un paziente, il signor Dutrueux, a seguito dell'utilizzo di un materasso riscaldante difettoso nel corso di un intervento chirurgico.

La direttiva oggetto di interpretazione stabilisce, all'art. 1, il principio della responsabilità oggettiva: «il produttore è responsabile del danno causato da un difetto del suo prodotto».

Il signor Dutrueux, tredicenne all'epoca dei fatti, nel corso di un intervento chirurgico ha riportato serie ustioni a causa di un difetto di termoregolazione del materassino riscaldante su cui era stato posizionato.

Il Tribunal administratif di Besançon ha condannato il CHU di Besançon a risarcire il danno al ricorrente. La Cour administrative d'appel de Nancy ha respinto l'appello proposto avverso tale sentenza dal CHU di Besançon che ha, quindi, proposto ricorso dinanzi al Conseil d'Etat. Quest'ultimo, in qualità di giudice di ultima istanza, ha chiesto alla Corte di giustizia di chiarire se la direttiva n. 85/374/Cee sia applicabile alla responsabilità del prestatore di servizi che, nell'erogare cure in ambito ospedaliero, utilizzi prodotti difettosi e causi danni ai pazienti. La normativa francese (codice civile francese da artt. 1386-1 a 1386-18) che ha recepito la direttiva comunitaria prevede un regime di responsabilità della struttura ospedaliera (pubblica) anche in assenza di colpa della stessa struttura. L'obiettivo principale della direttiva, oggetto di interpretazione, è quello di garantire che la concorrenza non sia falsata tra gli operatori economici, di facilitare la libera circolazione delle merci nonché di evitare evidenti difformità nel livello di tutela dei consumatori.

La direttiva n. 85/374/Cee non ambisce ad un'armonizzazione completa del settore della responsabilità per danno da prodotti difettosi al di fuori degli aspetti che essa disciplina (cfr. sentenza del 4 giugno 2009 in causa n. C-285/08, *Moteurs Leroy Somer*, in *Raccolta*, 2009, I, p. 4733).

A parere della Corte di giustizia, la responsabilità che può gravare su un utilizzatore (CHU di Besançon) che impieghi, nell'ambito di una prestazione di cure per un paziente un prodotto acquistato precedentemente (da un fornitore) non rientra nell'ambito di applicazione della direttiva n. 85/374/Cee.

L'utilizzatore finale, infatti, (CHU di Besançon), non può essere considerato quale partecipante alla catena di fabbricazione e di commercializzazione del prodotto che ha causato il danno, né tantomeno essere qualificato come fornitore del prodotto.

La coesistenza di due regimi di responsabilità, da un lato quello della direttiva n. 85/374/Cee sulla responsabilità del produttore e, dall'altro lato, la responsabilità oggettiva del prestatore di servizi prevista dalla normativa nazionale, non pregiudicano assolutamente il regime di responsabilità del produttore nonché gli obiettivi che la direttiva stessa intende perseguire.

Al riguardo, è necessario precisare, in primo luogo, che tale responsabilità (del prestatore di servizi), quando sia prevista dal diritto nazionale, può comunque essere istituita solamente a condizione di non pregiudicare il regime stabilito dalla direttiva oggetto di interpretazione. L'applicazione delle norme nazionali, infatti, non deve compromettere il suo effetto utile (cfr. sentenza del 10 maggio 2001 in causa n. C-203/99, *Veedfald*, in *Raccolta*, 2001, I, p. 3569 e in questa *Rivista*, 2002, p. 45 con commento di M. BORRACCETTI, *Prodotto difettoso usato per il trapianto di un organo umano: responsabilità dell'ospedale per danno da lesioni personali*, p. 51 ss.). La responsabilità (oggettiva) del prestatore di servizi, che si aggiunge a quella del produttore, può certamente rafforzare il grado di tutela previsto a favore del consumatore.

Ne consegue, e così ha concluso la Corte di giustizia, che la normativa nazionale controversa che prevede la responsabilità oggettiva del prestatore di servizi non contrasta con la direttiva in considerazione del fatto che il soggetto è posto nella condizione di invocare le regole della responsabilità del produttore.

GIURISPRUDENZA ITALIANA E STRANIERA

AL VAGLIO DELLA CORTE COSTITUZIONALE LA TORMENTATA QUESTIONE DELL'INCOMPATIBILITÀ TRA PUBBLICO IMPIEGO A TEMPO PARZIALE E CONTEMPORANEO ESERCIZIO DELLA PROFESSIONE FORENSE

I

Corte di cassazione, sezioni unite civili
Ordinanza interlocutoria del 7-22 dicembre 2010, n. 25987*

Sorrentino Stefania e altri c. Consiglio dell'Ordine degli Avvocati di Latina ed altri

Art. 134 Cost. - Questione incidentale di legittimità costituzionale - Legge n. 339/2003, artt. 1 e 2 - Artt. 3, 4, 35 e 41 Cost. - Esercizio della professione di avvocato - Contemporaneo rapporto di pubblico impiego a tempo parziale - Divieto di iscrizione all'albo professionale - Cancellazione dall'albo professionale degli avvocati iscritti alla data di entrata in vigore della legge - Tutela del legittimo affidamento - Rispetto dei diritti quesiti - Violazione.

Visti gli artt. 134 Cost. e 23 e ss. Legge 11 marzo 1953, n. 87; dichiara rilevante e non manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale degli artt. 1 e 2 della legge n. 339 del 2003 nella parte in cui non pre-

* In *Guri* n. 15 del 6 aprile 2011. In data 9 novembre-6 dicembre 2010 le sezioni unite civili della Corte di cassazione hanno investito, con ordinanza n. 24689, la Corte costituzione di una questione incidentale di legittimità costituzionale analoga a quella sopra riportata. Le parti del procedimento sono Perelli Maurizio ed altri c. Consiglio dell'Ordine degli Avvocati di Rieti e altri. In argomento v. *infra*, p. 735 ss., il commento di *ALESSIA MARI*.

vedono che il regime di incompatibilità stabilito nell'art. 1 non si applichi ai dipendenti pubblici a tempo parziale ridotto non superiore al 50 per cento del tempo pieno, già iscritti negli albi degli avvocati alla data di entrata in vigore della medesima legge n. 339 del 2003, prevedendo invece, all'art. 2, solo un breve periodo di "moratoria" per l'opzione imposta fra impiego ed esercizio della professione per contrasto, nei sensi di cui in motivazione, con gli artt. 3, 4, 35 e 41 della Costituzione; dispone l'immediata trasmissione degli atti alla Corte costituzionale e sospende il presente procedimento sino all'esito del giudizio incidentale di legittimità costituzionale

II

Corte costituzionale

Sentenza dell'8-21 novembre 2006 n. 390**

Presidente *Bile* - Relatore *Vaccarella*

Vincenzo Ciravegna c. Provincia di Cuneo

Art. 134 Cost. - Giudizio di legittimità costituzionale - Legge n. 339/2003, artt. 1 e 2 - Artt. 3 e 4 Cost. - Esercizio della professione di avvocato - Contemporaneo rapporto di pubblico impiego a tempo parziale - Legge n. 662/1996 - Iscrizione all'albo successiva alla sua entrata in vigore - Opzione tra pubblico impiego e cancellazione dall'albo - Disparità di trattamento dei dipendenti pubblici *part-time* rispetto ad altri dipendenti pubblici, abilitati all'esercizio di altre professioni - Pretesa irragionevolezza - Pretesa disparità di trattamento - Irrilevanza - Inammissibilità.

È inammissibile per difetto di rilevanza nel giudizio a quo la questione di legittimità costituzionale degli artt. 1 e 2 della legge 25 novembre 2003, n. 339, censurati dal Tribunale di Napoli, per contrasto con gli artt. 3 e 4 Cost., laddove stabiliscono, rispettivamente, che i commi 56, 56-bis e 57 dell'art. 1 della legge 23 dicembre 1996, n. 662 - che consentono l'iscrizione agli albi professionali dei dipendenti delle pubbliche amministrazioni con rapporto di lavoro a tempo parziale quando la prestazione lavorativa non sia superiore al 50% di quella a tempo pieno - non si applicano all'iscrizione all'albo degli avvocati e che i pubblici dipendenti che hanno ottenuto l'iscrizione a detto albo successivamente alla data di entrata in vigore della legge 23 dicembre 1996, n. 662 e risultanti ancora iscritti, possono optare per il mantenimento

** In *Guri* n. 47 del 29 novembre 2006.

del rapporto di impiego (con conseguente cancellazione dall'albo) o per l'esercizio della professione forense.

III

Corte costituzionale

Sentenza del 4-11 giugno 2001 n. 189***

Presidente *Ruperto* - Relatore *Vari*

Consiglio nazionale forense c. Vincenzo Locane e altri

Art. 134 Cost. - Giudizio di legittimità costituzionale - Legge n. 662/1996, artt. 1, commi 56 e 56-bis - Inapplicabilità delle disposizioni di cui all'art. 58, comma 1, del dlgs n. 29/1993 ai dipendenti pubblici part-time - Esercizio della professione di avvocato - Contemporaneo rapporto di pubblico impiego a tempo parziale - Possibilità di esercizio limitato della professione forense - Preteso conflitto di interessi - Lesione dell'attività difensiva e dell'imparzialità e del buon andamento della pubblica amministrazione - Pretesa irragionevolezza e illogicità delle previsioni normative - Infondatezza delle questioni - Inammissibilità.

Il dipendente pubblico in regime di part-time che eserciti la professione forense, non incorre in una situazione di inconciliabilità degli obblighi di fedeltà nei confronti della pubblica amministrazione, da un lato, e della osservanza delle regole deontologiche della professione, dall'altro. Infatti, la disciplina del part-time, che ha apportato una decisiva modifica ad uno dei canoni fondamentali del rapporto di impiego pubblico e cioè quello della esclusività della prestazione, ha disegnato un sistema che, grazie ad un complesso di limiti, divieti e cautele rigorosi, consente il corretto funzionamento degli uffici, senza pregiudizio per i principi di buon andamento, imparzialità e obbligo di fedeltà, e, per converso, non incide negativamente sul corretto espletamento del mandato professionale - e dunque sul diritto di difesa del soggetto patrocinato - assicurato a sua volta da un complesso di regole e di controlli, con garanzia dei principi del diritto al lavoro e di eguaglianza tra professionisti, così come consentito nell'ambito del mercato del lavoro che è naturalmente concorrenziale. Pertanto non sono fondate le questioni di legittimità costituzionale dell'art. 1, commi 56 e 56-bis, della legge 23 dicembre 1996, n. 662, sollevate in riferimento agli artt. 3, 4, 24, 97 e 98 della Costituzione.

*** In *Guri* n. 23 del 13 giugno 2001.

I

(*Omissis*)

Ritenuto in fatto

I due ricorrenti in epigrafe indicati, Sorrentino Stefania e Nardelli Lorenzo, pubblici dipendenti a tempo parziale venivano iscritti nell'albo degli avvocati in virtù della disposizione di cui all'art. 1, comma 56, della legge 23 dicembre 1996, n. 662, che consentiva tale doppia attività.

A seguito dell'entrata in vigore della legge 25 novembre 2003, n. 339, di modifica della precedente, i ricorrenti manifestavano la loro intenzione di continuare a mantenere il rapporto di pubblico impiego, esercitando nel contempo anche la professione di avvocato.

I due C.O.A. interessati, ritenendo la sussistenza della incompatibilità, ordinavano la cancellazione dei ricorrenti dai rispettivi albi con decisioni che venivano impugnate davanti al Consiglio nazionale forense il quale rigettava tutti i ricorsi.

Avverso le separate pronunce del CNF i soccombenti proponevano singoli ricorsi per cassazione affidati a numerosi motivi. (*Omissis*)

Considerato in diritto

(*Omissis*)

Le altre numerose, articolate e complesse questioni prospettate dai ricorrenti riguardano essenzialmente – sia pur sotto profili ed aspetti diversi – l'interpretazione dell'art. 2 della legge n. 339/2003 e la sua conformità a norme e principi comunitari e costituzionali.

In relazione all'interpretazione del citato articolo nessun dubbio può sussistere che la disposizione riguarda proprio la situazione di coloro i quali, come gli attuali ricorrenti, «hanno ottenuto l'iscrizione all'albo degli avvocati successivamente alla data di entrata in vigore della legge 23 dicembre 1996, n. 662, e risultano ancora iscritti». Nei confronti di costoro la legge prevede un periodo di transizione di tre anni entro il quale essi sono obbligati a compiere una scelta tra l'esercizio (esclusivo) della professione forense ovvero il ritorno al rapporto di lavoro pubblico a tempo pieno.

Sulla base di un simile dato normativo non è sostenibile (come prospettato dai ricorrenti con vari e diversi argomenti) una linea interpretativa diversa da quella che il testo impone con una formula sufficientemente chiara e che il C.N.F. ha adottato nelle decisioni impugnate. Non può quindi compiersi quella che la Corte costituzionale ha in più occasioni definito come la c.d. interpretazione adeguatrice, ossia tale da eliminare i dubbi di legittimità costituzionale senza il ricorso alla Corte e tramite la normale attività ermeneutica del giudice.

Vanno di conseguenza esaminate le questioni circa l'asserita violazione della normativa comunitaria con riferimento in particolare ai principi di eguaglianza, libera prestazione di servizi, tutela della concorrenza, diritti quesiti, ragionevolezza.

Le dette questioni sono manifestamente infondate: la legge in esame (in particolare l'art. 2) è rispettosa dei principi comunitari.

Va posto in evidenza che la detta legge ha inciso sul modo di svolgere il servizio

presso enti pubblici e non sulle modalità di organizzazione della professione forense; da ciò l'estraneità dei principi di concorrenza tra imprese e di libera circolazione degli avvocati nell'Unione europea.

I dipendenti pubblici non svolgono servizi configuranti un'attività economica e la loro attività non può essere considerata come quella di un'impresa.

La normativa dettata dalla legge n. 339/2003 tende poi a regolare non la concorrenza, tra gli avvocati bensì a soddisfare l'interesse generale sia al corretto esercizio della professione forense sia alla fedeltà dei pubblici dipendenti.

Il divieto in questione è altresì giustificato in considerazione dell'ottica del pubblico impiego e della garanzia che i dipendenti pubblici siano al solo servizio dell'interesse pubblico.

Pertanto il legislatore non ha agito in modo irragionevole o al di fuori della sua sfera di competenza: ne consegue che la legge n. 339/2003 non è incompatibile con le disposizioni invocate del Trattato.

Con riferimento all'art. 6 della direttiva 77/249/Cee – che consente agli Stati membri di escludere dall'esercizio in regime di libera prestazione dei servizi solo gli avvocati dipendenti provenienti da altri Stati membri, i quali pretendano di difendere nel territorio dello Stato ospitante l'ente da cui dipendono – la legge n. 339/2003 è conforme al dettato di tale direttiva in quanto rivolta solo agli avvocati italiani che siano anche pubblici dipendenti, cioè ai soli avvocati pubblici dipendenti iscritti nell'albo forense italiano. La normativa nazionale non riguarda quindi gli avvocati iscritti negli albi di altri Stati membri. La direttiva non impedisce l'adozione di disposizioni nazionali come quelle dettate dalla legge n. 339/2003 che prevedano l'incompatibilità tra iscrizione ad albi di avvocati e lo stato di dipendente pubblico a tempo parziale, trattandosi di situazione diversa da quella prevista dalla direttiva.

In definitiva il diritto comunitario non disciplina materie giuridiche – quale quella contemplata dalla legge n. 339/2003 – nella quali si esercita il potere pubblico e che pertanto, in dette materie gli Stati membri possono legiferare in assoluta autonomia.

Va aggiunto che il Giudice di pace di Cortona, con ordinanza del 19 giugno 2009, ha rimesso alla Corte di giustizia dell'Unione la questione pregiudiziale relativa al possibile contrasto della legge n. 339 del 2003 – nella parte in cui reintroduce il divieto di svolgimento della professione forense per i dipendenti pubblici part-time – con i principi comunitari in tema di tutela della concorrenza, libertà di stabilimento, legittimo affidamento e protezione dei diritti quesiti.

La Corte di giustizia, con sentenza 2 dicembre 2010, ha dichiarato che:

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

l'art. 8 della direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio 16 febbraio 1998, 98/5/Ce, volta a facilitare l'esercizio permanente della professione di avvocato in uno Stato membro diverso da quello in cui è stata acquistata la qualifica, deve essere interpretato nel senso che lo Stato membro ospitante può imporre agli avvocati ivi iscritti che siano impiegati – vuoi a tempo pieno vuoi a tempo parziale – presso un

altro avvocato, un'associazione o società di avvocati oppure un'impresa pubblica o privata, restrizioni all'esercizio concomitante della professione forense e di detto impiego, sempreché tali restrizioni non eccedano quanto necessario per conseguire l'obiettivo di prevenzione dei conflitti di interesse e si applichino a tutti gli avvocati iscritti in detto Stato membro.

Tanto rilevato con riferimento all'asserito contrasto con le norme comunitarie, va osservato che i ricorrenti hanno anche in buona parte reintrodotto questioni già sottoposte all'esame del C.N.F. ed hanno censurato quest'ultimo per averne (a torto) escluso la rilevanza e non deliberato la non manifesta infondatezza in relazione, in particolare, ai parametri di cui agli articoli 3, 4, 35 e 41 della Costituzione.

Le dette questioni sono rilevanti e non manifestamente infondate.

In relazione al quadro normativo di riferimento va richiamato l'art. 1, comma 56, della legge n. 662 del 1996 che stabilisce che l'art. 58, comma del d.lgs. 3 febbraio 1993 n. 29 e successive integrazioni, nonché le ulteriori norme «che vietano l'iscrizione in albi professionali non si applicano ai dipendenti delle pubbliche amministrazioni con rapporto di lavoro a tempo parziale, con prestazione lavorativa non superiore al 50 per cento di quella a tempo pieno».

La Corte costituzionale è stata chiamata a pronunciarsi per due volte sulle disposizioni sopra indicate sotto diverse angolazioni. (*Omissis*)

La Corte ha respinto tutte le questioni. (*Omissis*)

Con la legge n. 339 del 2003 il legislatore interviene nuovamente con una modifica di segno uguale e contrario rispetto a quella del 1996. (*Omissis*)

Anche questo intervento legislativo giunge all'esame della Corte costituzionale. la quale si pronuncia con la sentenza n. 390 del 2006. (*Omissis*)

Ciò posto va innanzitutto sottolineato che la Corte costituzionale, con citate pronunce, non ha affrontato né il problema della legittimità della legge n. 339/2003 nella parte in cui estende i suoi effetti anche a coloro che sono già iscritti negli albi degli avvocati ed esercitavano la professione, sulla base della disciplina preesistente, al momento della entrata in vigore della nuova legge, né il problema della legittimità del divieto, sopravvenuto a carico di costoro, di continuare l'esercizio dell'attività professionale già legittimamente intrapresa.

In relazione a detti problemi il profilo di illegittimità costituzionale della nuova legge è rilevante e non manifestamente infondato con riferimento agli articoli 3, 4, 35 e 41 Costituzione.

Occorre premettere che, se è vero che il legislatore ben può dettare nuove disposizioni normative contrastanti con quella in vigore, è del pari vero che le nuove norme devono tener conto delle situazioni esistenti e dei rapporti giuridici in atto sorti nel precedente quadro normativo, oltre ad essere non irragionevoli in quanto frutto di nuove ragioni ed esigenze – e non possono violare norme e principi costituzionali o valori di rilievo costituzionale quali la certezza del diritto. Ciò vale in relazione sia a norme retroattive – che incidono direttamente su fatti e rapporti sorti nel passato modificando ex post gli effetti giuridici ad essi riconducibili – sia alle nuove norme che, dettate per operare solo per il futuro, hanno incidenza su rapporti che si prolungano nel tempo (rapporti di durata), alterando gli equilibri preesistenti, facendo venir meno o modificando profondamente situazioni giuridiche già acquisite. (*Omissis*)

Nella specie – effettuato il necessario bilanciamento che si deve compiere tra il

perseguimento dell'obiettivo della nuova legge e la tutela da riconoscere al legittimo affidamento nella sicurezza giuridica, nutrita da quanti, sulla base della normativa precedente, hanno conseguito una situazione sostanzialmente consolidata – il sacrificio imposto dalla legge 339/2003 ai soggetti che già si trovavano nello stato di avvocati part-time potrebbe rivelarsi ingiustificato e, perciò, irragionevole traducendosi nella violazione del legittimo affidamento riposto nella possibilità di proseguire nel tempo nel mantenimento di detto stato. (*Omissis*)

Ben potrebbe quindi ravvisarsi la violazione – ad opera della legge 39/2003 – dei principi di legittimo affidamento e di «certezza del diritto» con riferimento alla posizione di coloro che avevano già effettuato la loro scelta sulla base della preesistente normativa dettata dalla legge 662/1996. La detta scelta – effettuata previa ponderata valutazione di conseguenze, portata e prospettive – è stata compiuta sulla base di una precisa previsione normativa, ritenuta legittima dalla Corte Costituzionale, in virtù di un nuovo indirizzo legislativo chiaramente e logicamente di lungo termine.

Ne consegue che appare non manifestamente infondata la tesi dei ricorrenti secondo cui la nuova normativa dettata dalla legge del 2003 non avrebbe tenuto nel debito conto delle situazioni già in atto venutesi a creare in applicazione della precedente normativa, sconvolgendo in tal modo preesistenti e ormai consolidati equilibri.

L'aspettativa dei ricorrenti alla conservazione dello status di dipendenti pubblici part-time e di avvocati (attività, quest'ultima, esercitata in via continuativa per molti anni) era pervenuta ad un livello di consolidamento della propria scelta di vita di impiegato pubblico part-time e di avvocato – anche a seguito delle sopra citate pronunce della Corte costituzionale – così elevato da creare quell'affidamento ritenuto dal giudice delle leggi di valore costituzionalmente protetto. I ricorrenti avevano acquisito la sicurezza della permanenza nel tempo dello status di impiegato pubblico part-time e di avvocato.

Risultano palesi gli effetti pregiudizievoli per soggetti che avevano: fatto sicuro e giustificato affidamento di mantenere nel tempo la nuova situazione lavorativa; effettuato investimenti per iniziare la nuova attività professionale; modificato il proprio stile di vita; sacrificato possibili miglioramenti nella carriera di pubblico dipendente. Ne discende la lesione di legittime aspettative e di affidamento nella certezza del diritto e nella sicurezza giuridica.

In questa prospettiva non appare sufficiente ad escludere la detta lesione la deroga temporale prevista dall'art. 2 della legge 339/2003 in ordine all'efficacia del regime di incompatibilità con la concessione di un termine di tre anni per esercitare l'opzione imposta tra pubblico impiego ed esercizio della professione forense e con possibilità nei successivi cinque anni di essere riammessi in servizio. (*Omissis*)

Si deve dunque concludere per la rilevanza e la non manifesta infondatezza della prospettata questione di illegittimità costituzionale degli articoli 1 e 2 della legge n. 339 – sia in relazione ai parametri (articoli 3, 4, 35 e 41 della Costituzione, sia in riferimento a quelli della ragionevolezza intrinseca della legge, sub art. 3 cpv. Costituzione – nella parte in cui non prevedono che il regime di incompatibilità stabilito nell'art. 1 non si applichi ai dipendenti pubblici a tempo parziale ridotto non superiore al 50 per cento del tempo pieno, già iscritti negli albi degli avvocati alla data di entrata in vigore della medesima legge n. 339 del 2003, prevedendo invece, all'art. 2, solo un breve periodo di «moratoria» per l'opzione imposta tra impiego ed esercizio della professione. (*Omissis*)

LA VICENDA DEGLI AVVOCATI/DIPENDENTI PUBBLICI *PART-TIME*: TRE CORTI A CONFRONTO NELLO "SPAZIO GIURIDICO EUROPEO"

Sommario: *Premessa - 1. Brevi cenni introduttivi sul caso Jakubowska - 2. Segue: Il caso Jakubowska: un breve excursus del contesto normativo nazionale - 3. Segue: Analisi del caso Jakubowska: uno sguardo alle direttive n. 77/249/Cee e n. 98/5/Ce - 4. Le pronunce della Corte costituzionale - 5. Un ennesimo "sospetto" di incostituzionalità: le Sezioni Unite sollevano questione di legittimità costituzionale degli artt. 1 e 2 della legge n. 339/2003.*

Premessa

La dibattuta vicenda degli avvocati/dipendenti pubblici *part-time* ha visto due interventi fondamentali ed antitetici del nostro legislatore, l'uno nel 1996 e l'altro nel 2003. Con il primo intervento (e ci si riferisce alla l. n. 662) è stata rimossa la incompatibilità tra pubblico impiego ed esercizio della professione di avvocato e, seppur nel rispetto di talune condizioni, si è consentito ai dipendenti pubblici in regime di tempo parziale c.d. ridotto (cioè con prestazione lavorativa non superiore al cinquanta per cento di quella a tempo pieno) di iscriversi nell'albo ed esercitare la professione forense. Tale normativa, com'è facile intuire, non è stata ben accolta dal mondo forense ed è stata finalmente sottoposta allo scrutinio di costituzionalità, dal quale, però, è uscita indenne. Nel 2003, invece, con la l. n. 339, il legislatore è intervenuto in senso diametralmente opposto, ripristinando la incompatibilità tra impiego pubblico ed esercizio della professione forense, suscitando, stavolta, le polemiche degli avvocati/dipendenti pubblici in regime di *part-time* ridotto e producendo un elevato contenzioso, che ha visto "chiamare in causa" nuovamente la Corte costituzionale, nonché le Sezioni Unite della Corte di cassazione e la Corte di giustizia dell'Unione europea.

La vicenda appena sintetizzata si trascina oramai da circa quindici anni e rappresenta una *querelle* che, se da un lato pare non avere fine, dall'altro può

essere considerata come l'ennesima conferma del sempre più stretto rapporto di integrazione tra Corti, appartenenti solo formalmente ad ordinamenti distinti, ma sostanzialmente parti di un più ampio "spazio giuridico europeo", nel quale convivono diverse giurisdizioni e con il quale gli operatori del diritto debbono quotidianamente rapportarsi. Il caso *Jakubowska*¹, che ci si appresta ad analizzare, si iscrive a pieno titolo nello "spazio giuridico europeo", in quello "spazio" *in costruendo* ove, certamente, non possono escludersi antinomie e diverse interpretazioni, ma in cui l'intervento di più Corti rafforza, *step by step*, il processo di integrazione e dialogo, che, negli ultimi tempi, specie con riferimento ai "diritti umani", è sempre più intenso e teso a rafforzare il sistema *multilevel* di tutela². L'esame si svilupperà analizzando dapprima la normativa di riferimento, per poi soffermarsi in un dettagliato scrutinio della sentenza *Jakubowska* della Corte di giustizia. Successivamente si procederà a ritroso, calandosi nell'esame della giurisprudenza costituzionale formatasi sulle leggi del 1996 e del 2003. In ultimo, si analizzerà l'ordinanza n. 25987 del dicembre 2010 delle Sezioni Unite della Corte di cassazione che, intervenendo quasi contestualmente alla Corte di giustizia, hanno sollevato una nuova *quaestio legitimitatis*, riaprendo, per l'ennesima volta, la vicenda dei dipendenti pubblici/avvocati.

1. Brevi cenni introduttivi sul caso *Jakubowska*

Con la sentenza *Jakubowska* la quinta sezione della Corte di giustizia, nel rispondere a taluni dei quesiti pregiudiziali sollevati dal Giudice di pace di Cortona, ha sostenuto la non contrarietà con il diritto dell'Unione europea della l. n. 339/2003³, che impedisce ai dipendenti pubblici in regime di *part-time*, in possesso della prescritta abilitazione, l'esercizio della professione forense, disponendone la cancellazione dall'albo degli avvocati.

Quanto appena sintetizzato rappresenta il tratto saliente della pronuncia, che, a ben vedere, aggiunge un nuovo tassello ad un dibattito dottrinale e giurisprudenziale che, come accennato, tra interventi del legislatore, pronunce della Corte costituzionale e polemiche del mondo forense, si trascina da circa quindici anni. La sentenza *Jakubowska*, però, non pare destinata a sopire gli animi. Infatti, solo pochi giorni dopo il suo deposito, le Sezioni Unite della Corte di cassazione hanno depositato un'ordinanza interlocutoria con cui è

¹ Sentenza del 2 dicembre 2010 in causa n. C-225/09, *Edyta Joanna Jakubowska c. Alessandro Maneggia*, inedita in *Raccolta*, massimata in questa *Rivista*, 2011, p. 92 e riportata *supra*, p. 679 ss., di seguito "la sentenza".

² Cfr. A. DI STASI, *Diritti umani e sicurezza regionale. Il «sistema» europeo*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2011, p. 193 ss., in particolare p. 289.

³ Legge 25 novembre 2003, n. 339 «Norme in materia di incompatibilità dell'esercizio della professione di avvocato», in *Guri* n. 279 del 1° dicembre 2003.

stata sollevata questione di legittimità costituzionale degli artt. 1 e 2 della l. n. 339/2003⁴ (sul punto v. ampiamente *infra*) e, probabilmente, solo la risposta della Consulta potrà porre fine ad un dibattito divenuto oramai insostenibile.

2. *Segue: Il caso Jakubowska: un breve excursus del contesto normativo nazionale*

La Corte di giustizia, come accennato, è stata chiamata a pronunciarsi su cinque quesiti sollevati in via pregiudiziale dal Giudice di pace di Cortona⁵. Nel corso del procedimento instaurato innanzi a quest'ultimo ed avente ad oggetto una richiesta di risarcimento danni avanzata dalla signora *Jakubowska*, il Consiglio dell'ordine degli avvocati di Perugia, in applicazione dell'art. 2, comma 1, della l. n. 339/2003, ha disposto la cancellazione dall'albo dei due avvocati rappresentanti la parte attorea, entrambi dipendenti pubblici con rapporto di impiego a tempo parziale ridotto, iscritti all'albo ex art. 1, commi 56 e 56-bis, della l. n. 662/1996⁶.

Prima di scendere nell'analisi della sentenza, per comprenderne meglio la portata, pare opportuno ricostruire, seppur brevemente, il contesto normativo nazionale nel cui ambito si iscrive la vicenda portata all'esame del giudice europeo. Pare, altresì, opportuno evidenziare che il Giudice di pace di Cortona, prima di rivolgersi alla Corte di giustizia, nel 2007 ha sollevato questione di legittimità costituzionale degli artt. 1 e 2 della l. n. 339 del 2003, *quaestio* che, però, è stata dichiarata manifestamente inammissibile⁷. Fallito il tentativo della declaratoria di incostituzionalità della l. n. 339 (tra l'altro ritenuta, seppur sotto altri profili, costituzionalmente legittima con la nota sentenza n. 390/2006, su cui v. *infra*, par. 4, il Giudice di pace di Cortona "non si arrende" e, sollecitato anche dalle osservazioni della parte attorea, decide di effettuare rinvio pregiudiziale di interpretazione innanzi alla Corte di giustizia, che, però, come brevemente anticipato e come si appurerà nel prosieguo, opi-

⁴ L'ordinanza *de qua* è del 9 novembre 2010 – ed è quindi antecedente alla pronuncia della Corte di giustizia – ma è stata depositata il 6 dicembre, dunque solo pochi giorni dopo il deposito della sentenza *Jakubowska*.

⁵ Cfr. *Gu-Ue* n. C 205 del 29 agosto 2009, p. 25.

⁶ Legge 23 dicembre 1996, n. 662 «Misure di razionalizzazione della finanza pubblica», in *Gu-ri* n. 303 del 28 dicembre 1996.

⁷ Nel 2007, il Giudice di pace ha censurato la legge n. 339 nella parte in cui estende il reintrodotta regime di incompatibilità tra pubblico impiego ed esercizio della professione forense anche ai dipendenti pubblici a tempo parziale che, alla data di entrata in vigore della legge, risultavano già iscritti nell'albo degli avvocati. La Consulta, con ordinanza n. 210 del 13 giugno 2008, in *Giur. cost.*, 2008, p. 2350 ss., ha dichiarato la manifesta inammissibilità della questione, perché, si legge in motivazione, «il rimettente ha omesso ogni descrizione della fattispecie oggetto del giudizio principale e non ha motivato sulla non manifesta infondatezza delle questioni sollevate». Come si avrà modo di appurare nel prosieguo, le censure mosse dal Giudice di pace nel 2007 appaiono accomunabili a quelle di recente sollevate dalle Sezioni Unite della Corte di cassazione con ordinanza n. 24689/2010 e relativamente alle quali si attende la risposta della Consulta.

na nel senso della conformità della l. n. 339 del 2003 al diritto dell'Unione europea ed ai suoi principi fondamentali.

Quanto all'esame del contesto normativo nazionale, pare opportuno partire dalla ricostruzione degli interventi legislativi che, nell'ordinamento interno, hanno disciplinato l'utilizzo del rapporto di lavoro a tempo parziale nelle amministrazioni pubbliche. Ebbene, l'introduzione nel settore del pubblico impiego del rapporto di lavoro a tempo parziale si deve alla l. n. 554/1988⁸, che, al suo art. 7, delineando i tratti essenziali dell'istituto, ne ha rinviato la disciplina di dettaglio ad un successivo decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri. In applicazione del citato art. 7, è stato adottato il dpcm n. 117/1989⁹, il cui art. 6, comma 2, consente al dipendente pubblico, in regime di *part-time*, di svolgere altre prestazioni lavorative, purché si munisca della previa autorizzazione dell'amministrazione di appartenenza e purché tali prestazioni non arrechino pregiudizio alle esigenze di servizio e non siano incompatibili con le attività svolte dalla stessa amministrazione. Successivamente, il dlgo n. 29/1993¹⁰ – che, come è noto, ha avviato il processo di privatizzazione del pubblico impiego – ha consentito alle pubbliche amministrazioni di utilizzare forme contrattuali flessibili¹¹, tra cui, giustappunto, quella del *part-time*, e, nel suo art. 58, comma 1, confluito nell'attuale art. 53, comma 1 del dlgo n. 165/2001¹², si effettuava – così come effettua il vigente art. 53 – un espresso richiamo all'art. 6, comma 2, del dpcm n. 117/1989, confermando così la serie di incompatibilità gravanti in capo al dipendente pubblico in regime di *part-time*.

Nel 1996 il legislatore interviene in materia e, con l'art. 1, comma 56, della l. n. 662/1996, si stabilisce che le disposizioni di cui all'art. 58, comma 1, del dlgo n. 29/1993 «nonché le disposizioni di legge e di regolamento che vietano l'iscrizione in albi professionali non si applicano ai dipendenti delle pubbliche amministrazioni con rapporto di lavoro a tempo parziale, con prestazione lavorativa non superiore al 50 per cento di quella a tempo pieno». Al

⁸ Legge 29 dicembre 1988, n. 554 recante «Disposizioni in materia di pubblico impiego», in *Guri* n. 1 del 2 gennaio 1989. L'art. 7, in apertura, dispone che «Le amministrazioni civili dello Stato, anche ad ordinamento autonomo, e le altre amministrazioni ed enti pubblici istituzionali e territoriali costituiscono rapporti di lavoro a tempo parziale».

⁹ Dpcm 17 marzo 1989, n. 117 recante «Norme regolamentari sulla disciplina del rapporto di lavoro a tempo parziale», in *Guri* n. 76 del 1° marzo 1989.

¹⁰ Il dlgo n. 29 del 3 febbraio 1993, in *Guri* n. 30 del 6 febbraio 1993, è stato abrogato e sostituito dal dlgo n. 165 del 30 marzo 2001 – il Testo unico sul pubblico impiego, c.d. TUIPI – contenente ancora oggi le «Norme generali sull'ordinamento del lavoro alle dipendenze delle amministrazioni pubbliche».

¹¹ L'originario art. 36, comma 7, del dlgo n. 29/1993, ha consentito alle pp.aa. di avvalersi delle forme contrattuali flessibili di assunzione e di impiego del personale previste dal codice civile e dalle leggi sui rapporti di lavoro subordinato nell'impresa. Attualmente è l'art. 36 del TUIPI a disciplinare l'utilizzo di forme di lavoro flessibile all'interno delle pp.aa. e ciò solo «Per rispondere ad esigenze temporanee ed eccezionali» (così l'*incipit* del comma 2).

¹² Tanto l'abrogato art. 58 del dlgo n. 29/1993 quanto l'attuale art. 53 del dlgo n. 165/2001 recano la seguente rubrica: «Incompatibilità, cumulo di impieghi e incarichi».

comma 56-*bis* si prescrive l'abrogazione delle disposizioni che vietano l'iscrizione in albi e l'esercizio di attività professionali per i soggetti di cui al comma 56¹³, mentre, allo scopo di evitare il prodursi di situazioni di incompatibilità, il successivo comma 58 consente all'amministrazione di negare la trasformazione del rapporto di lavoro da tempo pieno a tempo parziale – richiesta dal pubblico dipendente, con indicazione dell'eventuale attività che intende svolgere – qualora possa prodursi un conflitto di interessi con l'attività svolta dal dipendente oppure la trasformazione possa comportare pregiudizio alla funzionalità dell'amministrazione stessa. Dunque, seppur con talune cautele, la l. n. 662/1996 consente l'iscrizione nell'albo degli avvocati ai dipendenti pubblici in regime di *part-time* c.d. ridotto¹⁴.

Nel 2003 il legislatore interviene con una normativa di segno opposto e, con l'art. 1 della l. n. 339/2003, si dispone la inapplicabilità dell'art. 1, commi 56, 56-*bis* e 57, della l. n. 662/1996 «all'iscrizione agli albi degli avvocati, per i quali restano fermi i limiti e i divieti di cui al rdl 27 novembre 1933, n. 1578¹⁵». Ai dipendenti pubblici che hanno ottenuto l'iscrizione nell'albo degli avvocati ex l. n. 662/1996 e che alla data di entrata in vigore della l. n. 339/2003 risultano ancora iscritti, l'art. 2 della l. n. 339 ha imposto di effettuare una scelta ben precisa; essi, infatti, entro trentasei mesi dalla sua entrata in vigore, avrebbero dovuto scegliere o per il mantenimento del rapporto di pubblico impiego, dandone comunicazione al Consiglio dell'ordine di appartenenza (v. l'art. 2, comma 1), oppure per il mantenimento dell'iscrizione nell'albo degli avvocati, cessando il rapporto di lavoro pubblico (v. l'art. 2, comma 3). I Consigli dell'ordine interessati, ex art. 2, comma 1, l. n. 339, in assenza di comunicazione, avrebbero dovuto provvedere alla cancellazione ex

¹³ Onde evitare il prodursi di situazioni di conflitto di interessi, lo stesso comma 56-*bis*, da un lato, fa divieto alle amministrazioni pubbliche di conferire incarichi professionali ai dipendenti pubblici iscritti in albi professionali e che esercitano attività professionale, dall'altro lato, impedisce agli stessi dipendenti di assumere il patrocinio in controversie nelle quali sia parte una pubblica amministrazione. Il successivo comma 57 dispone che «Il rapporto di lavoro a tempo parziale può essere costituito relativamente a tutti i profili professionali appartenenti alle varie qualifiche o livelli dei dipendenti delle pubbliche amministrazioni, ad esclusione del personale militare, di quello delle Forze di polizia e del Corpo nazionale dei vigili del fuoco».

¹⁴ In dottrina v. M. D'ANTONA, *Part-time e secondo lavoro dei dipendenti pubblici (commento alla l. 23 dicembre 1996, n. 662)*, in *Giorn. dir. amm.*, 1997, p. 123 ss. V., altresì, V. TENORE, *Le attività extraistituzionali e le incompatibilità per il pubblico dipendente*, in *Lav. nelle p.a.*, 2007, p. 1097 ss. Per una più ampia disamina dell'argomento cfr. E. MENEGATTI, *Compatibilità tra l'esercizio della professione forense ed il rapporto di lavoro part-time alle dipendenze della p.a.*, in *Lav. nella giur.*, 2001, p. 739 ss.; R. A. BRIGANTE, *Limiti allo svolgimento della professione forense da parte dei dipendenti pubblici part-time*, in *Lav. nella giur.*, 2002, p. 416 ss.

¹⁵ L'art. 3 del rdl n. 1578/1933 – «Ordinamento delle professioni di avvocato e procuratore», in *Guri* n. 281 del 5 dicembre 1933, convertito, con modificazioni, dalla legge 22 gennaio 1934, n. 36, in *Guri* n. 24 del 30 gennaio 1934 – specifica con quali attività professionali è incompatibile lo svolgimento della professione di avvocato; più precisamente, al comma 2 si prescrive la incompatibilità «con qualunque impiego od ufficio retribuito con stipendio sul bilancio dello Stato» e, al comma 3, si stabilisce la incompatibilità «con ogni altro impiego retribuito, anche se consistente nella prestazione di opera di assistenza o consulenza legale, che non abbia carattere scientifico o letterario».

officio dall'albo dei dipendenti pubblici rimasti "silenti"¹⁶. Ebbene, la *ratio legis* è evidente: l'essere dipendente pubblico, anche se in regime di *part-time* ridotto, è incompatibile con lo svolgimento della professione forense.

3. *Segue: Analisi del caso Jakubowska: uno sguardo alle direttive n. 77/249/Cee e n. 98/5/Ce*

Ricostruito il quadro normativo di riferimento, può passarsi all'esame della sentenza *Jakubowska*¹⁷. Come brevemente anticipato nel precedente paragrafo, nei confronti dei due avvocati della signora *Jakubowska* viene disposta, da parte del Consiglio dell'ordine di Perugia, la cancellazione *ex officio* in applicazione dell'art. 2, comma 1, della l. n. 339/2003. Il Giudice di pace di Cortona – sollecitato dalla parte attrice, la quale ha chiesto che i suoi avvocati fossero autorizzati a continuare a rappresentarla, adducendo la contrarietà della l. n. 339/2003 al Trattato CE (sostituito, come è noto, dal Trattato di Lisbona) ed ai principi generali della tutela del legittimo affidamento e del rispetto dei diritti quesiti – decide di sospendere il giudizio e di sottoporre la questione alla Corte di giustizia, sollevando cinque questioni in via pregiudiziale, due delle quali, precisamente la terza e la quinta, dichiarate irricevibili. Con la prima e la seconda questione, il giudice *a quo* chiede se gli artt. 3, par. 1, lett. g., 4, 10, 81 e 98, del Trattato CE¹⁸ debbono essere interpretati nel senso di

¹⁶ Per una ricostruzione del quadro normativo fino alla l. n. 339/2003 v. E. MASCHERONI, *Pubblico impiego e professione forense*, in *Guida al lavoro*, 2004, n. 5, p. 88 ss.; C. TIMELLINI, *Sulla reiterata incompatibilità tra lavoro a part-time ridotto ed esercizio della professione forense nel pubblico impiego*, in *Mass. giur. lav.*, 2004, n. 7, p. 508.

¹⁷ Per i primi commenti v. G. VENTURA, *Avvocati fuori dalla p.a., in Italia Oggi del 3 dicembre 2010*, p. 31; A. BERLINGUER, *Con gli avvocati pubblici dipendenti part-time ritorna la questione del conflitto d'interesse*, in *Guida al diritto*, 2011, n. 1, p. 9; M. CASTELLANETA, *Una norma restrittiva conforme alle regole Ue nel rispetto del principio di proporzionalità*, in *Guida al diritto*, 2011, n. 1, p. 30 ss.; D. DARIO, *Con i nuovi orientamenti sugli avvocati part time eliminato il forte rischio del conflitto di interesse*, in *Guida al diritto*, 2011, n. 2, p. 8; S. TRIPODO, *Prioritario evitare ogni conflitto di interesse*, in *Guida agli enti locali*, 2011, n. 2, p. 65 ss.

¹⁸ A seguito dell'entrata in vigore del Trattato di Lisbona, c.d. *reform treaty*, l'art. 3 del TCE risulta sostituito, nella sostanza, dagli artt. da 3 a 6 del TFUE; gli artt. 4, 81 e 98 corrispondono agli attuali artt. 119, 101 e 120 del TFUE. Infine, l'art. 10 risulta sostituito, nella sostanza, dall'art. 4, par. 3, del TUE. Si ricorda che il previgente art. 3, par. 1, lett. g. del TCE attribuiva alla Comunità il compito di assicurare che la concorrenza non fosse falsata nel mercato interno. Attualmente, l'art. 3, par. 1, lett. b., del TFUE attribuisce all'Unione la competenza esclusiva nella «definizione delle regole di concorrenza necessarie al funzionamento del mercato interno». L'art. 10 dell'abrogato TCE, invece, come noto, positivizza(va), così come l'attuale art. 4, par. 3, del TUE, il principio di leale collaborazione, oggi espresso con la seguente disposizione: «In virtù del principio di leale cooperazione, l'Unione e gli Stati membri si rispettano e si assistono reciprocamente nell'adempimento dei compiti derivanti dai trattati». Gli artt. 4 e 98 del previgente TCE, ugualmente agli attuali artt. 119 e 120 del TFUE, stabiliscono che l'azione dell'UE e degli Stati membri deve mirare all'instaurazione di una politica economica condotta in conformità al principio di un'economia di mercato aperta e in libera concorrenza. Infine, il previgente art. 81 e l'attuale art. 101 del TFUE vietano gli accordi tra imprese, nonché le decisioni di associazioni di imprese e tutte le pratiche concordate «che abbiano per oggetto o per effetto di impedire, restringere o falsare il gioco della concorrenza all'interno del mercato interno».

ostare alla disciplina nazionale di cui agli artt. 1 e 2 della l. n. 339, che hanno reintrodotto la incompatibilità tra l'impiego pubblico in regime di *part-time* e lo svolgimento della professione forense ed hanno imposto al dipendente di scegliere tra l'una e l'altra professione, pena la cancellazione *ex officio* dall'albo degli avvocati. Con la terza questione, invece, il giudice nazionale chiede se l'art. 6 della direttiva n. 77/249/Cee¹⁹, ove applicabile anche agli avvocati dipendenti che esercitano l'attività forense in regime di libera prestazione di servizi, debba essere interpretato nel senso di ritenere che osti alle disposizioni nazionali di cui agli artt. 1 e 2, l. n. 339. Con la quarta questione, il giudice *a quo* si sofferma sull'art. 8 della direttiva n. 98/5/Ce²⁰ e chiede alla Corte di giustizia se esso debba essere interpretato nel senso di ritenerlo non applicabile all'avvocato che sia anche dipendente pubblico *part-time*. Con l'ultima questione, infine, il giudice nazionale domanda se i principi generali del diritto dell'Unione europea di tutela del legittimo affidamento e dei diritti quesiti siano contrari ai più volte citati artt. 1 e 2 della l. n. 339, i quali si ap-

¹⁹ Direttiva n. 77/249/Cee del 22 marzo 1977, in *Guce* n. L 78 del 26 marzo 1977, p. 17 ss., sulla quale v. M. PANEBIANCO, *La direttiva sulla prestazione di servizi 22 marzo 1977*, in questa *Rivista*, 1981, p. 765 ss.; A. SINAGRA, *Attività forense e libera prestazione dei servizi nella Comunità Europea*, in questa *Rivista*, 1983, p. 117 ss.; N. ANNECCHINO, *Le professioni liberali: gli avvocati*, in A. TIZZANO (a cura di), *Professioni e servizi nella CEE*, Padova, Cedam, 1985, p. 301 ss.; N. J. SKARLATOS, *European Lawyer's Right to Transnational Legal Practise in the European Community*, in *Leg. Issues Eur. Integration*, 1991, p. 55 ss.; J. STUICK - K. GEENS, *La libre circulation des avocats dans l'Europe du Marché Unique*, RMUE, 1993, p. 80 ss.; L. ANTONIOLLI DEFLORIAN, *La libera circolazione delle professioni liberali: il caso degli avvocati*, in *Lav. dir.*, 1997, p. 409 ss.; M. P. BELLONI, *La libertà di circolazione degli avvocati nella Comunità Europea*, Padova, Cedam, 1999, p. 55 ss.; G. VICICONTE - L. LIMBERTI, *La professione forense ed il contesto europeo di riferimento*, in G. VICICONTE (a cura di), *L'avvocato e l'Europa*, Milano, Giuffrè, 1999, p. 166 ss.; B. NASCIBENE - C. SANNA, *Norme comunitarie e norme nazionali sull'esercizio della professione forense in Italia*, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 2002, p. 352 ss. Per un esame dell'iter che ha condotto all'adozione della direttiva n. 77/249/Cee v. S. NERI, *L'esercizio dell'attività d'avvocato nel diritto comunitario*, in AA.Vv., *Studi di diritto europeo in onore di Riccardo Monaco*, Milano, Giuffrè, 1977, p. 467 ss.

²⁰ Direttiva n. 98/5/Ce del 16 febbraio 1988, in *Guce* n. L 77 del 14 marzo 1988, p. 36 ss., volta a facilitare l'esercizio permanente della professione di avvocato in uno Stato membro diverso da quello in cui è stata acquistata la qualifica, sulla quale v. A. G. ALOISO, *Diritto di stabilimento degli avvocati «europei»*, in *Riv. dir. priv.*, 1998, p. 1 ss.; M. SANTARONI, *L'esercizio della professione di avvocato nell'Europa comunitaria*, in *Nuove leggi civ. Comm.*, 1998, p. 1072 ss.; G. A. DAL - L. DEFALQUE, *La direttiva stabilimento*, in *Rass. forense*, 1999, p. 503 ss. V. altresì J. SALVEMINI, *La direttiva sulla libertà di stabilimento degli avvocati*, in *Riv. it. dir. pubbl. comun.*, 1999, p. 809 ss.; J. PERTEK, *L'Europe des professions d'avocat après la directive 98/5 sur l'exercice permanent dans un autre état membre*, RMC, 2001, p. 106 ss.; B. NASCIBENE, *La professione forense nell'Unione europea*, Milano, Ipsoa, 2010, p. 49 ss. V. anche A. PRETO, *Le libere professioni in Europa*, Milano, Egea, 2001; G. VICICONTE, *La disciplina europea della professione forense*, in G. F. CARTEI - V. VANNUCCI (a cura di), *Diritto comunitario e ordinamento nazionale (Professioni forensi. Sistema giudiziario. Processo amministrativo. Servizio pubblico. Diritto sociale. Diritto del lavoro - Professioni intellettuali)*, Milano, Giuffrè, 2003, p. 185 ss.; B. RENTMEISTER, *La libre circulation de l'avocat dans l'Europe*, in *L'Observateur de Bruxelles*, 2007, n. 68, p. 8 ss.; A. BERLINGUER (a cura di), *La professione forense. Modelli a confronto*, Milano, Giuffrè, 2008, p. 165 ss.; B. FAVREAU (sous la direction de), *L'avocat dans le droit européen*, Bruxelles, Bruylant, 2008; G. TARLINDANO - G. CERCHIER, *La professione di avvocato in Europa*, Venezia, Unioncamere Veneto, 2008; G. ALPA - A. MARIANI MARINI (a cura di), *La formazione dell'avvocato in Europa*, Pisa, Edizioni Plus, 2009.

plicano anche agli avvocati che, alla data di entrata in vigore della medesima legge, risultano già iscritti all'albo degli avvocati ex l. n. 662/1996.

Come premesso, la terza e la quinta questione vengono dichiarate irricevibili.

Nell'ambito della terza questione, il giudice *a quo* sofferma l'attenzione sulla direttiva n. 77/249/Cee e, in particolare, sul suo art. 6. In tale direttiva, volta a facilitare l'esercizio effettivo della libera prestazione di servizi da parte degli avvocati cittadini dell'Unione, il legislatore europeo, per la prima volta, si è occupato dello svolgimento della professione di *procurator* in Europa²¹. La direttiva *de qua*, che si compone di soli nove articoli e che, seguendo l'opinione dei più, «per la sua analiticità, può essere ricondotta alla categoria delle c.d. direttive dettagliate»²², è stata recepita nel nostro ordinamento con la l. n. 31/1982²³, dopo che, nei confronti del nostro Paese, era stata avviata una proce-

²¹ Pare doveroso rammentare che la liberalizzazione della professione di avvocato in Europa si è affermata dopo una progressiva armonizzazione delle legislazioni nazionali, che, rispetto ad altre professioni liberali, specie quelle del settore sanitario, è risultata più lenta nonché più difficoltosa. Invero, non pochi sono stati gli ostacoli che si sono frapposti alla liberalizzazione dell'attività di *procurator* e due sono risultati più evidenti: *in primis*, si è dovuto gradatamente superare l'ostacolo delle diverse formazioni accademiche all'interno degli Stati membri; *in secundis*, si è dovuto vincere un accentuato atteggiamento protezionistico da parte degli Stati membri, "gelosi" del proprio diritto e della propria organizzazione dell'esercizio della professione forense. Un'altra difficoltà – per la verità, non meno rilevante delle prime due – che, per alcuni anni, ha paralizzato il processo di adozione della direttiva n. 77/249/Cee, è da rinvenirsi in un'opinione dottrinarina, che, all'epoca, includeva la professione di avvocato tra quelle attività che partecipano, sia pure occasionalmente, all'esercizio di pubblici poteri ex art. 45, TCE (v. l'attuale art. 51 del TFUE), non potendo dunque rientrare nel campo applicativo né delle disposizioni relative al diritto di stabilimento né di quelle relative alla libera circolazione dei servizi. Tale *interpretatio*, però, pochi anni prima dell'adozione della direttiva n. 77/249/Cee, è stata smentita dalla Corte di giustizia che, nella nota sentenza *Reyners* (sentenza del 21 giugno 1974 in causa n. 2/74, *Jean Reyners c. Stato belga*, in *Raccolta*, 1974, p. 631 ss. e in questa *Rivista*, 1974, p. 229), ha sostenuto che le attività svolte dal *procurator* sono sì attinenti all'amministrazione della giustizia, ma trattasi di attività scindibili, separabili dall'esercizio di poteri pubblici; in particolare, non partecipano all'esercizio di pubblici poteri le attività più tipiche della professione forense, quali, a titolo esemplificativo, quelle di consulenza ed assistenza giuridica (per un commento alla sentenza *Reyners* si rinvia a F. X. De DORLODOT, *L'avocat au regard du Traité de Rome après l'arrêt de la Cour de justice du 21 juin 1974*, *RMC*, 1974, p. 473 ss.; S. CARBONE, *Diritto di stabilimento e libertà di prestazione dei servizi degli operatori del diritto: esigenza di una loro preparazione omogenea programmata a livello europeo*, in *Riv. dir. eur.*, 1978, p. 493 ss.; M. ASTARITA, *L'avvocato in Europa. L'esercizio della professione forense nell'Unione Europea*, Catanzaro, Rubettino, 2001, p. 28 ss.). In ogni caso, essendo state le difficoltà relative alla liberalizzazione palesi fin dall'inizio, il legislatore europeo ha dovuto procedere gradatamente, tant'è che il contenuto della direttiva n. 77/249/Cee si presenta come non ambizioso e perseguito il solo scopo di eliminare ogni forma di restrizione all'esercizio della professione forense a titolo di prestazione di servizi, per motivi riguardanti la cittadinanza o la residenza del professionista (cfr. il 1° *considerando* della direttiva). La regolamentazione, invece, dell'esercizio della libertà di stabilimento da parte dei *procuratores* cittadini europei è stata volutamente rimandata all'adozione di «misure maggiormente perfezionate» (così il 2° *considerando*). Bisognerà attendere il 1998, anno in cui, con la direttiva n. 98/5/Ce viene definitivamente regolamentato l'esercizio del diritto di stabilimento da parte degli avvocati.

²² In tal senso, ad esempio, vedasi N. ANNECCHINO, *Le professioni liberali: gli avvocati*, cit. *supra*, nota 18, p. 305.

²³ Legge 9 febbraio 1982, n. 31 «Libera prestazione di servizi da parte degli avvocati cittadini degli Stati membri delle Comunità europee», in *Guri* n. 42 del 12 febbraio 1982, sulla quale v. V. VARANO, *Legge 9 febbraio 1982, n. 31. Libera prestazione di servizi degli avvocati cittadini degli Stati membri delle Comunità europee*, in *Nuove leggi civ. Comm.*, 1983, p. 47 ss.; Id., *La libera*

dura di infrazione²⁴. L'art. 6 della direttiva in esame, all'evidente scopo di prevenire possibili situazioni discriminatorie in danno degli avvocati dello Stato membro di accoglienza, consente a quest'ultimo di precludere agli avvocati prestatori di servizi, che siano dipendenti di un ente pubblico o privato, di rappresentare e difendere in giudizio l'ente stesso, ove tale possibilità non sia ammessa nello Stato ospitante per gli avvocati che ivi svolgono stabilmente la propria attività²⁵. Il giudice *a quo* dubita che la normativa nazionale di cui agli artt. 1 e 2 della l. n. 339/2003, se applicata anche agli avvocati dipendenti che esercitano l'attività in regime di libera prestazione di servizi, sia compatibile con il citato art. 6 della direttiva n. 77/249/Cee. La Corte di giustizia – sollecitata anche dalle osservazioni della Commissione – ha qualificato tale questione interpretativa come non ricevibile, perché non pertinente, atteso che «una risposta della Corte (...) non potrebbe essere utile al giudice del rinvio»²⁶. Invero, se la cancellazione dall'albo degli avvocati dei dipendenti pubblici in regime di tempo parziale sia o meno compatibile con il diritto dell'Unione europea è questione che non presenta alcun legame con l'esercizio della professione a titolo di prestazione di servizi, involgendo, invece, «lo stabilimento in qualità di avvocato e, quindi, la materia disciplinata dalla direttiva n. 98/5»²⁷. Viene dichiarata irricevibile anche la quinta questione – che involge l'interpretazione dei principi di tutela del legittimo affidamento e della certezza del diritto – perché la Corte di giustizia sostiene di non essere in possesso degli elementi necessari per rispondere. La Corte, infatti, nel ricordare che «una normativa che comporta conseguenze svantaggiose per i singoli dev'essere chiara e precisa, e la sua applicazione dev'essere prevedibile per gli amministratori»²⁸, ritiene di non poter verificare se il principio della certezza del diritto sia stato vulnerato dalla l. n. 339/2003, in quanto – né la decisione di rinvio né tanto meno le osservazioni presentate – consentono di verificare la non chiarezza o la non prevedibilità della medesima legge²⁹. Ancora, nel ritenere non violato il principio della tutela del legittimo af-

circolazione degli avvocati nella CEE e l'ordinamento italiano: problemi e prospettive, in *Foro it.*, 1981, V, c. 142 ss.

²⁴ In base all'art. 8 della direttiva n. 77/249/Cee, il recepimento sarebbe dovuto avvenire entro il 24 marzo 1979. Tale termine è stato rispettato solo da Regno Unito, Irlanda, Danimarca e Francia, mentre hanno provveduto in ritardo il Lussemburgo, la Germania e l'Olanda.

²⁵ Così testualmente il citato art. 6: «Ogni Stato membro può escludere gli avvocati dipendenti, legati da un contratto di lavoro ad un ente pubblico o privato, dall'esercizio delle attività di rappresentanza e di difesa in giudizio di questo ente nella misura in cui gli avvocati stabiliti in detto Stato non siano autorizzati ad esercitare tali attività».

²⁶ Cfr. punto 38 della sentenza.

²⁷ *Ivi*.

²⁸ Cfr. punto 42.

²⁹ Il giudice *a quo* ritiene che il principio della certezza del diritto venga violato dalla retroattività della l. n. 339/2003. A tal proposito, la Corte di giustizia, invece, osserva che «La pretesa retroattività (...) è (...) manifestamente contraddetta dalla constatazione (...) che l'entrata in vigore di tale legge non pregiudica il diritto di esercizio concomitante conferito, fino a tale entrata in vigore, dalla legge n. 662/96, considerato peraltro che la legge n. 339/2003 instaura un periodo transitorio di tre anni al fine di evitare che il cambiamento da essa introdotto sia immediato» (punto 43).

fidamento, la Corte, in maniera *tranchant*, afferma che «per giurisprudenza costante gli amministratori non possono fare legittimamente affidamento sulla conservazione di una situazione esistente che può essere modificata nell'ambito del potere discrezionale delle autorità nazionali»³⁰; sottolinea come il giudice nazionale si sia limitato solo a spiegare che la l. n. 339/2003 ha modificato, in modo sostanziale, il regime di cui alla l. n. 662 del 1996 e tale spiegazione, in sé e per sé considerata, non offre una sufficiente base per esaminare nel merito la quinta questione³¹.

Nell'esaminare congiuntamente la prima e la seconda questione, la Corte, richiamando l'orientamento espresso nelle note sentenze *Arduino e Cipolla*³², ricorda che gli artt. 10 e 81 del (previgente) Trattato CE (che corrispondono agli attuali artt. 4, par. 3, TUE e 101 TFUE), da leggersi in combinato disposto, vengono violati non solo qualora uno Stato membro agevoli o addirittura imponga la conclusione di accordi lesivi della concorrenza o ne rafforzi gli effetti, ma altresì quando risulti che esso «revochi alla propria normativa il suo carattere pubblico delegando ad operatori privati la responsabilità di adottare decisioni di intervento in materia economica»³³. Ciò posto, si osserva quanto segue: il fatto che uno Stato membro, come il nostro Paese, abbia delegato ad un'associazione professionale – quale i Consigli dell'ordine degli avvocati – lo svolgimento di un'attività doverosa, come la cancellazione *ex officio* dall'albo dei dipendenti pubblici rimasti "silenti", non dimostra «che [lo] Stato membro abbia revocato alla propria normativa il suo carattere pubblico»³⁴. Dunque, la l. n. 339/2003 ha natura pubblicistica ed i Consigli dell'ordine, che non sono associazioni tra imprese, ma – come dice la stessa Corte di giustizia – associazioni professionali, svolgono una attività priva di discrezionalità. Sulla scorta di tali considerazioni, è gioco-forza concludere nel senso che non sussiste alcun contrasto con l'art. 81, *rectius* 101, del vigente TFUE, perché è insussistente una violazione della concorrenza, così come,

³⁰ Cfr. punto 44 della sentenza.

³¹ *Ivi*, punto 45.

³² Sentenze del 19 febbraio 2002 in causa n. C-35/99, in *Raccolta*, 2002, I, p. 1529, annotata in questa *Rivista*, 2002, p. 95, e del 5 dicembre 2006 in cause riunite n. C-94/04 e n. C-202/04, in *Raccolta*, 2006, I, p. 11421 e in questa *Rivista*, 2006, 693 con commento di P. QUATAIA, *Avvocati: qualità o prezzo? In margine alla sentenza della Corte di giustizia in cause riunite n. C-94/04 e n. C-202/04*, p. 701 ss.

³³ Così al punto 49 della sentenza *Jakubowska*. La Corte, al precedente punto 48, ricorda che l'art. 81 del TCE (attuale art. 101 TFUE), di per sé solo considerato, riguarda le sole imprese ed i loro comportamenti vietati. Invero, tale articolo, letto in combinato disposto con il principio di leale collaborazione (di cui al previgente art. 10, TCE e all'attuale art. 4, par. 3, TUE), si riferisce agli Stati membri, obbligandoli a non adottare o mantenere in vigore disposizioni regolamentari o legislative o, comunque, provvedimenti che abbiano l'effetto di rendere inefficaci le regole concorrenziali applicabili alle imprese.

³⁴ *Ivi* punto 50.

allo stesso modo, non sussiste violazione degli altri richiamati articoli del previgente Trattato CE³⁵.

Nell'ambito della quarta questione, il giudice nazionale richiama la direttiva n. 98/5/Ce – volta a facilitare l'esercizio permanente della professione forense in uno Stato membro diverso da quello in cui è stata acquisita la qualifica – e, in particolare, il suo art. 8. La direttiva *de qua*³⁶, recepita nel nostro ordinamento con dlgo n. 96/2001³⁷, rappresenta l'ultima tappa dell'*iter* di liberalizzazione dell'attività degli "euroavvocati" e nasce dalla necessità di regolamentare e facilitare l'esercizio del diritto di stabilimento, offrendo agli avvocati europei un metodo più semplice di integrazione all'interno dello Stato ospitante rispetto al sistema delineato dalla allora vigente direttiva n. 89/48/Cee³⁸. La direttiva n. 98/5/Ce disciplina due forme di stabilimento³⁹: quella dell'avvocato «integrato» o «assimilato» (che esercita con il titolo professionale corrispondente alla professione di avvocato nello Stato membro ospitante⁴⁰) e quella dell'avvocato «registrato»⁴¹ o «non integrato»⁴² (che, in-

³⁵ Cfr. punto 52 della sentenza.

³⁶ La direttiva si applica a tutti gli avvocati, cittadini europei, che vogliano usufruire del diritto di stabilimento, siano essi liberi professionisti o lavoratori subordinati (v. art. 1, par. 1).

³⁷ Dlgo 2 febbraio 2001, n. 96 «Attuazione della direttiva 98/5/Ce volta a facilitare l'esercizio permanente della professione di avvocato in uno Stato membro diverso da quello in cui è stata acquisita la qualifica professionale», in *Guri* n. 79 del 4 aprile 2001. Per un esame dei punti salienti del citato dlgo v. E. ADOBATI, *Esercizio della professione forense in Italia da parte degli avvocati di altri Stati membri*, in questa *Rivista*, 2000, p. 647 ss. Per una compiuta analisi del decreto v. La relazione al decreto legislativo 96/2001, in *Guida al diritto*, 2001, n. 15, p. 46 ss. V., altresì, R. DANOVI - S. BASTIANON - G. COLAVITTI, *La libertà di stabilimento e la società tra avvocati. D.Lgs. 2 febbraio 2001, n. 96*, Milano, Giuffrè, 2001. Sulla mobilità degli avvocati europei da e verso l'Italia v. C. SANNA - B. NASCIMBENE, *La circolazione degli avvocati in Italia tra norme comunitarie e norme interne*, in L. COMINELLI (a cura di), *Temi e problemi della giustizia*, Milano, Giuffrè, 2007, p. 148 ss.

³⁸ Cfr. il 5° considerando della direttiva n. 98/5/Ce, il cui sistema non va a "sconfessare" quello di cui alla direttiva n. 89/48/Cee, all'epoca vigente («Direttiva del Consiglio relativa ad un sistema generale di riconoscimento dei diplomi di istruzione superiore che sanzionano formazioni professionali di una durata minima di tre anni», in *Guce* n. L 19 del 24 gennaio 1989, p. 16 ss., oggi non più in vigore in quanto sostituita dalla direttiva 2005/36/Ce, meglio nota come «direttiva Zappalà», in *Gu-Ue* n. L 255 del 30 settembre 2005, recepita nel nostro ordinamento con dlgo n. 206 del 6 novembre 2007, in *Guri* n. 261 del 9 novembre 2007). Tant'è che l'art. 10, par. 2, direttiva n. 98/5/Ce espressamente consente all'avvocato, che esercita la professione utilizzando il titolo ottenuto nello Stato membro di provenienza, di chiedere, in qualunque momento, il riconoscimento del proprio diploma secondo le modalità delineate dalla direttiva n. 89/48/Cee, «allo scopo di accedere alla professione di avvocato dello Stato membro ospitante e di esercitarla con il titolo professionale corrispondente a tale professione in detto Stato membro».

³⁹ La differenza tra le due forme di stabilimento risiede nel diverso uso del titolo professionale. In ogni caso, indipendentemente dalla forma di stabilimento scelta, sussiste a carico degli avvocati "migranti" l'obbligo di iscrizione presso la competente autorità dello Stato di accoglienza (v. l'art. 3 della direttiva n. 98/5/Ce). Tale obbligo di iscrizione, escluso dalla direttiva n. 77/249/Cee, è invece ivi previsto, in quanto funzionale alla verifica del rispetto, da parte dell'avvocato stabilito, delle regole professionali e deontologiche vigenti (cfr. l'8° considerando della direttiva).

⁴⁰ V. gli artt. 2 cpv. e 10 della direttiva. Per «titolo professionale corrispondente» (o «professione corrispondente») si intende «il titolo professionale o la professione facente capo all'autorità competente presso la quale l'avvocato si è iscritto a norma dell'articolo 3» (v. art. 1, par. 2, lett. f.). In sintesi, è considerato avvocato "integrato" colui che comincia ad esercitare la professione nello Stato membro ospitante con il titolo ottenuto nel Paese d'origine e che, a determinate condizioni (v. l'art. 10 della direttiva), acquista il diritto di esercitare utilizzando il «titolo professionale corri-

vece, esercita con il titolo professionale d'origine⁴³). L'art. 8 della direttiva n. 98/5/Ce, che si applica agli avvocati «non integrati», stabilisce che «L'avvocato iscritto nello Stato di accoglienza col titolo professionale d'origine può svolgere la professione come lavoratore subordinato di un altro avvocato, di un'associazione o società di avvocati, di un ente pubblico o privato, qualora lo Stato membro ospitante lo consenta agli avvocati iscritti con il titolo professionale che esso rilascia»⁴⁴. La *ratio* di una disposizione di tal fatta è facilmente intuibile: essa tende ad evitare una discriminazione alla rovescia, in danno, cioè, degli avvocati iscritti nello Stato membro ospitante con il titolo professionale ottenuto nel medesimo Stato⁴⁵. Invero, è proprio sulla scorta della *ratio* che sorregge il citato articolo che la Corte di giustizia qualifica come ricevibile la quarta questione, opinando nel senso che «l'interpretazione richiesta dell'art. 8 (...) aiuterà il giudice del rinvio a determinare se la legge n. 339/2003 crei una discriminazione alla rovescia in contrasto con il diritto dell'Unione»⁴⁶. Ciò posto, nel *corpus* della sentenza *Jakubowska*, la Corte, dopo aver brevemente ricordato le ragioni che hanno sostenuto l'adozione della direttiva n. 98/5/Ce⁴⁷, richiama ed esamina il suo art. 6 – che ritiene porsi in stretto nesso con l'art. 8 – ai sensi del quale l'avvocato «non integrato» è tenuto a rispettare le norme professionali e deontologiche alle quali sono soggetti gli avvocati dello Stato ospitante⁴⁸. Ebbene,

spondente alla professione di avvocato nello Stato membro ospitante», cui può essere aggiunto il titolo professionale d'origine (cfr. il 14° considerando della direttiva n. 98/5/Ce).

⁴¹ Utilizzano tale espressione G. VICINTE - L. LIMBERTI, *La professione forense ed il contesto europeo di riferimento*, cit. *supra*, p. 195, nota 18.

⁴² L'utilizzo di tale espressione è di B. NASCIBENE - C. SANNA, *Norme comunitarie e norme nazionali sull'esercizio della professione forense in Italia*, cit. *supra*, p. 361, nota 18.

⁴³ V. gli artt. 4-8 della direttiva, in particolare l'art. 5.

⁴⁴ A proposito del contenuto dell'art. 8, la Corte di giustizia, nella sentenza *Jakubowska*, al punto 10, specifica quanto segue: «Considerate le differenti versioni linguistiche di tale art. 8 e al fine di garantire che tutte queste versioni abbiano la stessa portata, i termini di ente pubblico e privato che compaiono nella versione italiana di tale articolo devono essere intesi come riferiti alla nozione di impresa pubblica o privata». Quanto alla nozione di impresa pubblica, al punto 35 della sentenza, la Corte sottolinea che per «giurisprudenza consolidata, allorché un ente integrato nell'amministrazione pubblica esercita attività che presentano un carattere economico e non rientrano nell'esercizio di prerogative di pubblici poteri, esso dev'essere considerato come una siffatta impresa».

⁴⁵ La *ratio* dell'art. 8 viene messa in luce anche nella sentenza *Jakubowska*, laddove, al punto 31, si afferma che «per quel che riguarda la quarta questione, occorre rilevare che (...) la norma sancita dall'art. 8 (...) non ha solo lo scopo di accordare agli avvocati iscritti in uno Stato membro ospitante con il loro titolo professionale ottenuto in un altro Stato membro gli stessi diritti di cui godono gli avvocati iscritti in detto Stato membro ospitante con il titolo professionale ottenuto nello stesso. Invero, tale norma garantisce anche che questi ultimi non subiscano una discriminazione alla rovescia, il che potrebbe accadere se le norme loro imposte non venissero applicate anche agli avvocati iscritti in detto Stato ospitante con un titolo professionale ottenuto in un altro Stato membro».

⁴⁶ Così al punto 32 della sentenza *Jakubowska*, ove, proprio a rafforzare la ricevibilità della questione, si legge altresì che «il fatto che il procedimento di cancellazione dall'albo degli Avvocati di Perugia, che è alla base delle questioni pregiudiziali, riguarda avvocati che esercitano la professione di cui trattasi in Italia con il titolo professionale ottenuto in tale Stato membro non comporta assolutamente che la quarta questione sollevata sia ipotetica».

⁴⁷ *Ivi*, punti 55 e 56.

⁴⁸ Nello stabilire che l'avvocato che esercita con il titolo professionale d'origine, «indipenden-

tra i due articoli sussisterebbe un rapporto di *species* a *genus*, perché «l'art. 8 (...) riguarda una categoria specifica delle regole professionali e deontologiche richiamate dall'art. 6 (...), vale a dire quelle che determinano in quale misura gli avvocati iscritti possono esercitare la professione come lavoratore subordinato di un altro avvocato, di un'associazione o società di avvocati, di un'impresa pubblica o privata» (*id est*, di un ente pubblico o privato, stando alla traduzione italiana dell'art. 8). Proseguendo nell'*iter* logico-giuridico, la Corte afferma che il divieto imposto dagli artt. 1 e 2 della l. n. 339/2003 agli avvocati iscritti in Italia, dipendenti pubblici *part-time*, a ben vedere, «rientra nelle regole di cui all'art. 8 della direttiva n. 98/5/Ce, almeno nei limiti in cui detto divieto concerne l'esercizio concomitante della professione forense e di un impiego presso un'impresa pubblica»⁴⁹. La Corte sottolinea come il campo applicativo dell'art. 8 sia piuttosto vasto, atteso che racchiude «tutte le regole che lo Stato membro ospitante ha introdotto al fine di prevenire i conflitti d'interesse» che potrebbero derivare, «secondo le sue valutazioni», da una data situazione, quale quella degli avvocati che, al tempo stesso, siano dipendenti pubblici. In sostanza, la Corte di giustizia, nell'asserire che l'art. 8 della direttiva n. 98/5/Ce ricomprende tutte le regole che il legislatore nazionale introduce allo scopo di evitare il prodursi di situazioni di conflitto di interessi, pone l'accento sulla discrezionalità del potere legislativo nell'individuazione di situazioni capaci di ingenerare il suddetto conflitto. Ed è proprio sulla scorta della discrezionalità del legislatore e della affermazione secondo cui «la mancanza di conflitto d'interessi è (...) indispensabile all'esercizio della professione forense ed implica, in particolare, che gli avvocati si trovino in una situazione di indipendenza nei confronti dei pubblici poteri e degli altri operatori di cui non devono subire l'influenza»⁵⁰ che la Corte effettua talune considerazioni, così riassumibili: attesi la *ratio* e il contenuto dell'art. 8 (nel cui ambito deve farsi rientrare il divieto di cui alla l. n. 339/2003), attesa, giustappunto, la discrezionalità del legislatore nazionale nel valutare situazioni potenzialmente produttive di un conflitto di interessi, «il fatto che la normativa così introdotta dalla Repubblica italiana possa essere considerata restrittiva non è di per sé censurabile»⁵¹. Ancora, si osserva che, è sì vero che il legislatore nazionale è libero di individuare situazioni produttive di conflitto di interessi e predisporre i rimedi che ritiene più opportuni, ma è anche vero che deve essere rispettato il principio di proporzionalità, ossia «le regole stabilite al riguardo non [devono andare] al di là di quello che è necessario per conseguire

temente dalle regole (...) cui è soggetto nel proprio Stato membro di origine», deve rispettare le norme professionali e deontologiche cui sono soggetti gli avvocati dello Stato di accoglienza, sembrerebbe che l'art. 6 della direttiva n. 98/5/Ce positivizzi il c.d. «principio della doppia deontologia».

⁴⁹ Cfr. punto 60 della sentenza.

⁵⁰ *Ivi*, secondo periodo del punto 61.

⁵¹ Cfr. punto 61 della sentenza.

re l'obiettivo di prevenzione»⁵² del suddetto conflitto. Tuttavia, la Corte non entra nel merito della scelta del legislatore nazionale, nel senso che non giudica la proporzionalità o meno del ripristinato divieto di contemporaneo esercizio della professione forense e dell'attività alle dipendenze di una p.a. in regime di *part-time*, sostenendo che «La proporzionalità di un divieto come quello imposto dalla legge n. 339/2003 non deve (...) essere esaminata nell'ambito della presente questione, che non riguarda tale aspetto». Tale valutazione, *a contrario*, è di spettanza dei giudici nazionali, i soli in grado di valutare se le restrizioni imposte dal legislatore all'esercizio della professione forense siano o meno proporzionate all'obiettivo da raggiungere. L'art. 8 della direttiva n. 98/5/Ce, a ben vedere, trova applicazione nei confronti di tutti gli avvocati iscritti nello Stato membro ospitante, indipendentemente dal fatto che essi esercitino con il titolo professionale ottenuto in tale Stato oppure con quello ottenuto in un altro Stato membro. Se così è e se è vero che le regole dettate dalla l. n. 339/2003 rientrano nel campo applicativo dell'art. 8, non può dirsi che la citata legge «si applichi esclusivamente agli avvocati di origine italiana e produca in tal modo una discriminazione alla rovescia»⁵³. È sì vero – come la stessa Corte osserva – che gli avvocati cui fa riferimento la l. n. 339/2003 sono quelli impiegati presso enti soggetti a tutela o vigilanza dello Stato italiano, ma è anche vero che «almeno nei limiti in cui si tratta di impieghi presso imprese pubbliche [cioè presso enti pubblici, seguendo la terminologia utilizzata dal legislatore italiano], gli avvocati iscritti all'albo di uno degli ordini degli avvocati della Repubblica italiana e sui quali incide quindi il divieto di esercizio concomitante di un tale impiego possono essere non solo cittadini italiani, bensì anche cittadini di altri Stati membri»⁵⁴.

Tutto quanto sopra considerato, la Corte di giustizia risolve il quarto quesito pregiudiziale nei termini che seguono: l'art. 8 della direttiva n. 98/5/Ce – nel cui campo di applicazione, si ripete, rientra il divieto introdotto dalla l. n. 339/2003, applicabile, in tesi, anche agli avvocati cittadini di altri Stati membri – «dev'essere interpretato nel senso che lo Stato membro ospitante [nell'esercizio della discrezionalità che caratterizza la potestà legislativa] può imporre agli avvocati ivi iscritti e che siano impiegati – vuoi a tempo pieno vuoi a tempo parziale – presso un altro avvocato, un'associazione o società di avvocati oppure un'impresa pubblica o privata, restrizioni all'esercizio concomitante della professione forense e di detto impiego, sempreché tali restrizioni non eccedano quanto necessario per conseguire l'obiettivo di prevenzione dei conflitti di interesse e si applichino a tutti gli avvocati iscritti in detto Stato membro». La verifica del rispetto delle menzionate condizioni è, però, dal-

⁵² *Ivi*, terzo periodo del punto 61.

⁵³ Cfr. punto 63 della sentenza.

⁵⁴ *Ivi*.

la stessa Corte demandata ai giudici nazionali, i quali, evidentemente, dovranno effettuare una verifica *case by case*.

4. Le pronunce della Corte costituzionale

Le disposizioni di diritto interno sottoposte all'attenzione della Corte di giustizia nel caso *Jakubowska*, come anticipato in apertura, sono state oggetto anche di pronunce della Corte costituzionale.

Con la sentenza n. 189/2001⁵⁵ la Consulta ha ritenuto non fondate le questioni di legittimità costituzionale dell'art. 1, commi 56 e 56-bis, della l. n. 662/1996 sollevate dal Consiglio nazionale forense in riferimento agli artt. 3, 4, 24, 97 e 98 della Costituzione⁵⁶. Merita di essere sottolineata l'attenzione che la Consulta, nel respingere tutte le censure sollevate, ha posto sul tema del conflitto di interessi, tema che, come constatato nell'esame del caso *Jakubowska*, la Corte di giustizia non ha indagato, sul duplice presupposto che la individuazione in astratto dei casi produttivi di un siffatto conflitto rientra nella discrezionalità del legislatore, mentre spetta ai giudici nazionali valutarne la sussistenza nei casi concreti. La Consulta, invece, nella sentenza n. 189, ha

⁵⁵ Sent. Corte cost. del 4-11 giugno 2001, n. 189, in *Guri* n. 23 del 13 giugno 2001, su cui v. G. CASSANO, *Se l'impiegato pubblico part-time possa esercitare la professione forense*, in *Giust. civ.*, 2001, I, p. 2030 ss.; E. CASSESE, *Pubblici dipendenti, part-time ed esercizio della professione di avvocato*, in *Giorn. dir. amm.*, 2001, p. 1009 ss.; G. COLAVITTI, *La legittimazione a sollevare questione di costituzionalità e il principio pluralista. L'esercizio della professione di avvocato da parte di dipendenti pubblici con rapporto di lavoro a tempo parziale: un approccio dubbio al tema del conflitto di interessi*, in *Giur. cost.*, 2001, p. 2648 ss.; M. MONTINI, *Il part time dei dipendenti pubblici ed i limiti allo svolgimento della libera professione*, in *Lav. nelle p.a.*, 2001, p. 654 ss.; G. Scarselli, *Qualche riflessione sul "part-time" degli avvocati e la crisi dell'avvocatura*, in *Foro it.*, 2001, I, p. 3044 ss.; F. M. TOSTI ARCANGELI, *Pubblici dipendenti part-time ed esercizio della professione forense*, in *Corr. giur.*, 2001, p. 1009 ss.; A. D'ALESSANDRO, *Esercizio della professione forense e lavoro pubblico part-time: la Corte costituzionale respinge le censure dell'Ordine degli Avvocati*, in *Giur. it.*, 2002, p. 1130 ss.; G. MANNACIO, *Esercizio della professione forense e rapporto di lavoro part time presso una p.a.*, in *Lav. nella giur.*, 2002, p. 47 ss. V., altresì, il commento di C. TIMELLINI, in *Mass. giur. lav.*, 2001, n. 11, p. 1114 ss.

⁵⁶ Il CNF, con ben undici distinte ordinanze, ha sostenuto una inconciliabilità di principio tra i doveri del pubblico dipendente e quelli dell'avvocato, in quanto l'attività del primo sarebbe caratterizzata da una serie di obblighi e facoltà, primo fra tutti l'obbligo di fedeltà alla Nazione, volti a garantire il buon andamento e l'imparzialità della p.a., non conciliabili «con la fisiologica vicinanza agli interessi (...) della clientela, che la condizione di libero professionista ontologicamente comporta». Tale inconciliabilità di fondo, per un verso, produrrebbe una lesione dei principi di imparzialità e buon andamento della p.a. di cui all'art. 97 Cost. nonché dell'obbligo di fedeltà ex art. 98 Cost. e, per altro verso, inciderebbe sull'indipendenza e sull'autonomia che debbono caratterizzare l'attività dell'avvocato e che sono presupposti indispensabili per garantire il diritto di difesa ex art. 24 della carta costituzionale. Il CNF ha ritenuto altresì violato il principio di uguaglianza ex art. 3 Cost., atteso che il pubblico dipendente/avvocato, proprio per il suo *status*, potrebbe avvalersi, a differenza degli altri professionisti, di un più ampio bagaglio di conoscenze acquisito all'interno della p.a. Infine, si è paventata la violazione dell'art. 4 Cost., che – sostiene il rimettente – anche se non garantisce l'accesso al lavoro di persone prive di occupazione, imporrebbe al legislatore di effettuare scelte di politica occupazionale volte ad ampliare l'accesso al lavoro ed una normativa quale quella denunciata perseguirebbe l'opposto scopo, proprio perché si consentirebbe ad uno stesso soggetto di svolgere più attività lavorative.

opinato nel senso che la predisposizione dei limiti – definiti *expressis verbis* «rigorosi» – posti dal legislatore del 1996 allo svolgimento di ulteriori attività lavorative e, in particolare, di quella forense, da parte del dipendente pubblico che chieda la trasformazione del rapporto di lavoro da *full-time* in *part-time*, persegue proprio lo scopo di evitare il prodursi di situazioni di conflitto di interessi ed è volta a scongiurare la lesione di principi costituzionalmente garantiti, quale, *in primis*, quello di imparzialità e buon andamento della p.a.; dunque, anche sul presupposto dell'assenza di irragionevolezza nelle scelte compiute dal legislatore del 1996, la Corte costituzionale conclude nel senso della costituzionalità⁵⁷ dell'art. 1, commi 56 e 56-*bis*, della l. n. 662/1996⁵⁸.

⁵⁷ Scendendo più nel dettaglio, nella sentenza n. 189/2001, la Consulta, dopo aver ricostruito il quadro normativo di riferimento, evidenzia come l'utilizzazione di forme di lavoro flessibile all'interno della p.a. persegua l'obiettivo di garantire maggiore efficienza e risparmio di spesa pubblica e ciò in sintonia con il *trend* normativo degli anni Novanta. Sul punto si impone un'osservazione: oggi si assiste ad un'inversione di tendenza, perché l'utilizzazione di forme contrattuali flessibili di assunzione e di impiego da parte della p.a. rappresenta una ipotesi eccezionale, ammissibile solo per rispondere a temporanee ed eccezionali esigenze (v. l'art. 36, comma 2 del TUPI). Al di là di tali considerazioni, la Consulta, come già visto, ritiene non sussistenti le paventate violazioni degli artt. 97 e 98 della Cost. e ciò per i rigorosi limiti posti dal legislatore (sul punto v. *supra*). Non ritiene nemmeno violato l'art. 24 della Cost., atteso che «il diritto di difesa risulta garantito solo se l'avvocato, in piena fedeltà al mandato, è in grado di esercitare compiutamente il ministero tecnico a lui affidato (...) non sembrano, invero, porsi, per i professionisti legati da un rapporto di dipendenza con la pubblica amministrazione, in regime di *part-time* ridotto, particolari esigenze che non possano trovare soddisfazione (...) in quella disciplina generale dell'attività da essi svolta (...)» (punto 7 del *Considerato in diritto*). Quanto alla asserita violazione del principio di uguaglianza, la Corte è tranciante nell'osservare che la circostanza per cui il dipendente pubblico/avvocato possa usufruire di un bagaglio di conoscenze acquisito nell'esercizio della sua attività alle dipendenze di una p.a., in tesi, più ampio di quello di altri avvocati, rappresenta una situazione di mero fatto, che non può assumere rilievo in un giudizio di legittimità costituzionale. Infine, quanto alla violazione dell'art. 4 della Cost. ed alla asserita irragionevolezza delle scelte compiute dal legislatore nell'articolo censurato, la Consulta osserva che «Tale discrezionalità (...) risulta (...) esercitata (...) in modo tutt'altro che irragionevole, ove si consideri che le disposizioni denunciate sono intese a favorire l'accesso di tutti i soggetti in possesso dei prescritti requisiti alla libera professione e cioè ad un ambito del mercato del lavoro che è naturalmente concorrenziale» (v. il punto 10 del *Considerato in diritto*). A supporto di tale affermazione, la Consulta richiama il dlgs n. 96/2001, di recepimento della direttiva n. 98/5/Ce, proprio per sottolineare come anche la *intentio* del legislatore europeo sia quella di facilitare l'esercizio della professione forense, aprendo il mercato agli avvocati che abbiano acquisito il titolo in altri Stati membri.

⁵⁸ In realtà, prima della sentenza n. 189/2001, vi sono due precedenti della Corte costituzionale che meritano di essere brevemente ricordati, entrambi del maggio 1999 ed aventi proprio ad oggetto i commi 56 ss. dell'art. 1 della l. n. 662/1996. Ci si riferisce alla sentenza n. 171/1999 (in *Giur. cost.*, 1999, p. 1674 ss, sulla quale v. il commento di A. SPADARO, *Pubblico impiego: lo Stato ha (sempre) ragione. Ovvero della «marginalità» della legge e dello statuto regionale (in merito alla sent. cost. n. 171/1999)*, in *Giur. it.*, 2000, p. 3 ss.) e all'ordinanza n. 183/1999 (in *Giur. cost.*, 1999, p. 1786 ss.). Con la prima, la Consulta dichiara infondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 1, commi da 56 a 65 della l. n. 662 sollevata dalle regioni Lombardia e Veneto, che, in sostanza, hanno lamentato una violazione del riparto di competenze legislative Stato/Regioni. La Corte ha ritenuto che le disposizioni che regolano il regime delle incompatibilità e del *part-time* alle dipendenze delle pp.aa. perseguono l'obiettivo del completamento del processo di omologazione tra il rapporto di impiego pubblico e il rapporto di lavoro subordinato privato, in un quadro di riforma che si fonda sull'interesse nazionale al riequilibrio della finanza pubblica ed alla migliore efficienza e qualità delle prestazioni rese ai cittadini; tali disposizioni, perciò, sono espressive di principi fondamentali ex art. 117 Cost. e, in quanto tali, vincolano la potestà legislativa regionale. Con l'ordinanza n. 183/1999, invece, la Consulta, senza entrare nel merito, ha dichiarato inammissibile la questione di legittimità costituzionale dei commi 56 e 56-*bis* dell'art. 1, l. n. 662 sollevata dal CNF, per mancata integrazione del contraddittorio nei confronti dei Consigli de-

Placatosi forzosamente il mondo forense, nel 2003, con l'entrata in vigore della legge n. 339, che, in senso opposto alla legge del 1996, ha ripristinato la incompatibilità tra l'impiego pubblico e la professione forense, sono "in-sorti" i dipendenti pubblici in regime di *part-time* che avevano ottenuto, dopo l'entrata in vigore della l. n. 662/1996, l'iscrizione nell'albo degli avvocati. Anche la l. n. 339 è stata sottoposta allo scrutinio di costituzionalità, ma, come rilevato in apertura, nemmeno l'intervento del giudice costituzionale è bastato a placare gli animi, tant'è che detta legge non solo è stata portata all'attenzione della Corte di giustizia, ma si attende anche una nuova pronuncia della Consulta. Procedendo con ordine, nella pronuncia n. 390/2006⁵⁹, la Consulta – chiamata a pronunciarsi sulla *quaestio legitimatis* degli artt. 1 e 2 della l. n. 339/2003 in riferimento agli artt. 3, 4, 35 e 41 della nostra Carta fondamentale⁶⁰ – prendendo le mosse dalla precedente sentenza n. 189/2001,

gli ordini i cui provvedimenti (di rigetto della richiesta di iscrizione all'albo da parte di dipendenti pubblici in regime di *part-time* c.d. ridotto) erano stati impugnati innanzi al medesimo CNF.

⁵⁹ Sulla sentenza n. 390/2006 v. A. BIANCO, *Confermate le scelte discrezionali del legislatore*, in *Guida agli enti locali*, 2006, n. 49, p. 88; G. COLAVITTI, *Il rapporto di impiego pubblico a tempo parziale tra libertà di concorrenza e specialità della professione forense*, in *Giur. cost.*, 2006, p. 4076 ss.; G. DE FAZIO, *Incompatibilità tra impiego pubblico part-time e professione forense*, in *Guida al lavoro*, 2006, n. 50, p. 34; M. PERELLI, *Albo avvocati: iscrizione "sbarrata" ai dipendenti P.A.*, in *Guida al pubblico impiego*, 2006, n. 12, p. 88; M. ESPOSITO, *La sostenibile discrezionalità del legislatore ordinario*, in *Prev. forense*, 2007, p. 58 ss.; A. MARI, *Avvocati o pubblici dipendenti: tertium non datur*, in *Foro amm. - C.d.S.*, 2007, p. 424 ss. V. altresì il commento di M. C. CAUTADELLA, in *Mass. giur. lav.*, 2007, n. 3, p. 188. Vedasi anche A. PACE, *Nuova disciplina della professione forense e tutela dei legittimi affidamenti derivanti ai professionisti part time dalla disciplina abrogata*, in *Giur. cost.*, 2006, p. 4073 ss.

⁶⁰ Più nel dettaglio, la *quaestio legitimatis* è stata sollevata, con due distinte ordinanze, dai Tribunali di Napoli e Cuneo. Il primo solleva la questione di legittimità costituzionale degli artt. 1 e 2 della l. n. 339/2003 in riferimento agli artt. 3 e 4 della Cost. nell'ambito di una controversia insorta tra un dipendente dell'Avvocatura dello Stato (con qualifica di operatore amministrativo) e l'amministrazione di appartenenza. Nel caso di specie, il dipendente pubblico, in possesso dell'abilitazione all'esercizio della professione forense, a seguito dell'entrata in vigore della l. n. 662/1996, ha chiesto alla p.a. datrice di lavoro la trasformazione del rapporto di lavoro da *full-time* in *part-time* ridotto, al fine di esercitare l'attività di avvocato. L'amministrazione, nel respingere la richiesta, ha argomentato nel senso che, in relazione alla prosecuzione del rapporto di lavoro con l'Avvocatura dello Stato, lo svolgimento dell'attività forense avrebbe prodotto un conflitto di interessi. Nelle more, entra in vigore la l. n. 339/2003. Il Tribunale di Napoli, nel sollevare la questione di legittimità costituzionale, ha ritenuto che gli artt. 1 e 2 della l. n. 339/2003 sarebbero violativi dell'art. 3 Cost. e ciò sotto più profili. *In primis*, essi produrrebbero una disparità di trattamento dei dipendenti pubblici con rapporto di lavoro *part-time* rispetto ad altri dipendenti pubblici, abilitati, invece, all'esercizio di altre professioni, quali, ad esempio, quella di commercialista o ingegnere. *In secundis*, una disparità di trattamento si produrrebbe rispetto ai professori degli istituti secondari dello Stato, che, pur essendo dipendenti pubblici, possono esercitare la professione forense, non dovendo neanche richiedere la trasformazione del rapporto di lavoro. Ancora, un'ulteriore disparità di trattamento sarebbe ravvisabile tra i dipendenti pubblici che, dopo l'entrata in vigore della l. n. 339/2003, non possono svolgere la professione di avvocato e i dipendenti che, invece, tra l'entrata in vigore della l. n. 662/1996 e della l. n. 339, hanno ottenuto la trasformazione del rapporto di lavoro a tempo parziale e debbono optare, entro un preciso termine, tra il mantenimento del rapporto di pubblico impiego o il mantenimento dell'iscrizione nell'albo degli avvocati. Infine, un'ulteriore disparità di trattamento sussisterebbe tra gli avvocati iscritti all'albo dopo l'entrata in vigore della l. n. 662/1996, che, se dipendenti pubblici, debbono esercitare il diritto di opzione suddetto, pena la cancellazione *ex officio* dall'albo e gli avvocati iscritti prima dell'entrata in vigore della medesima legge e che siano divenuti dipendenti pubblici a tempo parziale successivamente, i quali non sarebbero costretti ad optare e non sarebbero "passibili" di cancellazione d'ufficio, salvo che, a seguito di revisione dell'albo, dovesse risultare una situazione di incompatibilità. Il Tribunale sostiene an-

osserva quanto segue: «la non irragionevolezza di una disciplina non esclude la non irragionevolezza di una opposta disciplina (...) il legislatore conserva integro – con il solo limite, appunto, della non manifesta irragionevolezza – il potere di disciplinare diversamente la medesima materia che abbia superato, in precedenza, il vaglio di costituzionalità⁶¹ (...) l'unico problema che deve porsi (...) è se debba ritenersi manifestamente irragionevole la scelta del legislatore di escludere la sola professione forense dal novero di quelle – e cioè di tutte le altre per l'esercizio delle quali è prescritta l'iscrizione in un albo – alle quali i dipendenti pubblici a *part-time* cosiddetto ridotto possono accedere»⁶².

che la incostituzionalità degli artt. 1 e 2, l. n. 339/2003 in riferimento all'art. 4 della Cost., poiché il legislatore avrebbe esercitato in modo irragionevole la sua discrezionalità circa i modi e i tempi di attuazione del diritto al lavoro, atteso che le misure restrittive adottate limiterebbero, in un mercato concorrenziale, l'accesso alla professione forense da parte dei soggetti muniti della prescritta abilitazione. La irragionevolezza delle scelte legislative – a detta del Tribunale partenopeo – sarebbe ancora più evidente ove si confronti la restrittiva l. n. 339 con la normativa europea e, in particolare, con la direttiva n. 98/5/Ce tesa, *a contrario*, a facilitare l'esercizio permanente dell'attività di avvocato all'interno dell'Unione europea. La questione sollevata dal Tribunale partenopeo, però, è stata ritenuta inammissibile per difetto di rilevanza, perché – osserva la Corte costituzionale – il rifiuto della p.a. alla trasformazione del rapporto di lavoro si fonda, a ben vedere, sul comma 58 dell'art. 1 della l. n. 662/1996 (e non, quindi, sulla l. n. 339/2003); invero, sulla scorta del menzionato comma 58, la p.a. può negare il suo consenso ove ritenga che lo svolgimento della professione forense produca un conflitto di interessi in relazione alla specifica attività svolta dal dipendente pubblico. Il Tribunale di Cuneo, invece, solleva la *quaestio legitimitatis* nell'ambito di un giudizio pendente tra un dipendente della Provincia di Cuneo e la p.a. di appartenenza, la quale, motivando con l'entrata in vigore della l. n. 339/2003, gli ha negato la trasformazione del rapporto di lavoro in *part-time* per poter esercitare la professione forense. Anche il Tribunale di Cuneo ritiene violato l'art. 3 della Cost., poiché i limiti posti dalla l. n. 339 non si rinvergono con riferimento ad altre professioni; la disparità di trattamento – secondo il Tribunale – sarebbe ancora più evidente ove si ponga mente alla normativa comunitaria, atteso che, ai sensi dell'art. 3, comma 2 della direttiva n. 98/5/Ce, un dipendente pubblico italiano non può iscriversi all'albo degli avvocati e, dunque, non può esercitare l'attività di avvocato in un altro Stato membro, mentre, viceversa, l'avvocato di un altro Stato membro, che sia anche dipendente pubblico, può esercitare la professione forense in Italia. Ancora, il Tribunale di Cuneo sostiene che gli artt. 1 e 2 della l. n. 339 sarebbero violativi degli artt. 4 e 35 della Cost. (il primo che riconosce a tutti i cittadini il diritto al lavoro e il secondo che tutela il lavoro in tutte le sue forme e applicazioni). Infine, sostiene la violazione dell'art. 41 della Cost., in quanto il divieto posto dall'art. 1 della l. n. 339 non sarebbe dettato da fini sociali. La Consulta ritiene non fondate le *quaestiones* sollevate e, con specifico riferimento alla paventata disparità di trattamento che la l. n. 339/2003 produrrebbe in relazione all'ordinamento comunitario osserva che la censura «trascura il disposto dell'art. 8 della (...) direttiva [98/5/Ce] (...) Tale norma (...) esclude in radice che possa realizzarsi la disparità di trattamento ipotizzata dal rimettente, come peraltro inequivocabilmente chiarisce il decreto legislativo 2 febbraio 2001, n. 96 (...) il cui art. 5, comma 2, estende agli avvocati di altri Stati membri – sia stabiliti sia integrati in Italia – le norme sull'incompatibilità che riguardano l'esercizio della professione di avvocato, inclusa quella (art. 3, comma quarto) relativa agli uffici legali istituiti presso enti pubblici» (v. punto 5.1.1. del *Considerato in diritto* della sentenza n. 390/2006).

⁶¹ Punto 5.1.2., ultimo periodo, del *Considerato in diritto*. In sostanza, la Consulta opina nel senso che la ragionevolezza, nonché, *a fortiori*, la costituzionalità dei commi 56 ss. dell'art. 1 della l. n. 662/1996, non è argomento utile per ritenere, *a contrario*, la irragionevolezza della scelta effettuata con la l. n. 339/2003 di reintrodurre il divieto di iscrizione all'albo degli avvocati dei dipendenti pubblici a *part-time* ridotto. Una scelta di tal fatta risponde alla discrezionalità del legislatore e, come è noto, ai sensi dell'art. 28 della legge 11 marzo 1953, n. 87 (recante «Norme sulla costituzione e sul funzionamento della Corte costituzionale», in *Guri* n. 62 del 14 marzo 1953) «Il controllo di legittimità della Corte costituzionale su una legge o un atto avente forza di legge esclude ogni valutazione di natura politica e ogni sindacato sull'uso del potere discrezionale del Parlamento».

⁶² *Ivi*, punto 5.1.3.

Ciò posto, la Corte costituzionale osserva altresì che la scelta del legislatore di ripristinare in capo ai dipendenti pubblici il divieto di esercizio della professione forense appare coerente con il disposto di cui all'art. 3, comma 3, del rdl n. 1578/1933 e le eccezioni alla regola della incompatibilità «non vulnerano la coerenza del sistema allo stato vigente»⁶³. Esclusa, dunque, la irragionevolezza della scelta effettuata con la l. n. 339 e, soprattutto, evidenziata la insindacabilità sull'uso della discrezionalità che contraddistingue la *potestas* legislativa, la Consulta conclude nel senso della non violazione degli artt. 3, 4 e 35 della Cost. Quanto, infine, alla ritenuta violazione dell'art. 41 della Cost., la Corte, nel respingere la censura, osserva che essa è «fondata su un argomento – svolto dalla citata sentenza n. 189 del 2001 – addotto per negare che la disciplina del 1996 fosse contrastante (...) con l'art. 4 Cost.; e che quell'argomento non sia idoneo a far ritenere sussistente la violazione del precetto di cui all'art. 41 Cost. è confermato dal rilievo che, subito dopo, la predetta sentenza richiamava il dlgs n. 96 del 2001, attuativo della direttiva 98/5/Ce, del quale si è chiarita l'irrelevanza ai fini delle questioni qui esaminate»⁶⁴.

5. Un ennesimo "sospetto" di incostituzionalità: le Sezioni Unite sollevano questione di legittimità costituzionale degli artt. 1 e 2 della legge n. 339/2003

La sentenza n. 390/06 non è bastata a far tacere i dubbi di costituzionalità che circondano la l. n. 339/2003, tant'è che le Sezioni Unite della Corte di cassazione, da ultimo, proprio nel dicembre 2010, con due ordinanze interlocutorie di contenuto pressoché identico, sospettano il contrasto degli artt. 1 e 2 della l. n. 339 con gli artt. 3, 4, 35 e 41 della Costituzione nella parte in cui non escludono che il regime di incompatibilità di cui all'art. 1 non si applichi ai dipendenti pubblici a tempo parziale ridotto già iscritti all'albo degli avvocati alla data di entrata in vigore della medesima legge, imponendo loro, invece, un breve periodo di tempo entro cui optare tra l'impiego pubblico e l'esercizio della professione forense⁶⁵. Invero, le Sezioni Unite tengono bene

⁶³ Così si legge nel punto 5.1.3. del *Considerato in diritto*, ove, tra l'altro, la Corte costituzionale, nel riferirsi alla non incompatibilità tra l'esercizio della professione di avvocato e quella di docente, osserva che l'eccezione riguardante quest'ultima categoria «deve essere considerata alla luce del principio costituzionale della libertà di insegnamento (art. 33 Cost.) dal quale discende che il rapporto di impiego (...) come non può incidere sull'insegnamento (...) così, ed *a fortiori*, non può incidere sulla libertà richiesta dall'esercizio della professione forense».

⁶⁴ *Ivi*, ultimo punto.

⁶⁵ Il riferimento è all'ordinanza n. 24689 del 9 novembre 2010, depositata il 6 dicembre – quindi solo pochi giorni dopo il deposito della sentenza *Jakubowska* – e all'ordinanza n. 25987 del 7 dicembre 2010, depositata il 22 dicembre, nella quale le Sezioni unite, tra l'altro, fanno espresso riferimento alla pronuncia della Corte di giustizia. Sull'ordinanza n. 24689 v. C. DE PASCALE, *Per le toghe a mezzo tempo nell'amministrazione si riapre la difficile partita davanti alla Consulta*, in *Guida al diritto*, 2011, n. 1, p. 14; G. LADDAGA, *Ancora aperto il dibattito sugli avvocati part time*,

in conto le precedenti pronunce della Corte costituzionale e, in particolare, la sentenza n. 390 del 2006; al contempo, però, sottolineano come non sia stato ancora affrontato il problema della estensione degli effetti della legge n. 339 a coloro che, al momento della sua entrata in vigore, risultano già iscritti all'albo degli avvocati per effetto della l. n. 662/1996 e, dunque, esercitano la professione forense sulla scorta della preesistente disciplina⁶⁶. Ferma, cioè, la non irragionevolezza della scelta di ripristinare il divieto di esercizio della professione forense in capo ai dipendenti pubblici, le Sezioni Unite si chiedono se sia legittimo estendere detto divieto anche a coloro che, sulla scorta della precedente disciplina, abbiano ottenuto la trasformazione del rapporto di pubblico impiego in *part-time* ridotto e si siano iscritti nell'albo degli avvocati⁶⁷.

Prima di analizzare le ragioni della incostituzionalità della l. n. 339/2003 messe in luce dalle Sezioni Unite, pare opportuno evidenziare i motivi per i quali le medesime Sezioni Unite hanno ritenuto manifestamente infondate le questioni, articolate dai ricorrenti, di non conformità della citata legge alla normativa comunitaria, con particolare riferimento ai principi di uguaglianza, libera prestazione di servizi e tutela della concorrenza. Quanto alla asserita violazione del principio della libertà di concorrenza, le Sezioni Unite sostengono che la l. n. 339 «ha inciso sul modo di svolgere il servizio presso enti pubblici e non sulle modalità di organizzazione della professione forense: da ciò l'estraneità dei principi di concorrenza tra imprese e di libera circolazione degli avvocati nell'Unione europea». A scanso di ogni equivoco, specificano che i pubblici dipendenti non svolgono un'attività economica; *ergo*, la loro attività non può essere considerata attività d'impresa e, di conseguenza, non può porsi un problema di tutela della concorrenza, problema insussistente, tra l'altro perché la l. n. 339/2003 «tende (...) a regolare non la concorrenza tra gli avvocati bensì a soddisfare l'interesse generale sia al corretto esercizio della professione forense sia alla fedeltà dei pubblici dipendenti». Ancora, quanto alla violazione della libera prestazione dei servizi all'interno dell'Unione europea, le Sezioni Unite ritengono che la l. n. 339/2003 sia con-

in *Guida al pubblico impiego*, 2011, n. 1, p. 64.

⁶⁶ A tal proposito le Sezioni Unite evidenziano che «la Corte costituzionale, con le citate pronunce, non ha affrontato né il problema della legittimità della L. n. 339 del 2003 nella parte in cui estende i suoi effetti anche a coloro che erano già iscritti negli albi degli avvocati ed esercitavano la professione sulla base della disciplina preesistente, né il problema della legittimità del divieto, sopravvenuto a carico di costoro, di continuare l'esercizio dell'attività professionale già legittimamente intrapresa».

⁶⁷ Nel caso sottoposto all'esame delle Sezioni Unite, ricorrenti in cassazione sono pubblici dipendenti in regime di *part-time* c.d. ridotto, che, iscritti all'albo ex art. 1, comma 56, l. n. 662/1996, successivamente all'entrata in vigore della l. n. 339/2003 hanno manifestato l'intenzione di mantenere il rapporto di pubblico impiego e di continuare, al contempo, ad esercitare le professioni forensi. Le decisioni dei vari Consigli dell'ordine interessati, con le quali è stata disposta la cancellazione *ex officio* dall'albo, sono state impugnate innanzi al CNF, che ha rigettato tutti i ricorsi. Le pronunce di rigetto sono state quindi impugnate innanzi alla Suprema Corte di cassazione a Sezioni Unite.

forme alla direttiva n. 77/249/Cee e, in particolare, al suo art. 6, atteso che detta legge si applica solo agli avvocati italiani che siano anche dipendenti pubblici e non agli avvocati iscritti in altri Stati membri. Tale osservazione, a ben vedere, appare in contrasto con quanto asserito dalla Corte di giustizia nella pronuncia *Jakubowska*, al cui punto 63 si legge che «Con riserva di verifica da effettuare al riguardo da parte dei giudici italiani, non risulta che la legge n. 339/2003 si applichi esclusivamente agli avvocati di origine italiana». Nonostante tale contrasto interpretativo, però, tanto la Corte di giustizia quanto le Sezioni Unite evidenziano come la cancellazione dall'albo degli avvocati dei dipendenti pubblici in regime di *part-time* ridotto ex l. n. 339/2003 non abbia alcun legame con l'esercizio della professione forense nel territorio dell'Unione europea a titolo di prestazione di servizi⁶⁸, ma, come più specificatamente evidenziato dalla Corte di giustizia, concerne, al più, l'esercizio del diritto di stabilimento da parte degli "euroavvocati". Le Sezioni Unite, concludendo sulla conformità della l. n. 339 al diritto dell'Unione europea, sottolineano, in modo *tranchant*, che «il diritto comunitario non disciplina materie giuridiche – quale quella contemplata dalla l. n. 339 del 2003 – nelle quali si esercita il potere pubblico e, pertanto, in dette materie gli Stati membri possono legiferare in assoluta autonomia». Ciò posto, esse procedono con l'evidenziare taluni principi fermi della giurisprudenza costituzionale in materia di legittimo affidamento e certezza del diritto ricordando, tra l'altro, che «interventi legislativi modificativi *in pejus* di situazioni soggettive attinenti a rapporti di durata non possono arbitrariamente frustrare l'affidamento dei cittadini fondato sulla situazione normativa preesistente, senza violare il principio di ragionevolezza di cui all'art. 3 Cost., nonché, in ragione degli interessi nella specie coinvolti, gli artt. 4, 35 e 41 Cost., relativi alle garanzie del lavoro e della libertà di iniziativa economica, anche sotto il profilo della concorrenza». Ricordano, altresì, che una nuova normativa diretta a regolare situazioni pregresse è legittima se ragionevole e se rispettosa dei principi generali di tutela del legittimo affidamento e di certezza delle situazioni giuridiche soggettive. Orbene, posti questi principi fondamentali, le Sezioni Unite dubitano della ragionevolezza della l. n. 339/2003, atteso che il sacrificio imposto ai dipendenti pubblici in regime di *part-time*, legittimamente iscritti all'albo degli avvocati, potrebbe essere ingiustificato, *id est*, irragionevole e violativo dei menzionati principi del legittimo affidamento («riposto nella possibilità di proseguire nel tempo nel mantenimento dello stato») e della certezza del diritto. Le Sezioni Unite, dunque, ritengono non manifestamente infondata la tesi prospettata dai ricorrenti, secondo cui il legislatore, nel "confe-

⁶⁸ Le Sezioni Unite, sul punto, osservano che «La direttiva [n. 77/249/Cee] non impedisce l'adozione di disposizioni nazionali come quelle dettate dalla L. n. 339/2003 che prevedano l'incompatibilità tra iscrizione ad albi di avvocati e lo stato di dipendente pubblico a tempo parziale, trattandosi di situazione diversa da quella prevista dalla direttiva».

zionare" la l. n. 339 del 2003, non ha tenuto in debito conto la situazione di quanti avevano usufruito della possibilità offerta dalla precedente normativa, «sconvolgendo in tal modo preesistenti e oramai consolidati equilibri [atteso che] l'aspettativa dei ricorrenti alla conservazione dello *status* di dipendenti pubblici *part-time* e di avvocati era pervenuta ad un livello di consolidamento della propria scelta di vita di impiegato pubblico *part-time* e di avvocato (...) così elevato da creare quell'affidamento ritenuto dal giudice delle leggi di valore costituzionalmente protetto»⁶⁹.

A questo punto, appare doverosa un'osservazione. Quanto alla violazione dei principi di certezza del diritto e della tutela dell'affidamento legittimo, può riscontrarsi un contrasto, in realtà più apparente che reale, tra Corte di giustizia e Corte di cassazione. Quest'ultima, infatti, ritiene che la l. n. 339/2003 sia violativa dei menzionati principi. La Corte di giustizia, invece, nella sentenza *Jakubowska*, non ha esaminato nel merito la denunciata violazione dei suddetti principi, non perché non l'abbia ritenuta sussistente, ma perché il giudice del rinvio non ha offerto elementi utili per procedere ad un prudente apprezzamento (v. più nel dettaglio *supra*). Le Sezioni Unite, invece, argomentano in maniera chiara e dettagliata la ritenuta violazione dei due fondamentali principi e, nelle ordinanze in esame, concludono per la rilevanza e non manifesta infondatezza della questione di legittimità costituzionale degli artt. 1 e 2 della l. n. 339 del 2003 in relazione sia agli artt. 3, 4, 35 e 41 Cost. sia al principio di ragionevolezza, nella parte in cui non prevedono che il regime di incompatibilità di cui all'art. 1 non si applichi ai pubblici dipendenti, in regime di *part-time* ridotto, già iscritti all'albo degli avvocati all'entrata in vigore della l. n. 339⁷⁰.

⁶⁹ Le Sezioni Unite evidenziano il pregiudizio sofferto da tutti coloro che, avendo usufruito della possibilità offerta dalla l. n. 662/1996, hanno fatto affidamento sul mantenimento nel tempo del duplice *status* di avvocato e di dipendente pubblico in regime di *part-time*, hanno effettuato investimenti per intraprendere la nuova attività professionale, hanno modificato il proprio stile di vita, hanno sacrificato la possibilità di fare carriera all'interno della p.a. di appartenenza.

⁷⁰ Quanto al contenuto delle *quaestiones legitimittatis* sollevate dalle SS.UU. deve effettuarsi una precisazione. A ben vedere, esse non rappresentano una novità nel panorama giurisprudenziale italiano, perché "accommunabili" a due precedenti. Infatti, la questione di costituzionalità degli artt. 1 e 2 della l. n. 339/2003, nella parte in cui trovano applicazione anche nei confronti di coloro che, *ex lege* n. 662/1996, si sono iscritti all'albo e risultano ancora iscritti alla data di entrata in vigore della l. n. 339, è già stata sollevata sia dal Giudice di pace di Cortona nel 2007 sia dal Tribunale ordinario di Napoli nel 2008. Quelle sollevate dal primo, come già evidenziato (cfr. *supra*, nota 6), sono state dichiarate manifestamente inammissibili dalla Consulta con ordinanza n. 210/2008. Stessa sorte è toccata alle questioni sollevate dal Tribunale partenopeo, «perché il medesimo rimettente ha già sollevato sotto diverso profilo, nel corso dello stesso grado di giudizio, questione di costituzionalità» (così l'ordinanza n. 91 del 27 marzo 2009, in *Giur. cost.*, 2009, p. 817 ss.). Infatti, nella più volte citata sentenza n. 390/2006, la Consulta aveva già dichiarato manifestamente inammissibili, per difetto di rilevanza, le questioni di costituzionalità sollevate dal Tribunale di Napoli (cfr. nota n. 59). Quest'ultimo, riassunto il procedimento a seguito della sentenza n. 390 e riesaminati gli atti, non si è "accontentato" della pronuncia della Consulta, perché, nel giugno 2008, ha ritenuto di dover nuovamente sottoporre al vaglio di costituzionalità gli artt. 1 e 2 della l. n. 339/2003, seppur sotto il diverso profilo del legittimo affidamento ingenerato nei dipendenti pubblici che avevano usufruito della possibilità di esercitare la professione forense *ex l. n. 662/1996*

Conclusivamente, posta la legittimità della scelta del legislatore di far rivivere le incompatibilità di cui al rdl n. 1578 del 1933 per tutti i dipendenti pubblici che, dopo l'entrata in vigore della l. n. 339 del 2003, avrebbero voluto esercitare la professione forense, resta ancora "appesa ad un filo" la situazione di coloro che, al momento dell'entrata in vigore della l. n. 339, risultano iscritti nell'albo degli avvocati, avendo maturato un legittimo affidamento nel mantenimento del duplice *status* di avvocato e di dipendente pubblico in regime di *part-time* ridotto. Forse, solo l'attesa – nonché ennesima – pronuncia della Corte costituzionale metterà la parola "fine" alla tormentata vicenda degli avvocati/dipendenti pubblici *part-time*, vicenda che, come visto, è tanto sentita da aver coinvolto anche la Corte di giustizia.

Alessia Mari*

(per un commento all'ordinanza del Tribunale di Napoli v. M. PERELLI, *Nuovo spiraglio per i diritti quesiti degli avvocati part time?*, in *Guida al pubblico impiego*, 2008, n. 11, p. 45). Al fine di poter raffrontare le censure sollevate, da ultimo, dalle Sezioni Unite e dal Tribunale di Napoli nel 2008, vale la pena evidenziare, seppur molto brevemente, i dubbi di costituzionalità avanzati da quest'ultimo ed esaminati dalla Consulta nell'ordinanza n. 91/2009, *loc. cit.* Il Tribunale partenopeo, nell'ordinanza di remissione, osserva che, sebbene il legislatore, nel rispetto del principio di ragionevolezza, sia libero di introdurre disposizioni nuove e di contenuto opposto a quelle in vigore, non deve trattarsi di «una capricciosa volubilità», soprattutto se «è in gioco un bene della vita, come il lavoro, costituzionalmente protetto e anzi cardine dell'intero sistema costituzionale (artt. 1, 4, 35 e 41 Cost.)». Osserva altresì che, quando si incide su rapporti di durata con una normativa *in pejus*, la discrezionalità del legislatore trova un limite nella tutela dell'affidamento ingenerato dalla normativa preesistente e della certezza del diritto, che consiste anche nel confidare ragionevolmente sulla stabilità dell'ordinamento. Osserva, infine, che il legislatore, nel 1996, ha addirittura incoraggiato la trasformazione del rapporto di pubblico impiego in *part-time* ridotto, decidendo poi di rovesciare la situazione senza tenere in debito conto la situazione di quanti avevano usufruito della possibilità offerta dalla l. n. 662/1996. La Corte costituzionale, con ordinanza n. 91/2009, come anticipato, ha dichiarato la manifesta inammissibilità delle questioni proposte, perché il rimettente, nello stesso grado di giudizio, ha già sollevato, sotto diverso profilo, la *quaestio legitimatis* degli artt. 1 e 2 della l. n. 339 (dichiarata inammissibile con sentenza n. 390/2006) e perché «secondo la costante giurisprudenza costituzionale in presenza di una pronuncia avente contenuto decisorio, come è quella che abbia accertato un difetto di rilevanza non modificabile dal giudice *a quo*, non è consentito al medesimo rimettente riproporre nel medesimo giudizio la stessa questione, poiché ciò si concreterebbe nella impugnazione della precedente decisione della Corte, inammissibile alla stregua dell'ultimo comma dell'art. 137 della Costituzione».

* Segretario comunale; ex borsista di ricerca in Diritto dell'Unione europea / Università degli Studi di Salerno.

ATTI DELLE ISTITUZIONI EUROPEE

CONSIGLIO EUROPEO

Conclusioni della Presidenza del Consiglio europeo del 23-24 giugno 2011*

Il Consiglio europeo si è compiaciuto del prossimo completamento dell'attuazione del pacchetto globale di misure approvato nel marzo scorso al fine di riportare l'Europa sul percorso di una crescita sostenibile e tesa a creare occupazione, nonché al fine di rafforzare la governance economica. Ha accolto con particolare favore l'accordo raggiunto sul futuro MES e sul FESF modificato, nonché i sostanziali progressi compiuti in merito alle proposte legislative sulla governance economica. Ha concluso il primo semestre europeo valutando collettivamente i programmi degli Stati membri in base alla valutazione della Commissione e approvando le raccomandazioni specifiche per paese che dovranno essere prese in considerazione nelle prossime decisioni nazionali sul bilancio e sulle riforme strutturali. In questo contesto ha rilevato che gli Stati membri partecipanti al Patto euro plus si sono impegnati a rafforzare l'ambizione e la precisione dei rispettivi impegni nel prossimo esercizio. Il Consiglio europeo ha valutato la situazione degli Stati membri interessati da un programma di aggiustamento. Per quanto riguarda la Grecia, i capi di Stato o di governo della zona euro hanno convenuto la via da seguire e hanno invitato i loro ministri delle finanze a portare a termine i lavori per poter prendere le decisioni necessarie entro l'inizio di luglio.

Dopo un dibattito approfondito il Consiglio europeo ha definito orientamenti per l'elaborazione della politica di migrazione dell'UE, in ordine a gestione dello spazio Schengen, controllo delle frontiere esterne, sviluppo di partenariati con i paesi del vicinato meridionale e completamento del sistema europeo comune di asilo entro il 2012.

* Il testo integrale delle Conclusioni del Consiglio europeo, delle Dichiarazioni dei Capi di Stato o di Governo e la Dichiarazione del Vertice euro, qui di seguito riportate, sono reperibili sul sito internet <http://www.european-council.europa.eu/council-meetings/conclusions.aspx?lang=it> (n.d.r.).

Il Consiglio europeo ha convenuto che i negoziati di adesione con la Croazia debbano concludersi entro giugno 2011, confermando così il forte impegno in termini di prospettiva di allargamento dei Balcani occidentali.

Il Consiglio europeo ha discusso degli sviluppi nei paesi del vicinato meridionale e ha adottato al riguardo una dichiarazione separata.

I. Politica economica (*Omissis*)

II. Migrazione (*Omissis*)

III. Croazia (*Omissis*)

Altri punti (*Omissis*)

ALLEGATO

Dichiarazione sul vicinato meridionale (*Omissis*)

Dichiarazione dei Capi di Stato o di Governo della zona euro e delle Istituzioni dell'UE del 21 luglio 2011

Ribadiamo l'impegno a favore dell'euro e la ferma intenzione di prendere tutti i provvedimenti necessari per assicurare la stabilità finanziaria della zona euro nel suo complesso e dei suoi Stati membri. Ribadiamo altresì la nostra determinazione a rafforzare la convergenza, la competitività e la governance nella zona euro. Fin dall'inizio della crisi del debito sovrano, sono state adottate misure importanti per stabilizzare la zona euro, riformare le regole e sviluppare strumenti di stabilizzazione nuovi. Nella zona euro la ripresa è ben avviata e l'euro poggia su fondamentali economici sani. Tuttavia, le sfide cui siamo confrontati hanno palesato la necessità di misure più incisive.

Abbiamo concordato oggi le misure seguenti:

Grecia (*Omissis*)

Coinvolgimento del settore privato (*Omissis*)

Strumenti di stabilizzazione (*Omissis*)

Risanamento di bilancio e crescita nella zona euro (*Omissis*)

Governance economica (*Omissis*)

Conclusioni della Presidenza del Consiglio europeo del 23 ottobre 2011

Oltre ad affrontare le sfide immediate poste dalla crisi finanziaria, è essenziale intensificare gli sforzi per assicurare una crescita sostenibile e tesa a creare occupazione. Il risanamento di bilancio e la riduzione del debito rivestono un'importanza cruciale per garantire la sostenibilità delle finanze pubbliche e ripristinare la fiducia. Al tempo stesso è già necessaria un'azione determinata per rafforzare l'economia nel breve periodo. È essenziale pertanto che l'Unione europea attui tutti gli aspetti della strategia Europa 2020. Gli Stati membri accelereranno le riforme strutturali conformemente alle raccomandazioni formulate nel contesto del semestre europeo. In questo quadro, il Consiglio europeo ha oggi individuato una serie di priorità cui riservare una corsia preferenziale dato il loro notevole impatto sull'occupazione e la crescita nel breve e nel medio termine. Ha chiesto inoltre una focalizzazione più accentuata sugli aspetti delle politiche esterne dell'Unione europea atti a favorire la crescita, al fine di massimizzarne il contributo alla crescita in Europa e di creare le condizioni per attrarre maggiori investimenti esteri. Il Consiglio europeo ha stabilito la posizione dell'Unione per il vertice del G20, dando la massima priorità al mantenimento della stabilità finanziaria e alla ripresa della crescita. Ha inoltre discusso i preparativi per la conferenza di Durban sui cambiamenti climatici, sottolineando la necessità di compiere passi ambiziosi verso un quadro giuridicamente vincolante globale e completo per il periodo successivo al 2012.

I. Politica economica (Omissis)

II. G20 (Omissis)

III. Cambiamenti climatici (Omissis)

IV. Politica estera (Omissis)

ALLEGATO

Dichiarazione del Consiglio europeo (Omissis)

Dichiarazione dei Capi di Stato o di Governo dell'UE del 26 ottobre 2011

Nella riunione odierna, conformemente al punto 7 delle conclusioni del Consiglio europeo del 23 ottobre, riguardante le relazioni tra l'UE e la zona euro, i membri del Consiglio europeo sono stati informati dal presidente Van Rompuy in merito allo stato dei preparativi del vertice euro che si svolgerà nel corso della giornata.

Hanno discusso la situazione e sottolineato la loro comune volontà di fare il possibile per superare la crisi e per contribuire ad affrontare in uno spirito di solidarietà le sfide che si pongono all'Unione europea e alla zona euro.

Hanno accolto con favore il consenso sulle misure intese a ristabilire la fiducia nel settore bancario, raggiunto dal Consiglio ECOFIN il 22 ottobre. Su tale base

hanno convenuto il testo allegato alla presente dichiarazione fatto salvo l'accordo sulle misure indicate nel testo che fanno parte di un pacchetto più ampio, che include le decisioni che saranno prese nella riunione odierna del vertice euro. Il Consiglio ECOFIN ultimerà i lavori e adotterà le necessarie misure di follow-up.

ALLEGATO

Consenso sul pacchetto per il settore bancario (Omissis)

Finanziamento a termine (Omissis)

Capitalizzazione delle banche (Omissis)

Aiuti di Stato (Omissis)

Dichiarazione del Vertice euro del 26 ottobre 2011

1. Negli ultimi tre anni abbiamo adottato misure senza precedenti per combattere gli effetti della crisi finanziaria mondiale, sia nell'ambito dell'Unione europea che all'interno della zona euro. La strategia che abbiamo istituito comprende sforzi decisi per garantire risanamento di bilancio, sostegno ai paesi in difficoltà e rafforzamento della governance della zona euro così di realizzare una maggiore integrazione economica tra noi e un'ambiziosa agenda per la crescita. Nella riunione del 21 luglio abbiamo adottato una serie di decisioni importanti. La ratifica da parte di tutti i 17 Stati membri della zona euro delle misure riguardanti il FESF rafforza notevolmente la nostra capacità di reagire alla crisi. L'accordo delle tre istituzioni su un pacchetto legislativo forte all'interno delle strutture dell'UE in merito a una migliore governance economica rappresenta un altro risultato significativo. L'introduzione del semestre europeo, in base al quale ora il coordinamento a livello dell'UE avviene prima che siano adottate le decisioni nazionali, ha cambiato radicalmente le modalità di coordinamento a livello europeo delle nostre politiche economiche e di bilancio. L'euro continua a poggiare su fondamentali solidi.

2. Occorrono ulteriori azioni per ripristinare la fiducia ed è per questo che, oggi, abbiamo convenuto una serie globale di misure supplementari che rispecchiano la nostra ferma determinazione a fare tutto il necessario per superare le attuali difficoltà e a intraprendere le iniziative richieste per il completamento dell'unione economica e monetaria. Appoggiamo pienamente l'azione della BCE volta a garantire la stabilità di prezzi della zona euro.

Finanze pubbliche sostenibili e riforme strutturali per la crescita (Omissis)

Paesi partecipanti al programma di aggiustamento (Omissis)

Meccanismi di stabilizzazione (Omissis)

Sistema bancario (Omissis)

Coordinamento e sorveglianza economici e di bilancio (Omissis)

Struttura di governance della zona euro (Omissis)

Ulteriore integrazione (Omissis)

ALLEGATO 1

Dieci misure per migliorare la governance della zona euro (Omissis)

ALLEGATO 2

Consenso sul pacchetto per il settore bancario (Omissis)

Finanziamento a termine (Omissis)

Capitalizzazione delle banche (Omissis)

Aiuti di Stato (Omissis)

Dichiarazione dei Capi di Stato o di Governo della zona euro del 9 dicembre 2011

Negli ultimi 18 mesi l'Unione europea e la zona euro si sono molto prodigate per migliorare la governance economica e adottare nuove misure in risposta alla crisi del debito sovrano. Tuttavia, le tensioni dei mercati nella zona euro si sono esacerbate e dobbiamo compiere maggiori sforzi per affrontare le sfide attuali. Oggi abbiamo convenuto di progredire verso un'unione economica più forte, il che implica interventi in due direzioni:

- un nuovo patto di bilancio e un rafforzamento del coordinamento delle politiche economiche;*
- lo sviluppo dei nostri strumenti di stabilizzazione per fronteggiare le sfide a breve termine.*

Un'architettura rafforzata per l'unione economica e monetaria (Omissis)

Un nuovo patto di bilancio (Omissis)

Rafforzamento del coordinamento delle politiche e della governance (Omissis)

Rafforzare gli strumenti di stabilizzazione (Omissis)

Conclusioni della Presidenza del Consiglio europeo del 9 dicembre 2011

Molto è stato fatto negli ultimi 18 mesi per migliorare la nostra governance economica e combattere la crisi economica e finanziaria. Abbiamo preso decisioni importanti, esposte nelle presenti conclusioni, che richiedono un'attuazione rapida e vigorosa.

Abbiamo deciso di dare priorità alle misure potenzialmente in grado di stimolare al meglio la crescita e l'occupazione. Gli Stati membri che partecipano al Patto euro plus hanno convenuto di assumere impegni più specifici e misurabili e in particolare, di portare avanti i lavori in materia di occupazione.

Abbiamo definito orientamenti per l'ulteriore sviluppo della politica energetica in ordine al completamento del mercato interno, al potenziamento dell'efficienza energetica, allo sviluppo delle infrastrutture, alla coerenza nelle relazioni esterne dell'UE, al rafforzamento della sicurezza e della protezione nucleari.

Inoltre, il Consiglio europeo ha accolto con favore la firma del trattato di adesione con la Croazia e ha preso decisioni in merito al processo di allargamento dell'UE nei confronti della Serbia e del Montenegro.

I. Politica economica (Omissis)

II. Energia (Omissis)

III. Allargamento (Omissis)

IV. Varie (Omissis)

DOCUMENTAZIONE

A QUATTRO ANNI DALLA SUA APPLICAZIONE, LA COMMISSIONE RILEVA LA NECESSITÀ DI APPORTARE MODIFICHE TECNICHE PUNTUALI AL CODICE FRONTIERE SCHENGEN, PREVEDENDO L'ISTITUZIONE DI VALICHI DI FRONTIERA CONDIVISI

Proposta di Regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio che modifica il Regolamento (Ce) n. 562/2006 del Parlamento europeo e del Consiglio che istituisce un codice comunitario relativo al regime di attraversamento delle frontiere da parte delle persone (codice frontiere Schengen), e la convenzione di applicazione dell'accordo di Schengen*

Relazione

1. Contesto della proposta

Motivazioni e obiettivi della proposta

La presente proposta contiene una serie di modifiche al Regolamento (Ce) n. 562/2006 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 15 marzo 2006, che istituisce un codice comunitario relativo al regime di attraversamento delle frontiere da parte delle persone (codice frontiere Schengen), che sono il risultato dell'esperienza acquisita durante i primi anni della sua applicazione. La proposta contiene inoltre alcune modifiche, strettamente correlate, alla convenzione di applicazione dell'accordo di Schengen del 14 giugno 1985.

Contesto generale

Il 13 ottobre 2006 è entrato in vigore il Regolamento (Ce) n. 562/2006 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 15 marzo 2006, che istituisce un codice comunitario relativo al regime di attraversamento delle frontiere da parte delle persone

* Doc. Com(2011)118 def. del 10 marzo 2011. Il testo completo è reperibile sul sito internet <http://eur-lex.europa.eu/it/index.htm> (n.d.r.). In argomento v. *infra*, p. 769 ss., il commento di GIUSEPPE LICASTRO.

(codice frontiere Schengen).

Dopo quattro anni di applicazione pratica è emersa la necessità di alcune modifiche tecniche puntuali, ispirate principalmente dalle fonti seguenti:

- l'esperienza pratica degli Stati membri e della Commissione nell'applicazione del codice frontiere Schengen, inclusi i risultati delle valutazioni Schengen e le relazioni e le richieste presentate dagli Stati membri;

- la relazione della Commissione del settembre 2009 sul funzionamento delle disposizioni relative all'apposizione di timbri sui documenti di viaggio dei cittadini di paesi terzi conformemente agli artt. 10 e 11 del codice frontiere Schengen (Com(2009) 489);

- la relazione della Commissione del 13 ottobre 2010 sull'applicazione del titolo III (Frontiere interne) del codice frontiere Schengen (Com(2010)554);

- considerazioni di coerenza legate ad altri atti legislativi adottati recentemente, in particolare il codice dei visti (Regolamento (Ce) n. 810/2009 del 13 luglio 2009) e la direttiva rimpatri (direttiva 2008/115/Ce del 16 dicembre 2008).

La presente proposta contiene modifiche che apportano una maggiore chiarezza e che riducono la possibilità di interpretazioni divergenti del testo vigente, e modifiche che rispondono a problemi pratici sorti nei primi anni dopo l'introduzione del codice frontiere Schengen. Prevede inoltre un esplicito quadro giuridico per gli accordi bilaterali relativi alle verifiche di frontiera comuni sul traffico stradale.

(*Omissis*)

2. Consultazione delle parti interessate (*Omissis*)

3. Elementi giuridici della proposta

Sintesi

Le principali modifiche proposte vertono sui punti seguenti:

- chiara definizione del metodo di calcolo del «soggiorno non superiore a tre mesi nell'arco di sei mesi» (art. 5): in seguito alla sentenza della Corte di giustizia del 3 ottobre 2006 nella causa n. C-241/05, *Bot*, (*Raccolta*, 2006, I, p. 9627), e all'adozione di una disposizione correlata e parallela, all'art. 2, par. 2, lett. *a.*, del codice dei visti, è necessario, per il codice frontiere Schengen, un orientamento legislativo chiaro e sicuro su tale questione;

- chiarimento in merito al periodo di validità dei documenti di viaggio delle persone non titolari di visto (art. 5), in risposta ad esigenze pratiche e per allineare il testo con l'art. 12 del codice dei visti;

- possibilità di creare corsie separate per i viaggiatori esenti dall'obbligo del visto (art. 9), allo scopo di introdurre una maggiore flessibilità e di accelerare il controllo di frontiera in funzione delle necessità pratiche;

(*Omissis*)

Base giuridica

Art. 77, par. 1 e art. 77, par. 2, del trattato sul funzionamento dell'Unione europea (TFUE).

La presente proposta modifica il Regolamento (Ce) n. 562/2006 del Parlamento

europeo e del Consiglio, del 15 marzo 2006, che istituisce un codice comunitario relativo al regime di attraversamento delle frontiere da parte delle persone (codice frontiere Schengen), basato sulle corrispondenti disposizioni del trattato che istituisce la Comunità europea, cioè sull'art. 62, punto 1 e punto 2, lett. *a*. La presente proposta modifica inoltre gli artt. 21 e 22 della convenzione di applicazione dell'accordo di Schengen del 14 giugno 1985, la cui base giuridica (secondo quanto determinato dalla decisione 1999/436/Ce) è l'art. 62, punto 3, del Trattato CE, e modifica infine l'art. 136 di detta convenzione, la cui base giuridica è l'art. 62, punto 2, del Trattato CE.

(*Omissis*)

4. Incidenza sul bilancio (*Omissis*)

5. Informazioni supplementari

Conseguenze dei vari protocolli allegati ai trattati e degli accordi di associazione conclusi con Paesi terzi

La base giuridica della presente proposta è contenuta nella parte terza, titolo V, del trattato sul funzionamento dell'Unione europea; di conseguenza si applica il sistema "a geometria variabile" previsto nei protocolli sulla posizione del Regno Unito e dell'Irlanda e sulla posizione della Danimarca, e dal protocollo Schengen. La proposta è basata sull'*acquis* di Schengen. È pertanto necessario esaminare le conseguenze dei vari protocolli nel caso di Danimarca, Irlanda e Regno Unito; Islanda e Norvegia; Svizzera e Liechtenstein. La specifica situazione di ciascuno di questi Stati è descritta nei *considerando* da 7 a 12 della presente proposta.

(*Omissis*)

L'EVOLUZIONE DEL "CONTROLLO DI FRONTIERA": I «VALICHI DI FRONTIERA CONDIVISI»*

La *proposta*¹ di modifica del Regolamento n. 562 del 2006 (*codice frontiere Schengen*)² prevede diverse, significative *modifiche* (da apportare) alla luce non solo dei «problemi pratici sorti nei primi anni dopo l'introduzione del codice frontiere Schengen» ma anche dell'adozione di determinati *atti* successivi (ad esempio: la "direttiva rimpatri"³)⁴ che *incidono*, senza dubbio, sulla disciplina contemplata da specifiche disposizioni previste dal suddetto *codice* (occorre succintamente ricordare che il *codice* prevede «nel quadro del Titolo II (artt. 4-19) dedicato proprio alla disciplina relativa alle frontiere esterne, i principi relativi all'attraversamento delle frontiere esterne (art. 4), le condizioni di ingresso per i cittadini di Paesi terzi (art. 5), le «verifiche» da effettuare sulle persone all'atto dell'attraversamento delle frontiere esterne (art. 7), l'apposizione dei timbri sui documenti di viaggio (art. 10)»⁵, la «pre-sunzione in ordine alle condizioni relative alla durata del soggiorno» (art. 11),

* Pubblicato anche nella Rivista online «*Foroeuropa*», n. 5, settembre-ottobre 2011.

¹ Cfr. doc. Com(2011)118 def., del 10 marzo 2011, *Proposta di Regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio (...)*, p. 2 ss. (la *proposta* contempla anche solo alcune "modifiche" alla *Convenzione di applicazione dell'accordo di Schengen*).

² Cfr. *Gu-Ue* n. L 105 del 13 aprile 2006, p. 1 ss. Sul *codice* v., in particolare, E. GUILD, *Danger – borders under construction: assessing the first five years of border policy in an area of freedom, security and justice*, in J. DE ZWAAN - F. GOUDAPPEL (eds.), *Freedom, Security and Justice in the European Union: Implementation of the Hague Programme*, The Hague, T.M.C. Asser Press, 2006, p. 62 ss.

³ Cfr. *Gu-Ue* n. L 348 del 24 dicembre 2008, p. 98 ss. In dottrina v., tra gli altri, C. FAVILLI, *La direttiva rimpatri ovvero la mancata armonizzazione dell'espulsione dei cittadini di Paesi terzi*, in *Osservatorio sulle fonti*, n. 2, 2009, p. 1 ss., consultabile in: www.osservatoriosullefonti.it; F. ZORZI GIUSTINIANI, *Direttiva rimpatri e politica comunitaria in materia di immigrazione*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2009, pp. 671-675.

⁴ Cfr. doc. Com(2011)118 def., *loc. cit.*, p. 2.

⁵ Cfr. G. LICASTRO, *Verso un «sistema» europeo «di gestione integrata delle frontiere esterne»*, in questa *Rivista*, 2010, p. 334; sia consentito rinviare (ancora) a G. LICASTRO, *Il «codice frontiere Schengen»*, in questa *Rivista*, 2006, p. 587 ss.

la «sorveglianza di frontiera» (art. 12), il regime in materia di *respingimento*⁶ (art. 13).

Appare però importante soffermarsi (succintamente) solo su una rilevante *modifica* prevista dalla suddetta *proposta* che introduce una particolare disciplina, indubbiamente significativa, concernente l'istituzione di «valichi di frontiera condivisi»: la *possibilità* quindi di concludere accordi bilaterali di *cooperazione* (Stati membri-Paesi terzi limitrofi) nel quadro del «controllo di frontiera»⁷ che, sostanzialmente, concerne le *verifiche* e la *sorveglianza* di frontiera⁸ (art. 2, par. 9, del *codice*).

La summenzionata *proposta* introduce (appunto) un nuovo, significativo punto 1.1.4. («Valichi di frontiera condivisi»)⁹ nel quadro (ovviamente del punto 1.) dell'allegato VI del *codice*¹⁰ che prevede specifiche *norme* concernenti le (*modalità* delle) *verifiche* da effettuare alla frontiera terrestre¹¹.

Più in particolare, il punto 1.1.4.1. prevede la *possibilità* di concludere accordi bilaterali (Stati membri-Paesi terzi limitrofi) tesi all'istituzione di valichi di frontiera condivisi posti sul *territorio* dello Stato membro o del Paese terzo¹²: molto rilevante appare però la *possibilità* di istituire i valichi *sul territorio del Paese terzo* limitrofo, anche dal punto di vista di "*intendere*" i valichi, vale a dire, «ogni valico autorizzato dalle autorità competenti per il *passaggio* delle *frontiere esterne*»¹³ (art. 2, par. 8, del *codice*). Appare inoltre molto importante sottolineare che la sopraindicata *proposta* stabilisce che gli Stati membri sono tenuti a *notificare* alla Commissione (anche) «gli accordi bilaterali autorizzati dal presente Regolamento» (art. 37, prima frase)¹⁴ al fine, sostanzialmente, di consentire la pubblicazione (quindi l'*aggiornamento* periodico dell'elenco dei valichi di fron-

⁶ Si ritiene opportuno riportare una significativa osservazione di *Giorgio Gaja* che distingue l'espulsione dal *respingimento*: «Expulsion is traditionally distinguished from return ("refoulement") because return, unlike expulsion, represents a coercive measure denying an individual admission to the territory of the State. (...)» (citazione tratta da G. GAJA, *Expulsion of Aliens: Some Old and New Issues in International Law*, in *Cursos Euromediterráneos Banca de Derecho Internacional*, vol. III, Elcano, Aranzadi, 1999, pp. 290-291 che figura nel quadro del corposo studio prodotto per la Commissione di diritto internazionale (ILC), *Expulsion of aliens*, United Nations Doc. A/CN.4/565 del 10 luglio 2006, p. 66, nota 144).

⁷ Cfr. doc. Com(2011)118 def., *cit. supra*, nota 1, p. 9.

⁸ Occorre precisare che la succitata *proposta* prevede (altresì) determinate modifiche riguardanti sia le *verifiche* che la *sorveglianza* di frontiera.

⁹ Cfr. doc. Com(2011)118 def., *loc. cit.*, p. 23.

¹⁰ Cfr. *Gu-UE* n. L 105 del 13 aprile 2006, p. 24.

¹¹ Occorre (inoltre) ricordare il "*titolo*" del punto 1.1. dell'allegato VI del *codice*: «Verifiche sul traffico stradale» (cfr. *Gu-UE* n. L 105 del 13 aprile 2006, p. 24).

¹² Cfr. doc. Com(2011)118 def., *loc. cit.*, p. 24.

¹³ Corsivo aggiunto. In argomento cfr. A. LANG, *L'Unione europea quale spazio senza frontiere interne: implicazioni per i cittadini dei paesi confinanti*, in C. FIAMINGO - E. GIUNCHI (a cura di), *Muri, confini, passaggi. Studi storico-politici e prospettive giuridiche*, Milano, Giuffrè, 2009, p. 251 ss.

¹⁴ Cfr. doc. Com(2011)118 def., *loc. ult. cit.*, p. 20.

tiera di cui all'art. 2, par. 8, del *codice*¹⁵) nella *Gazzetta ufficiale dell'Unione europea*, a norma (altresi) dell'art. 34, par. 2 (ovviamente vigente), del *codice*.

Il punto 1.1.4.3. («Valichi di frontiera condivisi situati sul territorio del paese terzo») stabilisce che le *guardie di frontiera dello Stato membro* esercitano le loro funzioni nel Paese terzo limitrofo secondo quanto previsto dal *codice* (ad esempio: effettuando attività di *sorveglianza*, ai sensi dell'art. 12 del *codice*, allo scopo di contrastare anche la criminalità transfrontaliera¹⁶) applicando la seguente, particolare disciplina relativamente alla richiesta di *protezione internazionale*¹⁷: «un cittadino di paese terzo che ha superato il controllo all'uscita delle guardie di frontiera del paese terzo e chiede successivamente protezione internazionale alle guardie di frontiera dello Stato membro presenti nel paese terzo è autorizzato ad accedere al territorio dello Stato membro in questione in vista dell'avvio delle pertinenti procedure. Le autorità del paese terzo accettano il trasferimento dell'interessato nel territorio dello Stato membro»¹⁸ (punto 1.1.4.3., lett. a.). Tale particolare disciplina sembrerebbe quindi istituire un'ulteriore, innovativa *forma* di «*esternalizzazione minima*»¹⁹ nel quadro (ovviamente) della *richiesta di protezione internazionale*²⁰.

Il punto 1.1.4.4. precisa infine che occorre (necessariamente) *consultare* la Commissione «prima» della conclusione (o modifica) dell'accordo bilaterale relativo ai valichi di frontiera condivisi, al fine di verificare la "compatibilità" dell'*Accordo* «con il presente Regolamento»²¹.

Giuseppe Licastro**

¹⁵ V., ad esempio, l'aggiornamento che figura in *Gu-UE* n. C 229 del 23 settembre 2009, pp. 28-29.

¹⁶ Cfr. art. 12, par. 1, del *codice*.

¹⁷ Sulla «*protezione internazionale nell'UE*» v., da ultimo, C. FAVILLI, *La protezione internazionale nell'ordinamento dell'Unione Europea*, in ID. (a cura di), *Procedure e garanzie del diritto di asilo*, Padova, Cedam, 2011, pp. 121-145 nonché la dottrina ivi richiamata.

¹⁸ Cfr. doc. Com(2011)118 def., *cit. supra*, nota 1, pp. 24-25.

¹⁹ Sulla «*esternalizzazione minima*» cfr. B. CORTESE, *L'esternalizzazione delle procedure di riconoscimento dello status di rifugiato tra competenze comunitarie e nazionali*, in *Dir. Un. Eur.*, 2006, p. 88.

²⁰ Nell'ambito della «cd. esternalizzazione delle domande di protezione» cfr. anche A. ADINOLFI, *Riconoscimento dello status di rifugiato e della protezione sussidiaria: verso un sistema comune europeo?*, in *Riv. dir. int.*, 2009, pp. 692-693: l'Autrice richiama un documento della Commissione -specificamente: Com(2004)410 def., del 4 giugno 2004, relativo «all'ingresso gestito nell'Unione europea delle persone bisognose di protezione internazionale e al rafforzamento della capacità di protezione nelle regioni di origine»- che esamina la «possibilità» di istituire «procedure» in materia di «ingresso protetto» (cfr., *ivi*, p. 693, nota 64).

²¹ Cfr. doc. Com(2011)118 def., *loc. cit.*, p. 25.

** Dottore in giurisprudenza / Università degli Studi "Mediterranea" di Reggio Calabria.

LA DISCIPLINA DELLE ZONE FRANCHE*

PARTE SECONDA

LA NORMATIVA ITALIANA

Sommario: 4. *La normativa italiana riguardante le zone franche e i depositi franchi* - 5. *Le proposte di legge in Italia in materia di istituzione di zone franche* - 6. *Considerazioni finali*.

4. La normativa italiana riguardante le zone franche e i depositi franchi

Storicamente nel nostro Paese l'esistenza di territori extra-doganali, tralasciando l'esempio di Venezia relativo alla prima dominazione austriaca (1798-1806), nel XX secolo trae il fondamento giuridico anzitutto dalle franchigie concesse nell'impero austro-ungarico a Trieste e a Fiume (risalenti agli inizi del 1700) che, dopo l'annessione, il Regno d'Italia continuò a conservare rispettivamente con il r.d. 15 settembre 1922 n. 1356¹¹⁸ e il r.d. 24 febbraio 1924 n. 225¹¹⁹; altresì, con riferimento ai confini orientali, deve essere ricordata l'istituzione nel 1923 della zona franca di Zara¹²⁰.

La prima normativa quadro relativa all'istituzione dei porti franchi è rappresentata dal rdl 22 dicembre 1927, n. 2395¹²¹; successivamente l'atto rile-

* Le opinioni espresse impegnano esclusivamente l'Autore e non l'Ente di appartenenza.

La prima parte del contributo è pubblicata sul n. 3/2011 di questa *Rivista*, p. 555 ss. alla quale si rinvia per i rimandi in nota (*n.d.r.*).

¹¹⁸ In *Gazzetta Ufficiale del Regno d'Italia* n. 255 del 30 ottobre 1922, parte ufficiale, p. 2764.

¹¹⁹ In *Gazzetta Ufficiale del Regno d'Italia* n. 47 del 25 febbraio 1924, parte I, p. 936.

¹²⁰ La zona franca di Zara venne istituita con effetti per l'intero territorio della provincia con decreto del Prefetto di Zara, l'8 marzo 1923, attuando l'art. 1 del rdl 13 marzo 1921, n. 295, in *Gazzetta Ufficiale del Regno d'Italia* n. 73 del 28 marzo 1921, parte I, p. 347, convertito in l. 16 giugno 1927, n. 985. La decadenza pratica di tale zona franca è connessa alle vicende relative all'occupazione titina-jugoslava della provincia di Zara avvenuta il 2 novembre 1944, mentre quella giuridica si è avuta con il Trattato di Pace del 1947, che comportò l'annessione dell'intera provincia alla Repubblica della Jugoslavia.

¹²¹ In *Gazzetta Ufficiale del Regno d'Italia*, n. 300 del 28 dicembre 1927, parte I, p. 5043.

vante di maggiore organicità è stata la legge doganale n. 1424 del 25 settembre 1940¹²², che agli artt. 77 e 78 prevedeva la possibilità di istituire «punti franchi» e «depositi franchi» presso i principali porti marittimi: in base all'art. 1, secondo comma, tali siti erano considerati come posti al di fuori del territorio doganale nazionale.

Prima dell'ultimo conflitto mondiale e nell'immediato dopoguerra, l'intervento del legislatore in questa materia si è caratterizzato soprattutto per la sua attinenza al settore portuale, in casi specificamente individuati¹²³; invece gli *status* particolari tuttora vigenti per le franchigie attribuite al porto di Trieste, trovano il loro fondamento in un atto di natura internazionale del 1947¹²⁴. Si è dovuto attendere più di un ventennio per l'emanazione del dpr n. 18 del 18 febbraio 1971¹²⁵, che agli artt. 5 e 6 stabiliva la possibilità di realizzare punti franchi e depositi franchi nelle principali città marittime ed anche all'interno del Paese allo scopo di incentivare il commercio internazionale.

Infine è stato emanato il decreto del Presidente della Repubblica del 23 gennaio 1973, n. 43¹²⁶, costituente il testo unico delle disposizioni legislative in materia doganale¹²⁷, e le successive modificazioni ed integrazioni, nonché le norme regolamentari applicabili¹²⁸.

In base alla normativa italiana bisogna distinguere i prelievi corrispondenti ai veri e propri tributi doganali comunitari dalle riscossioni che, esulando dai precedenti, si giustificano esclusivamente in forza di disposizioni della legge italiana e che non rilevano, quindi, ai fini dell'individuazione delle esenzioni doganali comunitarie previste per le merci collocate in zone franche o in depositi franchi, ai sensi delle disposizioni del codice doganale comunitario.

¹²² In *Gazzetta Ufficiale del Regno d'Italia*, n. 250 del 24 ottobre 1940, parte I, p. 3948.

¹²³ Tali sono: rdl 1 marzo 1938, n. 416 - Istituzione del punto franco del porto di Genova, in *Gazzetta Ufficiale del Regno d'Italia* n. 103 del 6 maggio 1938, parte I, p. 1708, convertito in l. 4 giugno 1938 n. 1198; dlgo 5 gennaio 1948, n. 268 - Istituzione di un punto franco nel porto di Venezia, in *Guri* del 17 aprile 1948, n. 91, ratificato con l. 17 aprile 1956 n. 561; l. 15 marzo 1951 n. 191 - Istituzione di un punto franco nel porto di Messina, in *Guri* n. 76 del 3 aprile 1951; l. 4 novembre 1951, n. 1295 - Istituzione di un punto franco a Brindisi, in *Guri* n. 281 del 6 dicembre 1951; l. 11 febbraio 1952 n. 75 - Istituzione di un punto franco nel porto di Napoli, in *Guri* n. 54 del 3 marzo 1952; dm 6 marzo 1954 - Attuazione del regime di punto franco del porto di Napoli, in *Guri* n. 70 del 26 marzo 1954.

¹²⁴ Cfr. artt. 1-20 dell'Allegato VIII del Trattato di pace fra l'Italia e le Potenze Alleate e Associate, firmato a Parigi il 10 febbraio 1947, reso esecutivo con decreto legislativo del Capo provvisorio dello Stato 28 novembre 1947, n. 1430, in *suppl. a Guri* del 24 dicembre 1947 n. 295; il decreto legislativo è stato ratificato con la l. 25 novembre 1952, n. 3054, in *Guri* del 14 gennaio 1953, n. 10.

¹²⁵ In *Guri* n. 54 del 2 marzo 1971, *suppl. ord.*

¹²⁶ In *Guri* n. 80 del 28 marzo 1973, *suppl. ord.*

¹²⁷ Nel prosieguo dell'articolo si utilizza l'acronimo TULD.

¹²⁸ V. fra l'altro r.d. 17 marzo 1938, n. 726, in *Gazzetta Ufficiale del Regno d'Italia* del 13 giugno 1938, n. 133, parte I, p. 2383; r.d. 17 giugno 1938, n. 856, in *Gazzetta Ufficiale del Regno d'Italia* del 1° luglio 1938, n. 147, parte I, p. 2704.

Come già anticipato¹²⁹, i diritti doganali sono «quei diritti che la dogana è tenuta a riscuotere in forza di una legge, in relazione alle operazioni doganali» (art. 34, comma 1, TULD); mentre i diritti di confine sono «i dazi di importazione e quelli di esportazione, i prelievi e le altre imposizioni all'importazione o all'esportazione previsti dai regolamenti comunitari e dalle relative norme di applicazione ed inoltre, per quanto concerne le merci in importazione, i diritti di monopolio, le sovrimposte di confine ed ogni altra imposta o sovrimposta di consumo a favore dello Stato» (art. 34, comma 2, TULD). Soltanto i secondi hanno la natura di veri e propri tributi doganali comunitari, che vengono riscossi dall'Agenzia delle Dogane e versati direttamente all'Unione europea.

In base al dpr n. 43/73 e alle norme regolamentari applicabili si individuano diverse fattispecie extradoganali.

Nel predetto novero sono contemplati anzitutto i territori extradoganali intesi come "zone franche" contingentali, ossia porzioni di aree dello Stato (prive di delimitazioni fisicamente strutturate e che non fanno parte del suo territorio doganale) nelle quali, entro specifici quantitativi prefissati, è autorizzato il consumo di determinate tipologie di prodotti in esenzione o con la riduzione di imposta. Tali aree, ai sensi dell'art. 2, comma 4, del TULD, sono i «territori dei comuni di Livigno e di Campione d'Italia, nonché le acque nazionali del lago di Lugano racchiuse fra la sponda ed il confine politico nel tratto tra Ponte Tresa e Porto Ceresio, (...)».

Per il comune di Livigno¹³⁰ e per la parte italiana del lago di Lugano, lo speciale *status* che viene loro attribuito si giustifica in quanto, pur avendo una localizzazione geografica posta all'interno dei confini nazionali, tuttavia *de facto* si trovano ad essere compresi nell'orbita, non soltanto geografica bensì anche delle connessioni viarie, del territorio svizzero; invece nel caso del comune di Campione d'Italia si è realmente in presenza di un'*exclave* italiana¹³¹ posta geograficamente all'interno del territorio della Confederazione Elvetica, in cui è intensamente integrata dal punto di vista economico e amministrativo¹³².

¹²⁹ V., *supra*, la nota 43 della Parte Prima di questo contributo pubblicato nel n. 3/2011 di questa Rivista.

¹³⁰ L'attribuzione, per la prima volta, di tali privilegi da parte del legislatore italiano risale all'emanazione della l. 17 luglio 1910, n. 516, in *Gazzetta Ufficiale del Regno d'Italia* n. 180 del 2 agosto 1910, parte ufficiale, p. 4135, in ragione dell'art. 1, comma 2, del r.d. 26 gennaio 1896, n. 20, in *Gazzetta Ufficiale del Regno d'Italia* n. 43 del 21 febbraio 1896, parte ufficiale, p. 829, contenente il testo unico delle leggi doganali all'epoca vigente: la *ratio* consisteva, principalmente, nella constatazione della difficile condizione geografica del comune di Livigno e nella necessità di riconoscere agli abitanti particolari agevolazioni di natura fiscale e tributaria, in quanto sottoposti ad una situazione di isolamento per diversi mesi dell'anno.

¹³¹ Art. 1, comma 4, TULD, *cit. supra*, nota 127: «Il confine politico che racchiude il territorio del comune di Campione d'Italia non costituisce linea doganale».

¹³² Campione d'Italia non è da ritenersi zona franca *tout court*, in quanto pur non compreso nell'area doganale elvetica, è sottoposto al regime doganale di tale Paese con la conseguente imposizione dell'IVA all'otto per cento e delle relative aliquote per le accise. Inoltre il comune utilizza

Proprio il gravitare concretamente nell'ambito del territorio svizzero, ossia di un Paese extracomunitario, costituisce la *ratio* sottostante alla non inclusione delle predette località all'interno dei confini doganali comunitari ai sensi dell'art. 3, par. 1, del Regolamento n. 450/2008, che ha ribadito quanto prescritto nel Regolamento del 1992¹³³.

La medesima *fictio iuris* dell'extradoganalità, in base al successivo comma 6, dell'art. 2 del TULD, si verifica anche per gli «(...) speciali regimi fiscali vigenti nel territorio della Valle d'Aosta ed in quello della provincia di Gorizia, dichiarati "zona franca" rispettivamente con l'art. 14 della legge costituzionale 26 febbraio 1948, n. 4, e con l'art. 1 della legge 1 dicembre 1948, n. 1438». Pur venendo espressamente utilizzato solo in tal caso nel t.u. della legge doganale il *nomen iuris* di «zona franca», tuttavia, diversamente dalle ipotesi previste nel precedente comma 4, tale fattispecie riguarda territori che soltanto dal punto di vista dell'ordinamento giuridico italiano godono dello *status* di extradoganalità, in quanto il Regolamento n. 450/2008 non li esclude dai confini doganali comunitari¹³⁴.

Come argomentato precedentemente, l'esistenza delle fattispecie individuate nei commi 4 e 6 dell'art. 2 del dpr n. 43/73 risponde ad esigenze di carattere non esclusivamente di ordine economico: infatti nelle ipotesi sin qui evidenziate la discrezionalità del legislatore, pur se influenzata da motivazioni oggettive di tipo economico, sociale e puramente geografico, peraltro è stata l'elemento determinante per attribuire a taluni abitanti una serie di agevolazioni di carattere fiscale o valutario, non concessi alla residua popolazione sul territorio italiano.

A tale riguardo giova sottolineare che l'esercizio di questa discrezionalità nel valutare la sussistenza di condizioni economiche e geografiche, allo scopo di concedere o revocare la franchigia doganale ad una determinata zona del territorio statale, è insindacabile in sede di giudizio costituzionale, come sancito dalla Corte costituzionale nell'ordinanza 17 dicembre 1987, n. 558¹³⁵.

la moneta, i francobolli, le targhe automobilistiche, la rete telefonica della confederazione elvetica: invece il sistema postale cui appartiene è sia quello svizzero sia quello italiano.

¹³³ Questa extradoganalità "c.d. rafforzata", anche dal punto di vista comunitario, comporta che il passaggio di merci da tali aree speciali verso il territorio doganale, e viceversa, costituisce a tutti gli effetti un'importazione o un'esportazione da un Paese terzo rispetto all'Unione europea.

¹³⁴ Di conseguenza quanto è stato argomentato, *supra*, in nota 133, non è applicabile per le province di Aosta e di Gorizia. Inoltre in tali casi la qualifica di zona franca non è assimilabile all'istituto previsto dai regolamenti comunitari, dovendosi in realtà definire queste come ipotesi di regimi di franchigie contingenti.

¹³⁵ Il giudice costituzionale ha dichiarato «che è manifestamente inammissibile, investendosi profili riservati alla discrezionalità del legislatore, la questione di legittimità costituzionale dell'art. 2, quarto comma, del testo unico di cui al decreto del Presidente della Repubblica 23 gennaio 1973, n. 43, sollevata in riferimento all'art. 3 della Costituzione, dal pretore di Tirano (con ottanta ordinanze emesse l'11 e il 13 aprile 1987, iscritte ai numeri da 438 a 517 del registro delle ordinanze e pubblicate nella Gazzetta Ufficiale n. 41, I^a serie speciale, del 1987) nella parte in cui pone il territorio del comune di Livigno al di fuori del confine doganale dello Stato italiano; "la valutazione delle condizioni economiche e geografiche al fine di attribuire o di togliere la franchigia doganale

Le altre fattispecie di extradoganalità previste dal dpr n. 43/73 riguardano: *a.* i depositi franchi, consistenti in locali assimilati ai territori extradoganali che, su domanda di persone fisiche o giuridiche corredata dal parere favorevole della Camera di commercio, industria artigianato e agricoltura e del Comune nella cui circoscrizione si intende realizzare i predetti depositi, possono essere istituiti dall'autorità governativa con decreto del Presidente della Repubblica nelle principali città marittime nonché in località interne di rilevante importanza ai fini dei traffici con l'estero (combinato disposto degli artt. 2, comma 5, e 164¹³⁶); *b.* i punti franchi, definiti come i territori extradoganali che possono essere istituiti con legge nelle medesime località indicate per l'istituzione dei depositi franchi (combinato disposto degli artt. 2, comma 5, e 166¹³⁷); *c.* infine le ipotesi specifiche previste ai sensi rispettivamente dell'art. 2, commi 2 e 5 che rinviano all'art. 132¹³⁸, nonché dell'art. 2, comma 5 che analogamente rinvia all'art. 254, ossia rispettivamente i macchinari, i materiali ed altri prodotti impiegati o consumati in mare nell'esercizio di par-

ad una determinata zona del territorio statale è riservata alla discrezionalità del legislatore, il cui esercizio è insindacabile in sede di giudizio costituzionale, ai sensi dell'art. 28 della legge 11 marzo 1953, n. 87"». Cfr. sul punto il riferimento a tale ordinanza contenuto nella proposta di legge n. 1482, intitolata «Istituzione di una zona franca nel territorio del comune di Lampedusa e Linosa» presentata alla Camera dei Deputati il 14 luglio 2008, in <http://www.camera.it/141>.

¹³⁶ Il comma 2 dell'art. 164 TULD, *cit. supra*, nota 127, effettua un rinvio al r.d. 17 marzo 1938, n. 726, che nella versione attualmente vigente dell'art. 1, comma 1, dispone che il «Governo, con decreti del Presidente della Repubblica, è autorizzato a concedere a persone giuridiche ed a privati, l'istituzione di depositi franchi nelle principali città marittime, purché la domanda sia accompagnata da parere favorevole della Camera di commercio, industria, artigianato e agricoltura e del Comune, nella cui circoscrizione il deposito franco si intende istituire». La vigilanza sui depositi franchi, ai sensi del successivo art. 10, comma 1, del predetto regio decreto, spetta alle Camere di Commercio, industria, artigianato e agricoltura nella cui giurisdizione i depositi stessi hanno sede.

¹³⁷ *Ivi*, art. 2, comma 5: «Sono assimilati ai territori extra-doganali i depositi franchi, i punti franchi e gli altri analoghi istituti, di cui agli artt. 132, 164, 166 e 254».

¹³⁸ *Ivi*, art. 2, comma 2: «Il mare territoriale è considerato come territorio doganale, eccetto per quanto concerne l'impiego ed il consumo dei macchinari, materiali ed altri prodotti di cui all'art. 132».

Ivi, art. 132: «I macchinari, i materiali e gli altri prodotti destinati ad essere impiegati o consumati in mare, fuori del territorio doganale, nelle attività di prospezione, ricerca e coltivazione di giacimento sottomarini di idrocarburi liquidi e gassosi e di altre sostanze minerali, nonché nella costruzione ed installazione di opere fisse e relative pertinenze per l'ormeggio, il carico e lo scarico di navi, nella posa e riparazione di cavi o tubazioni e nelle operazioni di ricupero marittimo, sono considerati, agli effetti doganali, usciti in transito, riesportazione o ripespedizione, se esteri, ed in esportazione definitiva, se nazionali o nazionalizzati, anche quando vengono direttamente avviati nelle zone di impiego su natanti di stazza netta non superiore a cinquanta tonnellate ovvero quando, in attesa dell'imbarco, vengano introdotti nelle basi operative a terra delle imprese che eseguono i lavori predetti. Nelle basi operative a terra è consentito procedere alla manipolazione, allo assiemaggio, alla riparazione ed alla lavorazione dei macchinari, materiali e prodotti di cui al comma precedente. Per la tutela degli interessi fiscali il Ministro per le finanze, con proprio decreto, stabilisce le modalità per la istituzione e la gestione delle basi operative a terra, disciplina il movimento dei macchinari, materiali e prodotti di cui al primo comma fra le basi predette ed i luoghi di imbarco e sbarco nonché fra tali luoghi e le zone di impiego e prescrive le misure da adottarsi per la vigilanza».

Per quanto concerne il riferimento nel primo comma di tale articolo all'«esportazione definitiva», prevista dall'art. 55, comma 2, n. 2, lett. *a.*, bisogna evidenziare che essa corrisponde in senso lato all'istituto comunitario dell'«immissione in libera pratica», considerato rispetto agli Stati non comunitari, pur con la precisazione indicata, *infra*, nella nota 146.

ticolari attività, e l'imbarco ed il trasbordo di provviste di bordo sulle navi¹³⁹.

L'accezione impiegata dalla normativa italiana, per la definizione dei punti franchi e dei depositi franchi, privilegia (diversamente dall'approccio adottato nella disciplina comunitaria sulle zone franche e i depositi franchi) soprattutto la contiguità territoriale ad ambiti portuali e/o marittimi, accogliendo il profilo che, tradizionalmente, identifica tali fattispecie con gli spazi territoriali o le aree marittime prospicienti i porti ubicati all'interno della linea doganale nazionale, ma che, per effetto della *fictio iuris*, sono considerati come extraterritoriali per l'applicazione della legge doganale: in tal senso non esiste differenza concettuale fra una zona franca portuale ed un punto franco¹⁴⁰.

Le tipologie di merci ammesse a sostare nei depositi franchi, nonché le prescrizioni che regolano le loro manipolazioni, sono stabilite nell'art. 165: in particolare sono ammesse «le merci di ogni specie e di qualsiasi origine, provenienza o destinazione, salvo i divieti o restrizioni stabiliti dal Ministro per le finanze, che siano giustificati da motivi di moralità pubblica, di ordine pubblico, di pubblica sicurezza, di tutela della salute e della vita delle persone e degli animali o di preservazione dei vegetali, di protezione del patrimonio artistico, storico e archeologico nazionale o di tutela delle proprietà industriale o commerciale, ovvero giustificati da motivi di ordine tecnico o amministrativo».

Le manipolazioni consentite sono esclusivamente quelle usuali che non comportino l'alterazione della loro natura, ossia quelle idonee a salvaguardarne la conservazione, migliorarne la presentazione o la qualità commerciale¹⁴¹: tali sono ad esempio le operazioni di setacciatura, di disinfestazione, di etichettatu-

¹³⁹ Art. 254, TULD, *loc. cit.*: «I generi costituenti provviste di bordo imbarcati o trasbordati sulle navi in partenza dai porti dello Stato si considerano usciti in transito o riesportazione se esteri ovvero in esportazione definitiva se nazionali o nazionalizzati. La precedente disposizione è applicabile alle navi militari italiane solo quando debbono recarsi in crociera fuori del mare territoriale. È altresì applicabile alle unità italiane e straniere da diporto, a condizione che siano in partenza da un porto marittimo dello Stato con diretta destinazione ad un porto estero e a condizione che la partenza avvenga entro le otto ore successive all'imbarco e sia annotata sul giornale nautico e che, in caso di rientro in un porto nazionale, lo scalo nel porto estero risulti comprovato mediante il visto apposto sul giornale delle partenze ed arrivi per l'imbarco delle provviste di bordo in franchigia doganale dall'autorità marittima o doganale estera; qualora le predette condizioni non si verificano, i benefici già accordati si intendono revocati e si applicano le sanzioni previste dalle vigenti leggi finanziarie. Quando ragioni di sicurezza fiscale lo esigano, per l'imbarco ed il trasbordo di provviste di bordo sulle navi di stazza netta non superiore a cinquanta tonnellate e su quelle di qualsiasi stazza che non siano in diretta partenza per un porto estero il Ministro per le finanze, con proprio decreto da pubblicarsi nella Gazzetta Ufficiale della Repubblica italiana, può, sia in via generale sia limitatamente a determinati generi od a determinati quantitativi di essi, escludere la applicabilità del disposto di cui al primo comma, ovvero subordinarla all'osservanza di particolari norme o condizioni. Le provviste di bordo imbarcate o trasbordate a norma dei precedenti commi possono essere consumate nel porto in esenzione dai diritti doganali, prima della partenza della nave, alle condizioni stabilite nell'articolo precedente. Nei casi in cui la disposizione del primo comma non è applicabile, i generi imbarcati si intendono destinati al consumo nel territorio doganale». *Ivi*, art. 255: «Agli effetti del consumo delle provviste di bordo estere e di quelle nazionali esportate, le navi italiane e straniere in navigazione nel mare territoriale sono considerate fuori del territorio doganale».

¹⁴⁰ V. sul punto, la nota 12 della Parte Prima di questo contributo pubblicato nel n. 3/2011 di questa *Rivista*.

¹⁴¹ Cfr. art. 152, cui fa espresso rinvio l'art. 166 del TULD, *cit. supra*, nota 127.

ra. La possibilità eccezionale di poter sottoporre tali merci a trattamenti diversi dalle manipolazioni usuali può essere consentita dal capo del compartimento doganale in casi particolari: in questa ipotesi le merci «sono assimilate a quelle in regime di temporanea importazione¹⁴² e sono soggette alle condizioni e formalità all'uopo stabilite in via generale dal Ministero delle finanze»¹⁴³.

L'individuazione delle attività commerciali ed industriali esercitabili nei punti franchi, nonché le disposizioni da osservare ai fini della disciplina doganale¹⁴⁴, sono stabilite con decreto del Presidente della Repubblica emanato su proposta del Ministro per l'industria, il commercio e l'artigianato (attualmente il Ministro dello sviluppo economico), di concerto con i Ministri per le finanze, per il commercio con l'estero (oggi funzione confluita in quella del Ministro dello sviluppo economico) e dei trasporti, della navigazione, dell'aviazione civile e della marina mercantile (attualmente funzioni incluse nelle competenze del Ministro delle infrastrutture e dei trasporti).

L'impiego o il consumo delle merci introdotte nei punti franchi e nei depositi franchi¹⁴⁵ è consentito esclusivamente se vengono soddisfatte le condizioni previste per l'importazione definitiva¹⁴⁶, salvo che non si verifichino le eccezioni elencate nel secondo comma dell'art. 168¹⁴⁷.

Il panorama legislativo italiano più recente, fra l'altro riguardante il settore portuale, è completato dall'istituzione di zone franche nei porti di Cagliari, Olbia, Oristano, Porto Torres, Portovesme, Arbatax, ed in ulteriori porti o aree industriali collegati ai precedenti dal punto di vista funzionale, per effetto del decreto legislativo del 10 marzo 1998 n. 75¹⁴⁸, che ha attuato l'art. 12 del-

¹⁴² Questo istituto, seguito da successiva riesportazione, previsto ai sensi dell'art. 55, comma 2, n. 1, lett. b., del TULD, *cit. supra*, nota 127, corrisponde nel codice doganale comunitario al «perfezionamento attivo», seguito da sospensione della tassazione fintanto che non avvenga l'immissione al consumo.

¹⁴³ *Ivi*, art. 165, comma 3.

¹⁴⁴ *Ivi*, art. 166, comma 2.

¹⁴⁵ *Ivi*, art. 168.

¹⁴⁶ Tale istituto, previsto ai sensi dell'art. 55, comma 2, n. 1, lett. a., del TULD, *loc. cit.*, corrisponde in senso lato all'omologo comunitario dell'«immissione in libera pratica». Tuttavia, *rectius*, quest'ultima è preliminare rispetto all'importazione definitiva. V., circa il rapporto con l'esportazione definitiva, *supra*, nota 138.

¹⁴⁷ Le deroghe si applicano in due casi. Anzitutto quando le merci (che, nel caso dei depositi franchi, siano sottoposte a trattamenti differenti dalle manipolazioni usuali, e nel caso dei punti franchi, siano oggetto delle manipolazioni indicate nell'ultimo comma dell'art. 166) vengano impiegate nell'ambito dell'ipotesi prevista alla lett. d. dell'art. 176, comma 1, che disciplina l'ammmissione della temporanea importazione: il riferimento è all'«utilizzazione, con conseguente consumo parziale o totale, come catalizzatori, acceleratori o rallentatori di reazioni chimiche per facilitare la fabbricazione di prodotti da esportare o riesportare, esclusa l'utilizzazione delle fonti di energia, dei lubrificanti e degli attrezzi ed utensili». L'altra ipotesi si verifica quando la merce è stata distrutta sotto controllo doganale.

¹⁴⁸ In *Guri* n. 81 del 7 aprile 1998, p. 21. In alcuni casi nelle zone franche elencate, tra i vari privilegi, è attribuito il beneficio della vigenza di un regime fiscale agevolato anche per il consumo, al loro interno, di prodotti di prima necessità da parte dei cittadini residenti. Successivamente

lo statuto speciale per la Sardegna, di cui alla legge costituzionale del 26 febbraio 1948 n. 3¹⁴⁹; infine rilevano gli interventi governativi concernenti il porto di Venezia¹⁵⁰.

5. Le proposte di legge in Italia in materia di istituzione di zone franche

L'interesse progressivamente crescente per la realizzazione di zone franche è testimoniato a livello nazionale dai vari disegni di legge presentati in Parlamento, aventi, quasi nella totalità dei casi, un contenuto pressoché uniforme che pertanto merita di essere analizzato.

Anzitutto, ferme restando le competenze che la normativa comunitaria e quella statale attribuiscono all'autorità doganale e ad altre autorità, la funzione di attuazione e di gestione della zona franca viene attribuita ad un'*istituenda* società per azioni mista, a capitale pubblico e privato, cui possono partecipare, nei limiti consentiti dalla legislazione vigente in materia, enti locali, enti pubblici economici, imprese, istituti di credito e di assicurazione, e singoli investitori.

A tale riguardo, la disciplina comunitaria consente un'ampia libertà di scelta della forma giuridica da utilizzare per la struttura di gestione ed infatti, tra gli esempi di proposte di legge analizzati, si individuano diversi modelli: gli enti pubblici creati *ad hoc*¹⁵¹, le società per azioni ad esclusiva partecipazione pubblica¹⁵², le società per azioni con prevalente azionariato pubblico, le società miste¹⁵³, le società per azioni totalmente privatizzate¹⁵⁴.

La delimitazione del territorio adibito a zona franca deve essere approvata con decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri, d'intesa con i Ministri

con il dpcm 7 giugno 2001, in *Guri* n. 176 del 31 luglio 2001, p. 12, sono state emanate altre disposizioni per l'operatività della zona franca di Cagliari.

¹⁴⁹ In *Guri* n. 58 del 9 marzo 1948.

¹⁵⁰ V. sul punto: dm 18 febbraio 1993 - Nuova delimitazione del punto franco di Venezia, in *Guri* n. 81 del 7 aprile 1993, p. 29; dm 6 aprile 1999 - Attivazione del punto franco di Venezia, in *Guri* n. 112 del 15 maggio 1999, p. 16.

¹⁵¹ Cfr. ad esempio: dis. l. (C.) n. 1365 del 17 luglio 2001; dis. l. (C.) n. 2159 del 14 gennaio 2002; dis. l. (S.) n. 1772 dell'11 ottobre 2002; dis. l. (C.) n. 3422 del 26 novembre 2002. Altresì da ultimo cfr. l'art. 6 del dis. l. (C.) n. 829 del 17 maggio 2008, intitolato «Istituzione di una zona franca produttiva nel territorio di Gioia Tauro», nel quale i poteri gestionali sono attribuiti al Consorzio per l'area di sviluppo industriale di Reggio Calabria. Per la ricerca delle proposte di legge citate nell'articolo si vedano i seguenti siti internet: per quelle presentate alla Camera dei Deputati, <http://www.camera.it/141>; per quelle presentate al Senato della Repubblica, <http://www.senato.it/leggi/documenti/28689/111610/listaleggedoc.htm>.

¹⁵² V. ad esempio il dis. l. (C.) n. 3954 dell'8 maggio 2003.

¹⁵³ Cfr. sul punto: dis. l. (C.) n. 884 del 19 giugno 2001; dis. l. (S.) n. 1208 del 5 marzo 2002; dis. l. (S.) n. 2126 del 20 marzo 2003; dis. l. (C.) n. 2255 del 24 giugno 2010.

¹⁵⁴ Talvolta, ad un'iniziale configurazione di società a totale partecipazione pubblica, si aggiunge la prefigurazione di una successiva privatizzazione: v. dis. l. (C.) n. 231 del 30 maggio 2001 e dis. l. (C.) n. 2464 del 5 marzo 2002.

dell'economia e delle finanze¹⁵⁵, delle infrastrutture e dei trasporti, dello sviluppo economico, dell'ambiente e della tutela del territorio e del mare, e delle politiche agricole alimentari e forestali¹⁵⁶; in una proposta di legge la competenza relativa alla delimitazione territoriale è stabilita con decreto del Ministro dell'economia e delle finanze¹⁵⁷. In alcuni casi l'analiticità del contenuto della proposta di legge è tale da indicare anche la composizione delle strutture e dei servizi che dovranno essere presenti nell'*istituenda* zona franca¹⁵⁸.

Alla società di gestione della zona franca sono attribuiti, quasi uniformemente, i seguenti compiti: «*a.* la decisione autorizzatoria sulle richieste di insediamento e di realizzazione di immobili nella zona franca da parte di imprese e di società; *b.* l'assistenza tecnica, amministrativa, organizzativa e finanziaria alle imprese e alle società autorizzate ai sensi della lettera *a.*; *c.* la verifica della compatibilità delle lavorazioni industriali ammesse, rispetto alle disposizioni comunitarie e nazionali vigenti in materia; *d.* la costituzione di società miste o la partecipazione a consorzi di imprese aventi il fine di incrementare lo sviluppo della zona franca; *e.* la stipula di convenzioni con imprese o con enti pubblici per la prestazione di servizi finalizzati; *f.* l'elaborazione dei dati sulla funzionalità e l'individuazione dei problemi ostativi allo sviluppo della zona franca; *g.* la funzione di controllo, congiuntamente con il personale dell'amministrazione finanziaria, compresa l'applicazione dei program-

¹⁵⁵ Cfr. art. 1, comma 2, delle seguenti proposte di legge: dis. l. (C.) n. 507 del 29 aprile 2008, intitolato «Istituzione di una zona franca nell'area portuale e retroportuale di Taranto»; dis. l. (C.) n. 2385 del 21 aprile 2009, intitolato «Istituzione delle zone franche del Brennero e di Tarvisio»; dis. l. (S.) n. 2255 del 24 giugno 2010, intitolato «Istituzione di zone franche nelle aree di confine con la Repubblica di Slovenia e la Repubblica d'Austria».

¹⁵⁶ V. art. 2, comma 2, del dis. l. (C.) n. 2795 del 13 ottobre 2009, intitolato «Istituzione della zona franca della Sibaritide».

¹⁵⁷ V. art. 2, comma 1, del dis. l. (C.) n. 829, *cit. supra*, nota 151: «La delimitazione degli ambiti territoriali della zona franca produttiva è effettuata con decreto del Ministro dell'economia e delle finanze, sulla base delle proposte formulate dal Consorzio per l'area di sviluppo industriale di Reggio Calabria, di seguito denominato «Consorzio», d'intesa con la provincia di Reggio Calabria, di seguito denominata «provincia», e con i comuni interessati territorialmente, sentite le organizzazioni economiche, imprenditoriali e sindacali e le associazioni di categoria degli operatori di settore». Ai sensi dell'art. 1 l'istituzione della zona franca produttiva avviene «in esecuzione del protocollo d'intesa per lo sviluppo di iniziative nel porto di Gioia Tauro sottoscritto presso la Presidenza del Consiglio dei ministri il 2 dicembre 1993».

¹⁵⁸ Ad esempio ciò avviene nell'art. 3 del dis. l. (C.) n. 2795, *loc. cit.*, che contempla la presenza delle seguenti strutture: le banchine portuali; gli edifici destinati; gli uffici di gestione della zona franca; gli uffici del Corpo delle capitanerie di porto-guardia costiera, del Corpo della guardia di finanza e del Corpo nazionale dei vigili del fuoco; la stazione marittima; la struttura del mercato ittico; gli uffici da concedere in uso agli operatori economici italiani ed esteri per lo svolgimento delle loro attività; gli stabilimenti per la trasformazione, il condizionamento, la conservazione e altre operazioni sulle merci e sulle derrate in arrivo e in partenza; gli stabilimenti per il perfezionamento delle merci destinate sia all'immissione al consumo sul mercato comunitario sia all'esportazione verso Paesi terzi; i campi di quarantena per il bestiame vivo, nazionale ed estero, destinato sia all'esportazione sia all'immissione sul mercato interno. Inoltre all'interno della zona franca e nelle sue immediate adiacenze sono istituiti servizi a carattere ricreativo e sociale di cui può usufruire il personale italiano e straniero autorizzato ad accedere e a lavorare all'interno della zona franca. Un'analoga analiticità caratterizza il contenuto dell'art. 4 del dis. l. (C.) n. 829, *cit. supra*, nota 151.

mi europei di informatizzazione e di uniformazione delle dogane, nonché la verifica dell'applicazione delle disposizioni comunitarie e nazionali vigenti in materia»¹⁵⁹.

Le agevolazioni concesse alle imprese nazionali, straniere o miste, che decidono di operare nella zona franca, consistono nell'accesso «ai benefici, agli incentivi e alle agevolazioni previsti dalla legislazione nazionale vigente in favore delle aziende esportatrici e dell'imprenditoria giovanile e femminile. Per le merci immesse definitivamente nell'ambito doganale comunitario è consentito il differimento fino a sei mesi del pagamento dei diritti doganali, dell'imposta sul valore aggiunto e delle imposte dirette. Per le imprese e le società operanti esclusivamente nelle zone franche è applicata un'imposta forfetaria pari al 10 per cento del reddito complessivo. Gli utili di esercizio reinvestiti dalle imprese nelle zone franche godono dell'esenzione totale dalle imposte sui redditi, nazionali o locali, per un periodo di dieci anni¹⁶⁰. Nei limiti perimetrali delle zone franche possono essere insediate attività produttive o commerciali operanti in regime di temporanea importazione o in regime di non esenzione»¹⁶¹.

Tra i criteri presi in considerazione per selezionare le tipologie di attività produttive ammesse ad operare all'interno di una zona franca, vi è anche quello della tutela ambientale¹⁶².

Il regime di franchigia viene applicato con riferimento a: 1. i diritti di confine, i dazi doganali, le sovrimposte di confine, i prelievi agricoli, le restrizioni quantitative e qualitative o qualsiasi tassa o misura di effetto equivalente; 2. le imposte sul reddito delle persone fisiche e sul reddito delle società, nonché l'imposta regionale sulle attività produttive; 3. l'imposta sul valore aggiunto, l'imposta di registro, le imposte catastali, le imposte ipotecarie, le imposte di fabbricazione e le imposte erariali di consumo.

L'emanazione delle norme regolamentari concernenti l'entità e la durata

¹⁵⁹ V. al riguardo: dis. l. (C.) n. 507; dis. l. (C.) n. 2385; dis. l. (S.) n. 2255, tutti *cit. supra*, nota 155.

¹⁶⁰ Diversamente dispone il comma 5, dell'art. 1 del dis. l. (C.) n. 884, *cit. supra*, nota 153, in base al quale l'esenzione si applica interamente per un periodo di cinque anni e successivamente al cinquanta per cento, dal sesto al decimo anno, e al venticinque per cento, dall'undicesimo al quindicesimo anno.

¹⁶¹ Cfr. l'art. 4 del dis. l. (C.) n. 2385 e l'art. 4 del dis. l. (S.) n. 2255, entrambi *cit. supra*, nota 155. In base all'art. 5 del dis. l. (C.) n. 829, *cit. supra*, nota 151 e all'art. 5 del dis. l. (C.) n. 2795, *cit. supra*, nota 156, è anche previsto che gli utili delle società, degli enti e delle imprese individuali, obbligati alla tenuta delle scritture contabili ai sensi dell'art. 13 del dpr 29 settembre 1973, n. 600, e successive modificazioni, nonché delle imprese minori che abbiano optato per la contabilità ordinaria, che si costituiscono nella zona franca produttiva al fine di dare vita a nuove iniziative imprenditoriali, se ridistribuiti, siano soggetti alla ritenuta fissa a titolo di imposta complessiva nella misura dell'uno per cento. Inoltre nel dis. l. (C.) n. 829, *loc. cit.*, si precisa che con decreto del Ministro del lavoro, della salute e delle politiche sociali possono essere concessi particolari agevolazioni per i lavoratori o benefici fiscali e previdenziali.

¹⁶² V. art. 1, comma 8 lett. b. del dis. l. (C.) n. 884, *cit. supra*, nota 153, e l'art. 6 del dis. l. (C.) n. 507, *cit. supra*, nota 155.

del regime di esenzione avviene con decreto del Presidente della Repubblica ai sensi dell'art. 17, comma 1, della l. 23 agosto 1988, n. 400, e successive modificazioni, su proposta del Ministro dell'economia e delle finanze, sentite le regioni¹⁶³; oppure, con decreto del Ministro dell'economia e delle finanze, è adottato il Regolamento di attuazione, ai sensi dell'art. 17, comma 3, della precitata legge¹⁶⁴.

Il regime di esenzione dai diritti di confine, nel rispetto della normativa comunitaria vigente in materia, si applica per le imprese di distribuzione e di commercializzazione localizzate nelle zone franche, per merci e per prodotti importati; inoltre tali imprese, in deroga alla normativa comunitaria vigente in materia, beneficiano dell'esenzione dal versamento dei diritti di confine per l'importazione di impianti, di macchinari e di attrezzature, di fonti di energia e di lubrificanti, purché destinati all'attività produttiva.

Talvolta la presenza di minori aggravii fiscali, doganali e, in generale, contributivi, viene utilizzata come *ratio* giustificativa dell'attribuzione, alle imprese operanti nelle zone franche, della facoltà di stabilire deroghe rispetto alla disciplina contrattuale collettiva, in sede di accordi di contrattazione con le organizzazioni sindacali, concernente minori livelli salariali ed una maggiore flessibilità degli orari di lavoro: tali deroghe sono concepite nell'ambito di progetti strategicamente rivolti ad innescare processi di rapida industrializzazione e, quindi, di attrazione di investitori nazionali ed esteri¹⁶⁵.

6. Considerazioni finali

La conferma dell'importanza dell'istituto delle zone franche è testimoniata dall'attenzione positiva delle istituzioni comunitarie iniziata, come già è stato evidenziato, nel 1969 con l'emanazione della disciplina di armonizzazione delle zone franche europee che, allo scopo di impedire l'insorgenza di effetti distortivi della concorrenza a causa del consumo delle merci o per la loro utilizzazione e manipolazione, aveva stabilito le misure che dovevano essere rispettate per assicurarne la compatibilità con la disciplina in materia di aiuti di Stato.

L'interesse su questa tematica si è anche denotato nelle frequenti interrogazioni scritte presentate nel corso degli anni dagli eurodeputati alla Commissione europea¹⁶⁶.

¹⁶³ Cfr. ad esempio l'art. 5 del dis. l. (C.) n. 2385, *cit. supra*, nota 155.

¹⁶⁴ V. l'art. 1, comma 10, del dis. l. (C.) n. 884, *loc. cit.*

¹⁶⁵ V. ad esempio l'art. 1, comma 9, del dis. l. (C.) n. 884, *ult. loc. cit.*

¹⁶⁶ Tra le recenti interrogazioni, si vedano: «Zona franca di Madera», On. Marques, P-1373/00 del 26 aprile 2000 e la risposta della Commissione del 16 giugno 2000, Comm. Bolkestein, in *Guce* n. C 46 E del 13 febbraio 2001, p. 10; «Zona franca di Madera», On. Marques, P-0277/01 del 2 febbraio 2001, e la risposta della Commissione del 5 marzo 2001, Comm. Monti, in *Guce* n. C 235

L'approccio comunitario in materia è risultato analogo alle ragioni che hanno giustificato l'attivazione di fattispecie extradoganali in diversi Stati comunitari, come è avvenuto ad esempio con le zone franche in Germania, con i depositi pubblici in Olanda, o con i depositi industriali in Francia, che, in virtù dell'elevata competitività del loro sistema tariffario, hanno consentito un ulteriore incremento dello sviluppo dei già floridi traffici commerciali sulle rotte dell'Europa del Nord.

Non essendo possibile in questa sede una disamina di tutte le attuali settantuno zone franche operanti nel territorio comunitario (cinquantasei «del tipo di controllo I» e quindici «del tipo di controllo II»)¹⁶⁷, tuttavia si può brevemente accennare, per la notorietà assunta, alla zona franca di Shannon in Irlanda e alla zona franca della Regione Autonoma di Madera in Portogallo.

La zona franca di Shannon vanta due primati, in quanto, attivata ai sensi del *Custom-Free Airport Act 1947*¹⁶⁸ nella zona aeroportuale (*Shannon International Airport*), rappresenta anzitutto il "primo aeroporto-zona franca del mondo" sorto in relazione all'elevato volume di traffico aereo ivi convogliato, in transito fra l'Europa e gli USA. Inizialmente le agevolazioni doganali hanno riguardato soltanto i passeggeri e le merci in transito: in seguito, a partire dal 1959, tali facilitazioni sono state estese anche alle manipolazioni di natura industriale e alle attività di servizi svolte da imprese ubicate al suo interno, consentendo di raggiungere tassi di sviluppo senza eguali all'epoca, e pertanto, divenendo anche la "prima zona franca industriale di esportazione nel mondo".

All'interno della *Shannon Free Trade Zone*, che tecnicamente deve essere considerata zona franca comunitaria sottoposta al «tipo di controllo II» in quanto non interclusa, sono stabilite, su una superficie di circa duecentoquarantatré ettari, attualmente circa centoventi imprese che impiegano quasi settemilacinquecento lavoratori. Annualmente il volume di affari realizzato è di oltre tre miliardi di euro, di cui circa il novanta per cento è costituito da esportazioni: i redditi delle società derivanti dalla produzione di beni sono tassati con un'aliquota pari al dodici e mezzo per cento.

La zona franca della Regione Autonoma di Madera¹⁶⁹ (*Zona Franca da*

E del 21 agosto 2001, p. 15; «Porti franchi nell'UE», On. Allister, E-5301/2007 del 26 ottobre 2007, e la risposta della Commissione del 17 dicembre 2007, Comm. Kovács, in *Gu-Ue* n. C 191 del 29 luglio 2008, p. 110; «Informazioni circa la possibile istituzione di un porto franco all'Isola d'Elba», On. Angelilli, E-4929/08 del 17 settembre 2008, e la risposta della Commissione del 16 ottobre 2008, Comm. Kovács, in *Gu-Ue* n. C 40 del 18 febbraio 2009, p. 244; «Zone franche nell'Unione europea», On. Georgiou, E-1198/09 del 26 febbraio 2009, e la risposta della Commissione del 16 aprile 2009, Comm. Kovács, in *Gu-Ue* n. C 189 del 13 luglio 2010, p. 152.

¹⁶⁷ L'elenco delle zone franche attualmente esistenti nell'Unione europea, notificate dagli Stati membri alla Commissione europea ai sensi dell'art. 802, par. 1, del Regolamento n. 2454/93, come modificato dal Regolamento n. 993/2001, è anteposto alla Parte Prima di questo contributo pubblicato nel n. 3/2011 di questa *Rivista*, p. 549 ss.

¹⁶⁸ Il testo è reperibile sul sito internet: <http://www.irishstatutebook.ie/1947/en/act/pub/0005/index.html#zza5y1947>.

¹⁶⁹ Tale zona comprende: una zona franca industriale, un centro di servizi internazionali ed un

Madeira - ZFM - *Madeira International Business Centre* – MIBC), dopo l'apertura della procedura di verifica della compatibilità delle agevolazioni fiscali ad essa accordate, rispetto alla normativa comunitaria sugli aiuti di Stato a finalità regionale, è stata autorizzata dalla Commissione europea con la decisione n. C 4825/2002¹⁷⁰; successivamente, con la decisione n. C 3037/2007¹⁷¹, è stato consentito il prolungamento di tali agevolazioni, con scaglioni progressivamente in aumento, fino al 2020 per le società la cui installazione nella zona franca sia effettuata tra il 1° gennaio 2007 e il 31 dicembre 2013.

Preso atto del ruolo geopolitico ed economico che il nostro Paese ricopre in chiave "euro-mediterranea", merita di essere evidenziato che in tutti gli Stati rivieraschi del Mediterraneo (soprattutto della sponda meridionale) sono presenti zone franche situate in aree portuali che accrescono la capacità concorrenziale delle locali realtà imprenditoriali: infatti il vantaggio prodotto sulle importazioni e sulle esportazioni (che, come già è stato evidenziato, si struttura rispettivamente su merci e prodotti provenienti dall'estero operando in funzione di volano per il mercato interno) si è verificato in modo sensibile nell'ultimo decennio per le produzioni *export-driven* degli Stati rivieraschi dell'area sud occidentale del Mediterraneo¹⁷².

registro di trasporti marittimi internazionali (*Madeira International Ship Register* – MAR). Le agevolazioni fiscali concesse alle società installate nella zona franca, sono sottoposte a limiti massimi e sono condizionati alla creazione di posti di lavoro all'interno della Regione Autonoma di Madera. Nell'ambito del MIBC attualmente circa quattromila imprese straniere (di cui il settanta per cento di nazionalità intracomunitaria) hanno installato una propria succursale: i settori di attività interessati sono quelli del tabacco, della trasformazione di prodotti alimentari e della trasformazione dei prodotti petroliferi.

¹⁷⁰ V. la lettera SG (2000) D/105022 della Commissione del 17 luglio 2000, in *Guce* n. C 301 del 21 ottobre 2000, p. 4: la procedura si è conclusa con la decisione della Commissione del 2002, in *Gu-ue* n. L 111 del 6 maggio 2003, p. 45, che ha ritenuto la riforma fiscale presentata dalle autorità governative portoghesi, compatibile con la disciplina prevista in materia di aiuti di Stato. In particolare è stato riconosciuto che gli aiuti, concessi sotto forma della riduzione delle aliquote delle imposte sui redditi per le società che si fossero stabilite nella zona franca industriale e nel Centro di Servizi Internazionali della Zona Franca di Madera durante il periodo 2003-2006, fino al termine dell'originaria scadenza prevista per il 31 dicembre 2011, avrebbero fornito un importante contributo per lo sviluppo regionale delle attività ed in generale per la diversificazione dell'economia della regione. Inoltre tali aiuti, secondo la Commissione, avrebbero compensato l'*handicap* regionale connesso alla sua dipendenza da un numero limitato di settori, quali il turismo e i lavori pubblici.

¹⁷¹ Decisione n. C 3037/2007 del 27 giugno 2007, in *Gu-ue* n. C 240 del 12 ottobre 2007, p. 1.

¹⁷² Di seguito si elencano a titolo esemplificativo le zone speciali portuali più competitive per ogni singolo Stato del Mediterraneo: Spagna (Barcellona, Cadice, Vigo, Las Palmas de Gran Canaria), Francia (Marsiglia - Fos), Italia (Venezia, Trieste, e Gioia Tauro), Algeria (Bellara), Tunisia (Zarsis), Egitto (Alessandria, Damietta, Port Said), Turchia (Mersin, Izmir, Antalya), Malta (Malta free Port), Croazia (Rijeka), Grecia (Pireo), Cipro (Larnaca e Limassol), Marocco (Tangeri); inoltre altre zone sono situate o sono in fase di realizzazione in Libano, Slovenia, Albania, Montenegro. Fra le precedenti zone franche, è opportuno un breve accenno a quella di Barcellona, che è gestita da *El Consorcio de la Zona Franca de Barcelona*. Il porto di Barcellona comprende una zona di attività logistica e la zona franca; quest'ultima ha una superficie totale di centosessantamila metri quadrati, destinati all'immagazzinamento, agli uffici e ai *locker*. In questa struttura sono installate un totale di centosessantacinque imprese, delle quali venticinque sono abilitate come operatori di zona franca. Essa opera altresì come una piattaforma logistica per la distribuzione di merci, all'interno della quale operano imprese fortemente specializzate nel consolidamento e deconsolidamento dei *container*. Con riferimento alla categoria delle zone franche ubicate nelle aree portuali,

I risultati di molti studi condotti a livello internazionale¹⁷³ rivelano la forte capacità catalizzatrice delle zone franche rispetto ad importanti investimenti nel settore delle infrastrutture e dei servizi logistici, cui consegue, nelle aree nelle quali esse sono costituite, un considerevole sviluppo in materia di valore aggiunto, di opportunità di lavoro, di trasferimento tecnologico, di volume delle esportazioni, di migliori condizioni salariali e di lavoro.

Queste considerazioni giustificano la circostanza che l'istituzione nel mondo di zone franche avvenga soprattutto negli Stati in via di sviluppo¹⁷⁴: a livello europeo, tale ultima asserzione viene confermata, *mutatis mutandis*, dal fatto che il numero maggiore di zone franche è presente nei Paesi di ultima adesione e, quindi, economicamente più deboli rispetto agli altri Stati membri.

Tuttavia questo assunto non costituisce una regola, in quanto la richiesta di procedere all'istituzione di tali aree speciali proviene, comunque, anche da mercati geografici economicamente più evoluti, proprio per agevolare la rapidità e conseguenzialmente la remuneratività dei traffici commerciali¹⁷⁵, implementando un'inversione di tendenza all'attuale stagnazione industriale e commerciale, ed al progressivo ed endemico disagio sociale. Ciò può avvenire soltanto attraverso la riattivazione dell'afflusso di investimenti imprenditoriali anche nel settore delle nuove tecnologie, la correlata collocazione di

per quanto concerne l'Italia, bisogna rimarcare l'importanza del ruolo delle Autorità Portuali, in virtù dell'art. 8, comma 3, lett. n. della l. 28 gennaio 1994, n. 84, in *Guri* n. 28 del 4 febbraio 1994, *suppl. ord.*, e successive modificazioni ed integrazioni, che attribuisce ai presidenti dei predetti enti la funzione di proposta in materia di delimitazione dei confini delle zone franche, previo parere dell'autorità marittima e delle amministrazioni locali interessate.

¹⁷³ V. ad esempio, The United Nations Economic and Social Commission for Asia and the Pacific (UNESCAP), *Free Trade Zone and Port Hinterland Development*, New York, United Nations, 2005; W. MILBERG, *Export Processing Zones, Industrial Upgrading and Economic Development: A Survey*, document prepared for the ILO InFocus Initiative on EPZs, Department of Economics New School for Social Research, October 28, 2007. Quest'ultimo testo è reperibile sul sito <http://milbergw.files.wordpress.com/2008/09/epzrevisedwm.pdf>.

¹⁷⁴ Nell'epoca della globalizzazione dei mercati, lo svolgimento delle attività nelle zone franche si inserisce in contesti caratterizzati da filiere produttive e distributive internazionali, basate sulla regola della frammentazione dei processi produttivi, che sono agevolate dalle innovazioni esistenti nelle tecnologie dell'informazione e dei trasporti. Attualmente, a livello mondiale, i prodotti maggiormente lavorati nelle zone franche interessano le industrie tessili, dell'abbigliamento, delle calzature, dei giocattoli e dell'elettronica, in considerazione del fatto che, essendo il *target* di destinazione finale un mercato di massa, è sufficiente l'impiego di lavoratori poco qualificati ma che rendono un'attività ad alto valore aggiunto. Tuttavia la tendenza più recente rivela che sempre più nelle zone franche vengono eseguite attività richiedenti l'impiego di manodopera maggiormente qualificata, soprattutto per i comparti dell'alta tecnologia, della finanza e del turismo: altresì bisogna considerare che aumentano i casi di insediamento nelle aree franche non soltanto di imprese multinazionali, ma anche di piccole e medie imprese che operano come sub-fornitori per queste ultime. Per la fonte della presente nota si veda E. FORTE - F. IANNONE - L. MAISTO, *Logistica Economica e aree dismesse: aspetti generali del problema e analisi di accessibilità dell'area orientale di Napoli - Paragrafo 3. Le zone franche*, Società Italiana degli Economisti dei Trasporti - IX Riunione Scientifica - Napoli, 3-5 ottobre 2007, p. 7-8. Il testo è reperibile sul sito internet http://www.sietitalia.org/siet9/papers/Forte_Iannone_Maisto_SIET%202007.pdf.

¹⁷⁵ Un esempio recente in tal senso è rappresentato dalla notizia diffusa nel 2010 riguardante l'ipotesi di proposta per la creazione di una vasta zona franca che comprenda tutto il Mar Baltico e gli Stati rivieraschi in esso inclusi: v. <http://www.eubusiness.com/news-eu/estonia-finland.59g/>.

strutture imprenditoriali nelle indicate zone a regime speciale, la promozione dei prodotti di qualità locali, ed il conseguente recupero occupazionale, nel medio e lungo termine, di manodopera anche specializzata, attraverso investimenti nella formazione professionale continua e multidisciplinare.

Considerando che l'attuale situazione economica comunitaria si caratterizza ancora per i problemi legati a *standard* di crescita pari allo zero (con il corollario di conseguenze negative che, dal punto vista finanziario, sociale - occupazionale e commerciale, la espongono alla competitività "rampante" soprattutto delle economie asiatiche), il contributo reso dall'operatività di zone franche ubicate nel territorio europeo, soprattutto se permeate da una cornice regolamentare *trade-oriented* o, in senso più ampio, *business-oriented* quale è quella fornita dalla nuova disciplina introdotta con il Regolamento n. 450/2008, può oggettivamente essere fondamentale per l'auspicata inversione di tendenza che attragga investimenti e trasmetta fiducia ed ottimismo sia agli operatori commerciali sia alle nuove leve in cerca di prima occupazione nel mondo del lavoro.

Maurizio D'Amico**

** Avvocato specializzato in Diritto comunitario. "Quadro B" presso l'Autorità Portuale di Civitavecchia/Fiumicino/Gaeta - Porti di Roma e del Lazio.

COMUNICAZIONI E NOTE INFORMATIVE

TUTELA DELLA QUALITÀ DEI PRODOTTI AGROALIMENTARI SOTTO IL PROFILO GIURIDICO: RIFLESSIONI SULLA RIFORMA DELLA DISCIPLINA DELL'UNIONE EUROPEA*

Sommario: **I.** Osservazioni introduttive - **II.** La tutela giuridica dei prodotti agroalimentari negli Stati membri e nell'Unione europea - **1.** Evoluzione sotto il profilo normativo nei Paesi membri - **2.** La normativa applicabile nella Comunità europea e nell'Unione europea - **III.** La giurisprudenza europea in materia di tutela della qualità dei prodotti alimentari - **1.** Marchi commerciali - **2.** Marchi collettivi - **3.** Indicazioni e attestati di qualità - **4.** Denominazioni di vendita - **5.** Denominazioni di origine e indicazioni geografiche - **6.** Indicazioni di provenienza - **IV.** Valutazioni finali.

I. Osservazioni introduttive

Vorrei premettere un'osservazione sul significato – o, usando una locuzione più raffinata, sul valore semantico – che viene attribuito ad un'espressione inserita nel titolo della mia relazione.

L'espressione: «*tutela della qualità sotto il profilo giuridico*» dei prodotti agroalimentari viene qui intesa, ovviamente, in modo diverso dall'espressione *tutela della qualità* dei medesimi prodotti nel senso comunemente e tradizionalmente ad essa attribuito.

Come risulta da numerosi sondaggi di opinione e da specifiche ricerche di mercato, quando si riferisce alla *qualità* di un prodotto agroalimentare, il

* Relazione presentata al Convegno di Ferrara del 6-7 maggio 2011 su: «Dalla riforma del 2003 alla PAC dopo Lisbona. I riflessi sul diritto agrario, alimentare e ambientale» organizzato dalle Università di Ferrara, Bologna, Camerino e del Piemonte Orientale nonché dal Centro di Documentazione e Studi sulle Comunità europee dell'Università degli Studi di Ferrara.

consumatore "medio" pensa normalmente alle sue caratteristiche qualitative che, a seconda del proprio grado di conoscenza della categoria di appartenenza del prodotto preso in considerazione, possono comprendere: sia le caratteristiche fisiche ed organolettiche del prodotto (dimensione, aspetto, composizione, sapore, profumo, etc.) sia il suo collegamento con il territorio di produzione o di trasformazione, sia, infine, le modalità impiegate per produrlo (tipo di allevamento, tecniche di lavorazione, stagionatura, sistema di confezionamento, etc.)¹.

Come si può comprendere, la qualità, così intesa, si riferisce alle caratteristiche qualitative intrinseche di un prodotto agroalimentare che, potendo essere percepite ed in una qualche misura valutate ed apprezzate, sono in grado di valorizzarlo agli occhi del consumatore "medio".

Di conseguenza, tutelare la qualità di un prodotto agroalimentare, nel senso appena indicato, significa fare in modo che siano create le condizioni più adeguate perché possano essere rispettati tutti i criteri di coltivazione e di produzione (agricoli) e tutti i criteri di elaborazione e trasformazione (artigianali o industriali) che consentono di realizzare, in misura adeguata, un prodotto con le caratteristiche qualitative sopra descritte che il consumatore "medio" è in grado di apprezzare.

La tutela della qualità di un prodotto agroalimentare sotto il profilo giuridico prescinde, invece, in un certo senso, dall'effettiva presenza nel prodotto delle caratteristiche qualitative sopra indicate.

Tutelare la qualità di un prodotto alimentare sotto il profilo giuridico significa, in effetti, tutelare l'indicazione utilizzata dal produttore per designarne le caratteristiche qualitative: sia essa costituita dal marchio commerciale registrato dal produttore medesimo, oppure dal marchio collettivo registrato dal Consorzio degli operatori del quale il produttore fa parte, oppure dalla denominazione di vendita imposta dalla legge nazionale oppure, infine, dalla denominazione di origine o dall'indicazione geografica legittimamente registrate nelle sedi competenti.

In effetti, se l'indicazione utilizzata è un marchio commerciale, tanto per il produttore che ha registrato il marchio allo scopo di identificare il suo pro-

¹ Con riferimento alla qualità cfr. i provvedimenti che compongono il c.d. «*pacchetto qualità*», in corso di adozione in sede europea: proposta di Regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio sui regimi di qualità dei prodotti agricoli (Doc. Com(2010)733 def. del 10 dicembre 2010); proposta di Regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio recante modifica del Regolamento (Ce) n. 1234/2007 del Consiglio in ordine alle norme di commercializzazione (Doc. Com(2010)738 def. del 10 dicembre 2010); Comunicazione della Commissione - Orientamenti UE sulle migliori pratiche riguardo ai regimi facoltativi di certificazione per i prodotti agricoli e alimentari, in *Gu-Ue* n. C 341 del 16 dicembre 2010, p. 5; Comunicazione della Commissione - Orientamenti sull'etichettatura dei prodotti alimentari che utilizzano come ingredienti prodotti a denominazione di origine protetta (DOP) o a indicazione geografica protetta (IGP), in *Gu-Ue* n. C 341 del 16 dicembre 2010, p. 3. Tutti i provvedimenti sopra indicati sono reperibili sul sito internet <http://eur-lex.europa.eu/it/index.htm>.

dotto così da distinguerlo da quelli concorrenti, quanto per il consumatore che, facendo affidamento sul marchio, acquista il prodotto da esso designato sul mercato, tale marchio costituisce l'attestazione delle caratteristiche qualitative intrinseche sopra descritte, con la conseguenza che tutelando giuridicamente il marchio si tutelano anche le caratteristiche qualitative (vere o presunte) da esso attestate.

Lo stesso vale per quanto riguarda il marchio collettivo, di proprietà di un Consorzio di produttori, utilizzato per designare un prodotto agroalimentare sul mercato.

Per poter utilizzare tale marchio collettivo, il produttore, associato al Consorzio, deve infatti assoggettarsi alle prescrizioni contenute nel regolamento d'uso predisposto dal Consorzio medesimo e approvato dalla competente autorità, osservando i criteri e i requisiti di qualità che risultano obbligatoriamente imposti.

Anche in questo caso, tutelando giuridicamente il marchio collettivo, si tutela la qualità del prodotto che si fregia di tale marchio.

Alla stessa conclusione si perviene se ci si riferisce alla denominazione di vendita di un prodotto il cui legittimo utilizzo risulti condizionato dalla composizione del prodotto medesimo o dall'impiego di una determinata materia prima durante la sua produzione.

Si pensi ad esempio, ad esempio, alla legge italiana n. 580/1967² che imponeva l'obbligo (attualmente imposto da un'altra legge³), di utilizzare soltanto il grano duro per produrre e commercializzare la pasta alimentare con il nome «pasta» (oppure pensiamo alle norme un tempo vigenti in Italia che riservavano la denominazione di vendita «aceto» ai soli prodotti derivati dalla fermentazione acetica del vino⁴).

Orbene, tutelando giuridicamente la denominazione di vendita «pasta», si finiva per tutelare la qualità del prodotto «pasta» perché la denominazione di vendita ne attestava le sue caratteristiche qualitative.

Da ultimo, lo stesso ragionamento vale ovviamente per le denominazioni protette: denominazioni di origine protetta (DOP) e indicazioni geografiche protette (IGP).

Anche in questo caso, tutelare giuridicamente la denominazione protetta significa tutelare le caratteristiche qualitative attestate dalla denominazione medesima.

² L. n. 580 del 4 luglio 1967 - Disciplina per la lavorazione e commercio dei cereali, degli sfarinati, del pane e delle paste alimentari, in *Guri* n. 189 del 29 luglio 1967.

³ Dpr n. 187 del 9 febbraio 2001 - Regolamento per la revisione della normativa sulla produzione e commercializzazione di sfarinati e paste alimentari, a norma dell'art. 50 della L. 22 febbraio 1994, n. 146, in *Guri* n. 117 del 22 maggio 2001.

⁴ Dpr 12 febbraio 1965 n. 162 - Norme per la repressione delle frodi nella preparazione e nel commercio dei mosti, vini ed aceti, in *Guri* n. 73 del 23 marzo 1965, *suppl. ord.*, ora abrogato dalla l. n. 82 del 20 febbraio 2006 - Disposizioni di attuazione della normativa comunitaria concernente l'Organizzazione comune di mercato (OCM) del vino, in *Guri* n. 60 del 13 marzo 2006, *suppl. ord.*

II. La tutela giuridica dei prodotti agroalimentari negli Stati membri e nell'Unione europea

1. Evoluzione sotto il profilo normativo nei Paesi membri

Negli Stati membri e, in particolare, in Francia e in Italia, la tutela giuridica della qualità dei prodotti agroalimentari si è affermata per la necessità di tutelare la commercializzazione dei prodotti che, con il passare del tempo, avevano acquisito un'indubbia notorietà per le loro caratteristiche qualitative.

La tutela giuridica si è quindi realizzata, oltre che mediante il ricorso ai marchi commerciali, anche mediante l'impiego dei marchi collettivi.

Per quanto riguarda i marchi commerciali italiani, sono numerosi, come è noto, quelli affermatasi in Italia e nel mondo intero che i consumatori hanno associato alle caratteristiche qualitative dei prodotti da essi designati.

Per quanto concerne i marchi collettivi occorre ricordare che gli stessi sono stati utilizzati per proteggere sul mercato anche le denominazioni dei celebri prodotti della gastronomia italiana, come il Parmigiano Reggiano e il Prosciutto di Parma⁵.

Successivamente questi prodotti di ampia notorietà sono stati tutelati mediante apposite leggi⁶.

Lo strumento legislativo è stato a volte utilizzato per proteggere la qualità di determinati prodotti riservando una specifica denominazione di vendita soltanto al prodotto composto con una determinata materia prima.

L'esempio in precedenza riferito, riguardante la legislazione in materia di pasta, che impone ancora oggi ai produttori italiani l'impiego della farina di grano duro, appare emblematico.

Una situazione analoga si è anche verificata nei Paesi, come la Francia⁷, dove vigeva da tempo una disciplina in materia di denominazioni di origine protetta e di indicazioni geografiche protette, ad esempio nel settore dei vini. Per i vini una disciplina simile è stata seguita nel passato anche in Italia.

⁵ In effetti, pure le celebri denominazioni di origine, conosciute da molto tempo in tutto il mondo, non erano altro, agli inizi, che semplici marchi collettivi. Cfr. F. CAPELLI, *La protezione giuridica dei prodotti agro-alimentari di qualità e tipici in Italia e nell'Unione europea*, in questa *Rivista*, 2001, p. 177. Infatti, tramite un marchio collettivo ottenuto da un Consorzio di produttori, è possibile tutelare una denominazione riguardante un prodotto che presenti caratteristiche qualitative particolari, con la conseguenza che soltanto i produttori che osservano lo statuto del Consorzio possono utilizzare tale denominazione. V., inoltre, E. ROOK BASILE, *Marchi e certificazioni dei prodotti agricoli ed agroalimentari*, in *Riv. dir. agr.*, 1993, I, p. 325; F. ALBISINNI, *L'origine dei prodotti agro-alimentari e la qualità territoriale*, in *Riv. dir. agr.*, 2000, I, p. 23; A. GERMANÒ, *Le indicazioni geografiche nell'accordo Trips*, in *Riv. dir. agr.*, 2000, I, p. 412 ss.; L. COSTATO, *Anco-ra in tema di marchi collettivi e di protezione delle produzioni tipiche*, in *Riv. dir. agr.*, 2002, II, p. 63.

⁶ Cfr. l. n. 125 del 10 aprile 1954 e dpr n. 1269 del 30 ottobre 1955 sul *Parmigiano Reggiano* e l. 13 febbraio 1990 n. 26 sulla «Tutela della denominazione "Prosciutto di Parma"».

⁷ Cfr. F. BARQUE, *Le droit communautaire des appellations d'origine et indications géographiques en matière vinicole*, in *Rev. trim. dr. eur.*, 2009, p. 743 ss.

2. La normativa applicabile nella Comunità europea e nell'Unione europea

Nella Comunità europea, per lungo tempo non è stata invece adottata alcuna normativa in materia di qualità dei prodotti agroalimentari, se si eccettua la disciplina europea di recepimento dei principi contenuti nella normativa degli Stati membri in materia di vini, risalente agli anni Settanta, che è stata in seguito perfezionata nei suoi contenuti.

Successivamente, a parte alcune norme inserite nei regolamenti delle specifiche organizzazioni comuni di mercato, la qualità dei prodotti agroalimentari è stata disciplinata con riferimento unicamente a specifici prodotti che sono stati assoggettati alle cosiddette *direttive verticali*.

Ricordo il tentativo che era stato effettuato in sede europea per disciplinare, nel 1968, la stessa pasta alimentare, mediante una direttiva verticale che imponeva l'utilizzo esclusivo della farina di grano duro, esattamente come prevedeva la legge italiana⁸.

Alcuni altri prodotti, disciplinati, anche per quanto riguarda le loro caratteristiche qualitative, da direttive verticali negli anni Settanta (successivamente modificate e perfezionate) sono⁹, ad esempio, il latte condensato¹⁰, i succhi di frutta¹¹, le marmellate¹², l'acqua minerale¹³, il cacao e il cioccolato¹⁴ e, alla fine, il miele¹⁵.

⁸ Cfr. la proposta di direttiva della Commissione, in *Guce* n. C 136 del 1968.

⁹ Ovviamente i riferimenti riportati *infra* nelle note da 10 a 15 sono relativi alle direttive attualmente vigenti che hanno modificato ed abrogato quelle in precedenza adottate.

¹⁰ Direttiva n. 2001/114/Ce del Consiglio, del 20 dicembre 2001, relativa a taluni tipi di latte conservato parzialmente o totalmente disidratato destinato all'alimentazione umana, in *Guce* n. L 15 del 17 gennaio 2002, p. 19 ss.

¹¹ Direttiva n. 2001/112/Ce del Consiglio, del 20 dicembre 2001, concernente i succhi di frutta e altri prodotti analoghi destinati all'alimentazione umana, in *Guce* n. L 10 del 12 gennaio 2002, p. 58 ss.

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

¹³ Direttiva n. 80/777/Cee del Consiglio, del 15 luglio 1980, in materia di ravvicinamento della legislazione degli Stati Membri sull'utilizzazione e la commercializzazione delle acque minerali naturali, in *Guce* n. L 229 del 30 agosto 1980, p. 1 ss., ora abrogata dalla direttiva n. 2009/54/Ce del 18 giugno 2009 (versione consolidata), in *Gu-Ue* n. L 164 del 26 giugno 2009, p. 45 ss.

¹⁴ Direttiva n. 2000/36/Ce del Parlamento europeo e del Consiglio, del 23 giugno 2000, relativa ai prodotti di cacao e di cioccolato destinati all'alimentazione umana, in *Guce* n. L 197 del 3 agosto 2000, p. 19 ss. Con riferimento al cioccolato cfr. la sentenza della Corte di giustizia del 25 novembre 2010 in causa n. C-47/09, *Commissione europea c. Repubblica italiana*, inedita in *Raccolta*, in questa *Rivista*, 2011, p. 255 ss., con i commenti di F. CAPELLI, *Limiti di utilizzo del termine «puro» nelle etichette dei prodotti di cioccolato*, p. 261 ss. e D. PISANELLO, *Armonizzazione delle denominazioni di vendita nel settore del cioccolato. Illegittimità della disciplina nazionale sul cioccolato puro*, p. 277 ss.

¹⁵ Direttiva n. 2001/110/Ce del Consiglio, del 20 dicembre 2001, concernente il miele, in *Guce* n. L 10 del 12 gennaio 2002, p. 47 ss.

Anche per questi prodotti, tutelare giuridicamente le loro denominazioni di vendita significa tutelarne le caratteristiche qualitative indicate nelle rispettive direttive verticali.

La disciplina europea sulla tutela della qualità dei prodotti agroalimentari è stata alla fine completata dalla normativa in materia di denominazioni di origine e di indicazioni geografiche adottata dal Regolamento (Cee) n. 2081/92¹⁶ (nonché dalla normativa in materia di tutela delle specialità tradizionali garantite sulla base del Regolamento (Cee) n. 2082/92¹⁷).

III. La giurisprudenza europea in materia di tutela della qualità dei prodotti alimentari

Per un lungo periodo di tempo, in mancanza di una normativa europea che prendesse in considerazione la qualità dei prodotti agroalimentari (con le ricordate eccezioni riguardanti i vini e i singoli prodotti disciplinati dalle menzionate direttive verticali) i problemi relativi alla rilevanza delle caratteristiche qualitative dei prodotti agroalimentari sono stati tutti affrontati e risolti dalla giurisprudenza della Corte di giustizia in base alle norme sulla libertà di circolazione delle merci, sulle quali la Corte ha fondato le sue decisioni.

In prosieguo si passerà in rassegna, brevemente, la giurisprudenza della Corte di giustizia pronunciata in materia di qualità dei prodotti agroalimentari con riferimento a: 1. marchi commerciali; 2. marchi collettivi; 3. indicazioni e attestati di qualità; 4. denominazioni di vendita; 5. denominazioni di origine e indicazioni geografiche; 6. indicazioni di provenienza.

¹⁶ Regolamento (Cee) n. 2081/92 del Consiglio, del 14 luglio 1992, relativo alla protezione delle indicazioni geografiche e delle denominazioni d'origine dei prodotti agricoli ed alimentari, in *Guce* n. L 208 del 24 luglio 1992, p. 1 ss. Cfr. J. FETTES, *Appellations d'origine et indications géographiques: le règlement 2081/92 et sa mise en œuvre*, RMUE, 1997, p. 141 ss.; G. SALIGNON, *La jurisprudence et la réglementation communautaires relatives à la protection des appellations d'origine, des dénominations géographiques et des indications de provenance*, RMUE, 1994, p. 107 ss. Il regolamento n. 2081/92 è stato abrogato e sostituito dal Regolamento Ce n. 510/2006 del Consiglio, del 20 marzo 2006, relativo alla protezione delle indicazioni geografiche e delle denominazioni d'origine dei prodotti agricoli e alimentari, in *Gu-Ue* n. L 93 del 31 marzo 2006, p. 12 ss. Cfr. F. CAPELLI, *Tutela delle denominazioni di origine e delle indicazioni geografiche dei prodotti agroalimentari nel nuovo regolamento comunitario n. 510/2006 e nel decreto italiano 19 novembre 2004 n. 297 relativo alle sanzioni applicabili in caso di violazione delle norme contenute nel regolamento predetto*, in questa *Rivista*, 2006, p. 115 ss. nonché D. PISANELLO, *La riforma del sistema comunitario di tutela delle denominazioni d'origine e delle indicazioni geografiche dei prodotti agricoli e alimentari*, in *Contratto e impresa / Europa*, 2006, p. 556 ss. Cfr. anche D. MINCHELLA, *Il campo di applicazione materiale del regolamento comunitario per la protezione dei prodotti a denominazione di origine*, in *Dir. Un. Eur.*, 2009, p. 825 nonché L. GONZÁLEZ VAQUÉ, *Indications géographiques et appellations d'origine: interprétation et mise en œuvre du nouveau règlement n. 510/2006*, RDUE, 2006, p. 795 e S. AMADEO, *Produzioni alimentari legate al territorio: le forme e l'intensità della protezione giudica nel mercato europeo*, in *Rivista di scienze della comunicazione*, 2009, n. 2, p. 32 ss.

¹⁷ In *Guce* n. L 208 del 24 luglio 1992, p. 1 ss.

1. *Marchi commerciali*

La giurisprudenza della Corte di giustizia, pronunciata con riferimento ai marchi commerciali, ha sostanzialmente perseguito l'obiettivo di consentire, all'interno del mercato europeo, la più ampia circolazione dei prodotti (sia agroalimentari, sia industriali).

Tale giurisprudenza ha sempre avuto il sostegno della Commissione europea. Avendo come obiettivo la circolazione più ampia possibile dei prodotti, la giurisprudenza ha riconosciuto al titolare del marchio commerciale il diritto di difendere il proprio marchio contro le contraffazioni come unico strumento per controllare la commercializzazione dei prodotti marchiati all'interno del mercato unico.

Al contrario, come è noto, il titolare del marchio non può rivendicare altri diritti per limitare la circolazione dei prodotti legittimamente marchiati, quando tali prodotti siano stati immessi sul mercato europeo direttamente dallo stesso titolare del marchio o con il suo consenso.

Con riferimento allo stesso marchio, regolarmente registrato in due Stati diversi, la Corte di giustizia ha, in un primo tempo, addirittura cercato di negare la protezione territoriale del marchio. Ciò si è verificato con riferimento al marchio di un prodotto alimentare: il caffè *Hag*.

Come è noto, il marchio «*Hag*», dal nome del produttore tedesco che aveva inventato il metodo per decaffeinare il caffè, era stato ceduto nel 1927 alla filiale belga della casa madre tedesca.

Dopo la seconda guerra mondiale, in seguito alla confisca dei beni tedeschi da parte del Belgio, la filiale belga della casa madre tedesca è stata acquisita, insieme al marchio «*Hag*», da un produttore belga.

Agli inizi degli anni Settanta del secolo scorso, la società tedesca «*Hag*» ha cercato di vendere in Belgio e in Lussemburgo i propri prodotti con il marchio (originario) tedesco «*Hag*».

Il produttore del caffè «*Hag*» belga, titolare del marchio «*Hag*» in Belgio, ha bloccato le vendite tedesche e la controversia, dal Tribunale di Lussemburgo, è approdata alla Corte di giustizia.

Orbene, nel 1974, la Corte di giustizia con una sentenza che è stata criticata da tutti gli specialisti della materia¹⁸ ha dato ragione al produttore/fornitore tedesco, affermando che i due marchi «*Hag*» potevano liberamente essere commercializzati all'interno del mercato europeo e negli stessi Paesi sopra menzionati.

¹⁸ Cfr. sentenza della Corte di giustizia del 3 luglio 1974 in causa n. 192/73, *Van Zuylen c. HAG*, in *Raccolta*, 1974, p. 731.

In seguito alle critiche precise e convincenti della dottrina specialistica, la Corte di giustizia è stata costretta a mutare radicalmente la propria giurisprudenza nel 1990.

Infatti, in una controversia che vedeva le stesse parti della precedente causa *Hag* in posizioni invertite, la Corte di giustizia ha emesso una sentenza che è andata in una direzione diametralmente opposta.

Nella causa decisa dalla Corte di giustizia nel 1990 che riguardava, questa volta, la vendita di caffè «*Hag*» belga sul mercato tedesco, vendita contestata dal produttore tedesco del marchio «*Hag*» in Germania, la Corte medesima ha pronunciato una sentenza¹⁹ che ha definitivamente riconosciuto il principio della protezione territoriale dei marchi all'interno degli Stati membri della Comunità europea.

Di conseguenza, pur trattandosi degli stessi marchi aventi un'origine comune, il fatto che essi risultassero registrati legittimamente in due Stati membri diversi e intestati a due titolari diversi, ai quali effettivamente appartenevano, comportava l'applicazione del principio di territorialità.

Pertanto, il marchio «*Hag*» belga non poteva essere commercializzato in Germania e il marchio «*Hag*» tedesco non poteva essere commercializzato in Belgio e Lussemburgo, nonostante l'esistenza del mercato comune europeo e le regole sulla libera circolazione delle merci.

La soluzione della controversia, come qualcuno si ricorderà, non è stata, alla fine, trovata dai giuristi e dalle Corti giudiziarie, bensì dagli operatori economici.

Infatti, la società multinazionale americana «*Kraft*» ha provveduto ad acquisire tanto la società tedesca quanto la società belga divenendo l'unica titolare del marchio «*Hag*» nel mondo intero.

2. *Marchi collettivi*

Come in precedenza ricordato, i marchi collettivi costituivano, in passato, oltre ai marchi commerciali, gli unici strumenti utilizzati in Italia per tutelare i celebri prodotti della nostra gastronomia (come il Parmigiano reggiano o il Prosciutto di Parma)²⁰.

¹⁹ Cfr. sentenza della Corte di giustizia del 17 ottobre 1990 in causa n. C-10/89, *SA CNL-SUCAL NV c. HAG GF AG*, in *Raccolta*, 1990, I, p. 3711 ss. Cfr. i commenti di R. JOLIET, *Droit des marques et libre circulation des marchandises: l'abandon de l'arrêt HAG I*, in *Rev. trim. dr. eur.*, 1991, p. 169 ss.; W. ALEXANDER, *CMLR*, 1991, p. 681 ss.; A. LO MONACO, *The Role of Consent and Consumer Protection in Reconciling Articles 30 and 36 in Hag I and Hag II*, in *Fordham Internat. Law Jour.*, 1991-92, p. 207 ss.; G. BONET, in *Rev. trim. dr. eur.*, 1991, p. 639 ss.; R. KOVAR, *Les fonctions des marques selon la Cour de justice des Communautés européennes après l'arrêt Hag II*, in *Revue de jurisprudence de droit des affaires*, 1991, p. 751 ss.

²⁰ Per alcune considerazioni giuridiche sui marchi collettivi e sulle denominazioni di origine, cfr. F. CAPELLI, *La protezione giuridica dei prodotti agro-alimentari di qualità e tipici*, cit. *supra*, nota 5.

Ma i marchi collettivi, per essere riconosciuti e tutelati nei Paesi membri diversi da quello nel quale erano stati registrati, necessitavano di specifici Accordi bilaterali che, generalmente, venivano stipulati sulla base di apposite convenzioni internazionali (come, ad esempio, la Convenzione di Stresa del 1951 sui formaggi).

Di conseguenza, in mancanza di Accordi bilaterali, il prodotto tutelato con un marchio collettivo in uno Stato membro non aveva alcuna possibilità di difesa contro le eventuali imitazioni che venivano effettuate negli altri Stati membri.

Un esempio illuminante è costituito dal marchio collettivo «*Parmigiano Reggiano*» che, per moltissimi anni, ha dovuto subire in Germania la concorrenza del prodotto di imitazione «*Parmesan*», perché la Germania non ha mai concluso con l'Italia alcun Accordo bilaterale che prevedesse la tutela, sul territorio tedesco, della denominazione «*Parmigiano Reggiano*».

Come è noto, soltanto grazie all'applicazione della normativa comunitaria, contenuta nei regolamenti relativi alle denominazioni di origine protetta, è stato possibile ottenere dalla Corte di giustizia²¹ e dai tribunali tedeschi sentenze favorevoli alla denominazione «*Parmigiano Reggiano*»²².

²¹ La denominazione di origine protetta *Parmigiano-Reggiano* è stata oggetto, come è noto, di due cause decise dalla Corte di giustizia, rispettivamente nel 2002 e nel 2008. Cfr. sentenza del 25 giugno 2002 in causa n. C-66/00, Procedimento penale a carico di *Dante Bigi*, con l'intervento del *Consorzio del Formaggio Parmigiano Reggiano*, in *Raccolta*, 2002, I, p. 591 ss. nonché sentenza del 26 febbraio 2008 in causa n. C-132/05, *Commissione delle Comunità europee c. Repubblica federale di Germania*, in *Raccolta*, 2008, I, p. 957 ss. Su quest'ultima sentenza cfr. i commenti di M. BORRACCETTI, *Parmesan e Parmigiano: la Corte di giustizia interviene ancora una volta*, in *La nuova giurisprudenza civile commentata*, 2008, p. 1009 ss.; I. CANFORA, *Il caso "Parmigiano Reggiano": denominazioni di origine composte e strumenti di tutela tra competenze nazionali e diritto comunitario*, in *Riv. dir. agr.*, 2008, II, p. 16 ss.; F. CAPELLI, *La sentenza Parmesan della Corte di giustizia: una decisione sbagliata (Nota alla sentenza in causa n. C-132/2005 del 26 febbraio 2008)*, in questa *Rivista*, 2008, p. 329 ss.; F. GENCARELLI, *Il caso "Parmesan": la responsabilità degli Stati nella tutela delle DOP e IGP tra interventi legislativi e giurisprudenziali*, in *Dir. Un. Eur.*, 2008, p. 825 ss.; C. HAUER, *Using the Designation "Parmesan" for Hard Cheese (Grated Cheese) of Non-Italian Origin. Judgment of the ECJ of 26 February 2008 in case C-132/05 (Commission of the European Communities vs. Federal Republic of Germany)*, in *European Food and Feed Law Review*, 2008, Vol. 3, n° 6, p. 387 ss.; C. HEATH, *Parmigiano Reggiano by Another Name - The ECJ's Parmesan Decision*, in *International Review of Intellectual Property and Competition Law*, 2008, p. 951 ss.; N. LUCIFERO, *Denominazione composte, denominazioni generiche e la tutela delle denominazioni di origine protette. Il caso "parmesan"*, in *Giur. it.*, 2009, c. 579 ss.; M. PARDO LEAL, *Protección de la denominación de origen del queso "Parmigiano Reggiano"*, in *Revista de Derecho Alimentario*, 2008, n. 34, p. 29 ss.; S. VENTURA, *Il caso Parmesan visto dalla Corte di giustizia*, in questa *Rivista*, 2008, p. 323 ss.

²² Sentenza dell'8 giugno 2010 del Tribunale regionale (*Landgericht*) di Colonia, *Consorzio del Formaggio Parmigiano Reggiano c. Fuchs Gewürze GmbH*, e sentenza del 15 giugno 2010 della Corte d'appello di Berlino, *Allgäuland-Käseereien GmbH c. Consorzio del Formaggio Parmigiano Reggiano*, in *Diritto comunitario e degli scambi internazionali*, 2010, rispettivamente p. 537 e p. 538 con commento di 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»*, p. 547 ss. Dello stesso Autore v., inoltre, *Il caso Parmesan visto da un Tribunale tedesco*, in questa *Rivista*, 2008, p. 367 ss. Il Consorzio di tutela del Parmigiano reggiano ha ottenuto una sentenza favorevole anche davanti al tribunale spagnolo di Oviedo: cfr. la sentenza del 5 aprile 2010 n. 65/2010 del Tribunale Commerciale di Oviedo, *Consorzio del Formaggio Parmigiano*

3. *Indicazioni e attestati di qualità*

In una sentenza del 1984, relativa alla qualità dei formaggi olandesi, la Corte di giustizia, rigettando la tesi contraria della Commissione europea, ha riconosciuto che gli Stati membri avevano il potere di promuovere e valorizzare la qualità dei prodotti agroalimentari nazionali (nel caso di specie: formaggi) anche imponendo ai propri produttori l'obbligo di osservare regole di produzione più rigorose²³ e certificando i prodotti medesimi mediante riconoscimenti, marchi ed attestati²⁴.

Secondo la Corte di giustizia, un tal modo di procedere non determinava alcun contrasto con i principi e con le norme dell'ordinamento comunitario, purché le predette imposizioni fossero applicate ai soli produttori nazionali e riguardassero i soli prodotti nazionali.

4. *Denominazioni di vendita*

Diverse sentenze della Corte di giustizia hanno preso in esame casi particolari, in precedenza ricordati, nei quali la denominazione di vendita di un prodotto agroalimentare risultava collegato alle caratteristiche della materia prima impiegata per produrlo²⁵.

Orbene, l'approccio della Corte, in questi casi, è stato diverso a seconda delle caratteristiche della materia prima impiegata e a seconda degli effetti da essa prodotti.

Nella sentenza *Sekt e Weinbrand*²⁶ del 1975 si trattava di stabilire, come è noto, se la Germania potesse riservare le denominazioni «*Sekt e Weinbrand*» ai soli prodotti nazionali anche se tali denominazioni non risultavano collegate ad alcuna particolare caratteristica della materia prima impiegata e ad un particolare tipo di lavorazione. In particolare, secondo la normativa applicabile, la materia prima per produrre il *Sekt* (spumante tedesco) e il *Weinbrand* (brandy tedesco), poteva soltanto provenire dal territorio tedesco e la elabora-

Reggiano c. *Industrias Lacteas Asturianas S.A.*, in questa *Rivista*, 2010, p. 537 ss. con commento di S. VENTURA, *Osservazioni in margine alle sentenze*, loc. cit.

²³ Per quanto riguarda gli *standard* privati di produzione e commercializzazione cfr. L. RUSSO, *Fare cose con regole: gli standard privati per la produzione alimentare nel commercio internazionale*, Atti del Convegno "Diritto agrario. Agricoltura-Alimentazione-Ambiente", Pisa, 26-27 ottobre 2007, in *Riv. dir. agr.*, 2007, p. 607 ss.

²⁴ Sentenza della Corte di giustizia del 7 febbraio 1984 in causa n. 237/82, *Jongeneel Kaas*, in *Raccolta*, 1984, p. 483 ss. Cfr. il commento di M. WAELBROECK, *CMLR*, 1985, p. 117 ss.

²⁵ Sulle denominazioni di vendita cfr. S. MASINI, *Corso di diritto alimentare*, Milano, Giuffrè, 2011, p. 41 ss.

²⁶ Sentenza della Corte di giustizia del 20 febbraio 1975 in causa n. 12/74, *Commissione c. Repubblica federale di Germania*, in *Raccolta*, 1975, p. 181 ss. Cfr. i commenti di G. MARENCO, *I termini "Sekt" e "Weinbrand" non sono riservati ai prodotti tedeschi*, in questa *Rivista*, 1975, p. 358 ss.; D. WYATT, *Free Movement of Goods and Indications of Origin*, in *The Modern Law Review*, 1975, p. 679 ss.

zione di entrambi doveva avvenire soltanto in territorio tedesco.

La Corte di giustizia ha statuito che le predette denominazioni non potevano essere riservate ai soli prodotti nazionali, consentendo pertanto ai prodotti analoghi, provenienti dagli altri Stati membri, di beneficiare delle stesse denominazioni che sono divenute, pertanto, del tutto generiche²⁷.

Per quanto riguarda, invece, le denominazioni di vendita collegate a materie prime che presentano particolari caratteristiche qualitative, come nel caso italiano della pasta alimentare, la Corte ha consentito che lo Stato italiano potesse continuare ad applicare la legge interna più restrittiva (in quanto prevedeva l'impiego del solo grano duro), ma unicamente ai produttori operanti in Italia, escludendo che tale legge potesse trovare applicazione nei confronti dei produttori e dei prodotti degli altri Paesi membri²⁸. La sentenza della Corte di giustizia ha quindi dato origine a un caso di *discriminazione alla rovescia* che ha determinato, però, effetti favorevoli alla pasta italiana, perché ha contribuito a valorizzarla agli occhi dei consumatori²⁹.

Per quanto riguarda, infine, le denominazioni di vendita collegate ad una materia prima il cui impiego determina la produzione di effetti particolari, la soluzione è ancora diversa (come si deduce dalla sentenza *Smanor* del 1988³⁰).

La denominazione di vendita «yogurt» – che, ad esempio, in Francia e in Italia è riservata unicamente ai prodotti lattiero caseari contenenti una rilevante quantità di fermenti lattici vivi – non solo può essere mantenuta all'interno di tali Stati membri con imposizione ai produttori nazionali di osservare le tradizionali regole interne di produzione, ma può essere anche vietato ai produttori degli altri Stati membri di commercializzare in Francia e in Italia, con la denominazione di vendita «yogurt», prodotti che non contengono un'elevata quantità di fermenti lattici vivi.

²⁷ Cfr. P. BORGHI, *I requisiti della tutela*, in B. UBERTAZZI - E. MUNÍZ ESPADA, *Le indicazioni di qualità degli alimenti*, Milano, Giuffrè, 2009, p. 179 ss.

²⁸ Sentenze della Corte di giustizia del 14 luglio 1988 in causa n. 407/85, *Drei Glocken GmbH*, in *Raccolta*, 1988, p. 4233 e del 14 luglio 1988 in causa n. 90/86, *Zoni*, in *Raccolta*, 1988, p. 4285. Cfr. i commenti di F. CAPELLI, *Yogourt francese e pasta italiana (due sentenze e una proposta di soluzione)*, in questa *Rivista*, 1988, p. 389 ss.; R. BARENTS, *Free Movement of Foodstuffs*, *CMLR*, 1989, p. 103 ss.; J. L. BUENDÍA SIERRA, *Las secuelas del caso "Cassis de Dijon". Libre circulación de productos alimenticios y reglamentaciones nacionales*, in *Rev. instit. europeas*, 1989, p. 135 ss.; M. LUGATO, *Pasta alimentari e libera circolazione delle merci nel mercato comune*, in *Giust. civ.*, 1989, I, p. 498 ss.; L. COSTATO, *Commento alla sentenza della Corte di giustizia delle Comunità europee in causa n. 407/85*, in *Riv. dir. agr.*, 1989, II, p. 56 ss.

²⁹ Cfr. F. CAPELLI, *È legittima la "discriminazione alla rovescia" imposta per tutelare la qualità della pasta alimentare italiana*, in questa *Rivista*, 1994, p. 421.

³⁰ Sentenza della Corte di giustizia del 14 luglio 1988 in causa n. 298/87, *Smanor*, in *Raccolta*, 1988 p. 4489 e in questa *Rivista*, 1988, p. 382 con commento di F. CAPELLI, *"Yogourt francese e pasta italiana" (Due sentenze e una proposta di soluzione)*, p. 389 ss.; VON GIERKE-BRAUNE, in *Europarecht*, 1990, p. 50 ss.; M. CAPDEVILA VALLS, *Interpretación de los artículos 30 a 36 del TCEE y de los artículos 5, 15 y 16 de la Directiva 79/112/CEE, del Consejo, de 18 de diciembre de 1978*, in *Noticias CEE*, 1990, n. 62, p. 143 ss.

5. Denominazioni di origine e indicazioni geografiche

Indipendentemente dall'adozione in sede comunitaria dei regolamenti in materia di tutela delle denominazioni di origine e delle indicazioni geografiche, la Corte ha sempre riconosciuto il potere degli Stati membri di tutelare i prodotti agroalimentari nazionali ricorrendo all'impiego di tali denominazioni e di tali indicazioni.

Dopo l'adozione in sede comunitaria dei regolamenti sulla tutela delle denominazioni di origine e delle indicazioni geografiche, la Corte di giustizia, come è noto, ha avuto modo di pronunciare diverse sentenze in tale materia, ma non ha mai apertamente contestato, durante un periodo di quasi 17 anni, il potere degli Stati membri di continuare ad accordare una protezione nazionale alle predette denominazioni.

Soltanto con la sentenza *Bud II* dell'8 settembre 2009³¹, la Corte ha preso una posizione precisa, affermando la competenza esclusiva dell'Unione europea a registrare le denominazioni di origine e le indicazioni geografiche, motivando però la sua decisione con argomenti che appaiono non convincenti se non del tutto errati e per di più dettati da preoccupazioni di natura politica.

6. Indicazioni di provenienza

Nella sentenza della causa *Exportur* del 1992³² e, precisamente, al punto n. 28, la Corte di giustizia riconosce che:

«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

³¹ Cfr. sentenza della Corte di giustizia dell'8 settembre 2009 in causa n. C-478/07, *Budějovický Budvar c. Rudolf Ammersin GmbH*, in *Raccolta*, 2009, I, p. 7721 ss. La sentenza è pubblicata in questa *Rivista*, 2010, p. 241 ss., con commento di V. RUBINO, *Indicazioni geografiche indirette e denominazioni di origine dei prodotti alimentari nella sentenza "Bud II"*, p. 255 ss. e di 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*, p. 401 ss. Cfr. inoltre il commento di F. GENCARELLI, *Il caso «Budweiser»: competenze comunitarie e nazionali in materia di indicazioni geografiche di prodotti alimentari*, *DGAAA*, n. 4, 2010, p. 237 ss.

³² Sentenza della Corte di giustizia del 10 novembre 1992 in causa n. C-3/91, *Exportur Sa c. Lor Sa e Confiserie du Tech*, in *Raccolta*, 1992, I, p. 5529 ss. e in questa *Rivista*, 1996, p. 269 con commento di P. QUAIA, *La tutela delle denominazioni geografiche tra diritto nazionale e diritto comunitario*, p. 277 ss. Cfr. inoltre R. ROWELL, in *European Food Law Review*, 1993, p. 252 ss.; M.-C. BERGERES, in *Recueil Dalloz Sirey*, 1993 Jur., p. 546 ss.; O. W. BROUWER, *CMLR*, 1993, p. 1209 ss.; M.-V. FOURGOUX-JEANNIN, in *European Food Law Review*, 1996, p. 96 ss.

norme di fabbricazione stabiliti da un atto delle pubbliche autorità, denominazioni comunemente chiamate indicazioni di provenienza. Queste denominazioni possono cioè 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».

Da quanto risulta dalla sentenza *Exportur*, la Commissione europea aveva sostenuto che dovesse essere esclusa del tutto ogni protezione per le indicazioni di provenienza, ammettendo una possibile tutela unicamente per le denominazioni di origine, qualora riguardassero prodotti con caratteristiche qualitative direttamente derivanti dal territorio della zona geografica di produzione.

Di contro, come abbiamo visto, la Corte di giustizia, nella causa *Exportur* e nella sua giurisprudenza precedente, non solo ha riconosciuto la tutelabilità in sede nazionale delle denominazioni di origine e delle indicazioni geografiche che presentano caratteristiche qualitative collegabili al territorio della zona geografica di produzione, ma ha anche riconosciuto la tutelabilità delle indicazioni di provenienza come tali (semplici), in quanto suscettibili di svolgere una funzione utile in favore dei produttori e dei consumatori.

Orbene, la tutela accordata alle indicazioni di provenienza (semplici e indirette) che è stata riconosciuta anche nella sentenza *Warsteiner* del 2000³³, risulta fondata sulla normativa comunitaria in materia di libertà di circolazione delle merci che consente agli Stati membri di invocare i diritti sulla proprietà intellettuale e industriale.

Come sappiamo, tale posizione della Corte, che non è stata mai sottoposta a revisione, costituisce la prova della contraddizione nella quale è incorsa la Corte di giustizia nella sentenza *Bud II*.

IV. Valutazioni finali

Se, come sostiene la Corte di giustizia, gli Stati membri mantengono il potere di tutelare le indicazioni di provenienza (semplici e indirette) che sono riferite a prodotti agroalimentari per il solo fatto di provenire da una determinata area, sulla base dei diritti di proprietà intellettuale e industriale, per quale

³³ Sentenza della Corte di giustizia del 7 novembre 2000 in causa n. C-312/98, *Schutzverband gegen Unwesen in der Wirtschaft eV c. Warsteiner Brauerei Haus Cramer GmbH & Co. KG*, in *Raccolta*, 2000, I, p. 9187 ss. e in questa *Rivista*, 2001, p. 281 ss. con commento di F. CAPELLI, *La sentenza Warsteiner in materia di denominazioni di origine: un contributo alla soluzione di un equivoco*, p. 287 ss. Cfr. i commenti di E. MONTELLONE, *Il territorio come regola: alcune considerazioni a margine del caso Warsteiner*, in *Giur. it.*, 2001 p. 1650 ss.; A. VEDASCHI, *Le indicazioni geografiche semplici e la corretta informazione del consumatore*, in *Dir. pubbl. comp. eur.*, 2001, p. 384 ss.; M. VALLETTA, *Non solo DOP e IGP: territorialità del prodotto e informazione del consumatore dopo il caso Warsteiner*, in *Riv. dir. agr.*, 2002, II, p. 142 ss.

motivo gli Stati membri dovrebbero perdere lo stesso potere con riferimento alle denominazioni di origine e alle indicazioni geografiche strettamente intese? Con riferimento ad esse, infatti, a maggior ragione, lo Stato potrebbe invocare le norme che tutelano i diritti di proprietà intellettuale e industriale, norme contenute nel Trattato che prevalgono sui regolamenti comunitari.

Con ogni probabilità la contraddizione nella quale è caduta la Corte è dovuta a un equivoco.

Il potere degli Stati membri di tutelare la qualità dei prodotti agroalimentari non dipende, chiaramente, dalle norme sulla libertà di circolazione delle merci che consentono di invocare i diritti di proprietà intellettuale e commerciale.

Il potere di tutelare la qualità dei suddetti prodotti rientra infatti tra i poteri che lo Stato può direttamente esercitare in un settore di sua competenza, senza violare alcun divieto di diritto comunitario.

Saranno semmai le modalità di esercizio di tale potere che potranno eventualmente essere in contrasto con le norme sulla libertà di circolazione delle merci interpretate in conformità alla giurisprudenza della Corte di giustizia.

Di conseguenza – rimanendo, da un lato, l'Unione europea e, dall'altro lato, gli Stati membri, competenti a tutelare le denominazioni di origine e le indicazioni geografiche – sarà possibile risolvere i problemi di conflitto facendo riferimento alla giurisprudenza della Corte di giustizia che dovrà essere applicata nel rispetto del principio della prevalenza del diritto comunitario sul diritto nazionale degli Stati membri.

È ovvio che se una denominazione di origine (o un'indicazione geografica) viene registrata in sede europea, lo Stato membro, che ha presentato la relativa domanda di registrazione, non potrà tutelare la stessa denominazione sulla base del proprio diritto nazionale in violazione del principio della prevalenza del diritto comunitario. Oltretutto lo stesso Stato membro non avrebbe alcun interesse ad avvalersi del diritto nazionale, in quanto soltanto la registrazione in sede comunitaria potrà consentire alla denominazione registrata di essere riconosciuta in tutti gli Stati membri (come si è visto nel caso del formaggio *Parmesan* in Germania).

Se, al contrario, la denominazione di origine o l'indicazione geografica non sono registrate in sede comunitaria, ma soltanto in uno Stato membro, esse godranno di tutela unicamente all'interno dello Stato membro interessato (ed eventualmente all'interno degli Stati membri che le riconoscono sulla base di specifici accordi bilaterali). In questi casi la protezione giuridica avverrà unicamente su base territoriale, esattamente come nel settore dei marchi che godono, come è noto, di una protezione su base territoriale, come abbiamo ricordato descrivendo il caso del caffè *Hag*.

Così ragionando è possibile risolvere anche l'equivoco relativo alle indicazioni di provenienza (semplici e indirette) che la Corte di giustizia insiste

nel voler tutelare sulla base delle norme poste a protezione dei diritti di proprietà intellettuale e industriale.

Se la tutela di un'indicazione di provenienza viene attuata da uno Stato membro in modo corretto, senza introdurre discriminazioni nei confronti dei prodotti provenienti dagli altri Stati membri, senza perseguire intenti protezionistici e senza ricorrere a strumenti sproporzionati, non si vede perché debba essere considerata contraria al diritto comunitario.

La Corte di giustizia, pur condividendo questo modo di ragionare, nella sentenza *Pistre*, del 1997³⁴, ha invece dichiarato l'illegittimità della indicazione «*montagna*», perché non l'ha considerata né un'indicazione geografica né un'indicazione di provenienza. A mio avviso la decisione della Corte non è corretta. Se, infatti, seguendo il ragionamento sopra svolto, uno Stato membro ritiene di dover tutelare i prodotti che provengono dalle zone di montagna, perché non dovrebbe poterlo fare? Ci sono infatti consumatori disposti ad acquistare determinati prodotti agroalimentari proprio perché provengono da zone montane³⁵.

Il problema sarà quindi quello di imporre regole precise e rigorose per impedire che i consumatori vengano ingannati, ma questo attiene alle modalità di esercizio di un potere che, come tale, appartiene allo Stato membro interessato.

Quest'ultima considerazione consente di esporre due brevi riflessioni finali sulle modifiche, in corso in sede comunitaria, relativamente alle norme sul c.d. «*pacchetto qualità*».

Occorre constatare che il Parlamento europeo, riprendendo la prima proposta della Commissione³⁶, l'ha invitata ad introdurre espressamente, nella proposta di regolamento da adottare, alcune disposizioni destinate a tutelare i «*prodotti di montagna*».

La seconda riflessione riguarda, invece, la segnalazione proveniente dal Parlamento italiano³⁷, che si riferisce alla possibilità di tutelare, in sede nazio-

³⁴ Sentenza della Corte di giustizia del 7 maggio 1997 in cause riunite da n. C-321/94 a n. C-324/94, *Pistre e altri*, in *Raccolta*, 1997, I, p. 2343 ss. Cfr. i commenti di I. CANFORA, *La denominazione "montagna" per i prodotti agricoli*, in *Riv. dir. agr.*, 1997, II, p. 211 ss.; D. ROCHARD, *Dispositions de la loi "montagne" et principe communautaire de libre circulation des produits. Commentaire de l'arrêt de la Cour de justice des Communautés européennes du 7 mai 1997 (aff. jointes C-321/94 à C-324/94)*, in *Rev. trim. dr. eur.*, 1998, p. 237 ss.

³⁵ Dal canto suo, la denominazione «*montagna*» che, come risulta dalla sentenza *Pistre* appena esaminata, è stata considerata contraria alle norme sulla libertà di circolazione delle merci, tanto dal Servizio giuridico della Commissione europea, quanto dalla Corte di giustizia, è stata poi considerata compatibile, con le stesse norme, dalla prima proposta di Regolamento sulla qualità dei prodotti agroalimentari appena elaborata dalla Commissione medesima (cfr. punto 3.1.3. proposta di Regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio sui regimi di qualità dei prodotti agricoli (Doc. Com(2010)733 def., *cit. supra*, nota 1).

³⁶ Cfr. *supra*, nota 35.

³⁷ Cfr. le *Osservazioni e proposte della 14ª Commissione permanente* del Senato della Repubblica (Politiche dell'Unione europea), del 16 febbraio 2011, alla proposta di regolamento sui regimi di qualità dei prodotti agricoli, Doc. Com(2010)733 def. Il testo delle *Osservazioni* è reperibile sul sito internet <http://www.ipex.eu/IPEXL-WEB/scrutiny/COD20100353/itsen.do>.

nale, le denominazioni riguardanti i prodotti di nicchia a diffusione esclusivamente locale, per i quali la registrazione nazionale potrebbe valere non tanto per proteggerne la denominazione al di fuori dei confini italiani, quanto invece per attirare i consumatori sul luogo di produzione perché li consumino sul posto.

Fausto Capelli

LA PROFESSIONE FORENSE NELL'UNIONE EUROPEA. ALCUNE CONSIDERAZIONI SUL "CASO ITALIANO": AVVOCATO STABILITO, INCOMPATIBILITÀ E TARIFFE*

Sommario: *Premessa - 1. La figura dell'avvocato nel diritto dell'Unione europea e le specificità della professione forense - 2. I limiti all'autonomia regolamentare degli Stati membri: la direttiva n. 2005/36 sul mutuo riconoscimento dei diplomi e la direttiva n. 2006/123 sulla libera prestazione dei servizi nell'Unione europea - 3. La libera regolamentazione della professione forense con particolare riferimento all'esperienza italiana - 4. Conclusioni.*

Premessa

Sebbene l'Unione europea non abbia alcuna competenza specifica in materia, il processo di integrazione ha evidenziato ben presto l'opportunità di regolamentare adeguatamente la figura dell'avvocato, sia per quanto attiene alla modalità di esercizio della professione nel territorio di altri Stati membri, sia per quel che concerne la portata delle garanzie tradizionalmente riconducibili ai diritti di difesa e alla buona amministrazione della giustizia¹. Sotto il primo profilo, si tratta di assicurare che le differenze a livello statale non compromettano il raggiungimento degli obiettivi fissati nei Trattati. In tal senso vengono in rilievo le direttive sulla libera prestazione di servizi e sulla libertà di stabilimento e le norme sulla libera concorrenza. Per quanto attiene al secon-

* Il presente lavoro riproduce e completa i contenuti della relazione presentata a San Marco di Castellabate l' 11 giugno 2011 nell'ambito del IX Stage di Diritto dell'Unione Europea «Andrea Cafiero».

¹ Sulla figura dell'avvocato nell'ordinamento comunitario e dell'Unione europea, v. B. NASCIMBENE (con la collaborazione di E. BERGAMINI), *La professione forense nell'Unione europea*, Milano, Ipsoa, 2010; O. BUBOS, *Trente ans de liberté de prestation de services de l'avocat: bilans*, in B. FAVREAU (a cura di), *L'avocat dans le droit européen*, Bruxelles, Bruylant, 2008; B. RENTMEISTER, *La libre circulation de l'avocat dans l'Europe*, in *L'Observateur de Bruxelles*, 2007, fasc. 68, p. 8 ss.; E. BERGAMINI, *La concorrenza tra professionisti nel mercato interno dell'Unione europea*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2005; A. PRETO, *Le libere professioni in Europa*, Milano, Egea, 2001; F. FERRARO, *L'avvocato comunitario*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2005 e S. M. CARBONE - A. TARMASSO, *Libera prestazione di servizi, tariffe professionali e professione di avvocato*, in *Dir. comm. int.*, 2005, p. 231 ss.

do profilo, invece, le politiche settoriali promosse dall'Unione devono rispettare i diritti fondamentali affermati nella Carta dei diritti fondamentali, «che ha lo stesso valore giuridico dei trattati»². Così, nel definire i poteri istruttori *antitrust* della Commissione europea o le misure antiriciclaggio, le istituzioni europee devono rispettare i diritti di difesa e, con essi, il ruolo fondamentale svolto dalla professione forense³.

Con l'obiettivo di verificare se ed in quale misura le soluzioni adottate a livello nazionale – ivi incluso il recentissimo d.l. n. 138 del 13 agosto 2011, («Ulteriori misure urgenti per la stabilizzazione finanziaria e per lo sviluppo»)⁴ – siano compatibili con il diritto dell'Unione europea, si focalizzerà l'attenzione sul primo aspetto. A tal fine verrà innanzitutto ricostruito il quadro normativo e giurisprudenziale in materia di libere professioni ponendo l'accento sulla specificità della professione di avvocato. Dopo alcune considerazioni di ordine generale, si esamineranno succintamente le direttive in materia di libera prestazione di servizi e libertà di stabilimento degli avvocati. La seconda parte del contributo, invece, si occuperà delle direttive n. 2005/36⁵ e n. 2006/123⁶. Ancorché di applicazione residuale, esse impongono agli Stati una serie di obblighi volti a favorire l'effettiva eliminazione delle barriere alla libera circolazione dei lavoratori autonomi nell'Unione europea e sono pertanto suscettibili di incidere sulla regolamentazione della professione forense. Infine, verrà presa in considerazione l'esperienza italiana con particolare riguardo al "caso spagno-

² Art. 6, par. 1, TUE. Sul carattere vincolante della Carta, v. *ex multis*, L. DANIELE, *Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea e Trattato di Lisbona*, in *Dir. Un. eur.*, 2008, p. 655 ss.; I. PERNICE, *The Treaty of Lisbon and Fundamental Rights*, in S. GRILLER - J. ZILLER (eds.), *The Lisbon Treaty. EU Constitutionalism without a Constitutional Treaty?*, Vienna, New York, Springer, 2008; N. PARISI, *Funzione e ruolo della Carta dei diritti fondamentali nel sistema delle fonti alla luce del Trattato di Lisbona*, in *Dir. Un. eur.*, 2009, p. 653 ss. Quanto alle ricadute dell'art. 6, par. 1, TUE sulle diverse politiche dell'Unione dopo l'entrata in vigore del Trattato di Lisbona, sia consentito un rinvio a G. DI FEDERICO (a cura di), *The Charter of Fundamental Rights. From Declaration to Binding Instrument*, Dordrecht, Heidelberg, Londra, New York, Springer, 2011.

³ In entrambi questi settori si è posto il problema di bilanciare l'efficacia degli accertamenti con il segreto professionale (*legal professional privilege*). Tuttavia, la portata del diritto varia e la tutela offerta nell'ambito dei procedimenti *antitrust* presenta alcune criticità con riguardo alla protezione dei diritti di difesa. Sulla disciplina antiriciclaggio, v. J. KOMAREK, *Legal Professional Privilege and the EU's Fight against Money Laundering*, in *Civil Justice Quarterly* (2008), p. 13 ss. e E. CLOOTS, *Germes of pluralist judicial adjudication: Advocaten voor de Wered and other references from the Belgian constitutional court*, *CMLR*, 2010, p. 659 ss. In materia di ispezioni condotte dalla Commissione presso i locali delle imprese sospettate di aver violato gli artt. 101 e 102 TFUE, ci si permette di rinviare a G. DI FEDERICO, *Case 550/07 P, Akzo Nobel Chemicals Ltd and Akros Chemicals Ltd v European Commission, Judgment of the Court (Grand Chamber) of 14 September 2010, not yet reported*, *CMLR*, 2011, p. 581 ss., ma v. anche L. PAIS ANTUNES, *Just Another Brick in the Wall: Communications with In-house Lawyers Remain Unprotected by Legal Privilege at the European Union Level*, in *Journal of European Competition Law & Practice*, 2011, p. 3 ss.

⁴ In *Guri* n. 188 del 13 agosto 2011.

⁵ Direttiva n. 2005/36/Ce del Parlamento europeo e del Consiglio, del 7 settembre 2005, relativa al riconoscimento delle qualifiche professionali, in *Gu-Ue* n. L 255 del 30 settembre 2005, p. 22.

⁶ Direttiva n. 2006/123/Ce del Parlamento europeo e del Consiglio, del 12 dicembre 2006, relativa ai servizi nel mercato interno, in *Gu-Ue* n. L 376 del 27 dicembre 2006, p. 36.

lo" dell'avvocato stabilito, all'incompatibilità tra impiego pubblico e libera professione nonché alle tariffe, sia minime che massime⁷.

1. La figura dell'avvocato nel diritto dell'Unione europea e le specificità della professione forense

Le tradizioni giuridiche degli Stati membri costituiscono un patrimonio irrinunciabile nel processo di integrazione europea. Esse hanno contribuito alla creazione di uno spazio giuridico comune in cui occorre temperare al meglio l'effetto utile del diritto UE con le specificità nazionali. Le profonde differenze presenti nei diversi Paesi appaiono evidenti prendendo in considerazione la regolamentazione del mercato del lavoro ed in particolare di tutte quelle attività il cui esercizio è subordinato al conseguimento di un titolo di studio specifico e/o al completamento di un percorso formativo di tirocinio ovvero al superamento di una prova attitudinale. Si tratta delle c.d. professioni regolamentate, per le quali lo Stato o altri enti ed organismi di categoria dettano norme specifiche e vincolanti relative all'accesso⁸, alla condotta⁹, alle tariffe nonché alla perdita delle funzioni tipiche della figura in questione.

La professione di avvocato rientra evidentemente tra le professioni regolamentate. L'attività di consulenza e assistenza in giudizio, in quanto attività prestata dietro compenso viene in rilievo per gli artt. 49 e 56 TFUE¹⁰. Per altro verso, in quanto liberi professionisti, gli avvocati – al pari dei commercialisti, degli architetti e dei medici – sono imprese ai sensi degli artt. 101 e 102 TFUE¹¹. Ne consegue che, nella misura in cui fissa onorari vincolanti per i

⁷ Non si approfondiranno, invece, aspetti quali la pubblicità degli avvocati, le associazioni multidisciplinari e le società professionali. In argomento (con riferimento all'Italia), v. E. SACCHETTINI, *Legittima la sanzione disciplinare per l'avvocato che promuove lo studio con pubblicità suggestive. Le offerte per attrarre nuova clientela nel rispetto dei principi di decoro e dignità*, in *Guida al Diritto*, 2010, fasc. 48, p. 34 ss.; M. CLARICH, *Un difficile compromesso sulla riforma forense per una categoria stretta tra crisi e antitrust*, in *Guida al Diritto*, 2009, fasc. 39, p. 11 ss.; G. COLAVITTI, *La direttiva Bolkestein e la liberalizzazione dei servizi professionali*, in *Rassegna Forense*, 2009, p. 481 ss. e D. CERRI, *Pubblicità e professione forense*, in *Rassegna Forense*, 2009, p. 221 ss.

⁸ Ad esempio, le incompatibilità e le formalità quali l'iscrizione ad un ordine (v. sentenza della Corte di giustizia del 3 febbraio 2011 in causa n. C-359/09, *D. C. Ebert c. Budapesti Ügyvédi Kamara*, punti 36 ss., inedita in *Raccolta*, annotata in questa *Rivista*, 2011, p. 93).

⁹ Si pensi all'adozione di codici deontologici e di condotta, su cui v. anche *infra*, par. 2.

¹⁰ V. sentenza della Corte di giustizia del 19 febbraio 2002 in causa n. C-309/99, *J. C. J. Wouters e altri c. Algemene Raad van de Nederlandse Orde van Advocaten*, in *Raccolta*, 2002, I, p. 1577 e annotata in questa *Rivista*, 2002, p. 97.

¹¹ V. sul punto, con ampi riferimenti giurisprudenziali, P. MENGOZZI, *Il diritto della concorrenza, le professioni regolamentate e la giurisprudenza comunitaria*, in *Rivista del Notariato*, 2007, p. 247 ss. In merito alla portata degli artt. 101 e 102 TFUE, v. G. TESAURO, *Diritto dell'Unione europea*, Padova, Cedam, 2010, p. 644 ss.; E. CANNIZZARO - F. PACE, *Le politiche di concorrenza*, in G. STROZZI (a cura di), *Diritto dell'Unione europea*, Torino, Giappichelli, 2010, p. 294 ss.; A. JONES - B. SUFRIN, *EC Competition Law: texts, cases and materials*, Oxford, Oxford University Press, 2010 e R. WISH, *Competition Law*, Oxford, Oxford University Press, 2009.

suoi membri o prevede specializzazioni¹², un'organizzazione professionale quale il CNF può essere qualificata come associazione di imprese le cui decisioni, estendendosi a tutto il territorio nazionale, sono in grado di pregiudicare il commercio tra Stati membri¹³.

Sebbene le richiamate norme *antitrust* siano rivolte alle sole imprese¹⁴, la Corte di giustizia ha ammesso che gli artt. 4, par. 3, TUE (sul principio di leale collaborazione) e 101 TFUE possano applicarsi congiuntamente allorché una normativa nazionale *favorisce* la condotta illegittima o ne *rafforza* gli effetti¹⁵. Diversamente, se la disciplina statale *impone* l'assunzione di un comportamento anticoncorrenziale, le imprese interessate sono sollevate da qualsiasi responsabilità, la quale ricadrà interamente sullo Stato legislatore¹⁶. Per quanto riguarda l'art. 102 TFUE, invece, i giudici hanno da tempo esplicitato che se è innegabile che esso «si rivolge alle imprese, è altrettanto vero che il trattato obbliga gli stati membri ad astenersi dall'emanare o dal mantenere in vigore provvedimenti che possano rendere praticamente inefficace tale norma»¹⁷.

Rispetto ad altre professioni regolamentate (ad esempio, farmacisti, odontoiatri e veterinari), la figura dell'avvocato è indissolubilmente legata al pa-

¹² In questo senso può ricordarsi proprio il regolamento adottato dal Consiglio Nazionale Forense (CNF) in materia di specializzazioni, annullato per incompetenza dal TAR Lazio in data 9 giugno 2011 (sentenza n. 5151/2011). Non può tuttavia tralasciarsi che nel d.l. 13 agosto 2011, n. 138 sopravvive il riferimento alle specializzazioni (v. art. 3, comma 5, lett. g.).

¹³ Cfr. sentenza *J. C. J. Wouters e altri c. Algemene Raad van de Nederlandse Orde van Advocaten*, cit. *supra*, nota 10, punti 63 e 64. Sull'applicabilità del diritto europeo *antitrust* ad una decisione del Consiglio Nazionale Spedizionieri Doganali (CNSD), v. la sentenza della Corte di giustizia del 18 giugno 1998 in causa n. C-35/96, *Commissione delle Comunità europee c. Italia (CNSD)*, punto 48, in *Raccolta*, 1998, I, p. 3851 e annotata in questa *Rivista*, 1998, p. 451. Com'è noto, sulla nozione di pregiudizio al commercio tra Stati membri e sui criteri seguiti per determinare l'applicabilità di tale criterio di valutazione la Commissione ha elaborato una specifica Comunicazione (v. *Linee direttrici sulla nozione di pregiudizio al commercio tra Stati membri di cui agli articoli 81 e 82 del trattato* (oggi 101 e 102 TFUE), in *Gu-Ue* n. C 101 del 27 aprile 2004, p. 81).

¹⁴ E ciò anche in presenza di un'attività di natura non economica, v. la sentenza del 18 luglio 2006 in causa n. C-519/04, *Meca-Medina c. Commissione delle Comunità europee*, punto 24, in *Raccolta*, 2006, I, p. 6991 e annotata in questa *Rivista*, 2006, p. 539.

¹⁵ V. le sentenze della Corte di giustizia del 9 settembre 2003 in causa n. C-198/01, *Consorzio Industrie Fiammiferi*, punti 52-56, in *Raccolta*, 2003, I, p. 8055; del 19 febbraio 2002 in causa n. C-35/99, *Procedimento penale a carico di Manuele Arduino*, in *Raccolta*, 2002, I, p. 1529 e annotata in questa *Rivista*, 2002, p. 95; del 21 settembre 1988 in causa n. 267/86, *P. Van Eycke c. Aspa SA*, punto 16, in *Raccolta*, 1988, p. 4769, e l'ordinanza del 17 febbraio 2005 in causa n. C-250/03, *G. E. Mauri c. Ministero della Giustizia e Commissione per gli esami di avvocato presso la Corte d'appello di Milano*, punti da 29 a 37, in *Raccolta*, 1997, I, p. 1267 e annotata in questa *Rivista*, 2005, p. 281. In argomento, v. anche M. CONDINANZI - B. NASCIBENE, *La libera prestazione dei servizi e delle professioni in generale*, in A. TIZZANO (a cura di), *Il diritto privato dell'Unione europea*, Torino, Giappichelli, I, 2006, p. 365 ss.

¹⁶ V. la sentenza della Corte di giustizia del 30 gennaio 1985 in causa 123/83, *Bureau National interprofessionnel du Cognac*, in *Raccolta*, 1985, p. 391.

¹⁷ Sentenza della Corte di giustizia del 16 novembre 1977 in causa n. 13/77, *G.B. INNO B.M. c. Association des détaillants en tabac*, punto 31, in *Raccolta*, 1977, p. 2115. Conformemente all'art. 3 del Regolamento n. 1/2003 (in *Guce* n. L 1 del 4 gennaio 2003, p. 1), resta naturalmente salva l'applicabilità delle disposizioni nazionali sulla concorrenza sleale sotto il controllo dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato.

trimonio giuridico del singolo Stato membro e spesso le discipline applicabili prevedono limitazioni all'accesso o all'esercizio della professione giustificate da motivi di ordine pubblico¹⁸, ovvero da esigenze imperative quali la tutela del consumatore e la buona amministrazione della giustizia. È precisamente da questa situazione di potenziale conflitto tra prerogative nazionali, obblighi derivanti dall'appartenenza all'Unione e interessi di categoria che traggono legittimazione la disciplina positiva e l'esperienza pretoria maturata a livello comunitario. Nel rispetto dei principi di sussidiarietà e proporzionalità, l'intervento si è sforzato di garantire l'effettività delle norme sul mercato interno, ivi incluse le disposizioni *antitrust*, senza pregiudicare i diritti e valori fondamentali a vario titolo connessi con l'esercizio della professione forense.

Su coloro che prima di acquisire il titolo o nel corso della propria carriera si sono avvalsi del diritto di circolazione si è rapidamente formata un'abbondante giurisprudenza. Riconoscendo efficacia diretta alle norme sulla libera prestazione di servizi e sulla libertà di stabilimento, la Corte di giustizia ha dapprima negato qualsiasi discriminazione sulla base della nazionalità¹⁹ o della residenza²⁰. Ha poi riconosciuto il diritto di aprire più sedi secondarie sul territorio della Comunità²¹ ed ammesso l'apertura di un'infrastruttura funzionale alla prestazione del servizio²², escludendo quindi che tale elemento fosse sufficiente a far presumere l'applicabilità dell'allora art. 43 CE (oggi 49 TFUE). Inoltre, i giudici di Lussemburgo si sono occupati delle problematiche connesse ai diversi percorsi formativi contemplati negli Stati membri per ottenere il titolo di avvocato²³, con particolare riguardo alla figura del praticante²⁴.

¹⁸ Cfr. artt. 52, par. 3 e 62 TFUE. A ciò si deve aggiungere la riserva prevista per quelle attività che nei singoli Paesi partecipano, sia pure occasionalmente, all'esercizio dei pubblici poteri (cfr. artt. 51, par. 1 e 62, TFUE).

¹⁹ Sentenza della Corte di giustizia del 21 giugno 1974 in causa n. 2/74, *J. Reyners c. Stato belga*, in *Raccolta*, 1974, p. 631.

²⁰ Sentenza della Corte di giustizia del 3 dicembre 1974 in causa n. 33/74, *J. H. M. van Binsbergen c. Bestuur van de Bedrijfsvereniging voor de Metaalnijverheid*, in *Raccolta*, 1974, p. 1299.

²¹ Sentenza della Corte di giustizia del 12 luglio 1984 in causa n. 107/83, *L'ordine degli avvocati del foro di Parigi c. Onno Klopp*, in *Raccolta*, 1984, p. 2971.

²² Sentenza della Corte di giustizia del 30 novembre 1995 in causa n. C-55/94, *R. Gebhard c. Consiglio dell'Ordine degli Avvocati e Procuratori di Milano*, in *Raccolta*, 1995, I, p. 4165 e in questa *Rivista*, 1996, p. 287 con nota di E. ADOBATI, *Differenza tra libera prestazione di servizi e libertà di stabilimento per l'esercizio della professione forense secondo la sentenza della Corte di giustizia nel caso Gebhard*, p. 293 ss. e commento di A. BARANI, *Il caso Gebhard: un avvocato tedesco in Italia*, p. 301 ss.

²³ Sentenze della Corte di giustizia del 7 maggio 1991 in causa n. C-340/89, *I. Vlassopoulou c. Ministerium für Justiz, Bundes- und Europaangelegenheiten Baden-Württemberg*, in *Raccolta*, 1991, I, p. 2357, annotata in questa *Rivista*, 1992, p. 663 con commento di C. POMA, *La libera circolazione dei professionisti e il riconoscimento dei titoli di studio*, p. 669; e del 28 aprile 1977 in causa n. 71/76, *J. Thieffry c. Conseil de l'ordre des avocats à la Cour de Paris*, in *Raccolta*, 1977, p. 765.

²⁴ Sentenza della Corte di giustizia del 13 novembre 2003 in causa n. C-313/01, *C. Morgenbesser c. Consiglio dell'Ordine degli avvocati di Genova*, in *Raccolta*, 2003, I, p. 13467 e annotata in questa *Rivista*, 2003, p. 771. Per un commento alla sentenza v. E. BERGAMINI, *La posizione del praticante legale nel diritto comunitario fra riconoscimento accademico e riconoscimento professio-*

Nella prospettiva del legislatore, la necessità di garantire l'effettiva possibilità di prestare temporaneamente i propri servizi legali in un altro Stato membro ha portato all'adozione della direttiva n. 77/249²⁵; l'ipotesi dello stabilimento (principale o secondario) è invece affrontata dalla direttiva n. 98/5²⁶.

In base alla prima (recepita nel nostro ordinamento tramite la l. n. 31/1982) l'avvocato farà uso del proprio titolo professionale espresso nella lingua o in una delle lingue ufficiali dello Stato membro di origine, con l'indicazione dell'organizzazione professionale cui appartiene o degli organi giurisdizionali dinanzi ai quali è ammesso a patrocinare ai sensi della normativa di tale Stato.

Per quel che concerne le attività stragiudiziali, l'avvocato rimane soggetto alle regole professionali dello Stato membro di provenienza, fatto salvo il rispetto delle norme che disciplinano la professione nel Paese ospitante, in particolare quelle riguardanti le incompatibilità, il segreto professionale, la riservatezza nei rapporti fra i colleghi, il divieto di pubblicità e il divieto di assistere parti con interessi contrapposti²⁷.

Per quanto riguarda le attività relative alla rappresentanza e alla difesa di un cliente in giudizio o dinanzi alle autorità pubbliche, invece, l'avvocato dovrà rispettare, oltre agli obblighi del Paese di origine, le regole professionali dello Stato ospitante (ad esclusione di quelle che impongono la residenza o l'iscrizione ad un'organizzazione professionale) e agire di concerto con un avvocato abilitato al patrocinio²⁸. Come riconosciuto dalla stessa Corte di giustizia nel caso *AMOK*²⁹, però, «l'art. 49 CE e la direttiva vanno interpretati nel senso che ostano alla regola giurisprudenziale di uno Stato membro ai sensi della quale la parte che ha ottenuto vittoria di causa in una controversia in cui è stata rappresentata da un avvocato stabilito in un altro Stato membro non può farsi rimborsare, dalla parte soccombente, oltre alle spese di tale avvocato, le spese di un avvocato che eserciti dinanzi al giudice adito e che, a norma della legislazione nazionale di cui trattasi, era sollecitato ad agire di concerto con il primo avvocato»³⁰. Per altro verso, l'avvocato nazionale non deve ne-

nale, in questa *Rivista*, 2006, p. 265 ss.; C. TUO, *La "professione" del praticante avvocato secondo la Corte di giustizia: alcuni rilievi sul caso Morgenbesser*, in *Dir. comm. int.*, 2004, p. 435 ss.

²⁵ Direttiva n. 77/249/Cee del Consiglio, del 22 marzo 1977, intesa a facilitare l'esercizio effettivo della libera prestazione di servizi da parte degli avvocati, in *Guce* n. L 78 del 26 marzo 1977, p. 17.

²⁶ Direttiva n. 98/5/Ce del Parlamento europeo e del Consiglio, del 16 febbraio 1998, volta a facilitare l'esercizio permanente della professione di avvocato in uno Stato membro diverso da quello in cui è stata acquistata la qualifica, in *Guce* n. L 77 del 14 marzo 1998, p. 36.

²⁷ Direttiva n. 77/249, *cit. supra*, nota 25, art. 4.

²⁸ Direttiva n. 77/249, *cit. supra*, nota 25, art. 5.

²⁹ Sentenza della Corte di giustizia dell'11 dicembre 2003 in causa n. C-289/02, *AMOK Verlags GmbH c. A & R Gastronomie GmbH*, in *Raccolta*, 2003, I, p. 15059 e annotata in questa *Rivista*, 2004, p. 285.

³⁰ *Ivi*, punto 41.

cessariamente essere mandatario *ad litem* o difensore della causa ovvero essere presente all'udienza in cui interviene l'avvocato straniero³¹.

Volgendo l'attenzione alla direttiva n. 98/5 (trasposta in Italia con dlgs n. 96/2001), essa offre al soggetto già abilitato due possibilità: quella di esercitare stabilmente in un altro Stato membro col titolo professionale di origine (avvocato stabilito) e quella di acquisire automaticamente la qualifica di avvocato nello Stato ospitante (avvocato integrato)³².

Nel caso dell'avvocato stabilito, l'esercizio della professione è condizionata all'obbligo di iscrizione presso l'autorità competente dello Stato ospitante³³, al rispetto delle regole professionali e deontologiche applicabili agli avvocati del Paese ospitante e al rispetto della disciplina vigente in ordine alle circoscrizioni giudiziarie ed ai vari ordini e gradi di giurisdizione dinanzi alle quali si può patrocinare. Per quanto limitata, l'opera di armonizzazione compiuta dalla direttiva n. 98/5 è importante poiché preclude agli Stati di assoggettare i richiedenti ad una prova di lingua³⁴ o di imporre la presentazione periodica di un certificato di iscrizione presso la competente autorità nazionale³⁵.

Nel caso dell'avvocato integrato, invece, il titolo può essere acquisito au-

³¹ Sentenza della Corte di giustizia dell'11 dicembre 2003 in causa n. C-289/02, *AMOK Verlags GmbH c. A & R Gastronomie GmbH*, cit. *supra*, nota 29, punti 37-39.

³² La direttiva sullo stabilimento degli avvocati si spinge oltre. Recependo una tendenza ormai invalsa in diversi Stati membri, essa ammette il ricorso allo studio collettivo, sebbene con alcune eccezioni riguardanti la qualità del servizio, la trasparenza e la responsabilità nei confronti dei terzi (artt. 11 e 12). L'obiettivo è quello di assicurare una maggiore flessibilità nell'organizzazione dell'attività professionale in altri Stati membri ed evitare che l'appartenenza ad una simile realtà imprenditoriale nel Paese di origine «costituisca un pretesto per opporre ostacoli o intralci allo stabilimento nello Stato membro ospitante». Naturalmente, eventuali restrizioni potranno considerarsi legittime solo se dirette al raggiungimento di obiettivi legittimi, adeguate e proporzionate. Sulla disciplina elaborata dal legislatore interno in attuazione della direttiva n. 98/5, cit. *supra*, nota 26, v. E. MINERVINI, *La società tra avvocati (s.t.p.) nel D.lgs. 2 febbraio 2001, n. 96*, in *Società*, 2001; V. BUONOCORE - G. CAPO - F. FEZZA - M. SERRA - E. CODAZZI, *Alcuni brevi commenti al decreto legislativo 2 febbraio 2001, n. 96 in tema di società di avvocati*, in *Giur. comm.*, 2001, I, p. 279 ss.; V. AFFERNI, *Prime riflessioni sulla disciplina della «società tra avvocati»*, in L. DE ANGELIS (a cura di), *Le società tra avvocati*, Milano, Giuffrè, 2003, p. 148 ss.

³³ Direttiva n. 98/5, cit. *supra*, nota 26, art. 3, par. 1. In Italia, gli avvocati stabiliti dovranno iscriversi presso la sezione speciale dell'albo ai sensi dell'art. 6 del dlgs n. 96 del 2 febbraio 2001. Sulla necessità di prevedere un ricorso effettivo davanti ad un organo giurisdizionale nel caso di diniego di iscrizione o revoca della stessa v. art. 9 della direttiva nonché sentenza della Corte di giustizia del 19 settembre 2006 in causa n. C-506/04, *G. J. Wilson c. Ordre des avocats du barreau de Luxembourg*, in *Raccolta*, 2006, I, p. 8613 e annotata in questa *Rivista*, 2006, p. 542. Nell'occasione, i giudici del Kirchberg hanno peraltro avuto modo di specificare che «l'art. 3 della direttiva n. 98/5 deve essere interpretato nel senso che l'iscrizione di un avvocato presso l'autorità competente di uno Stato membro diverso da quello in cui egli ha acquisito la sua qualifica ai fini dell'esercizio, in tale Stato, della sua attività con il titolo professionale d'origine, non può essere subordinata ad un previo controllo della padronanza delle lingue dello Stato membro ospitante» (punto 77).

³⁴ V. la sentenza della Corte di giustizia del 16 settembre 2006 in causa n. C-506/04, *G. J. Wilson c. Ordre des avocats du barreau de Luxembourg*, punti 66 ss., loc. cit.

³⁵ Sentenza della Corte di giustizia del 19 settembre 2006 in causa n. C-193/05, *Commissione delle Comunità europee c. Lussemburgo*, punti 65 ss., in *Raccolta*, 2006, I, p. 8673 e annotata in questa *Rivista*, 2006, p. 543.

automaticamente da coloro che abbiano esercitato con il titolo professionale di origine un'attività effettiva e regolare, senza interruzioni, di durata almeno triennale «nel diritto dello Stato membro ospitante», ivi compreso il diritto dell'Unione europea. La direttiva introduce tuttavia una clausola di flessibilità prevedendo che il mancato rispetto del limite temporale non impedisce al singolo di ottenere l'accesso alla professione di avvocato nello Stato membro ospitante a seguito di un colloquio con le autorità competenti³⁶ volto «a verificare il carattere regolare ed effettivo dell'attività esercitata». In alternativa, sarà possibile avvalersi della direttiva n. 2005/36³⁷, che verrà esaminata qui di seguito.

2. I limiti all'autonomia regolamentare degli Stati membri: la direttiva n. 2005/36 sul mutuo riconoscimento dei diplomi e la direttiva n. 2006/123 sulla libera prestazione dei servizi nell'Unione europea

Alla disciplina specifica sugli avvocati – e fatte salve le norme sulla concorrenza – si affianca la normativa relativa alla circolazione dei titoli acquisiti in uno Stato membro e il regime generale di libera prestazione di servizi³⁸. La direttiva n. 2005/36 (trasposta nel nostro ordinamento con dlgs n. 206/07) è intervenuta per codificare una serie di direttive precedenti che si preoccupavano di agevolare le procedure di riconoscimento dei diplomi in relazione a periodi di formazione superiori o inferiori ai tre anni. La nuova disciplina codifica la giurisprudenza elaborata dalla Corte di giustizia nel corso degli anni, ma non mancano i profili innovativi, specie per quanto attiene la cooperazione amministrativa, la trasparenza e l'informatizzazione dei procedimenti³⁹.

In merito alle professioni regolamentate per le quali non esistono ad oggi disposizioni di armonizzazione nella formazione (come avviene invece per medici e architetti⁴⁰) o che sono altrimenti oggetto di disciplina specifica (si pensi gli avvocati) la direttiva stabilisce un sistema di riconoscimento basato sul criterio dell'equivalenza delle qualifiche⁴¹. In linea di principio, il riconoscimento dei titoli avverrà sulla base di livelli minimi di formazione consen-

³⁶ Direttiva n. 98/5, *cit. supra*, nota 26, art. 10, par. 3.

³⁷ *Ivi*, par. 2.

³⁸ Sebbene il campo di applicazione materiale della direttiva n. 2006/123 sia notoriamente alquanto limitato (v. art. 2). In argomento, v. M. BOSIO, *Prima applicazione della direttiva servizi e prime difficoltà interpretative*, in questa *Rivista*, *supra*, p. 691 ss.

³⁹ Cfr. artt. 8, 56, 57 e considerando n. 4, n. 7 e n. 33 della direttiva n. 2005/36, *cit. supra*, nota 5.

⁴⁰ V. Capo III della direttiva n. 2005/36. Vale la pena di ricordare che il 3 marzo 2011 la Commissione europea ha adottato il Regolamento n. 213/2011 (in *Gu-UE* n. L 59 del 4 marzo 2011, p. 4), che modifica gli Allegati II e V della Direttiva estendendo il cosiddetto sistema di riconoscimento automatico anche alle specializzazioni in oncologia medica e genetica medica.

⁴¹ *Ivi*, art. 13. Le qualifiche professionali sono state accorpate in cinque livelli tra loro omogenei rapportati alla durata del percorso formativo richiesto per l'accesso nel Paese di origine (art. 11).

tendo al professionista di esercitare nel Paese ospite le attività per cui è stato abilitato nello Stato di provenienza, ma non è escluso che debba ricorrersi a misure di compensazione⁴². La scelta tra un tirocinio di adattamento non superiore a tre anni e il superamento di una prova attitudinale deve essere lasciata al cittadino interessato salvo per quelle professioni che richiedono una conoscenza del diritto nazionale e per le quali la prestazione di consulenza e/o assistenza in materia di diritto nazionale costituisce un elemento essenziale e costante dell'attività professionale: in tali casi sarà lo Stato ospitante a prescrivere le opportune misure di compensazione. In assenza di ulteriori precisazioni al riguardo, le modalità di svolgimento dovranno essere pubblicizzate e i criteri applicati esplicitati. Come precisato nella causa *Commissione c. Italia* del 2002 in relazione al dlgo n. 115/92, una valutazione caso per caso «rischia di essere arbitraria, e persino discriminatoria»⁴³.

A ben vedere, dunque, per poter esercitare con il titolo dello Stato ospitante l'avvocato può usufruire del colloquio previsto dalla direttiva n. 98/5 per l'ipotesi in cui il professionista non abbia maturato un'esperienza triennale nell'applicazione del diritto nazionale ovvero invocare la direttiva n. 2005/36 e sostenere la prova attitudinale di cui all'art. 14. Della questione si è occupata la Corte di giustizia nella causa *Ebert* riguardante un cittadino tedesco, residente in Ungheria, che intendeva svolgere in questo Stato la propria attività di assistenza legale con il titolo di «*ügyvéd*». La richiesta di riconoscimento veniva respinta dal Tribunale municipale di Budapest poiché l'interessato non risultava iscritto all'ordine degli avvocati. Il Signor Ebert possedeva la qualifica di «*Rechtsanwalt*» – ottenuta nel Paese di origine – nonché le qualifiche ungheresi di dottore in giurisprudenza e di «*európai közösségi jogász*» (giurista europeo)⁴⁴. Secondo il ricorrente l'istanza era in realtà volta a sostenere la prova attitudinale contemplata dalla direttiva n. 89/48 sul riconoscimento di diplomi che sanzionano formazioni professionali di una durata minima di tre anni (sostituita dalla direttiva n. 2005/36)⁴⁵. Nonostante avesse esercitato per un certo periodo la pro-

⁴² La misura di compensazione può essere prevista quando la formazione nello Stato di stabilimento è inferiore di un anno rispetto a quella prevista nello Stato ospitante; quando esistono differenze sostanziali tra la formazione acquisita dal professionista e quella richiesta nello Stato ospitante (ad esempio, se la padronanza di una materia specifica è indispensabile per l'esercizio della professione) nonché quando si tratta di attività regolamentate che non esistono nella corrispondente professione nello Stato di origine (art. 14).

⁴³ Sentenza della Corte di giustizia del 7 marzo 2002 in causa n. C-145/99, *Commissione delle Comunità europee c. Repubblica italiana*, punto 53, in *Raccolta*, 2002, I, p. 2235 e annotata in questa *Rivista*, 2002, p. 511.

⁴⁴ Dalla lettura della sentenza si apprende che con tale ultima espressione la normativa ungherese intende designare i cittadini degli Stati dello Spazio economico europeo abilitati ad esercitare la professione forense con il titolo rilasciato da uno degli Stati che ne fanno parte in virtù dell'iscrizione all'apposito albo (punto 17).

⁴⁵ Direttiva n. 89/48/Cee del Consiglio del 21 dicembre 1988 relativa ad un sistema generale di riconoscimento dei diplomi di istruzione superiore che sanzionano formazioni professionali di una durata minima di tre anni, in *Guce n. L 19* del 24 gennaio 1989, p. 16, art. 4, par. 1, lett. b.

fessione nel Paese di stabilimento⁴⁶, egli non ha optato per il colloquio previsto nel caso dell'avvocato integrato. Interrogata sui rapporti tra la direttiva n. 98/5 e la direttiva n. 89/48, la Corte di giustizia ha chiarito che le due discipline «si completano instaurando, per gli avvocati degli Stati membri, due modalità d'accesso alla professione d'avvocato in uno Stato membro ospitante con il titolo professionale di quest'ultimo»⁴⁷.

Alla luce delle precedenti considerazioni, occorre insistere sulla circostanza che la direttiva accresce il ruolo degli ordini professionali riconoscendo loro il potere di fissare i criteri delle qualifiche attestanti un livello di competenza adeguato. Tramite l'elaborazione di c.d. «piattaforme comuni»⁴⁸ è possibile predefinire le condizioni di accesso ad una determinata attività (formazione complementare, tirocinio di adattamento, prova attitudinale, livello minimo prescritto di pratica professionale). Il meccanismo escogitato dal legislatore europeo tradisce le difficoltà nell'affermare un vero e proprio "modello europeo". L'approccio adottato è essenzialmente *bottom-up*: gli Stati membri, le associazioni o organismi professionali rappresentativi a livello nazionale ed europeo possono sottoporre proposte alla Commissione, che presenterà, se del caso, un progetto di provvedimento da adottarsi secondo la procedura di regolamentazione prevista nella decisione comitatologia⁴⁹.

Nella relazione presentata al Parlamento europeo e al Consiglio il 22 ottobre 2010, l'istituzione ha apertamente riconosciuto il fallimento del meccanismo previsto all'art. 15 ed auspicato una revisione della direttiva⁵⁰. L'insuccesso delle piattaforme comuni è imputabile, da un lato, al carattere estremamente eterogeneo delle leggi che regolamentano le professioni in Europa e, dall'altro, all'elevato numero di Stati membri (2/3) che devono parteciparvi. Per questo motivo, nel Libro Verde sulla modernizzazione della direttiva del 22 giugno 2011⁵¹, la Commissione propone di abbassare la soglia di Paesi richiesta per la creazione di una piattaforma comune da 18 a 9, in linea con

⁴⁶ Sentenza *D. C. Ebert c. Budapesti Ügyvédi Kamara*, cit. *supra*, nota 8, punti 18-21.

⁴⁷ *Ivi*, punti 32 e 35. Nell'occasione, la Corte di giustizia ha altresì decretato la compatibilità con il diritto UE della normativa statale che impone l'iscrizione all'ordine degli avvocati al fine di poter esercitare con il titolo ungherese di «*ügyvéd*» (punto 42).

⁴⁸ Direttiva n. 2005/36, cit. *supra*, nota 5, art. 15. In tema, v. M. CONDINANZI, *La libertà di stabilimento*, in G. STROZZI (a cura di), *Diritto dell'Unione europea. Parte Speciale*, Torino, Giappichelli, 2010, p. 207 e C. BARNARD, *The substantive law of the EU*, Oxford, Oxford University Press, 2010, p. 309. Al momento attuale, per esempio, sono in corso i lavori per una piattaforma comune relativa agli istruttori di sci.

⁴⁹ *Ivi*, art. 15, par. 2.

⁵⁰ Una proposta di modifica della direttiva n. 2005/36 dovrebbe essere presentata nel 2012. Per maggiori informazioni si rinvia al sito internet http://ec.europa.eu/internal_market/qualifications/policy_developments/index_en.htm

⁵¹ Com(2011)367 def. - Modernizzare la direttiva sulle qualifiche professionali, reperibile sul sito internet www.ec.europa.eu.

quanto previsto all'art. 20 TUE⁵². Benché ancora incerti, gli sviluppi dovranno essere attentamente monitorati⁵³.

La direttiva n. 2005/36 va necessariamente letta unitamente alla direttiva n. 2006/123 (recepita in Italia con dlgs n. 59/10)⁵⁴. Quest'ultima fissa norme generali volte a rimuovere gli ostacoli regolamentari che ingiustificatamente limitano la libera prestazione di servizi. Più segnatamente, la direttiva istituisce un quadro giuridico generale a vantaggio della circolazione di una varietà di servizi, pur tenendo conto della specificità di ogni tipo di attività o di professione e del loro sistema di regolamentazione⁵⁵.

Per quanto restrittiva, essa ammette eccezioni alla libera prestazione di servizi – oltre che per ragioni di ordine pubblico o sanitarie – anche per difendere l'interesse generale. In particolare, gli Stati potranno: richiedere assicurazioni e garanzie in caso di responsabilità professionale⁵⁶; limitare l'uso delle comunicazioni commerciali da parte delle professioni regolamentate ovvero, ancora, restringere le attività multi-disciplinari nella misura in cui sia necessario per assicurare il rispetto delle norme deontologiche o l'indipendenza professionale. In ogni caso le misure interne dovranno perseguire un obiettivo legittimo, risultare idonee al raggiungimento dello scopo ed essere necessarie (*rectius*, proporzionate).

Merita infine sottolineare che, per diminuire le occasioni di contrasto normativo in relazione alle professioni regolamentate, l'art. 37, par. 1, della

⁵² Sembra invece abbandonata l'idea, avanzata in occasione della consultazione pubblica avviata all'inizio dell'anno corrente, di elaborare *curricula* europei. Questi ultimi si sarebbero dovuti affiancare (senza sostituirli) ai programmi di formazione previsti a livello nazionale (v. Documento di consultazione della DG mercato interno e servizi riguardante la direttiva sulle qualifiche professionali, direttamente consultabile sul sito internet http://ec.europa.eu/internal_market/consultations/docs/2011/professional_qualifications/consultation_paper_it.pdf).

⁵³ In base al Libro Verde, la creazione di una piattaforma comune dovrebbe avvenire sulla base di una proposta presentata da associazioni professionali e con il sostegno di un numero sufficiente di Stati membri. A tal fine, previa modifica della direttiva n. 2005/36, la Commissione suggerisce di intervenire tramite un atto delegato ai sensi dell'art. 290 TFUE.

⁵⁴ Sulla direttiva n. 2006/123 v., in generale, M. KLAMERT, *Of Empty Glasses and Double Burdens: Approaches to Regulating the Services Market à propos the Implementation of the Services Directive*, in *Legal Issues of Economic Integration*, 2010, p. 111 ss.; C. BARNARD, *Unravelling the services Directive*, *CMLR*, 2008, p. 323 ss. S. D'ACUNTO, *Direttiva servizi (2006/123/CE): genesi, obiettivi e contenuto*, Milano, Giuffrè, 2009 e, per quanto attiene alla trasposizione della direttiva nell'ordinamento italiano, E. L. CAVILLI, *Il recepimento della direttiva servizi in Italia*, in *Giorn. dir. amm.*, 2010, p. 1239 ss.

⁵⁵ Conformemente alla direttiva, gli Stati membri sono chiamati a creare degli sportelli unici per permettere al fornitore di servizi di espletare rapidamente tutte le formalità amministrative necessarie per stabilirsi sul territorio (artt. 6, 7, e 21). In secondo luogo, gli Stati devono garantire al prestatore di servizi di compiere tutte le formalità richieste a distanza e per via elettronica (artt. 7, 8, 21, 22, 28, 36). In terzo luogo, essi devono indicare le autorità competenti all'attuazione della normativa: organi giurisdizionali, ordini professionali, associazioni o organismi professionali che, nell'ambito della loro autonomia giuridica, disciplinano collettivamente l'accesso alle attività di servizi o il loro esercizio. Inoltre, la direttiva impone agli Stati membri di adottare le misure necessarie ad attuare un meccanismo di allarme, operativo tra le designate autorità, nel caso di comportamenti illegittimi o scorretti da parte di un fornitore di servizi (art. 32).

⁵⁶ Cfr. d.l. n. 138 del 13 agosto 2011, art. 3, par. 5, lett. e.

direttiva servizi attribuisce agli Stati membri, in collaborazione con la Commissione, il compito di adottare «misure di accompagnamento volte a incoraggiare l'elaborazione di codici di condotta a livello comunitario, specialmente da parte di ordini, organismi o associazioni professionali». Con riferimento all'esercizio della professione forense, sono evidenti i vantaggi derivanti dall'adozione di codici di condotta europei. Si ricorderà infatti che in base alla direttiva n. 98/5 l'avvocato che intende stabilirsi sul territorio di un altro Stato membro per svolgere l'attività professionale con il titolo ottenuto nello Stato di origine resterà assoggettato alle regole deontologiche di entrambi i Paesi⁵⁷.

3. La libera regolamentazione della professione forense con particolare riferimento all'esperienza italiana

Volgendo ora l'attenzione all'esperienza italiana, è utile soffermarsi dapprima sulla libera circolazione del titolo di avvocato. A riguardo non può non farsi riferimento al "caso spagnolo", che ha sollevato un acceso dibattito nella classe forense. Avvalendosi della citata direttiva n. 89/48, studenti di diversi Stati membri si recavano in Spagna per ottenere il titolo di *Abogado*. In quel Paese, infatti, l'accesso alla professione di avvocato era subordinata al possesso della sola laurea in giurisprudenza. Una volta rientrati nel Paese di origine i singoli invocavano la tutela offerta dalla direttiva n. 98/5 evitando le più gravose procedure previste dal diritto nazionale. Le resistenze nazionali a quello che veniva percepito come un vero e proprio abuso del diritto si sono spesso tradotte in un rifiuto di iscrivere gli interessati nell'albo speciale degli avvocati stabiliti ovvero nell'imposizione di misure di compensazione sproporzionate. Dal canto suo, la Spagna ha modificato la disciplina interna e, a partire dal 30 ottobre 2011, è necessario, come in tutti gli altri Stati membri, superare un esame di abilitazione.

La possibilità di fare chiarezza sulla portata della normativa comunitaria si è presentata alla Corte di giustizia nel caso *Cavallera*⁵⁸, relativo ad un cittadino italiano laureato in ingegneria che, senza nemmeno lasciare il territorio italiano, aveva ottenuto, sulla base della citata direttiva n. 89/48, il riconosci-

⁵⁷ Non deve sorprendere, quindi, che già nel 1988 il *Council of the Bars and Law Societies of the European Union* (CCBE) abbia adottato un codice di condotta, successivamente emendato nel 1998 e nel 2002. Sui codici di condotta, si rinvia (anche per ulteriori riferimenti bibliografici) a P. DELIMATIS, "Thou shall not...(dis)trust": codes of conduct and harmonization of professional standards, *CMLR*, 2010, p. 1049 ss. V. anche F. CAPELLI, *Considerazioni giuridiche sull'ammissibilità e sulla portata di Codici di condotta elaborati da associazioni di medici professionisti con riferimento ai prodotti alimentari*, in questa *Rivista*, 2009, p. 383 ss.

⁵⁸ Sentenza della Corte di giustizia del 29 gennaio 2009 in causa n. C-311/06, *Consiglio Nazionale degli Ingegneri c. Ministero della Giustizia e M. Cavallera*, in *Raccolta*, 2009, I, p. 415 e annotata in questa *Rivista*, 2009, p. 89.

mento del titolo in Spagna. Successivamente, in conformità con la normativa nazionale egli si iscriveva, senza ulteriori valutazioni di merito, all'ordine degli ingegneri di Barcellona. Il Ministero della giustizia accoglieva poi la domanda volta ad ottenere il riconoscimento del titolo professionale in Italia. Dall'opposizione del Consiglio Nazionale Ingegneri (CNI) scaturiva la controversia che ha portato il Consiglio di Stato ad interrogarsi sulla legittimità della condotta. Nella fattispecie, la Corte ha sottolineato che secondo la definizione stessa della direttiva, un «diploma» non include il titolo rilasciato da uno Stato membro che non attesti alcuna formazione prevista dal sistema di istruzione nazionale e non si fondi né su di un esame, né su di un'esperienza professionale acquisita nel medesimo Paese⁵⁹.

I giudici europei hanno avuto modo di ribadire l'assunto nella sentenza *Koller*⁶⁰ relativa all'omologazione del titolo austriaco di «*Magister der Rechtswissenschaften*» al titolo spagnolo di «*Licenciado en Derecho*». Il riconoscimento veniva subordinato al superamento di un esame integrativo e dunque attestava una qualifica supplementare ai sensi della direttiva n. 89/48⁶¹. Come il Parere del CNF del 25 giugno 2009, n. 17, anche l'Informativa n. 47 dell'8 giugno 2011, emanata del Consiglio Nazionale dei Commercialisti, ben sembra cogliere la *ratio* della regola: l'iscrizione all'albo resta condizionata alla presentazione di un certificato che comprova il superamento della prova attitudinale e che viene rilasciato dal Consiglio nazionale sulla base di una valutazione caso per caso tesa a verificare in concreto l'opportunità di una prova compensativa⁶².

Anche il tema delle incompatibilità è giunto all'attenzione dei giudici del Kirchberg. Nell'ambito di una controversia pendente dinanzi al Giudice di pace di Cortona, la signora Jakubowska contestava la compatibilità con il diritto comunitario della legge n. 339/2003 recante norme in materia di esercizio della professione di avvocato e condizione di dipendente pubblico, anche *part-time*. Nel valutare il diritto di opzione riconosciuto ai soggetti interessati, la Corte di giustizia ha ritenuto che la normativa rientrasse nell'ambito di applicazione della direttiva n. 98/5, ma potesse essere giustificata⁶³: le restrizioni dovevano tuttavia risultare proporzionate e non discriminatorie; giudizio, quest'ultimo, che è stato devoluto al giudice del rinvio.

⁵⁹ Sentenza della Corte di giustizia del 29 gennaio 2009 in causa n. C-311/06, *Consiglio Nazionale degli Ingegneri c. Ministero della Giustizia e M. Cavallera*, cit. *supra*, nota 58, punti 56 ss.

⁶⁰ Sentenza della Corte di giustizia del 22 dicembre 2010 in causa n. C-118/09, *R. Koller*, inedita in *Raccolta*, annotata in questa *Rivista*, 2011, p. 92.

⁶¹ *Ivi*, punti 32 ss.

⁶² V. L. CAVESTRI, *Per i comunitari iscrizione all'Albo dopo l'esame*, in *Il Sole 24 Ore*, 10 giugno 2011, n. 150, p. 34.

⁶³ Sentenza della Corte di giustizia del 2 dicembre 2010 in causa n. C-225/09, *E. J. Jakubowska c. A. Maneggia*, inedita in *Raccolta*, annotata in questa *Rivista*, 2011, p. 92. Per un commento v. anche A. I. NATALI, *P.A.: dipendenti part-time e professione di avvocato*, in *Diritto e Pratica del Lavoro*, 2011, p. 1180 ss.; R. CONTI - R. FOGLIA, *Esercizio concomitante della attività di avvocato e di dipendente pubblico a tempo parziale*, in *Corr. giur.*, 2011, p. 266 ss.

Investita da una serie di ricorsi, la Suprema Corte di cassazione ha successivamente confermato la compatibilità della legge con il diritto dell'Unione europea ed operato un rinvio alla Corte costituzionale per non manifesta infondatezza delle questioni poste dai ricorrenti in merito alla violazione degli artt. 3, 4, 35, e 41 Cost.⁶⁴. Nell'economia di questo contributo preme insistere sulla circostanza che le Sezioni Unite civili hanno ritenuto inapplicabili le regole comunitarie di concorrenza in quanto la legge n. 339/2003 è volta a regolare non già la professione forense, bensì le modalità di impiego nel settore pubblico. Inoltre, il divieto sarebbe giustificabile in quanto necessario a garantire l'effettivo perseguimento dell'interesse pubblico. Il giudizio di compatibilità viene effettuato anche rispetto alla direttiva n. 77/249, nella parte in cui consente di limitare la libera prestazione di servizi da parte degli avvocati che esercitano con il titolo ottenuto nello Stato di origine e pretendono di difendere nel territorio dello Stato membro ospite l'ente da cui dipendono. Nessun riferimento invece alla direttiva n. 98/5. La legge n. 339/2003 viene ritenuta conforme al dettato della direttiva n. 77/249 «in quanto rivolta solo agli avvocati italiani che siano anche pubblici dipendenti» senza verificare l'eventuale operatività della disciplina con riferimento a cittadini di altri Stati membri. Ma soprattutto, statuendo che «in definitiva il diritto comunitario non disciplina materie giuridiche – quale quella contemplata dalla L. 339/2003 – nelle quali si esercita il potere pubblico e, pertanto, in dette materie gli Stati membri possono legiferare in assoluta autonomia», il Giudice di legittimità ha dimostrato di non cogliere ancora appieno i rapporti tra diritto interno e ordinamento sovranazionale, quali risultano dal ragionamento sviluppato nel caso in *Jakubowska*.

Come anticipato, la Corte di giustizia è stata più volte chiamata a pronunciarsi sulla compatibilità con il diritto UE della disciplina italiana in materia di tariffe minime e, da ultimo, anche di tariffe massime. Estendendosi a tutto il territorio nazionale, infatti, le tariffe, approvate dal Ministero della giustizia sulla base delle indicazioni provenienti dal CNF, sono in grado di costituire un ostacolo alla libera prestazione di servizi e alla libera concorrenza.

Nel caso *Arduino* del 2002⁶⁵, la Corte non ha espressamente qualificato gli avvocati italiani come imprese, né il CNF come associazione di imprese. Pur valutando la conformità delle misure interne con gli artt. 4, par. 3, TUE e

⁶⁴ V. Corte cass., ss. uu., ordinanze del 6 dicembre 2010, n. 24689 e del 22 dicembre 2010, n. 25987. Sul punto, v. A. MARI, *La vicenda degli avvocati/dipendenti pubblici part-time: tre Corti a confronto nello "spazio giuridico europeo"*, in questa Rivista, *supra*, p. 735 ss.

⁶⁵ Sentenza *Arduino*, cit. *supra*, nota 15, punto 35. V., *inter alia*, V. VIGORITI, *Wouters, Arduino, Nova II, Tesco: professione legale e concorrenza*, in *Contratto e impresa/Europa*, 2002, p. 805 ss.; S. BASTIANON, *Due pronunce, tanti problemi, nessuna soluzione: ovvero gli avvocati e l'antitrust secondo la Corte di giustizia*, in *Foro it.*, 2002, IV, c. 188 ss. e S. BASTIANON - B. NASCIMBENE, *Tariffe, associazioni professionali e norme sulla concorrenza: in attesa delle decisioni della Corte di giustizia*, in *Corr. giur.*, 2001, p. 1152 ss.

101 TFUE, essa ha evitato un accertamento puntuale della prassi. Una simile indagine avrebbe palesato la mancanza di un rapporto diretto tra qualità del servizio e tariffa, la natura sproporzionata delle misure interne e, quindi, l'incompatibilità con il principio di leale collaborazione e l'art. 101 TFUE. La Corte ha invece posto l'accento, da un lato, sulla circostanza che la liquidazione degli onorari è competenza dell'autorità giudiziaria, e, dall'altro, sul carattere derogabile di questi ultimi⁶⁶. In definitiva, è la non assoluta vincolatività delle tariffe che salva la legislazione italiana.

L'Autorità Garante della concorrenza e del Mercato (AGCM), dal canto suo, si è espressa a favore dell'abolizione dei minimi tariffari (prevista nel decreto Bersani)⁶⁷ ritenendo che a prescindere dal loro carattere anticoncorrenziale, le tariffe minime inderogabili non costituiscono uno strumento idoneo ad assicurare la qualità delle prestazioni professionali. Nel dicembre del 2009, la stessa autorità ha peraltro reso vincolanti gli impegni offerti dall'Ordine degli Psicologi per rispondere alle preoccupazioni manifestate in relazione alle regole deontologiche e ai prezzi delle prestazioni professionali. Secondo l'AGCM, la scelta di parametrare il decoro della professione all'applicazione di tariffe minime rischiava di uniformare i prezzi delle prestazioni professionali. La versione emendata afferma il principio della libera pattuizione del compenso tra le parti nel momento iniziale del rapporto eliminando ogni riferimento alle tariffe. In tal modo vengono (indirettamente) confermate le preoccupazioni di chi in dottrina ha paventato che tramite le decisioni di impegni l'autorità procedente vada oltre quanto potrebbe prescrivere esercitando i suoi normali poteri decisorii⁶⁸.

Tornando alla giurisprudenza della Corte di giustizia, ma sempre con riguardo alla realtà italiana, va rammentato che nelle cause *Cipolla e Macrino* del 2006⁶⁹ il tema delle tariffe viene affrontato in relazione agli ostacoli che esse possono rappresentare per la libera prestazione di servizi (tenendo pre-

⁶⁶ Più di recente, v. ordinanza della Corte di giustizia del 5 maggio 2008 in causa n. C-386/07, *Hospital Consulting*, in *Raccolta*, 2008, I, p. 67.

⁶⁷ AGCM, Segnalazione del 18 settembre 2009, *Riforma della professione forense*, in *Boll. n.* 35/2009.

⁶⁸ A livello di Unione europea, v. W. P. J. WILS, *Settlements of EU Antitrust Investigations: Commitment Decisions Under Article 9 of Regulation No. 1/2003*, in *World Comp.*, 2006, p. 351; M. SOUSA FERRO, *Committing to Commitment-Unanswered Questions on Article 9 Decisions*, *ECLR*, 2005, p. 459 e C. J. COOK, *Commitment Decisions: The Law and Practice Under Article 9*, in *World Comp.*, 2006, p. 212. Con riguardo all'ordinamento italiano, v. A. SCOGNAMIGLIO, *Decisioni con impegni e tutela civile dei terzi*, in *Dir. amm.*, 2010, p. 503 ss.; L. DI VIA, *Le decisioni in materia di impegni nella prassi decisionale dell'Autorità Garante*, in *Mercato concorrenza regole*, 2007, p. 229 ss.; G. DEMARTINI, *La definizione del procedimento antitrust tra esigenze di efficienza e tutela degli interessi coinvolti*, in *Dir. comm. int.*, 2009, p. 917 ss.

⁶⁹ Sentenza della Corte di giustizia del 5 dicembre 2006 in cause riunite n. C-94/04 e n. C-202/04, *F. Cipolla c. R. Portolese in Fazari e a.*, in *Raccolta*, 2006, I, p. 11421 e in questa *Rivista*, 2006, p. 693 con commento di P. QUAIÀ, *Avvocati: qualità o prezzo? In margine alla sentenza della Corte di giustizia in cause riunite n. C-94/04 e n. C-202/04*, 2006, p. 701. Per alcuni interessanti spunti di riflessione sulla portata della pronuncia, v. il commento di J. STUYCK, *CMLR*, 2009, p. 941 ss.

sente che l'inderogabilità della tariffa riguardava anche l'attività di consulenza stragiudiziale). Le cause venivano riunite e la Corte, confermando il precedente *Arduino*, rimetteva al giudice nazionale la valutazione circa la proporzionalità della misura specificando che potevano essere presi in considerazione a tal fine elementi oggettivi quali il numero di soggetti abilitati ad operare sul mercato "regolamentato". I giudici europei hanno tuttavia precisato che il divieto assoluto di derogare convenzionalmente agli onorari minimi imposti è incompatibile con l'art. 56 TFUE. Sul punto è intervenuta anche la Suprema Corte di cassazione, che ha ritenuto sussistenti tutti i requisiti di legittimità delle tariffe minime richiesti dal diritto dell'Unione europea. In una pronuncia resa a Sezioni Unite del 2007, il Giudice di legittimità ha voluto sottolineare che la disciplina attribuisce in capo all'interprete un margine discrezionale sufficientemente ampio per la determinazione in giudizio delle spese di lite (e dei compensi dei difensori) ed è informata ai principi di adeguatezza e proporzionalità⁷⁰.

Più di recente le tariffe massime sono state oggetto di una procedura di infrazione promossa contro l'Italia per violazione degli artt. 49 e 56 TFUE⁷¹. Il ricorso è stato respinto in quanto la Commissione europea non è stata in grado di dimostrare l'inadempimento, ma la Corte ha nondimeno posto in evidenza che «l'esistenza di una restrizione ai sensi del Trattato non può essere desunta dalla mera circostanza che gli avvocati stabiliti in Stati membri diversi della Repubblica italiana devono per il calcolo dei loro onorari per prestazioni fornite in Italia, abituarsi alle norme applicabili in tale Stato membro. Per contro, una restrizione del genere esiste se detti avvocati sono privati della possibilità di penetrare nel mercato dello Stato membro ospitante in condizioni di concorrenza normali ed efficaci». Denotando un atteggiamento quanto meno cauto nei confronti delle scelte operate a livello interno, la Corte non manca nuovamente di rilevare che le norme statali appaiono derogabili in concreto⁷².

4. Conclusioni

La figura dell'avvocato è stata oggetto di specifica regolamentazione da parte dell'Unione europea. Si tratta tuttavia di una disciplina incompleta e in-

⁷⁰ Corte cass., sezioni unite, sentenza 11 settembre 2007, n. 19014, e, più di recente, Corte cass., sez. lav., sentenza 27 settembre 2010, n. 20269.

⁷¹ Sentenza della Corte di giustizia del 29 marzo 2011 in causa n. C-565/08, *Commissione europea c. Repubblica italiana*, inedita in *Raccolta*, in questa *Rivista*, 2011, p. 485 con commento di E. BERGAMINI, *La Corte di giustizia e le tariffe (massime) degli avvocati: ultime evoluzioni o ultimo round?*, p. 491 ss.

⁷² Da notarsi che nella *ricordata* segnalazione del 2009, dopo aver escluso la possibilità di giustificare il ricorso a tariffe minime vincolanti, l'AGCM ha rilevato che «la protezione del cliente e, in particolar modo, delle persone fisiche e delle piccole imprese, potrebbe trovare giustificazione il mantenimento soltanto delle tariffe massime, con riferimento a prestazioni aventi carattere seriale e di contenuto non particolarmente complesso».

diretta: incompleta in quanto riguarda solo la libera prestazione di servizi e la libertà di stabilimento; indiretta poiché richiede l'intervento degli Stati membri. Di qui il ruolo fondamentale svolto dalla Corte di giustizia, sia in via pregiudiziale, sia nell'ambito dei procedimenti di infrazione promossi dalla Commissione. Il quadro giuridico è complicato dalla possibilità di qualificare l'avvocato come impresa. L'applicabilità delle norme in materia di concorrenza limita sensibilmente la libertà degli Stati membri e delle organizzazioni professionali anche se la Corte di giustizia ha mostrato un certo grado di deferenza nel valutare la compatibilità nelle misure nazionali con gli artt. 4, par. 3, TUE e 101 TFUE.

In Italia, il fenomeno della libera circolazione degli avvocati e il rispetto delle norme europee in materia di concorrenza ha determinato una serie di reazioni, tanto a livello di professione forense, quanto a livello statale. Benché comprensibili, le resistenze dimostrate nei confronti di cittadini europei (italiani e non) che intendono esercitare nel nostro Paese la professione di avvocato con il titolo conseguito in un altro Stato membro rischiano di compromettere le libertà fondamentali di cui agli artt. 49 e 56 TFUE.

L'indicazione di tariffe (minime e massime) può essere idonea al raggiungimento di obiettivi legittimi quali la buona amministrazione della giustizia e la tutela del cliente, ma le misure adottate devono sempre e comunque risultare adeguate e non andare oltre quanto strettamente necessario. A tal proposito non si può non rilevare che dopo la liberalizzazione promossa dal decreto Bersani, la "contro-riforma" tentata in occasione dell'approvazione del d.l. n. 98 del 6 luglio 2011 («Disposizioni urgenti per la stabilizzazione finanziaria»)⁷³ prevedeva l'adozione di tariffe minime obbligatorie da applicarsi in assenza di accordo tra le parti e da approvarsi ogni due anni dal Ministero della giustizia su proposta del CNF⁷⁴. Com'è noto, la versione finale non menziona il tema, che viene invece affrontato nel d.l. n. 138/2011. L'art. 3, par. 5, lett. d., infatti, prescrive che il compenso dovuto al professionista sia oggetto di specifica contrattazione tra le parti «prendendo come riferimento le tariffe professionali». Il patto in deroga è ammesso a condizione che venga rispettato il principio di trasparenza. Le tariffe (senza ulteriori precisazioni) stabilite con decreto dal Ministero troveranno nondimeno applicazione, oltre che in mancanza di accordo, «quando il committente è un ente pubblico, in caso di liquidazione giudiziale dei compensi, ovvero nei casi in cui la prestazione professionale è resa nell'interesse dei terzi».

La risposta dell'AGCM è stata tanto rapida quanto severa. Nella segnalazione del 26 agosto 2011, l'Autorità definisce la disposizione sulle tariffe «un

⁷³ In *Guri* n. 155 del 6 luglio 2011.

⁷⁴ Proposta di legge C. 3900, approvata dal Senato il 23 novembre 2010 e trasmessa alla Camera il giorno successivo.

passo indietro» rispetto al decreto Bersani e ricorda gli effetti distorsivi che può produrre la previsione di tariffe, anche non obbligatorie⁷⁵. Nemmeno la reazione del CNF si è fatta attendere e il 15 agosto 2011, in una lettera agli avvocati, il Presidente Alpa ha fatto sapere che: «Il Consiglio valuterà, sulla base delle nuove disposizioni, se sarà opportuno proporre revisioni della formulazione dei criteri di determinazione delle tariffe, tenendo conto comunque del necessario loro adeguamento in ragione delle disposizioni di revisione biennale e dell'inflazione maturata nel corso del settennio dall'ultima revisione».

Per concludere, sia concesso un cenno all'emendamento che introduceva nel testo del d.l. n. 98/2011 l'art. 39-*bis*, intitolato «Liberalizzazioni delle attività professionali e d'impresa». Il rischio di vedere aboliti gli ordini e le prove di abilitazione, di cui al quinto comma dell'art. 33 Cost., ha sollevato forti voci di dissenso all'interno della stessa maggioranza. Il d.l. n. 138/2011 fa espressamente salvo l'esame di Stato di cui alla richiamata norma costituzionale e precisa che qualsiasi limitazione al libero accesso alla professione «è consentita unicamente laddove essa risponda a ragioni di interesse pubblico e non introduca una discriminazione diretta o indiretta basata sulla nazionalità»⁷⁶.

Con tutta evidenza, la scelta di stabilire minimi o massimi tariffari, così come la decisione di liberalizzare la professione forense, appartengono solo allo Stato, nel rispetto degli obblighi che derivano dall'appartenenza all'Unione europea⁷⁷. Non si tratta di soluzioni imposte dalla direttiva n. 2006/123, né dalla giurisprudenza sviluppata in tema di libertà di stabilimento degli avvocati. Tuttavia, una volta che si è scelto di regolamentare l'esercizio di un'attività professionale, le restrizioni alla libera prestazione di servizi economici, ed in special modo a quelli di assistenza legale, possono essere giustificate avuto riguardo all'ordine pubblico, all'interesse dei consumatori e al corretto funzionamento della giustizia solo fintantoché risultino soddisfatti i requisiti dell'idoneità e della necessità. Si tratta di una valutazione caso per caso, spesso rimessa alla discrezionalità del giudice interno, ma che deve pur sempre attenersi ai principi e agli *standard* fissati a livello europeo.

Giacomo Di Federico*

⁷⁵ Il testo della segnalazione è reperibile sul sito internet <http://www.agcm.it/stampa/news/5725-segnalazione-su-qulteriori-misure-urgenti-per-la-stabilizzazione-finanziaria-e-lo-sviluppoq.html>.

⁷⁶ *Ivi*, lett. a.

⁷⁷ A riguardo non può non segnalarsi – in sede di correzione di bozze – l'adozione del c.d. «dl liberalizzazioni» (Disposizioni urgenti per la concorrenza, lo sviluppo delle infrastrutture e la competitività, in *Guri* n.19 del 24 gennaio 2012, *suppl. ord.*). In base all'art. 9 (Disposizioni sulle professioni regolamentate), infatti, «Sono abrogate le tariffe delle professioni regolamentate nel sistema ordinistico» (comma 1). Il testo del decreto è reperibile sul sito internet <http://www.leggioggi.it/allegati/liberalizzazioni-il-testo-del-decreto-legge/>

* Ricercatore di Diritto internazionale / Università di Bologna.

RECENSIONI

Bruno Nascimbene (con la collaborazione di Elisabetta Bergamini), *La professione forense nell'Unione europea*, Milanofiori Assago, Ipsoa, 2010, pp. 323, € 30,00

Il processo di internazionalizzazione degli scambi di merci e servizi – soprattutto nel contesto dell'Unione europea, laddove i rapporti tra gli Stati membri risultano sempre più stretti – la crescente attenzione dimostrata dai Governi e dalle Istituzioni alla tutela del consumatore-beneficiario delle prestazioni ed alle regole della concorrenza ed, infine, l'impatto delle nuove tecnologie, rappresentano fattori che investono inevitabilmente anche l'ambito della professione forense; tanto – unitamente alle ben note problematiche che, da tempo, in Italia, sono alla base di controverse istanze di riforma dell'avvocatura e del suo Ordine – rende improcrastinabile una rimeditazione delle regole che ne disciplinano l'esercizio.

In questo quadro si colloca l'opera del *Professor Nascimbene*: utilissimo strumento posto a disposizione del "moderno" avvocato, che allo stesso tempo si distingue per l'elevato tenore delle riflessioni contenutevi, tutte orientate in favore dello "svecchiamento" della disciplina della materia.

Premesse alcune considerazioni introduttive, il volume si apre con la disamina della normativa europea del settore. Ricostruite le tappe del percorso che ha condotto al progressivo crollo delle "barriere" nazionali riguardanti l'ambito della professione legale – tappe per lo più scandite dalla giurisprudenza della Corte di giustizia – il testo traccia il quadro delle disposizioni dei Trattati, contemplanti i principi generali applicabili. Successivamente, l'opera approfondisce il diritto derivato dell'Unione, a partire dalla direttiva n. 77/249/Cee, sulla libera prestazione dei servizi da parte degli avvocati, sino alle norme in tema di reciproco riconoscimento dei diplomi e dei titoli profes-

sionali (di cui alla direttiva n. 2005/36/Ce, che ha unificato il regime della materia). Segue l'analisi di alcune disposizioni rilevanti della c.d. «direttiva servizi», la quale, pur non pregiudicando l'applicazione degli specifici atti del settore, investe – nel Capo V, dedicato alla qualità dei servizi – taluni aspetti delle regole professionali. L'esame della normativa europea si chiude poi con lo studio della direttiva n. 98/5/Ce, sul diritto di stabilimento degli avvocati; sicché – descritte la disciplina del Gruppo europeo di interesse economico e la principale giurisprudenza della Corte di giustizia in tema di tariffe, concorrenza ed associazioni professionali – il volume è in grado di delineare il quadro completo della materia; tanto fa sì che esso costituisca una valida guida per gli avvocati, *in primis* (ma non solo) per coloro tra questi che non intendano delimitare la propria attività entro i confini nazionali, perché è vero, come sottolinea l'A., che «i principi della libera prestazione dei servizi e del diritto di stabilimento (...) hanno offerto agli avvocati europei una opportunità di rilievo, che è anche una sfida: l'opportunità consiste nella capacità di esercitare la professione in un'area, spazio o mercato assai vasto; la sfida nel saper affrontare la concorrenza degli avvocati degli altri Stati membri in un unico mercato interno europeo».

Il testo, che rappresenta la versione aggiornata di quello intitolato *The Legal profession in the European Union*, pubblicato nel 2009 per i tipi di Wolters Kluwer, arricchisce il precedente con l'approfondimento di alcuni temi "caldi" riguardanti la situazione italiana, quale emblema delle difficoltà di realizzazione di una riforma delle professioni; al riguardo, l'A. non nasconde la propria propensione ideale in senso favorevole ad una compiuta rivisitazione della materia; nel corso della lettura, si percepisce un velato sentimento di insofferenza rispetto alla vigenza di qualsivoglia limite o divieto (si pensi, per tutti, ai regimi delle tariffe e della pubblicità informativa) che, non trovando giustificazione nelle specificità della professione e nell'esigenza di preservarne il prestigio, sia suscettibile di tradursi, di fatto, in una restrizione all'esercizio dell'attività.

La trattazione prosegue con lo studio della legislazione dei ventisette Paesi membri dell'Unione in materia di professione forense; tale ricerca è condotta sulla base di uno schema comune di analisi, che si sviluppa attraverso l'approfondimento di alcuni profili essenziali, quali: il titolo con cui si esercita l'avvocatura; l'organizzazione della professione; le relative modalità di accesso e le regole cui attenersi nell'esercizio, anche in forma associata; gli obblighi di condotta; la disciplina del segreto professionale; i limiti alla pubblicità; il tema della responsabilità professionale e delle relative garanzie ovvero degli obblighi di assicurazione ed, infine, il regime delle retribuzioni.

Lo scopo di tale indagine, conclusa con un capitolo appositamente dedicato al confronto delle normative nazionali, è quello di individuare e comprendere gli orientamenti e le tendenze in materia, di cogliere differenze e

tratti comuni nell'ambito degli ordinamenti nazionali, al fine sia di inquadrare in un contesto più ampio i problemi emersi nel nostro ordinamento, che di suggerire proposte coerenti con gli obblighi discendenti dal diritto dell'Unione; in particolare, l'A. tende a verificare se si stia sviluppando un processo di "integrazione forense", se possa effettivamente discutersi della figura dell'avvocato europeo, quale modello in grado di incidere positivamente sugli ordinamenti nazionali.

Il testo – cui è allegato un elenco dei siti *web* rilevanti – descrive così un quadro generale caratterizzato da profonde differenze e tratti comuni, il tutto sullo sfondo di una generale, sia pur lenta, tendenza all'armonizzazione, cui si oppongono, soprattutto nei "vecchi" Paesi membri, un marcato spirito di conservazione e la regolamentazione di categoria.

A conferma dell'attualità del tema, una prova tangibile del progressivo percorso di integrazione in atto riguarda proprio l'Italia, che, recentissimamente, in ossequio alla «direttiva servizi», si è conformata alla maggioranza dei Paesi dell'Unione, introducendo, con l'ultima legge finanziaria, l'obbligo di assicurazione per la responsabilità professionale (art. 3, comma V, lett. e., d. l. 13 agosto 2011, n. 138, convertito, con modificazioni, in l. n. 148 del 14 settembre 2011).

D'altra parte, la stessa legge finanziaria – facendo propri alcuni punti del disegno di legge di riforma delle professioni, già in discussione alla Camera – ha reso meno stringenti i limiti alla pubblicità degli studi legali, che d'ora in poi sarà conseguibile «con ogni mezzo» (art. 3, comma V, lett. g.): un regolamento ministeriale atto a disciplinarne forme e limiti di esercizio è atteso già per la stagione estiva, a riprova della volontà del nuovo Governo di procedere nella medesima direzione, peraltro, indubbiamente, con più spiccata *vis* riformatrice.

Il dl n. 138 del 2011 aveva inoltre lasciato cadere l'inderogabilità delle tariffe massime, consentendo «la pattuizione dei compensi spettanti al professionista anche in deroga alle stesse» (art. 3, comma V, lett. d.); il decreto "liberalizzazioni", tra le tante novità introdotte (e le tante critiche subite), ha sancito, con una norma più che altro di carattere simbolico, la definitiva abrogazione delle tariffe professionali (art. 9, commi I e IV, dl n. 19 del 24 gennaio 2012).

Con l'introduzione di tali principi – che, assieme ad altri, saranno alla base della riforma che gli Ordini professionali dovranno attuare entro il prossimo mese di agosto – il Legislatore italiano ha suffragato la deduzione del *Professor Nascimbene*, il quale, nell'opera in esame, aveva già previsto come inevitabile un impatto della «direttiva servizi» sulle regole professionali nazionali.

Ed allora, se è vero, come si sottolinea nel testo, che il diritto dell'Unione non ha ancora «armonizzato in modo sufficiente le legislazioni nazionali» e

che «il processo di una vera e propria integrazione abbia soltanto compiuto i primi, pur significativi, passi», può dirsi che è stato compiuto, nel nostro Paese, un ulteriore avanzamento, in attuazione di un principio cardine del diritto europeo, qual è quello della libera concorrenza, cui l'esercizio di ogni attività professionale dovrà rispondere, d'ora in poi, «senza eccezioni» (art. 3, comma V, d. l. n. 138/2011): il tutto nel senso autorevolmente auspicato dall'Autore.

Gaetano D'Avino*

* Dottorando di ricerca in Diritto pubblico, teoria delle istituzioni nazionali ed europee e filosofia giuridica – indirizzo Spazio europeo di libertà, sicurezza e giustizia e cooperazione giudiziaria in materia penale / Università degli Studi di Salerno.

Hanno collaborato a questo numero:

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

ELISA BARONCINI, *Professore aggregato di Diritto internazionale / Università degli Studi di Bologna*

MATTIA BOSIO, *Dottorando di ricerca in Diritto dell'Unione europea / Università degli Studi di Bologna*

FAUSTO CAPELLI, *Direttore della Rivista*

MAURIZIO D'AMICO, *Avvocato specializzato in Diritto comunitario. "Quadro B" presso l'Autorità Portuale di Civitavecchia/Fiumicino/Gaeta - Porti di Roma e del Lazio*

GAETANO D'AVINO, *Dottorando di ricerca in Diritto pubblico, teoria delle istituzioni nazionali ed europee e filosofia giuridica – indirizzo Spazio europeo di libertà, sicurezza e giustizia e cooperazione giudiziaria in materia penale / Università degli Studi di Salerno*

GIACOMO DI FEDERICO, *Ricercatore di Diritto internazionale / Università degli Studi di Bologna*

GIUSEPPE LICASTRO, *Dottore in giurisprudenza / Università degli Studi "Mediterranea" di Reggio Calabria*

ALESSIA MARI, *Segretario comunale; ex borsista di ricerca in Diritto dell'Unione europea / Università degli Studi di Salerno*

DIRITTO COMUNITARIO E DEGLI SCAMBI INTERNAZIONALI

Trimestrale diretto da *F. Capelli*

INDICE 2011

ARTICOLI

- Elisa Baroncini* - Obblighi "WTO-Plus", tutela dell'ambiente, della salute e preservazione delle risorse naturali: il *report* del Panel nel caso *China-Raw Materials* Pag. 627
- Federico Forni* - La libertà di espressione del messaggio commerciale » 407
- Miriam Immediato* - Il futuro dei diritti fondamentali nel sistema "Cedu-Carta" » 447
- Luigi Russo* - La disciplina degli aiuti di Stato relativa al settore agricolo nel Trattato sul funzionamento dell'Unione europea, nella disciplina attuativa della PAC e nei regolamenti di esenzione: la difficile quadratura del cerchio » 207
- Angelo Viglianisi Ferraro* - Significative aperture giurisprudenziali nei confronti della CEDU: ma «il fine *non* giustifica i mezzi» » 1

COMMENTI

<i>Enrica Adobati</i> - Individuazione del foro competente a dirimere le controversie in materia di contratti di compravendita conclusi tra operatori di Stati diversi, alla luce del Regolamento Ce n. 44/2001 e della Convenzione di Lugano nella versione del 30 ottobre 2007, secondo le Sezioni Unite della Corte di cassazione	Pag. 111
<i>Gianluca Belotti</i> - <i>Eugenia Gambarara</i> - La (il)liceità dello scambio di informazioni sensibili nel diritto <i>antitrust</i> con particolare riferimento allo scambio e all'acquisto di informazioni tramite società terze	» 523
<i>Elisabetta Bergamini</i> - La Corte di giustizia e le tariffe (massime) degli avvocati: ultime evoluzioni o ultimo <i>round</i> ?	» 491
<i>Mattia Bosio</i> - Prima applicazione della direttiva servizi e prime difficoltà interpretative	» 691
<i>Fausto Capelli</i> - La sentenza della Corte di giustizia non deve limitarsi a fornire l'interpretazione corretta della normativa applicabile, ma deve anche essere di ausilio per il giudice nazionale tenuto a risolvere il caso concreto	» 79
<i>Fausto Capelli</i> - Limiti di utilizzo del termine «puro» nelle etichette dei prodotti di cioccolato	» 261
<i>Fausto Capelli</i> - Gli alimenti senza glutine per celiaci: composizione ed etichettatura	» 547
<i>Paolo Centore</i> - La tutela della buona fede nelle frodi IVA tra diritto comunitario e indirizzi della giurisprudenza nazionale	» 317
<i>Maurizio D'Amico</i> - La disciplina delle zone franche - <i>Parte Prima</i> : La normativa comunitaria	» 555
<i>Maurizio D'Amico</i> - La disciplina delle zone franche - <i>Parte Seconda</i> : La normativa italiana	» 773
<i>Anna Iermano</i> - Verso comuni regole processuali europee: il diritto alla traduzione e all'interpretazione nei procedimenti penali	» 335
<i>Giuseppe Licastro</i> - Il catalogo Schengen (Ue) dedicato ai controlli alle frontiere esterne	» 375
<i>Giuseppe Licastro</i> - L'evoluzione del "controllo di frontiera": i «valichi di frontiera condivisi»	» 769

<i>Alessia Mari</i> - La vicenda degli avvocati/dipendenti pubblici <i>part-time</i> : tre Corti a confronto nello "spazio giuridico europeo"	Pag. 735
<i>Massimo Francesco Orzan</i> - I diritti di proprietà industriale nella Comunità andina: il ruolo delle agenzie nazionali della proprietà intellettuale e quello del Tribunale di giustizia della Comunità andina	» 155
<i>Daniele Pisanello</i> - Armonizzazione delle denominazioni di vendita nel settore del cioccolato. Illegittimità della disciplina nazionale sul cioccolato puro	» 277
<i>Laura Salvi</i> - Autonomia procedurale e azione di responsabilità nei confronti dello Stato secondo la Corte di giustizia: non c'è obbligo di esaurire i rimedi interni	» 51
<i>Gian Franco Simonini</i> - Accordi verticali limitativi della concorrenza ed indipendenza del distributore	» 123

COMUNICAZIONI E NOTE INFORMATIVE

<i>Fausto Capelli</i> - Valutazioni critiche e riflessioni propositive sulla relazione del <i>Prof. E. F. M. Emanuele</i> dedicata al progetto " <i>Big Society</i> " (o " <i>Terzo Pilastro</i> ")	» 593
<i>Fausto Capelli</i> - Tutela della qualità dei prodotti agroalimentari sotto il profilo giuridico: riflessioni sulla riforma della disciplina dell'Unione europea	» 789
<i>Emmanuele Francesco Maria Emanuele</i> - Progetto " <i>Big Society</i> ": una grande opportunità per la società civile	» 585
<i>Giacomo Di Federico</i> - La professione forense nell'Unione europea. Alcune considerazioni sul "caso italiano": avvocato stabilito, incompatibilità e tariffe	» 805
<i>Cristina Pozzi</i> - Le concessioni demaniali marittime: stato dell'arte dopo l'apertura della procedura di infrazione comunitaria	» 379
<i>Marco Vitale</i> - Risultati ottenuti sotto il profilo politico ed economico dopo 50 anni di cooperazione fra gli Stati membri dell'Unione europea	» 183

GIURISPRUDENZA COMUNITARIA**I. SENTENZE E COMMENTI****Viola il diritto dell'Unione la normativa nazionale che subordina l'azione di responsabilità nei confronti dello Stato membro all'esaurimento dei rimedi interni**

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

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

(con commento di *Laura Salvi*)

Pag. 45

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

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

Procedimento penale a carico di *Luigi Pontini e altri*

(con commento di *Fausto Capelli*)

» 73

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

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

Commissione europea c. Repubblica italiana

(con commento di *Fausto Capelli*
e di *Daniele Pisanello*)

» 255

È conforme al diritto Ue la disciplina nazionale che vieta l'esercizio della professione forense da parte di un dipendente pubblico *part-time*

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

Edyta Joanna Jakubowska c. Alessandro Maneggia

(con commento di *Alessia Mari*)

» 679

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

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

Commissione europea c. Repubblica italiana

(con commento di *Elisabetta Bergamini*)

» 485

Libera circolazione dei servizi: è illegittimo per le professioni regolamentate il divieto assoluto e generalizzato della comunicazione commerciale diretta e *ad personam*

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

Société fiduciaire nationale d'expertise comptable c. Ministre du Budget, des Comptes publics et de la Fonction publique
(con commento di *Mattia Bosio*)

Pag. 685

II. MASSIMARIO ANNOTATO

(a cura di *Enrica Adobati*)

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

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

Akzo Nobel Chemicals Ltd c. Commissione europea

» 85

Possibilità di utilizzo della pubblicità comparativa

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

LIDL SNC c. Vierzon Distribution SA

» 87

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

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

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

» 89

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

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

Edyta Joanna Jakubowska c. Alessandro Maneggia

» 92

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

Sentenza della Corte di giustizia del 16 dicembre 2010 in causa

n. C-137/09 <i>Marc Michel Josemans c. Burgemeester van Maastricht</i>	Pag. 97
La Corte di giustizia ritorna sul problema dell'esercizio della professione di avvocato e su quello del riconoscimento dei diplomi Sentenza della Corte di giustizia del 22 dicembre 2010 in causa n. C-118/09 <i>Robert Koller</i>	» 92
In Grecia l'esenzione dall'imposta sulle cessioni in occasione del primo acquisto di un bene immobile deve essere riconosciuta anche ai cittadini di altri Stati membri Sentenza della Corte di giustizia del 20 gennaio 2011 in causa n. C-155/09 <i>Commissione europea c. Repubblica Ellenica</i>	» 100
La Corte di giustizia ritorna sul problema dell'esercizio della professione di avvocato e su quello del riconoscimento dei diplomi Sentenza della Corte di giustizia del 3 febbraio 2011 in causa n. C-359/09 <i>Donat Cornelius Ebert c. Budapesti Ügyvédi Kamara</i>	» 93
Ripartizione delle spese concernenti l'audizione di un teste in un altro Stato membro: il Paese richiedente non deve sostenere alcuna spesa Sentenza della Corte di giustizia del 17 febbraio 2011 in causa n. C-283/09 <i>Artur Weryński c. Mediatel 4B spółka z o.o.</i>	» 102
La Corte di giustizia interpreta la direttiva n. 2004/113/Ce e statuisce che non si deve considerare il sesso dell'assicurato quale fattore di rischio nei contratti di assicurazione sulla vita Sentenza della Corte di giustizia del 1° marzo 2011 in causa n. C-236/09 <i>Association belge des Consommateurs Test-Achats ASBL, Yann van Vugt e Charles Basselier c. Conseil des ministres</i>	» 103
Il segno «1000» è privo del carattere distintivo e non può essere registrato come marchio comunitario Sentenza della Corte di giustizia del 10 marzo 2011 in causa n. C-51/10 P	

Agencja Wydawnicza Technopol sp. z o.o., con sede in Częstochowa (Polonia) c. Ufficio per l'armonizzazione nel mercato interno (marchi, disegni e modelli) (UAMI) Pag. 707

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

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

Heiko Koelzsch c. État du Grand-Duché de Luxembourg » 289

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

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

Josep Peñarroja FA » 291

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

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

Commissione europea c. Repubblica italiana » 293

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

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

Société fiduciaire nationale d'expertise comptable c. Ministre du Budget, des Comptes publics et de la Fonction publique » 295

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

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

Christina Ioanni Toki c. Ypourgos Ethnikis paideias kai Thri-skevmaton » 296

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

Sentenza della Corte di giustizia del 12 aprile 2011 in causa n.

C-235/09

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

Pag. 501

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

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

Dhl Express France SAS c. Chronopost SA

» 298

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

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

Shirley McCarthy c. Secretary of State for the Home Department

» 301

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

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

Jürgen Römer c. Freie und Hansestadt Hamburg

» 303

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

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

Commissione europea c. Regno del Belgio

» 305

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

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

Electrosteel Europe SA c. Edil Centro SpA

» 503

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

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

C-52/10

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

Pag. 505

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

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

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

» 506

La Corte di giustizia precisa quando i monopoli dei giochi d'azzardo sono giustificati

Sentenza della Corte di giustizia del 30 giugno 2011 in causa n. C-212/08

Zeturf Ltd c. Premier ministre

» 712

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

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

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

» 508

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

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

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

» 510

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

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

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

» 514

Divieto di discriminazioni fondate sull'età per i piloti di linea

Sentenza della Corte di giustizia del 13 settembre 2011 in causa n. C-447/09

Reinhard Prigge, Michael Fromm, Volker Lambach c. Deutsche Lufthansa AG

Pag. 709

La Corte di giustizia precisa quando i monopoli dei giochi d'azzardo sono giustificati

Sentenza della Corte di giustizia del 15 settembre 2011 in causa n. C-347/09

Procedimento penale a carico di *Jochen Dickinger, Franz Ömer*

» 711

Sentenza della Corte di giustizia del 30 giugno 2011 in causa n. C-212/08

Zeturf Ltd c. Premier ministre

» 712

La Corte di giustizia si pronuncia sui limiti di utilizzo via internet, per scopi pubblicitari, di un marchio registrato

Sentenza della Corte di giustizia del 22 settembre 2011 in causa n. C-323/09

Interflora Inc., Interflora British Unit c. Marks & Spencer plc, Flowers Direct Online Ltd

» 716

La Corte di giustizia stabilisce le modalità di risarcimento a favore dei passeggeri di voli cancellati

Sentenza della Corte di giustizia del 13 ottobre 2011 in causa n. C-83/10

Aurora Sousa Rodríguez e altri c. Air France SA

» 720

La Corte di giustizia si pronuncia sul servizio di riempimento delle lattine munite di un segno distintivo

Sentenza della Corte di giustizia del 15 dicembre 2011 in causa n. C-119/10

Frisdranken Industrie Winters BV c. Red Bull GmbH

» 722

La Corte di giustizia interpreta la direttiva sulla responsabilità per danno da prodotti difettosi nell'ambito delle strutture sanitarie pubbliche

Sentenza della Corte di giustizia del 21 dicembre 2011 in causa n. C-495/10

Centre hospitalier universitaire de Besançon c. Thomas Dutreux, Caisse primaire d'assurance maladie du Jura

» 724

GIURISPRUDENZA ITALIANA E STRANIERA

Al vaglio della Corte costituzionale la tormentata questione dell'incompatibilità tra pubblico impiego a tempo parziale e contemporaneo esercizio della professione forense

Ordinanza interlocutoria della Corte di cassazione, sezioni unite civili, del 7-22 dicembre 2010 n. 25987

Sorrentino Stefania e altri c. Consiglio dell'Ordine degli Avvocati di Latina ed altri

Pag. 727

Sentenza della Corte costituzionale dell'8-21 novembre 2006 n. 390

Vincenzo Ciravegna c. Provincia di Cuneo

» 728

Sentenza della Corte costituzionale del 4-11 giugno 2001 n. 189

Consiglio nazionale forense c. Vincenzo Locane e altri

» 729

(con commento di *Alessia Mari*)

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

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

Kaufland Warenhandel GmbH & Co. KG S.A.S. c. Cirio del Monte Italia s.p.a. in amministrazione straordinaria

» 105

(con commento di *Enrica Adobati*)

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

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

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

» 517

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

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

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

Agenzia delle entrate c. M. N.

309

(con commento di *Paolo Centore*)

ATTI DELLE ISTITUZIONI EUROPEE

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

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

(con nota di *Fausto Capelli*)

Pag. 541

Accordi e pratiche concordate tra imprese restrittivi della concorrenza

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

(con commento di *Gian Franco Simonini*)

» 117

Diritto all'interpretazione e alla traduzione nei procedimenti penali

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

(con commento di *Anna Iermano*)

» 331

Consiglio europeo

Conclusioni della Presidenza del Consiglio europeo del 4 febbraio 2011

» 359

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

» 363

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

» 365

Conclusioni della Presidenza del Consiglio europeo del 23-24 giugno 2011

» 759

Dichiarazione dei Capi di Stato o di Governo della zona euro e delle Istituzioni dell'UE del 21 luglio 2011

» 760

Conclusioni della Presidenza del Consiglio europeo del 23 ottobre 2011

» 761

Dichiarazione dei Capi di Stato o di Governo dell'UE del 26 ottobre 2011

» 761

Dichiarazione del Vertice euro del 26 ottobre 2011

» 762

Dichiarazione dei Capi di Stato o di Governo della zona euro del 9 dicembre 2011

» 763

Conclusioni della Presidenza del Consiglio europeo del 9 dicembre 2011

» 764

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

Decision 486 - Régimen Común sobre Propiedad Industrial (con commento di *Massimo Francesco Orzan*) Pag. 151

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

Catalogo Schengen UE - Controlli alle frontiere esterne, rimpatrio e riammissione. Raccomandazioni e migliori pratiche - Documento del Consiglio dell'Unione europea n. 7864/09 del 19 marzo 2009 » 369
(con il commento di *Giuseppe Licastro*)

A quattro anni dalla sua applicazione, la Commissione rileva la necessità di apportare modifiche tecniche puntuali al codice frontiere Schengen, prevedendo l'istituzione di valichi di frontiera condivisi

Proposta di Regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio che modifica il regolamento (Ce) n. 562/2006 del Parlamento europeo e del Consiglio che istituisce un codice comunitario relativo al regime di attraversamento delle frontiere da parte delle persone (codice frontiere Schengen), e la convenzione di applicazione dell'accordo di Schengen » 765
(con commento di *Giuseppe Licastro*)

Le zone franche nell'Unione europea

Tabella contenente l'elenco delle zone franche esistenti ed operative nell'Unione europea al 6 settembre 2011 » 549
(con commento di *Maurizio D'Amico*)

RECENSIONI

Roberto Caranta - Martin Trybus (eds.), *The Law of Green and Social Procurement in Europe* (*Enrica Adobati*) » 398

Mario Comba - Steen Treumer (eds.), *The In-House Providing in European Law* (*Enrica Adobati*) » 398

Angela Di Stasi, *Diritti umani e sicurezza regionale. Il "sistema" europeo* (*Daniela Fanciullo*) » 395

<i>Paolo Farah - Roberto Soprano</i> , Dumping e Antidumping - Una guida per le imprese di fronte alle sfide della globalizzazione (<i>Antonella Forganni</i>)	Pag. 400
<i>Massimo Fragola</i> , Il Trattato di Lisbona, che modifica il Trattato sull'Unione europea e il Trattato della Comunità europea. Versione ragionata e sistematica per una consultazione coordinata degli articoli alla luce dei Protocolli e delle Dichiarazioni (<i>Antonio Enrico Buonocore</i>)	» 200
<i>Bruno Nascimbene</i> (con la collaborazione di Elisabetta Bergamini), La professione forense nell'Unione europea (<i>Gaetano D'Avino</i>)	» 823
<i>Steen Treumer - François Lichère</i> (eds.), Enforcement of the Eu-Public Procurement Rules (<i>Enrica Adobati</i>)	» 398
<i>Ivo Van Bael & Jean-François Bellis</i> , Competition Law of the European Community (<i>Fausto Capelli</i>)	» 199
<i>Anna Lisa Verdecchia</i> , Lo Stato partner-cosmopolitico. Origine e regimi normativi di partnership e Human Rights (<i>Francesco Buonomenna</i>)	» 623
<i>Ugo Villani</i> , Valori comuni e rilevanza delle identità nazionali e locali nel processo di integrazione europea (<i>Angela Di Stasi</i>)	» 621
Indice 2011	» 829
Hanno collaborato	203, 403, 625, 827