ISSN 1970-0903

Studi sull'integrazione europea

numero **3** · **2007** | anno **II**

Rivista quadrimestrale

CACUCCI EDITORE
BARI

Studi sull'integrazione europea

numero **3 · 2007** | anno **II**

Rivista quadrimestrale

CACUCCI EDITORE
BARI

Direzione
Ennio Triggiani – Ugo Villani

Comitato di redazione
Giandonato Caggiano (coordinatore) **– Valeria Di Comite – Ivan Ingravallo – Angela Maria Romito – Roberto Virzo**

Direzione e Redazione
c/o **Cacucci Editore – Via Nicolai, 39 – 70122 BARI – Tel. 080.5214220**
http://www.cacucci.it e-mail: studiinteuropea@cacucci.it

A tali indirizzi vanno inviati corrispondenza e libri per eventuali recensioni o segnalazioni.

PROPRIETÀ LETTERARIA RISERVATA

© 2007 Cacucci Editore – Bari
Via Nicolai, 39 – 70122 Bari – Tel. 080/5214220
http://www.cacucci.it e-mail: info@cacucci.it

Ai sensi della legge sui diritti d'Autore e del codice civile è vietata la riproduzione di questo libro o di parte di esso con qualsiasi mezzo, elettronico, meccanico, per mezzo di fotocopie, microfilms, registrazioni o altro, senza il consenso dell'autore e dell'editore.

Autorizzazione del Tribunale di Bari del 22/03/2006 n° 19
Direttore responsabile: ENNIO TRIGGIANI

Sommario

ARTICOLI

Alessandro Pace
La sentenza *Granital*, ventitrè anni dopo 451

Antonio Jannarelli
Pluralismo definitorio dell'attività e dell'impresa agricola tra diritto comunitario e diritto interno 469

Giovanni Cellamare
Osservazioni sugli accordi di riammissione tra la CE e alcuni Stati dell'area balcanica 497

Roberto Mastroianni
La libertà di prestazione dei servizi nella giurisprudenza comunitaria: i principi generali 523

Marcello Di Filippo
La fase ascendente del processo decisionale dell'Unione europea e il ruolo dei parlamenti nazionali 543

Mariano Robles
La responsabilità delle stazioni appaltanti per ritardato pagamento 571

Teresa Russo
Le norme "*anti-deficit*" democratico nell'Unione europea 599

NOTE E COMMENTI

Gianpaolo Maria Ruotolo
Gioco, diritto, diritto al gioco: libertà fondamentali dell'ordinamento comunitario e disciplina delle scommesse in Italia 633

Giovanni Pastina
La "comunitarizzazione" del diritto delle obbligazioni alimentari nella proposta di regolamento presentata dalla Commissione 663

CONVEGNI E DIBATTITI

La tutela della concorrenza tra poteri regolativi delle Autorità indipendenti e controlli giurisdizionali
(Università LUISS "Guido Carli", Roma, 19 gennaio 2007)

Angela Del Vecchio, Introduzione 689

Corrado Calabrò, Il ruolo dell'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni 691

Lamberto Cardia, Il ruolo della CONSOB 696

Antonio Catricalà, Il ruolo della Autorità garante della concorrenza e del mercato 704

Pasquale de Lise, Il ruolo del giudice amministrativo 706

Enzo Moavero Milanesi, Il contesto comunitario 719

RECENSIONI

G. Napolitano, *Altiero Spinelli e l'Europa*,
Bologna, Il Mulino, 2007 (E. Triggiani) 729

Libri ricevuti 731

Elenco delle abbreviazioni 733

Indice degli autori 737

Indice del volume 739

Articoli

Alessandro Pace

La sentenza *Granital*, ventitrè anni dopo*

Sommario: 1. "Non applicazione" o "disapplicazione" delle norme interne contrastanti con la normativa comunitaria? – 2. La tortuosa tutela dei controlimiti costituzionali disegnata dalle sentenze *Frontini* e *Granital*. – 3. L'indiretta tutela dei controlimiti "costituzionali" dinanzi alla Corte di giustizia. – 4. L'autoesclusione della Corte costituzionale dal dialogo tra i giudici nazionali e la Corte di giustizia. La sentenza *Simmenthal*. – 5. Rilievi critici sull'autoesclusione della Corte dal dialogo tra i giudici nazionali e la Corte di giustizia. – 6. La Corte costituzionale come giurisdizione nazionale ai sensi dell'art. 234 TCE. – 7. L'unico limite all'esercizio del sindacato accentrato della Corte costituzionale derivante dalle sentenze *Simmenthal* e *Granital*. – 8. Le possibili implicazioni derivanti dalla nuova formulazione del 1° comma dell'art. 117 Cost.

1. È stato giustamente osservato che il fenomeno comunitario è troppo innovativo "per cercare di ricondurlo a categorie tradizionali dei rapporti fra Stati, come il dualismo o, anche, lo stesso monismo"[1].

Vera tale premessa – che a cinquant'anni dai Trattati di Roma possiamo addirittura assumere come pacifica –, ne segue che, pur ritenendo che gli ordinamenti nazionali e l'ordinamento comunitario siano tra loro distinti (i primi "generali" e il secondo "parziale"; ma il secondo "condizionante" i primi tanto nelle specifiche materie di sua competenza[2], quanto nei criteri di risoluzione dei conflitti tra norme[3]), ciò che oggi deve soprattutto essere sottolineato della pecu-

* Relazione al seminario su "Diritto comunitario e diritto interno" tenuto presso la Corte costituzionale il 20 aprile 2007.

1 Così A. Celotto, *Ancora un'occasione perduta per mettere chiarezza sulle interferenze tra giudizio di costituzionalità e giudizio di "comunitarietà"*, in *Giur. cost.*, 2004, p. 1732.

2 A. Pace, *La dichiarazione di Laeken e il processo costituente europeo*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2002, p. 613 s. Per giungere alla stessa conclusione di questo saggio, e cioè che non vi sarebbe separazione tra l'ordinamento comunitario e gli ordinamenti nazionali, L. Paladin, *Le fonti del diritto italiano*, Bologna, 1996, p. 426 ss., spec. p. 430 fondava la sua tesi sulla mera tendenzialità del c.d. principio di attribuzione, in quanto non si tratterebbe "di materie staticamente e rigidamente concepite, bensì di 'obiettivi da perseguire' e di 'azioni da realizzare' in conseguenza". Ma la distinzione non è poi, a ben vedere, così netta, come a prima vista sembrerebbe, perché gli obiettivi comunitari sono pur sempre specifici e non invece generali come quelli degli Stati.

3 V. *infra* in questo stesso par.

liarità di tale fenomeno – a differenza di quanto emerge dalla sentenza *Granital* (n. 170 del 1984, rel. La Pergola) – è che gli ordinamenti nazionali e l'ordinamento comunitario sono tra loro indissolubilmente integrati.

La sentenza *Granital*, muovendosi da premesse dualistiche, enfatizzava invece la netta separatezza della norma comunitaria rispetto all'ordinamento statale[4], giungendo conseguentemente alla conclusione che non vi fosse un reale contrasto con la norma interna nel momento della sua applicazione da parte del giudice nazionale. La "non applicazione" della norma interna – come avrebbe successivamente spiegato il suo estensore in sede dottrinale[5] – costituirebbe infatti l'effetto di un "arretramento" dell'ordinamento nazionale[6]. Il che, se storicamente e politicamente poteva giustificarsi alla luce del contesto nel quale la sentenza *Granital* fu emanata, sotto il profilo strettamente giuridico non persuade oggi, come non persuadeva allora.

E ciò è tanto vero che, già nella sentenza n. 389 del 1989 (red. Baldassarre), la Corte modificò significativamente il lessico usato per spiegare il fenomeno. Diversamente dalla sentenza *Granital* (secondo la quale, essendo i due ordinamenti "distinti ma coordinati", la norma interna non verrebbe nemmeno "in rilievo" e *a fortiori* non sarebbe affetta da nullità), la Consulta, in questa seconda e perspicua decisione (non meno "dottrinale" dell'altra), ammise: che i due ordinamenti fossero "coordinati e comunicanti"[7]; che vi era "immissione diretta nell'ordinamento interno delle norme comunitarie immediatamente applicabili"; che la norma interna e quella comunitaria fossero "contemporaneamente vigenti" ancorché "reciprocamente contrastanti". Pertanto, allo scopo di poter procedere all'applicazione della prevalente norma comunitaria – sottolineò la Corte – si rende necessaria la "disapplicazione" della norma interna da parte del giudice nazionale[8].

---

4 In questo senso v. ad esempio, tra le molte decisioni della Corte che si sono ricollegate alla sentenza *Granital*, la sentenza n. 168 del 1991, in *Giur. cost.*, 1991, p. 1409 ss., spec. p. 1414 ss. che esplicitamente negò potersi trattare di "disapplicazione" e che estese l'obbligo di "non applicazione" alle fattispecie disciplinate da direttive *self-executing.*

5 A. La Pergola, *Il giudice costituzionale italiano di fronte al primato e all'effetto diretto del diritto comunitario: note su un incontro di studio*, in *Giur. cost.*, 2003, p. 2432, il quale parla addirittura di "invisibilità" della legge italiana.

6 La vicenda della sostituzione della norma interna da parte della norma comunitaria, così come riscostruita nella motivazione della sentenza *Granital*, presta il fianco alla facile accusa di costituire un espediente formalistico per mascherare una realtà diversa da quella effettiva. Se la non applicazione è strumentale all'applicazione di un'altra norma, è infatti evidente che quest'ultima norma fa parte dello stesso "sistema" normativo della prima, e quindi si tratta di vera e propria disapplicazione.

7 Condivideva l'impostazione della sentenza n. 389 del 1989, e quindi la tesi che i due ordinamenti sarebbero tra loro "comunicanti", anche L. Paladin, *op. cit.*, p. 427, il quale giustamente si chiedeva: "Come reggerebbe l'imperativo contenuto nel capoverso dell'art. 101 Cost. (…), se i regolamenti e le direttive delle Comunità non rientrassero anche tra le fonti di produzione dell'ordinamento nazionale?".

8 Se non vado errato, la Corte, dopo la sentenza n. 389 del 1989, ha però qualificato la vicenda come "disapplicazione" soltanto nella sentenza n. 249 del 1995 (red. Mengoni).

Con il che la Corte – avendo esplicitamente escluso, in accordo con la sentenza *Simmenthal*[9], che il giudice nazionale potesse far luogo a "forme di caducazione o di annullamento per invalidità della norma interna incompatibile" – finiva implicitamente per ammettere che il contrasto tra le due norme si risolvesse nella nullità della norma interna[10].

Ma, proprio perchè "nulla" – e, quindi, non "annullabile" –, la norma interna resterebbe vigente in tutti quei rapporti direttamente non rientranti nell'effetto di giudicato della pronuncia del giudice che l'ha disapplicata (preferendole la norma comunitaria). Essendo quindi ancora "esistente" e potenzialmente produttiva di effetti – sottolineò ancora la sentenza n. 389 del 1989 –, la norma interna, pur dopo essere stata disapplicata, deve necessariamente essere assoggettata a doverosa modifica o ad abrogazione (espressa) allo scopo di depurare l'ordinamento interno "da eventuali incompatibilità o disarmonie con le prevalenti norme comunitarie"[11]; e quindi a fini di certezza del diritto sia comunitario che interno[12].

Va comunque sottolineato che la previsione del potere di disapplicazione delle norme interne, ancorché legislative, da parte dei giudici comuni, è agevolmente riconducibile alle limitazioni di sovranità consentite dall'art. 11 Cost. – come del resto ha sempre sostenuto la Consulta (sia che alludesse alla non applicazione che alla disapplicazione). Non è quindi necessario, a tal fine, postulare che la fonte del potere di disapplicazione vada rinvenuta nell'art. 249 TCE (e quindi in un pretesa "superiorità" o "generalità" dell'ordinamento comunitario[13]

---

9 V. *infra* il par. 4.

10 Una conferma *a contrario* di tale illazione è desumibile, tra l'altro, dall'esplicito rifiuto della tesi della disapplicazione, enunciato dalla stessa Corte costituzionale nella successiva sentenza n. 168 del 1991 (red. Granata): rifiuto motivato da ciò, che la disapplicazione "evoca vizi della norma in realtà non sussistenti in ragione proprio dell'autonomia dei due ordinamenti".
Per contro, L. Paladin, *op. cit.*, p. 427, nella sua serrata critica alla tesi della separazione tra i due ordinamenti enfatizzata dalla sentenza *Granital*, giungeva specificamente alla conclusione che dovesse essere ripensato "il postulato che le leggi interne non vengano mai invalidate in considerazione del loro contrasto con le norme comunitarie", e che dovesse "essere messa in discussione – per evidenti esigenze di coerenza logica – la stessa tesi che la disapplicazione di quelle leggi ad opera di ciascuna autorità giurisdizionale prescinda integralmente dalla loro invalidità".

11 Così, ancora, la sentenza n. 389 del 1989.

12 In questo senso v. sentenza della Corte di giustizia del 24 marzo 1988, causa 104/1986, *Commissione c. Italia*, in *Raccolta*, p. 1817. V. altresì nello stesso senso Corte costituzionale, sentenza n. 389 del 1989 (in *Giur. cost*., 1989, spec. p. 1767, la quale richiama altre pronunce della Corte di giustizia), sentenza n. 384 del 1994 (*ivi*, 1994, spec. p. 3453) e sentenza n. 94 del 1995 (*ivi*, 1995, spec. p. 797). Sul punto v. anche A. La Pergola, *op. cit.*, p. 2440.

13 F. Sorrentino, *Profili costituzionali dell'integrazione comunitaria*, Torino, 1996, p. 13 ss.; Id., *Il diritto europeo nella giurisprudenza della Corte costituzionale: problemi e prospettive*, in *Q. reg.*, 2006, p. 628; Id., *La Costituzione europea*, in M. P. Chiti, G. Greco (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo europeo*, Parte generale, 1, Milano, 2007, II ed., p. 32 s.
Condividono la tesi del Sorrentino, sulla natura generale dell'ordinamento europeo, esplicitamente G. Silvestri, *La diretta applicabilità delle norme comunitarie*, in *La Costituzione europea. Annuario 1999 dell'AIC*, Padova, 2000, p. 177; implicitamente S. P. Panunzio, *I diritti fondamentali e le Corti in Europa*, Napoli, 2005, p. 15 ss.

– entrambi, comunque, a ben vedere insussistenti)[14]. Se infatti si tiene presente che il potere di disapplicazione, nell'ipotesi che ci occupa, assume a parametro il diritto comunitario e *non la Costituzione*, appare fuor di luogo il richiamo, in senso contrario, agli articoli 136 Cost. e 1 della legge costituzionale n. 1 del 1948 (concernenti entrambi l'*incostituzionalità* delle leggi), come ritenuto dall'autorevole dottrina che ha prospettato tale tesi[15]. E perciò l'attribuzione ai giudici comuni del potere di disapplicare *le leggi* si spiega anch'esso agevolmente alla luce dell'art. 11 Cost., soprattutto se si sottolinea – come già in precedenza ricordato – che l'ordinamento comunitario, pur essendo *parziale*, condiziona, nelle materie di sua competenza, gli ordinamenti *generali* statali nei quali, come disse la Corte di giustizia già nel 1964, esso è integrato[16].

Con la conseguenza che è del tutto logico che spetti all'ordinamento parziale di prescrivere non solo *quali siano le norme*, da esso promananti, che devono prevalere nell'ordinamento generale, ma anche *le modalità* (sindacato accentrato o diffuso) con le quali tale prevalenza deve essere assicurata.

2. Il secondo rilievo che suscita la sentenza *Granital* – qualora se ne voglia verificare l'attualità – sta in quel passaggio finale di tale decisione (*cons. dir.*, n. 7), nel quale, ricollegandosi al n. 9 della motivazione della sentenza *Frontini* n. 183 del 1973 (rel. Astuti)[17], la Corte rileva come la legge di esecuzione del Trattato potrebbe andare soggetta al suo sindacato nell'ipotesi in cui un regola-

---

[14] La *superiorità* dell'ordinamento comunitario è infatti costantemente smentita dai comportamenti concreti dei Governi e degli Stati membri (per cui tale pretesa superiorità sarebbe comunque non dotata di *effettività*). La *generalità*, dal canto suo, è smentita dai principi di attribuzione, di sussidiarietà e di proporzionalità cha caratterizzano da sempre, e che, tra l'altro, sono esplicitamente ribaditi nel Trattato costituzionale europeo del 2004 (art. I-6 e art. I-11, 2º, 3º e 4º comma).

[15] In questo senso, v. ancora F. Sorrentino, *Il diritto europeo nella giurisprudenza*, cit., p. 68; Id., *La Costituzione europea*, cit., p. 32.

[16] Sentenza della Corte di giustizia del 15 luglio 1964, causa 6/64, *Costa c. Enel*. Nella motivazione di questa fondamentale decisione si legge: "La Corte rileva che, a differenza dei comuni trattati internazionali, il Trattato CEE ha istituito *un proprio ordinamento giuridico, integrato nell'ordinamento giuridico degli Stati membri* all'atto dell'entrata in vigore del Trattato e che i giudici nazionali sono tenuti ad osservare. Infatti istituendo una comunità senza limiti di durata, dotata di propri organi, di personalità, di capacità giuridica, di capacità di rappresentanza sul piano internazionale, ed in specie di poteri effettivi provenienti da una limitazione di competenza o da un trasferimento di attribuzioni degli Stati alla Comunità, *questi hanno limitato, sia pure in campi circoscritti, i loro poteri sovrani* e creato quindi un complesso di diritto vincolante per i loro cittadini e per loro stessi".
La decisione così prosegue: "La preminenza del diritto comunitario trova conferma nell'art. 189, a norma del quale i regolamenti sono obbligatori e direttamente applicabili in ciascuno degli Stati membri. Questa disposizione, che non è accompagnata da alcuna riserva, sarebbe priva di significato se uno Stato potesse unilateralmente annullarne gli effetti con un provvedimento legislativo che prevalesse sui testi comunitari". (Corsivi miei).

[17] …a sua volta ricollegantesi alla sentenza n. 98 del 1965, la cui importanza sul punto è particolarmente sottolineata da M. Cartabia, *Principi inviolabili e integrazione europea*, Milano, 1995, p. 97 ss. Notevole, in questo senso, è l'osservazione senza titolo a tale sentenza di M. Mazziotti, in *Giur. cost.*, 1965, p. 1336 ss.

mento comunitario (ma anche un qualsiasi altro atto comunitario immediatamente applicabile), esorbitando dai limiti previsti dal TCE, pregiudicasse i principi fondamentali del nostro ordinamento costituzionale e i diritti inalienabili della persona umana.

Questa "tortuosa"[18] soluzione del problema dei controlimiti – di cui la Corte ha effettuato una prima, ma incompleta applicazione nella famosa sentenza *Fragd* (concernente il diritto dell'attore a beneficiare degli effetti favorevoli della pronuncia da lui stesso provocata)[19] – ha sollevato[20] e solleva tuttora non poche perplessità.

In primo luogo, questa tesi, prospettando che il regolamento comunitario, nel violare i controlimiti "costituzionali", coinvolgerebbe, in fin dei conti, la norma

---

18 Così F. Sorrentino, *La Costituzione europea*, cit., p. 35.

19 Corte costituzionale, sentenza n. 232 del 1989, in *Giur. cost*., 1989, p. 1001 ss., con eccellente osservazione di M. Cartabia, *Nuovi sviluppi nelle competenze comunitarie della Corte costituzionale*.

Merita di essere osservato che il principio di cui la Corte costituzionale lamentava in tale occasione la violazione da parte della Corte di giustizia (e cioè che il diritto alla tutela giurisdizionale esige che "la sentenza emanata nel giudizio incidentale [debba] trovare applicazione nel giudizio incidentale che l'ha provocata") non è stato seguito dalla stessa nostra Corte nelle due più importanti decisioni in materia televisiva di questi ultimi anni, le sentenze n. 420 del 1994 e n. 466 del 2002. Sul punto, con riferimento a quest'ultima decisione, v. infatti P. Costanzo, *La libertà d'informazione non può più attendere: ma la Corte continua ad ammettere il transitorio pur censurando l'indefinito*, in *Giur. cost.*, 2002, p. 3899.

Si è altresì osservato (M. Cartabia, *Principi inviolabili e integrazione europea*, cit., p. 114) che la sentenza *Fragd* avrebbe costituito una svolta nella giurisprudenza costituzionale, in quanto, con questa decisione, la Corte costituzionale si sarebbe riservata di intervenire, per il tramite del sindacato sulla legge di esecuzione, non più sulla *norma sulla produzione* relativa ai regolamenti, alle direttive, alle decisioni e alle raccomandazioni (e cioè il "vecchio" art. 189 TCE), bensì, di volta in volta, pur sempre per il tramite della legge di esecuzione, sulla *specifica norma del Trattato*. Non mi sembra che a tale sentenza possano riconoscersi tali meriti.

A parte il fatto che, venendo in considerazione l'efficacia delle sentenze della Corte di giustizia, sarebbe stato palesemente errato, per la Corte costituzionale, chiamare in causa il vecchio art. 189 TCE (che non disciplina le sentenze), il fatto che la Corte costituzionale abbia coinvolto nel suo ragionamento il vecchio art. 177 TCE non muta le cose. Anche tale disposizione (e cioè l'attuale art. 234 TCE) è una *norma sulla produzione* alla quale non possono quindi essere automaticamente ascritti tutti i peccati delle singole sentenze.

Invece, un più forte argomento – ancorché non decisivo – in favore ad una ipotetica svolta della Corte ci sarebbe stato se la Corte avesse condiviso la tesi dell'Avvocatura dello Stato, secondo cui la norma del Trattato potenzialmente lesiva dell'art. 24 Cost. era da individuarsi nell'art. 174, 2° comma, TCE (ora art. 231, 2° comma). Ma la Corte respinse tale tesi confermando che la norma rilevante fosse, nella specie, il vecchio art. 177 TCE.

A ciò si aggiunga che – come sottolineato dalla stessa Corte costituzionale – la Corte di giustizia non era, all'epoca, ancora pervenuta a decisioni univoche sulle possibili deroghe all'efficacia retroattiva delle sue sentenze.

20 V. ad esempio le puntuali critiche di G. Zagrebelsky, voce *Processo costituzionale*, in *EdD*, XXXVI, Milano, 1987, p. 536, secondo il quale l'impostazione della sentenza n. 183 del 1973 porta al tutto o al niente, e cioè o al tutto, vale a dire alla denuncia del Trattato da parte dell'Italia, o al niente "perché nel frattempo, di singoli regolamenti eventualmente incostituzionali non si potrebbe evitare l'applicazione nel nostro Paese".

del Trattato che lo disciplina (e cioè l'attuale art. 249 TCE), ha il difetto di far risalire i "peccati" della norma *di produzione* – e cioè del regolamento comunitario (o della direttiva *self-executing*) – alla norma *sulla produzione* giuridica, la quale però, a ben vedere, si limita a disporne la generale e immediata obbligatorietà. L'eventuale accoglimento di tale tesi, in una sentenza della Corte costituzionale, potrebbe pertanto assumere il significato di una revoca del consenso libero e consapevole prestato a suo tempo dallo Stato italiano al Trattato CE [21].

In secondo luogo, è assai dubbio che, in sede comunitaria, sarebbe produttiva di effetti la pronuncia della Corte costituzionale che dichiarasse – senza che al relativo giudizio partecipino la CE e gli altri Stati membri – l'incostituzionalità dell'art. 249 TCE "nella parte in cui" uno degli atti comunitari ivi contemplati avesse pregiudicato i principi fondamentali della nostra Costituzione.

Una cosa infatti è la declaratoria d'incostituzionalità di una disposizione della legge di esecuzione di un trattato *bilaterale*, come quello del 1929 con la Santa Sede (v. sul punto la sentenza n. 18 del 1982, peraltro concernente l'incostituzionalità di una norma *di produzione* contenuta nel Concordato), altra e ben diversa cosa è la declaratoria d'incostituzionalità della legge di esecuzione di una norma *sulla produzione* contenuta in un trattato *plurilaterale*.

Tale pronuncia sarebbe poi probabilmente considerata "irricevibile" a livello europeo. Potrebbe infatti giustamente opporsi, in quella sede, che essa incide inammissibilmente sull'art. 249 TCE, il quale non ha alcun collegamento sostanziale con il contenuto (assertivamente "incostituzionale") dell'atto comunitario concretamente lesivo, dato che l'art. 249 TCE si limita a disciplinarne gli effetti.

Infine, a chi pretendesse di far valere in sede comunitaria la sentenza dichiarativa dell'incostituzionalità *in parte qua* della legge di esecuzione del TCE (con specifico riferimento all'art. 249), potrebbe eccepirsi – in via assorbente – che la via per contestare la legittimità degli atti normativi comunitari è solo quella della tempestiva impugnazione di tali atti dinanzi alla Corte di giustizia, nei termini di decadenza previsti dall'art. 230, 5º comma TCE.

3. Sotto un diverso profilo, il problema dell'incidenza degli atti comunitari sulla normazione costituzionale è stato già affrontato dalla Consulta.

---

[21] Sulla permanente importanza di questo dato, di cui spesso ci si dimentica, v. da ultimo G. Tesauro, *Sovranità degli Stati e integrazione comunitaria*, Lezione magistrale impartita all'Università Suor Orsola Benincasa, Napoli, 2006, pp. 9 e 34 s.
Coglie esattamente questo punto M. Cartabia, *Principi inviolabili e integrazione europea*, cit., p. 110 ss., allorché sottolinea che, nella prima enunciazione della tesi – nelle sentenze n. 98 del 1965, n. 183 del 1973 e n. 170 del 1984 –, la Corte costituzionale non intendesse tanto "istituire un indiretto controllo di costituzionalità degli atti comunitari attraverso la legge di esecuzione del trattato (…), quanto configurare la possibilità del distacco dell'Italia dalla Comunità europea nella remota ipotesi in cui questa non si mostrasse più rispettosa" dei valori sostanzialmente equivalenti a quelli sottesi ai nostri diritti inviolabili e ai nostri principi fondamentali di carattere organizzativo (v. spec. p. 108). Esplicitamente l'autore allude pertanto "alla revoca dell'adesione dell'Italia al sistema comunitario".

In un'importante ancorché discutibile sentenza, la Corte, dopo aver riconosciuto che "gli organi delle Comunità europee non sono tenuti ad osservare puntualmente la disciplina nazionale e, in particolare, la ripartizione delle competenze pur prevista da norme di livello costituzionale", affermò infatti – pur ribadendo la salvezza dei principi supremi e dei diritti inviolabili – che "le norme comunitarie (…) se hanno derogato a disposizioni di rango costituzionale, *debbono ritenersi equiparate a queste ultime*, in virtù del disposto dell'art. 11 Cost."[22].

La Corte, così dicendo – anche se sotto un diverso profilo e con un argomento assai criticabile (e cioè che le norme comunitarie che violano le norme costituzionali sarebbero equiparabili a queste) – centrò il *punctum dolens* dei controlimiti.

La Corte fece infatti capire che *se il Governo* – nell'interesse dello Stato italiano (o di una Regione o di una Provincia ad autonomia speciale che ne faccia richiesta) – non contesta tempestivamente un atto comunitario *perché esorbitante dalle competenze riconosciute agli organi comunitari* (e non già perché *direttamente* in contrasto con la nostra Costituzione)[23], esso diventa inoppugnabile[24]. E quindi tale atto comunitario esplicherà legittimamente effetti modificativi anche sulle norme costituzionali e sull'ordine delle competenze da queste dettato[25].

Di qui la tesi, che qui si intende prospettare, secondo la quale la tutela dei diritti inviolabili e dei principi fondamentali (anche in materia organizzativa) previsti dalla nostra Costituzione[26] che siano stati eventualmente pregiudicati da un atto comunitario, dovrebbe esser fatta tempestivamente valere di fronte alla Corte di giustizia dal Governo della Repubblica[27], nel contraddittorio con tutti gli

---

22 Corte costituzionale, sentenza n. 399 del 1987 (red. Saja), in *Giur. cost.*, 1987, parte I, p. 2812, con osservazione di F. Sorrentino, *Ammissibilità del conflitto e "cammino comunitario" della Corte. Un passo avanti o due indietro?* (corsivi miei).

23 G. Tesauro, *op.cit.*, p. 19, giustamente ricorda che la Corte permanente internazionale di giustizia negò, nel 1932, che uno Stato possa invocare la propria Costituzione per sottrarsi agli obblighi che gli derivano dal diritto internazionale generale e dai trattati da esso sottoscritti.

24 Ovviamente resta pur sempre possibile l'eccezione d'invalidità, *ex* art. 241 TCE, dei regolamenti, la quale è notoriamente esperibile, ma solo in limitate ipotesi, anche dai ricorrenti c.d. privilegiati (Stati membri e istituzioni). Sul punto v. G. Tesauro, *Diritto comunitario*, Padova, 2005, IV ed., p. 246 ss.

25 Sul punto, anche per ulteriori riferimenti di giurisprudenza e dottrina, v. A. Pace, *L'ordinamento della comunicazione*, in *Dir. pub.*, 2004, p. 957 s., con riferimento alle modifiche sulla ripartizione costituzionale delle competenze Stato-Regioni derivanti dalle direttive comunitarie in materia di comunicazione elettronica del 7 marzo 2002, e specialmente dall'art. 3 della direttiva 2002/21/CE "*quadro*", sulle quali v. S. Cassese, *Il concerto regolamentare europeo delle telecomunicazioni*, in G. Morbidelli, F. Donati (a cura di), *Comunicazioni: verso il diritto della convergenza?*, Torino, 2003, p. 33.

26 V. ancora in tal senso M. Cartabia, *Principi inviolabili e integrazione europea*, cit., p. 108.

27 Qui non rileva, pur dovendosene dar conto, l'astratta possibilità di ricorso spettante anche ai soggetti privati, ammessa in caso di pregiudizio diretto nei confronti di atti generali o di decisioni

Stati membri[28]; e ciò nell'ipotesi che l'atto comunitario, incorrendo in uno dei vizi elencati dall'art. 230, 2º comma TCE[29], abbia pregiudicato non solo i diritti inviolabili e i principi fondamentali, ma qualsiasi norma della nostra Costituzione.

Una tesi del genere potrebbe addurre a suo favore tre diversi argomenti.

In primo luogo, la scelta politico-istituzionale, sottesa al TCE, che attribuisce all'ordinamento "parziale" (comunitario) un'efficacia condizionante sull'ordinamento "generale" (statale)[30]: scelta che ingloba anche i modi di risoluzione delle controversie aventi ad oggetto gli atti comunitari e la loro interpretazione con effetti vincolanti.

In secondo luogo, la tesi della circolarità delle garanzie costituzionali, secondo la quale tutti gli organi dello Stato devono concorrere ad assicurare il rispetto della nostra Costituzione[31], con la conseguenza che, in questo caso, è l'esecutivo, e non il giudiziario, il potere dello Stato su cui *istituzionalmente* incombe – nei rapporti con l'Europa e con gli altri ordinamenti – la difesa dei principi fondamentali della nostra Costituzione e degli assetti organizzativi in essa previsti.

Infine l'autorevole e persuasivo rilievo critico opposto al *Maastricht-Urteil*[32], secondo il quale: "Se ciascun giudice costituzionale avesse mantenuto il potere di verificare la legittimità degli atti comunitari sotto il profilo del rispetto delle competenze attribuite dal Trattato non avremmo un sistema comunitario unico", ma un caleidoscopio[33].

La tesi, fin qui esposta, richiede però alcune ulteriori precisazioni.

L'importanza della tempestiva contestazione, davanti alla Corte di giustizia, degli atti comunitari, che violando le norme del Trattato CE, e quindi andando "*ultra vires*", indirettamente pregiudichino la nostra Costituzione, *non esclude*, ovviamente, che la tutela dei c.d. controlimiti "costituzionali" (sotto il profilo della violazione delle competenze comunitarie) possa essere fatta valere anche davanti ai giudici comuni nei giudizi nei quali si pretendesse l'applicazione di

---

rese nei confronti dei terzi. Sul punto v. ancora G. Tesauro, *Diritto comunitario*, cit., p. 228 ss. nonché R. Calvano, *La Corte di giustizia e la Costituzione europea*, Padova, 2004, p. 248 ss.

28 D. Grimm, *La Cour européenne de justice et les juridictions nationales, vues sous l'angle du droit constitutionnel allemand*, p. 7, consultabile *on line* sul sito www.conseil-constitutionnel.fr, avverte giustamente l'importanza e l'utilità pratica che, in caso di ricorsi contro atti comunitari che abbiano menomato le competenze di uno Stato membro, anche gli altri Stati possano illustrare le rispettive loro ragioni.

29 E cioè "(…) incompetenza, violazione delle forme sostanziali, violazione del presente trattato o di qualsiasi regola di diritto relativa alla sua applicazione, ovvero per sviamento di potere (…)".
La latitudine dei vizi è tale da farvi facilmente rientrare qualsiasi violazione ai diritti inviolabili e ai principi supremi tutelati dalla nostra Costituzione.

30 V. sul punto quanto già osservato *supra* al par. 1.

31 Sul punto cfr. A. Pace, *Problematica delle libertà costituzionali. Parte generale*, Padova, 2003, III ed., p. 179.

32 *BVerfG*, sentenza12 ottobre 1993, in *Giur. cost*., 1994, p. 677 ss.

33 G. Tesauro, *Sovranità degli Stati*, cit., p. 44.

un atto normativo comunitario contrastante con i diritti inviolabili e i principi supremi.

Anche in tal caso, però, in linea con quanto fin qui argomentato, la corretta interpretazione dell'atto comunitario – con effetti vincolanti *erga omnes* – non potrebbe non essere richiesta alla Corte di giustizia, ai sensi dell'art. 234 TCE, per accertare se tale atto comunitario sia andato *ultra vires* rispetto agli obiettivi previsti nel TCE. E tale questione pregiudiziale potrebbe essere richiesta, se del caso, anche dalla stessa Corte costituzionale, in quanto "giurisdizione" nazionale ai sensi dell'art. 234 TCE, come si dirà in prosieguo[34].

Non v'è infatti alcun dubbio che la Corte di giustizia si dimostrerebbe assai sensibile alle implicazioni, sulle Costituzioni degli Stati membri, delle questioni interpretative ad essa sottoposte, soprattutto se sollevate da una Corte costituzionale[35]. L'elaborazione in sede comunitaria dei diritti fondamentali, intervenuta successivamente alla sentenza *Granital*, risponde infatti non solo all'esigenza di assicurare il rispetto del c.d. patrimonio costituzionale comune agli Stati membri, ma, ancor prima – e assai più pragmaticamente – a garantire all'ordinamento europeo e alla stessa Corte di giustizia una forte base di legittimazione.

4. Con la sentenza *Granital* e con le numerose decisioni che le hanno fatto seguito la Corte costituzionale, com'è arcinoto, ha da un lato attribuito al giudice comune il potere di applicare la norma comunitaria in luogo della legge, del regolamento o del provvedimento amministrativo ad essa contrari; dall'altro, ha sancito la propria estraneità rispetto al sindacato di legittimità sulle fonti interne in contrasto con quelle comunitarie direttamente applicabili. Conseguentemente ha negato a sé stessa la possibilità di effettuare il rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia ai sensi dell'art. 234 TCE.

Di tale strumento possono infatti giovarsi, secondo la sentenza *Granital*, "solamente quei giudici che sono legittimati a dare applicazione, alternativamente, o al diritto interno o a quello comunitario e, quindi, soltanto i giudici comuni"[36].

La sentenza n. 170 del 1984 ha costituito un indubbio passo in avanti in quello che, già con riferimento alla sentenza *Frontini*, Paolo Barile icasticamente aveva definito "*Il cammino comunitario della Corte*"[37]. Un cammino che la Corte consapevolmente e faticosamente andava, nel 1984, ancora compiendo

---

34 V. *infra* il par. 6.

35 Giustamente si è rilevato da più parti in dottrina (v. ad es. M. Cartabia, *Principi inviolabili e integrazione europea*, cit., p. 129; D. Grimm, *op. cit.*, p. 6) che la Corte di giustizia difficilmente potrebbe "ignorare le esigenze di ordine costituzionale che le vengono prospettate".
In favore dell'applicabilità, da parte della Corte costituzionale, dei controlimiti "costituzionali" anche nel caso che la decisione resa dalla Corte di giustizia fosse insoddisfacente, v. S. P. Panunzio, *op. cit.*, p. 29. Panunzio prefigurava l'annullamento, *in parte qua*, dell'art. 249 TCE relativamente sia agli effetti dell'atto comunitario sia a quelli della sentenza della Corte di giustizia.

36 Così, tra gli altri, F. Salmoni, *La Corte costituzionale e la Corte di giustizia delle Comunità Europee*, in *Dir. pub.*, 2002, p. 507.

37 P. Barile, *Il cammino comunitario della Corte*, in *Giur. cost.*, 1983, p. 2406 ss.

(si leggano le parole d'esordio del n. 3 della motivazione di tale decisione) e che ben sapeva che sarebbe necessariamente proseguito qualora se ne fossero realizzate le condizioni politiche, come è appunto avvenuto con i Trattati di Maastricht, Amsterdam e Nizza, con la Dichiarazione di Laeken e con l'avvio del c.d. processo costituente europeo, tuttora in atto.

Ancorché ovvio, tutto ciò merita di essere ricordato, perché ogni decisione politica o giudiziaria, soprattutto se importante come la sentenza n. 170 del 1984, deve essere valutata – lo ripeto ancora una volta – nel contesto storico e politico nel quale è stata adottata. E ciò anche quando non la si condivida.

Sotto questo profilo si giustifica – anche se tecnicamente non la si condivide[38] – l'affermazione, contenuta nella sentenza *Granital*, della riserva, in capo alla Corte costituzionale (*superiorem non recognoscens*), della salvaguardia, *nei confronti della legge di esecuzione del TCE*, dei principi supremi e dei diritti inviolabili dell'uomo. Parimenti può giustificarsi, nella stessa logica di tutela dell'autonomia della Corte nei confronti della Corte di giustizia, il rifiuto, anch'esso non condivisibile, di assoggettarsi al rinvio pregiudiziale. Infine, anche la scelta della Corte di qualificare le pronunce della Corte di giustizia non come meri precedenti giurisprudenziali bensì come fonti del diritto, siano esse rese, o non, ai sensi dell'art. 234 TCE (sentenze n. 113 del 1985 e n. 389 del 1989) probabilmente si ispira alla stessa logica di non sottoporre la propria giurisprudenza agli indirizzi giurisprudenziali della Corte di giustizia[39].

Deve però avvertirsi che altrettanto unanime è il rilievo dottrinale secondo il quale, rifiutandosi di instaurare un dialogo diretto con la Corte di giustizia, la Corte costituzionale si è autoemarginata[40], precludendosi così "la possibilità d'intervenire per prospettare direttamente alla CGCE il proprio approccio ai valori costituzionali in gioco e soprattutto d'influire sul relativo bilanciamento"[41].

5. Due sono i rilievi critici che suscita questo atteggiamento di chiusura della Corte costituzionale.

Il primo è che la soluzione radicale della Corte costituzionale, di escludere "che i problemi di compatibilità del diritto interno col diritto comunitario si configurino come questioni di costituzionalità"[42], se occhiutamente applicata,

---

38 V. *supra* par. 2.

39 F. Salmoni, *op. cit.*, p. 507. Critico di questa scelta della Corte era già stato, in precedenza, anche F. Ghera, *Pregiudiziale comunitaria, pregiudiziale costituzionale e valore di precedente delle sentenze interpretative della Corte di giustizia*, in *Giur. cost*., 2000, p. 1204 ss., il quale ritiene corretto attribuire alle decisioni della Corte di giustizia il valore di precedente, determinando così una coerenza giurisprudenziale tra le Corti.

40 In questo senso, v. tra gli altri, M. Cartabia, A. Celotto, *La giustizia costituzionale in Italia dopo la Carta di Nizza*, in *Giur. cost*., 2002, p. 4502 ss.; A. Celotto, *Ancora un'occasione perduta*, cit., p. 1732; S. P. Panunzio, *op. cit.*, pp. 23 e 93; F. Salmoni, *op. cit.*, p. 502; F. Sorrentino, *Il diritto europeo nella giurisprudenza*, cit., p. 630; Id., *La Costituzione europea*, cit., p. 33.

41 F. Sorrentino, *Il diritto europeo nella giurisprudenza*, cit. p. 630; Id., *La Costituzione europea*, cit., p. 33.

42 V. Onida, *"Armonia tra diversi". La giurisprudenza costituzionale sui rapporti tra ordinamento interno e ordinamento comunitario*, in *Q. cost.*, 2002, p. 551.

rischia di coinvolgere (ed ha in effetti coinvolto) anche questioni di legittimità costituzionale in cui il profilo squisitamente costituzionalistico si intreccia – ancorché non indissolubilmente – con il profilo comunitario.

È il caso dell'ordinanza n. 238 del 2002, oggetto della quale era un'ordinanza del giudice di pace di Firenze che aveva sollevato la questione di legittimità costituzionale del blocco delle tariffe assicurative (d.l. 28 marzo 2000, n. 70) in assunto contrasto non solo con l'art. 11 Cost., per il tramite di tutta una serie di direttive comunitarie, ma anche con l'art. 41 Cost. Ebbene, in tale occasione, la Corte si limitò a ritenere – giustamente – inammissibile la questione sotto il primo profilo, ma non affrontò affatto il problema della violazione dell'art. 41 Cost., che per la verità avrebbe potuto, già di per sé, condurre all'accoglimento della questione, essendo da gran tempo prevalente in dottrina la tesi secondo la quale la libertà di concorrenza è implicita nella proclamazione costituzionale della libertà d'iniziativa economica privata. E quindi tale libertà è giuridicamente tutelata nel nostro ordinamento a prescindere da ciò che possa decidere in proposito la Corte di giustizia.

Il secondo rilievo critico va invece al cuore del problema, ma necessita di un chiarimento preliminare.

Con la sentenza *Granital* la Corte costituzionale intese adeguarsi[43] – e si è in effetti adeguata – al principio dell'efficacia immediata del diritto comunitario, al rispetto del quale la Corte di giustizia aveva specificamente richiamato l'Italia nella sentenza *Simmenthal*, allorché aveva statuito (al punto 26) che "il giudice nazionale ha l'obbligo di garantire la tutela delle situazioni giuridiche soggettive sorte per effetto delle norme dell'ordinamento giuridico comunitario, senza dover chiedere o attendere l'effettiva rimozione, ad opera degli organi nazionali all'uopo competenti, delle eventuali misure nazionali che ostino alla diretta e immediata applicazione delle norme comunitarie"[44].

Conseguentemente, in forza del congiunto operare di tali due sentenze (*Simmenthal* e *Granital*), l'applicazione di un atto comunitario dotato di tutti i requisiti di efficacia (come un regolamento o una direttiva *self-executing*) deve essere immediata e deve quindi essere effettuata dal giudice dell'atto o del rapporto, senza chiedere o attendere l'effettiva rimozione, ad opera della Corte costituzionale, delle norme eventualmente contrastanti con l'atto normativo comunitario.

Ma se questa è la filosofia sottesa alle sentenze *Simmenthal* e *Granital*, non si vede allora quale sia la ragione logico–giuridica o di sistema che precluderebbe il rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia da parte della Corte costituzionale quando ad essa la questione di costituzionalità sia sottoposta per ragioni diverse dall'accertamento del vizio di costituzionalità della norma interna che contrasti con la norma comunitaria (sentenza *Simmenthal*, punto 26) o, quanto

43 V. Onida, *op. cit.*, p. 551; A. La Pergola, *op. cit.*, p. 2430.

44 Sentenza della Corte di giustizia del 9 marzo 1978, causa 106/1977, *Ministero delle finanze c. Simmenthal s.p.a.*, in *Raccolta*, p. 629.

meno, quando "la norma interna appaia contrastante non già con una norma comunitaria puntualmente applicabile, ma con un principio comunitario"[45].

Non mi sembra infatti risolutivo, a quest'ultimo riguardo, l'autorevole rilievo, secondo il quale, in tale ipotesi, a seguito del rinvio *ex* art. 234 TCE, la decisione della Corte di giustizia comporterebbe comunque "l'obbligo per il giudice di non applicare la norma interna in quanto contrastante effettivamente col diritto comunitario" e quindi essa varrebbe "come diritto comunitario direttamente applicabile"[46].

Sembra infatti lecito obiettare che, dopo la decisione *ex* art. 234 TCE della Corte di giustizia, esiste sempre, per definizione, un "diritto comunitario direttamente applicabile". Ma ciò di cui si preoccupano la sentenza *Simmenthal* (al punto 26) e, nella sua scia, la sentenza *Granital*, è che non vengano frapposte difficoltà di diritto interno (ancorché costituzionale) agli atti comunitari immediatamente applicabili, e non ai principi il cui contenuto "non risulti di per sé di chiara evidenza" (ordinanza n. 536 del 1995). E la qualificazione di un atto come appartenente alla prima o alla seconda categoria deve compiersi *prima*, e non *dopo* la sentenza *ex* art. 234 TCE.

6. Non mi dilungo più di tanto sulla persistente ritrosia della Corte costituzionale ad "essere inclusa fra gli organi giudiziari, ordinari o speciali che siano" (sentenze n. 38 del 1957 e n. 13 del 1960, ordinanza n. 536 del 1995).

Ritengo però opportuno ricordare che inizialmente tale argomento fu utilizzato dalla Corte non per sfuggire all'applicazione di talune norme, come l'attuale art. 234 TCE, ma per respingere l'eccezione di incompetenza nei giudizi di legittimità costituzionale promossi in via principale dallo Stato contro la Regione Sicilia. Ciò che la Corte appunto fece, affermando, con giustificato orgoglio, di essere stata istituita "come unico organo di giurisdizione costituzionale o, più specificamente, come unico giudice della legittimità delle leggi statali o regionali e dei conflitti di attribuzione tra lo Stato e le Regioni o delle Regioni tra loro"[47].

Successivamente la Corte utilizzò tale frase al ben diverso scopo di negare l'applicabilità ad essa delle normali regole delle notificazioni alle amministrazioni dello Stato[48]. (Anche se poi, in quel caso, al contrario di altri[49], la Corte non attribuì "a tale irregolarità" conseguenze preclusive, ritenendo prevalente l'interesse generale connesso all'accertamento e all'attuazione "della volontà della legge").

---

45 V. Onida, *op. cit.*, p. 551.

46 V. Onida, *op. cit.*, p. 552.

47 Sentenza n. 38 del 1957, in *Giur. cost.*, 1957, p. 485.

48 Ordinanza n. 13 del 1960, in *Giur. cost.*, 1960, p. 130 ss., con osservazione critica di V. Andrioli, *Intorno all'applicabilità della l. 25 marzo 1958 n. 260 ai giudizi avanti alla Corte costituzionale*.

49 A. Pace, *Due tesi discutibili: l'insanabilità dei vizi di notifica e la necessaria «vocatio in ius» del Presidente del Consiglio dei Ministri, nel «giudizio su ricorso» della Regione per conflitto di attribuzioni contro lo Stato*, in *Giur. cost.*, 1986, parte I, p. 2089 ss.

Infine, la stessa frase è servita alla Corte per affermare che, dati quei caratteri sopra ricordati, in essa "non è ravvisabile quella 'giurisdizione nazionale' alla quale fa riferimento" l'art. 177 (ora art. 234) TCE[50].

Orbene, è addirittura ovvio che la Corte costituzionale sia diversa dai c.d. giudici comuni. La Corte, come già ricordato, lo sottolineò nella sentenza n. 13 del 1960, nella quale, dopo aver ribadito la sua natura di "organo della giurisdizione costituzionale", da un lato ammise che "la sua attività si svolge secondo modalità e con garanzie processuali ed è disciplinata in modo da rendere possibile il contraddittorio fra i soggetti e gli organi ritenuti più idonei", dall'altro avvertì che ciò riguarderebbe soltanto "la scelta del metodo considerato più idoneo dal legislatore costituente per ottenere la collaborazione dei soggetti e degli organi meglio informati e più sensibili rispetto alle questioni da risolvere ed alle conseguenze della decisione (…)"[51].

Un'affermazione, questa, tutt'altro che risolutiva, che infatti Virgilio Andrioli icasticamente chiosò, in un amichevole colloquio che Egli ebbe con me, con il seguente interrogativo: "Ma cos'è mai la giurisdizione se non il metodo giurisdizionale?!".

Il problema da risolvere, quindi, non è tanto se la Corte sia assimilabile ai giudici comuni, ma se ad essa si applichi l'art. 234 TCE con conseguente sua possibilità di effettuare il rinvio pregiudiziale[52].

La risposta è positiva per tre motivi. In primo luogo la Corte costituzionale possiede tutti i requisiti previsti dalla giurisprudenza della Corte di giustizia per essere qualificata "giurisdizione" ai sensi di tale norma[53]. In secondo luogo, altre giurisdizioni costituzionali hanno rimesso questioni pregiudiziali alla Corte di giustizia *ex* art. 234 TCE e la Corte di giustizia le ha ritenuto ammissibili[54]. Infine, e *ad abundantiam*, è certamente contraddittorio che la Corte costituzionale, mentre da un lato si ritiene "autorità giurisdizionale" ai fini dell'art. 23 legge n. 87 del 1953 (e in tale veste sollevi questioni di legittimità costituzionale di fronte a se stessa nei giudizi di legittimità, in quelli di attribuzione e nei giudizi penali costituzionali), dall'altro neghi a se stessa tale qualificazione ai fini e per gli effetti dell'art. 234 TCE.

---

50 Ordinanza n. 536 del 1995, in *Giur. cost*., 1995, p. 4462.

51 Ordinanza n. 13 del 1960, in *Giur. cost.*, 1960, p. 130.

52 Nel senso che la Corte costituzionale rientri tra le giurisdizioni previste dall'art. 234 TCE, anche senza dover affrontare il problema della sua natura giuridica, v. già F. Sorrentino, *Corte costituzionale e Corte di giustizia delle Comunità europee*, I, Milano, 1970, p. 139 ss., spec. p. 148 ss.

53 Sentenza della Corte di giustizia del 31 maggio 2005, causa C-53/03, *Synetairasmos Farmakopoion Aitolas c. Glaxo Smith Kline*, punto 29.

54 S. P. Panunzio, *op. cit.*, p. 28, nota 56.

7. Alla luce di quanto è emerso dalla lettura congiunta delle sentenze *Simmenthal* e *Granital*, appare evidente che l'unico limite all'esercizio del sindacato accentrato della Corte costituzionale è che esso non venga esercitato per rimuovere le norme interne che ostino alla diretta e immediata applicazione delle norme comunitarie.

In altre parole – come è stato esattamente osservato – "la tutela giudiziaria diffusa funziona solo se e fino a quando il potere trasferito alla Comunità si estrinseca con una normazione compiuta ed immediatamente applicabile. Altrimenti, le regole nazionali incompatibili con il diritto comunitario soggiacciono al regime previsto per l'atto del legislatore ordinario, ivi incluso il controllo di costituzionalità spettante alla Consulta"[55].

Ciò significa che, fermo tale limite, i giudici comuni ben possono adire la Corte costituzionale per denunciare norme dirette ad impedire o a pregiudicare la perdurante osservanza del Trattato CE[56]; che è corretto che la Corte valuti i regolamenti e le direttive comunitarie come norme interposte ai sensi degli articoli 11 e 117 Cost. nei giudizi di legittimità in via principale (sentenza n. 384 del 1994), o che prenda in considerazione la possibile violazione di norme del Trattato CE e comunitarie in sede di ammissibilità delle proposte di referendum abrogativo (sentenza n. 64 del 2000).

Ma c'è di più. Alla luce della sentenza *Granital*, ed a maggior ragione in forza dell'art. 11 e del nuovo art. 117, 1º comma Cost., l'inosservanza degli obblighi comunitari potrebbe certamente essere fatta valere anche in sede di conflitto di attribuzioni tra poteri dello Stato[57]. Del pari, il dovere di rispetto di date norme comunitarie potrebbe essere specificamente inserito tra i principi e i criteri direttivi di una delega legislativa, con la conseguenza che la violazione di tali norme, in quanto interposte, ridonderebbe nella violazione indiretta dello stesso art. 76 Cost.[58]. E se sorgessero dei dubbi sul significato di tali norme comunitarie (interposte), dovrebbe essere la Corte stessa a rivolgersi alla Corte di giustizia in accordo con quanto già da essa affermato nella (peraltro isolata) sentenza n. 168 del 1991.

È significativo, in tal senso, che lo stesso Onida – pur favorevole, come s'è visto, ad un'applicazione estensiva dei limiti posti alla Corte costituzionale dalla sentenza *Simmenthal* – ritenga che qualora non fosse la Corte a richiedere ex art. 234 TCE l'interpretazione della norma comunitaria, essa, in tal caso, si sottrarrebbe "alla decisione di una vera e propria questione di costituzionalità, quale è quella relativa al rispetto da parte del legislatore delegato dei limiti della delega"[59].

---

55 A. La Pergola, *op. cit.*, p. 2432 s.
56 V. anche *infra* il par. 8.
57 A. La Pergola, *op. cit.*, p. 2440 s.
58 V. Onida, *op. cit.*, p. 552 s.
59 V. Onida, *op. cit.*, p. 553.

8. Dopo quanto fin qui osservato, è evidente che l'art. 11 Cost. rappresenti tuttora – ma nel collegamento con l'art. 249 TCE, di cui si è parlato nel par. 1 – la copertura costituzionale per la rilevanza delle norme comunitarie all'interno del nostro ordinamento giuridico; e che l'art. 117, 1º comma Cost. non pretenda affatto, in contrasto con le sentenze *Simmenthal* e *Granital*, di (ri)trasformare i problemi di compatibilità comunitaria in problemi di costituzionalità anche quando si tratti di norme comunitarie provviste di effetto diretto (come ai tempi della sentenza n. 232 del 1975!).

Conseguentemente i giudici comuni, non diversamente da quanto accadeva prima della legge costituzionale n. 3 del 2001, continueranno, pur nella vigenza del nuovo art. 117, 1° comma Cost. ad esercitare il potere-dovere di disapplicare la normativa interna che sia in diretto contrasto con atti comunitari immediatamente applicabili.

Parimenti, resta fermo il sindacato accentrato della Corte costituzionale con riferimento alle leggi che siano in contrasto con fonti comunitarie che, non essendo dotate di efficacia diretta, non godono "del regime 'speciale' fondato sulla disapplicazione della norma interna"[60], e a quelle che si pongano in contrasto con i vincoli derivanti "dagli obblighi internazionali".

In tale ultima ipotesi rientrano evidentemente anche le leggi che, secondo la sentenza *Granital*, siano dirette ad impedire o pregiudicare la perdurante osservanza del Trattato CE "in relazione al sistema o al nucleo essenziale dei suoi principi". Una cosa infatti è la violazione delle fonti derivanti dal Trattato CE, altra cosa la violazione del Trattato CE.

L'art. 117, 1º comma Cost., pur costituzionalizzando il vincolo comunitario delle leggi statali e regionali, non innova, quindi, il sistema di composizione delle antinomie così come configurato dalla sentenza *Granital*[61], nemmeno – ovviamente – con riferimento agli effetti diretti discendenti dalle direttive *self-executing* nei rapporti verticali (e cioè nei rapporti con lo Stato e con la pubblica amministrazione).

Sembra invece di poter ritenere che tale disposizione esplichi effetti innovativi con riferimento ai problemi che sorgono a seguito della mancata attuazione *nei rapporti orizzontali* delle direttive *self-executing* (la cui soluzione non rientra ovviamente nel *decisum* della sentenza *Granital*, proprio perché, per definizione, le direttive *self-executing* non sono immediatamente operative nei rapporti orizzontali).

In tal caso non dovrebbero infatti esservi ostacoli alla rimessione alla Corte costituzionale della questione di legittimità costituzionale della norma di legge che, in violazione di una direttiva *self-executing* (nella specie, rilevante come

---

60 R. Mastroianni, *Riforma del sistema radiotelevisivo italiano e diritto europeo*, Torino, 2004, p. 4 ss.

61 In questo senso v. G. Tesauro, *Diritto comunitario*, cit., p. 207. Prospetta qualche dubbio al riguardo V. Onida, *op. cit.*, p. 553, nota 1.

norma interposta)[62], abbia trasposto infedelmente o incompletamente, nei rapporti interprivati, la normativa comunitaria.

D'altra parte, è di tutta evidenza che, in tale ipotesi, il mancato rispetto "dei vincoli derivanti dall'ordinamento comunitario" nei confronti dei terzi, non sarebbe rimediabile, secondo la prevalente giurisprudenza e dottrina, con la disapplicazione della legge viziata da omissione[63] o con un'interpretazione comunitariamente conforme di tale legge, ma solo con una sentenza di accoglimento della Corte costituzionale, generalmente di tipo additivo, con la quale la Corte rimedi chirurgicamente alle omissioni del legislatore in sede di attuazione della direttiva *self-executing*[64].

---

62 In dottrina, in senso favorevole alla costituzionalizzazione dell'obbligo di conformità delle leggi alla normativa comunitaria v., tra gli altri, F. Modugno, *Appunti dalle lezioni sulle fonti del diritto*, Torino, 1995, p. 136 s.; G. Gaja, *Introduzione al diritto comunitario*, Bari-Roma, 2005, V ed., p. 131 ss.; R. Mastroianni, *Sanzioni nazionali per violazione del diritto comunitario: il caso del falso in bilancio*, in *RIDPC*, 2003, p. 660 ss.
Va altresì sottolineato che la Corte costituzionale, con la sentenza n. 406 del 2005, ha per la prima volta utilizzato il parametro dell'art. 117, 1° comma Cost. per censurare la violazione, da parte di una legge regionale, di una direttiva comunitaria (considerata pertanto norma "interposta").

63 In senso critico di tale indirizzo, v. R. Mastroianni, *Direttive non attuate, rimedi alternativi e principio di uguaglianza*, in *DUE*, 1998, p. 81 ss. ed ivi ampie indicazioni giurisprudenziali e dottrinali.

64 La Corte di cassazione, sez. lav., con sentenza 26 luglio 2006, n. 17004, *Lembo* c. *Coldiretti* e con sentenza 9 agosto 2006, n. 17971, *Busoli* c. *Coldiretti*, ha ritenuto manifestamente infondata l'identica questione di legittimità sollevata in entrambi i giudizi, che si incentrava nella violazione dell'art. 117, 1º comma Cost., da parte dell'art. 24 della legge 23 luglio 1991, n. 223, nella parte in cui, contrariamente a quanto disposto dagli articoli 1 e 2 della direttiva 75/129/CEE – così come modificata dalla direttiva 92/56/CEE (successivamente codificata, senza modificazioni, con la direttiva 98/59/CE) –, limita alle sole "imprese" (e quindi non estende ai datori di lavoro *tout court*, con inclusione quindi delle aziende *no-profit*, come i sindacati) l'attuazione della disciplina comunitaria dei licenziamenti collettivi. Conseguentemente i due ricorrenti erano stati licenziati illegittimamente e, una volta accertata l'illegittimità del licenziamento collettivo, non avevano potuto essere riassunti. Si aggiunga che l'infrazione dello Stato italiano, posta in essere con l'incompleta trasposizione delle direttive, era già stata accertata dalla Corte di giustizia, con sentenza del 16 ottobre 2003, causa C-32/02, *Commissione* c. *Repubblica italiana*.
Le due sentenze della Corte di cassazione sono rispettivamente pubblicate su *Giur. cost.*, 2006, p. 3487 ss. e p. 3503 ss., con osservazioni, entrambe critiche, di C. Pinelli, *Effetti orizzontali di direttive comunitarie e rispetto degli obblighi comunitari e internazionali ex art. 117, comma 1, Cost.*, e di R. Mastroianni, *Le norme comunitarie non direttamente efficaci costituiscono parametro di costituzionalità delle leggi interne?*
Riporto qui di seguito la motivazione della sentenza resa nella causa *Busoli*, sostanzialmente identica alla sentenza *Lembo*: "Questa Corte (sentenza n. 17564 del 10.12.2002, alla cui ampia motivazione sul punto si rinvia) si è già interrogata sulla portata della innovazione costituzionale, in particolare ponendosi il problema se con essa sia stato introdotto quale ulteriore parametro di legittimità costituzionale quello della 'conformità comunitaria' e se, conseguentemente, il mancato rispetto dei vincoli medesimi da parte del legislatore statale o regionale determini l'automatica invalidità della legge; con l'ulteriore conseguenza che la relativa violazione sia sindacabile soltanto dalla Corte costituzionale in modo accentrato e non anche dai giudici ordinari in modo diffuso, innovando così radicalmente l'assetto emerso dalla elaborazione giurisprudenziale precedente".

"Il risultato dell'indagine è stato negativo per una serie di ragioni che possono così riassumersi: A) la *sedes materiae* (Parte Seconda, Ordinamento della Repubblica, Titolo V Le Regioni, le Province, i comuni) induce a ritenere che la norma in esame non riguardi tanto i rapporti tra fonti, quanto i rapporti tra ordinamenti (da un lato i rapporti tra l'ordinamento dello Stato e quello delle Regioni, dall'altro i rapporti tra gli ordinamenti interni e quelli comunitario e internazionale). B) Il legislatore costituzionale del 2001, indubbiamente consapevole della complessa costruzione giurisprudenziale sui rapporti tra fonti del diritto comunitario e del diritto interno, nonché tra istituzioni comunitarie e nazionali, non ha inteso intaccarla, ma ha piuttosto inteso, con l'introduzione dell'art. 117 comma primo, rendere esplicita la regola già implicitamente contenuta nell'art. 11 secondo periodo Cost.: quella cioè del dovere del legislatore statale e regionale di rispettare, nell'esercizio dell'attività legislativa, i vincoli progressivamente emersi e continuamente emergenti nel processo di costruzione dell'ordinamento giuridico comunitario. C) Da un punto di vista lessicale, inoltre, l'espressione 'la potestà legislativa (…) è esercitata (…) nel rispetto (…) dei vincoli derivanti dall'ordinamento comunitario' ha carattere generico. Per 'vincolo' si designa normalmente una situazione risultante da un obbligo, in contrapposto alla situazione di libertà, derivante da una assenza di un obbligo. Una formulazione siffatta della norma costituzionale è del tutto insufficiente a costituire un sistema di adeguamento automatico del diritto interno al diritto comunitario".

Non può non stupire l'insensibilità costituzionale dei supremi giudici.

Antonio Jannarelli

Pluralismo definitorio dell'attività e dell'impresa agricola tra diritto comunitario e diritto interno

Sommario: 1. Introduzione. L'incidenza delle definizioni comunitarie di attività e di impresa agricola sul diritto nazionale. L'incidenza *indiretta* della disciplina promozionale comunitaria sul diritto regolativo nazionale. Il pluralismo definitorio nel modello continentale. – 2. Il pluralismo definitorio nel modello anglosassone. – 3. L'impatto della nuova PAC nell'esperienza anglosassone e francese. – 4. La nuova PAC e l'esperienza giuridica italiana – 5. Prime considerazioni critiche. L'incidenza *diretta* della legislazione comunitaria in materia di aiuti di Stato sulla legislazione nazionale. – 6. Il regolamento (CE) n. 1857, della Commissione, del 15 dicembre 2006 e la comunicazione sugli "Orientamenti comunitari per gli aiuti nel settore agricolo e forestale 2007-2013". La distinzione tra le piccole e medie imprese agricole attive nella produzione primaria e le imprese attive nella trasformazione e commercializzazione di prodotti agricoli. – 7. La nozione di impresa agricola nella disciplina degli aiuti di Stato: *produzione primaria* e *vendita diretta in azienda*. Il modello *legale* di fonte comunitaria fondato sulla rigorosa divisione del lavoro lungo la filiera agro-alimentare, di derivazione nord-europea, *versus* il sistema aperto, dai confini mobili, adottato dal diritto regolativo nazionale dei Paesi mediterranei. – 8. *Segue*: il trattamento riservato all'associazionismo economico dei produttori. – 9. La nozione più ampia di agricoltura al servizio della residuale politica agricola comunitaria *versus* la più restrittiva nozione di agricoltura da porre al servizio delle politiche promozionali nazionali: prove tecniche per una rinazionalizzazione "ben temperata" delle politiche agricole?

1. Il complesso rapporto che nel corso dei decenni si è venuto progressivamente strutturando tra le fonti legislative comunitarie e quelle nazionali e, al tempo stesso, i contributi al riguardo forniti dal quel singolare "formante" dell'esperienza giuridica rappresentato dalla riflessione dottrinaria costituiscono un terreno di straordinario interesse per cogliere tanto la circolarità dei processi attraverso i quali la cultura giuridica metabolizza lo strumentario procurato dai testi legislativi e restituisce al legislatore suggestioni per un rinnovato lessico giuridico, quanto la concreta "politicità" delle definizioni a cui la stessa legislazione ricorre per governare di volta in volta conflitti di interessi diversi ovvero perseguire molteplici obiettivi di politica economica: politicità che, inevitabilmente, si evidenzia proprio nelle tensioni sottese alla dialettica tra centro e periferia, tra le spinte di cui si fanno portatori i singoli Stati e quelle adottate a livello comunitario. Nel presente saggio, un terreno di verifica circa la complessità delle dinamiche legate all'egemonia del linguaggio e alle necessarie distinzioni che accompagnano le scelte non neutrali relative alle definizioni giuridiche è

offerto dalle più recenti tendenze della legislazione comunitaria e della legislazione nazionale in materia di attività agricola e di imprese agricole con specifico riferimento a due vicende parallele che riflettono alcune linee di fondo dell'esperienza giuridica dell'Unione europea in questo delicato momento storico.

Un primo punto di avvio può rinvenirsi nel recente saggio elaborato da Bodiguel e Cardwell[1] il quale offre un'occasione preziosa per diverse riflessioni di ordine generale (come tali rilevanti anche per la nostra esperienza nazionale) in merito ad alcuni significativi mutamenti in atto nella legislazione al centro del diritto agrario. Si tratta di mutamenti destinati ad incidere su alcuni dei tradizionali "formanti" che, nell'ambito dell'elaborazione della materia, hanno permesso di distinguere l'esperienza continentale, che ha conosciuto una codificazione del diritto privato, da quella anglosassone, fondata sulla *common law*. Tradizionalmente (per non dire, in termini decisamente più impegnativi, costitutivamente), al centro del diritto agrario si rinvengono l'analisi e la sistematizzazione di complessi disciplinari volti a regolare rapporti tra soggetti privati in relazione allo svolgimento dell'attività economica, denominata "agricoltura"[2]. Su questo specifico punto, la caratteristica storica delle esperienze giuridiche che presentano una codificazione civile è stata certamente quella di aver adottato una definizione "diretta" dell'attività agricola destinata a rilevare nei rapporti giuridici tra l'esercente tale attività ed i terzi. Si tratta di una definizione, certamente di vasto raggio applicativo, ma non necessariamente, solo per questo, ossia in assenza di una precisa determinazione legislativa, di rilevanza e valenza generale su tutte le relazioni giuridiche privatistiche. In ogni caso, la sua stessa presenza nell'ordinamento giuridico ha da sempre sollecitato la dottrina a favore di una visione

[1] Il riferimento è a L. Bodiguel, M. Cardwell, *Nuove definizioni di 'Agricoltura' per un'agricoltura in evoluzione? Francia ed Inghilterra a confronto*, in *Riv. dir. agr*., 2005, p. 149 ss.

[2] Si tratta, in effetti, del nocciolo duro del "diritto agrario", che da sempre ne ha storicamente giustificato l'appartenenza alla riflessione ed alla ricerca privatistica, quale diritto che assolve la fondamentale missione sociale di risolvere e governare conflitti di interesse. Ciò, peraltro, non ha impedito che, proprio in ragione di una visione *globale* dei fenomeni produttivi, in particolare della rilevanza sociale sia dell'uso dei fattori produttivi, sia del legame tra agricoltura e territorio, e *last but non least* dell'interventismo economico pubblico, il diritto agrario moderno ha sempre di più dovuto inglobare nella sua analisi e nei processi di elaborazione sistematica anche la legislazione pubblicistica destinata appunto all'agricoltura, vale a dire quella normativa che anche attraverso meccanismi di incentivi e disincentivi ha inteso orientare i processi di sviluppo economico. Del resto è in questa prospettiva che si inscrive l'intreccio sempre più stretto che si è andato strutturando negli ultimi decenni tra il diritto di fonte nazionale e quello di fonte comunitaria che, per sua originaria vocazione, è strumento di attuazione di politiche economiche mutevoli nel tempo. Quanto ai contenuti di quel nocciolo duro è sufficiente qui rammentare che il passaggio dall'economia premoderna a quella post-industriale ben può cogliersi sinteticamente nella diversa rilevanza assegnata, nella costruzione del diritto agrario, rispettivamente ai conflitti tra *proprietà agricola* e *lavoro*, tra *proprietà* ed *impresa agricola*, tra *impresa agricola* e *le imprese commerciali* operanti nel sistema agro-industriale: sul punto si rinvia al nostro, *Le fonti del diritto agrario tra vecchi e nuovi paradigmi*, in *Il diritto dell'agricoltura nell'era della globalizzazione*, Bari, 2003, II ed., p. 227 ss.

sistematica e possibilmente coerente della normativa, quale obiettivo da perseguire oltre che da auspicare.

Queste considerazioni introduttive meritano un adeguato approfondimento se si vogliono mettere a fuoco in maniera corretta tanto il *proprium* del diritto continentale rispetto al mondo della *common law* con riferimento anche al "cuore" del diritto agrario moderno, quanto i mutamenti in atto nei rispettivi assetti disciplinari a proposito proprio della questione relativa alla nozione giuridica di "agricoltura", soprattutto in relazione alla ricaduta nei singoli Paesi europei della normativa di fonte comunitaria e, dunque, della nozione di "agricoltura" contenuta nelle recenti linee fondamentali della nuova PAC[3].

Per ciò che attiene ai Paesi europei continentali, la definizione generale di "attività agricola" nei termini sopra riferiti risulta attualmente presente sia nella esperienza giuridica italiana, sia in quella francese a livello della codificazione del diritto privato.

Nella prima essa è fondamentalmente contenuta nella codificazione unitaria del diritto privato sin dal 1942; nella seconda, che ha conservato il modello ottocentesco fondato sulla distinzione tra codice civile e codice di commercio (distinzione nell'ambito della quale continua a collocarsi la stessa presenza dell'autonomo *Code rural*), solo alla fine degli anni Ottanta del secolo scorso è stata introdotta nell'ordinamento giuridico una definizione generale di "attività agricola", successivamente collocata nel *Code rural*[4], giusto al fine di ribadirne la natura di attività a *caractère civil* e, dunque, non commerciale[5].

In entrambi i casi, la ricaduta operativa tanto della distinzione tra l'attività agricola (qualificata ai fini disciplinari come attività *civile*) e l'attività commer-

---

[3] Per una ampia illustrazione della nuova PAC si v. per tutti M. Cardwell, *The European Model of Agricolture*, Oxford, 2004. Per l'esperienza italiana, v. F. Albisinni, *Profili di diritto europeo per l'impresa agricola. Il regime di aiuto unico e le attività dei privati*, Viterbo, 2005.

[4] Infatti, la disposizione relativa appunto all'*exploitation agricole* venne adottata con l'art. 2 della legge n. 1202 del 1988 e successivamente riversata nell'art. L311-1 contenuto nel libro III del nuovo *code rural* con la legge n. 934 del 23 luglio 1993.

[5] Il dato indicato nel testo segnala una significativa distinzione tra la stessa esperienza italiana e quella francese: distinzione sulla quale si tornerà in prosieguo. Tradizionalmente, e dunque sino alla riforma del 1988, con cui è stata introdotto l'art. L311-1, la necessità di una definizione in positivo dell'attività agricola non era avvertita nell'esperienza giuridica francese. Come osservava acutamente nel 1986 L. Lorvellec, *Droit et diversification des exploitaion agricoles*, in L. Lorvellec, *Écrits de droit rural et agroalimentaire*, Paris, 2002, p. 123: "*La loi française ne s'est jamais risqué à déterminer de façon unitaire et homogène ce qu'était une activité*. En revanche, des définitions des commerçants et des artisans ont été établies. La notion d'activité agricole a donc été définie de façon négative par oppositon au commerçant ou à l'artisan, comme si un pays laissait délimiter son territoire par ses voisins" (corsivo nostro). Non va trascurato, però che, pur nella consapevolezza circa il carattere contingente, *id est* storico, della distinzione tra attività agricole e le altre attività economiche, la legislazione speciale e la giurisprudenza, già prima del 1988 avevano ampliato l'area dell'agrarietà, sì da inglobarvi l'allevamento industrializzato, l'acquacoltura, ecc. (sul punto v. L. Lorvellec, *Droit rural*, Paris, 1988, p. 9 ss.), proprio facendo leva sul dato biologico: sul punto v. B. Berry, *Activités agricole et droit civil*, in *Revue de droit rural*, 1992, p. 1 ss.; e la rassegna fornita da J. Derruppé, *Chronique*, in *Rev. trim. droit comm.*, 1989, p. 211 ss.

ciale (sistema francese), quanto di quella tra l'impresa agricola e l'impresa commerciale (sistema italiano) si è sempre collocata nel comune orizzonte rappresentato dalla regolamentazione dei rapporti con i terzi (fornitori, finanziatori, clienti, consumatori finali, ecc.), ossia con il mercato[6]. In tutti e due i sistemi, la funzione costante della disciplina è stata essenzialmente quella di dettare regole a carico di colui che esercita l'attività in vista della tutela dei soggetti terzi che entrano in contatto con quel particolare operatore economico[7].

A ben vedere, la presenza, sia in Francia sia in Italia, di una definizione generale dell'attività agricola, anche ai fini della sua distinzione da quella commerciale e, quindi, in vista anche della sola sottrazione della stessa dall'applicazione dello statuto disciplinare previsto per quella commerciale ovvero dell'assoggettamento ad una disciplina diversa per i rapporti con i terzi, non ha impedito che tanto nell'ambito della stessa esperienza codificatoria, quanto in quello della legislazione speciale di diritto privato emergesse una pluralità di nozioni di attività agricola, se non addirittura di definizioni, diverse e distinte tra loro e da quella "di base" contenuta nella codificazione civile (ossia quella presente rispettivamente nell'art. 2135 c.c. italiano e nell'art. L311-l del *Code rural*).

In altre parole, già sul piano del solo diritto privato, la definizione generale di attività agricola, espressamente contenuta nella legislazione italiana nell'art. 2135 c.c., ha dovuto convivere con altre varie configurazioni di agricoltura, per quanto non sempre esplicitate in termini definitori, alla base di specifiche regolamentazioni, sia codicistiche, sia contenute nella legislazione speciale e dettate per disciplinare alcuni specifici rapporti giuridici di diritto privato strutturalmente coinvolti nelle concrete manifestazioni operative dell'attività economica di cui all'art. 2135 c.c.: si pensi, a tacer d'altro, alla disciplina, originariamente contenuta soltanto nel codice e poi affidata alla legislazione speciale, relativa ai contratti agrari[8].

Se da una parte la definizione contenuta nell'art. 2135 era funzionale alla disciplina della relazione tra operatori economici agricoli ed i terzi (senza distinzione alcuna), quella alla base dei contratti agrari ha rispecchiato essenzialmente

---

6 Questa conclusione prescinde dalla valutazione circa la concreta consistenza, in termini di disciplina differenziata, degli "statuti" disciplinari da applicare rispettivamente all'attività agricola ovvero a quella commerciale.

7 Questo spiega la ragione per la quale, nell'esperienza francese, la riforma del 1988 se da una parte ha ribadito la natura civile dell'attività agricola in contrapposizione a quella commerciale, dall'altra ha complessivamente messo in contatto l'attività agricola con i modelli conoscitivi e disciplinari propri dell'impresa commerciale, delineando per la stessa uno statuto *sui generis* (in termini di registrazione degli operatori economici che si dedicano all'attività agricola e di un meccanismo di governo dell'insolvenza delle imprese in difficoltà): per questo rilievo v. B. Berry, *op. cit*.

8 In effetti, la vicenda storica sia della legislazione italiana in materia di contratti agrari sia della riflessione dottrinale che l'ha accompagnata si rivela particolarmente illuminante per cogliere la tensione dialettica che per lungo tempo è emersa tra l'aspirazione (di cui si è fatta interprete parte della dottrina) ad una coerenza interna circa la definizione di agricoltura da privilegiare e l'inevitabile (per certi versi) articolazione delle nozioni, legata alla non obiettiva omogeneità tra i diversi conflitti di interesse in funzione della cui soluzione, già all'interno del codice ed ancor più rispetto alla legislazione speciale, quelle definizioni diverse tra loro traevano origine normativa.

il rapporto tra i *possidentes* di beni produttivi (si pensi innanzitutto al fondo rustico) ed soggetti interessati al loro impiego nella produzione agricola[9]. Non meno significativa, al riguardo, l'altra eloquente vicenda legata ai tentativi di parte della letteratura agraristica diretti a sollecitare e confortare una lettura evolutiva della stessa definizione di attività agricola *ex* art. 2135, facendo leva, questa volta, sulle più innovative nozioni di agricoltura introdotte dopo il 1942 nella legislazione previdenziale e/o promozionale.

In realtà, la non rispondenza tra le "nozioni" di agricoltura rinvenibili nella disciplina codicistica e nella legislazione speciale privatistica e la definizione di attività agricola introdotta espressamente nell'art. 2135 c.c., a proposito dell'impresa agricola, ha rappresentato il riflesso di un particolarismo legislativo tanto più evidente ove per poco si allarghi l'indagine anche alla legislazione fiscale, a quella urbanistica, a quella previdenziale, ecc.

Il dato non deve sorprendere. Infatti, se nell'ambito della stessa legislazione privatistica le definizioni risultano tarate in relazione ai distinti conflitti di interessi privati volta a volta al centro della regolamentazione, tanto più il particolarismo definitorio e la conseguente disomogeneità disciplinare si possono ritrovare, con ulteriori articolazioni, nella legislazione "pubblicistica", in relazione, anche qui, alla specificità degli interessi da tutelare nei singoli provvedimenti legislativi e degli scopi che il legislatore ha selezionato.

Come dire, in definitiva, che l'ampliamento o il restringimento della nozione di agricoltura riscontrabili dal confronto tra le diverse nozioni o definizioni hanno sempre rispecchiato aggregazioni diverse degli interessi da disciplinare e/o da promuovere, secondo quella pluralità di scopi che ciascun segmento della legislazione mira volta a volta a perseguire: il che ha caricato di crescente problematicità il primato del diritto privato[10].

2. Rispetto al modello "continentale", ora illustrato sulla base della esperienza giuridica italiana e ripreso nell'articolo di Bodiguel e Cardwell a propo-

---

9 In questo quadro, a titolo esemplificativo, possono rileggersi le questioni, tanto dibattute in passato, circa il rapporto sussistente tra "contratto agrario" ed "impresa agricola", ovvero circa il rilievo da attribuire al riferimento agli "animali" di cui all'art. 10 della legge del 1971 a fronte del richiamo al solo "bestiame" di cui alla stesura originaria dell'art. 2135 c.c., per non parlare, infine, del rapporto tra la disciplina generale in materia di locazioni immobiliari di cui alla legge del 1978 n. 392 e quella relativa ai contratti agrari. In particolare, sulle negative conseguenze della confusione tra i criteri legali applicabili alla qualificazione del contratto di godimento in relazione alla specifica destinazione del bene definita dalle parti convenzionalmente e quelli relativi alla qualificazione dell'attività economica posta in essere dal locatario – confusione indotta dalla distorta interpretazione della più ampia questione relativa al rapporto tra contratto agrario ed impresa agricola – si rinvia al nostro *Affitto di fondo rustico e allevamento di cavalli da corsa*, nota alla sentenza della Corte di Cassazione, SS.UU., del 25 novembre 1993, n. 11648, in *Dir. giur. agr. amb.*, 1994, p. 347.

10 Sul tema con specifico riferimento all'incidenza sul diritto tributario v. di recente A. Amatucci, *Gli istituti di diritto privato quali presupposti di obbligazioni tributarie*, in *Scritti in onore di Vincenzo Buonocore*, I, *Teoria generale, storia del diritto, diritto pubblico*, Milano, 2005, p. 3 ss.

sito della vicenda francese, l'esperienza anglosassone si presenta diversa. Ma, a ben vedere, la diversità non è certo data dalla presenza di una pluralità di nozioni esplicite o implicite di agricoltura ciascuna delle quali chiamata ad operare in contesti disciplinari distinti.

Da questo punto di vista, il particolarismo legislativo che si riscontra nell'esperienza anglosassone non è diverso da quello presente nella esperienza continentale; anzi, e si tratta di una notazione non meno importante e significativa, emerge una progressiva convergenza, dal punto di vista dei contenuti sostanziali, tra le nozioni presenti nella esperienza legislativa anglosassone e quelle accolte in Italia ed in Francia, nei termini di una tendenziale omogeneizzazione delle valutazioni fatte proprie dalle discipline quanto al merito dei singoli conflitti di interesse al centro delle rispettive legislazioni.

Ciò che viceversa segna la "originalità" di impostazione del modello anglosassone si rinviene proprio nell'ambito della disciplina privatistica in senso stretto. Nell'esperienza anglosassone, non solo non esiste alcuna definizione di agricoltura a vocazione generale, quale quella rinvenibile nel nostro art. 2135 c.c. e nell'art. L311-1 del *Code rural*, ma vi è una sostanziale insensibilità verso questo approccio nella stessa normazione, prima ancora che nell'approccio della dottrina, non fosse altro perché un sistema fondato essenzialmente sull'indiscusso primato del diritto non scritto configura i singoli interventi legislativi strutturalmente e funzionalmente in termini circoscritti e puntiformi.

Nel sistema inglese, dunque, si registra l'osservanza di un rigoroso relativismo "di nozioni" di agricoltura, ciascuna delle quali è chiamata a gestire uno specifico conflitto di interessi volta a volta al centro della regolamentazione, secondo un modello che vede perfettamente allineate sia la "cultura" dei legislatori nell'arte di legiferare, sia la *forma mentis* dei giuristi nella fase elaborativa e di sistemazione. La carenza nell'esperienza anglosassone tanto di una definizione privatistica in senso stretto di agricoltura, *rectius* di attività agricola, quanto di una specifica esigenza di dettare una disciplina in funzione della tutela generale dei terzi (che è invece alla base della vicenda legislativa italiana e d'oltralpe) non è priva di importanti implicazioni. Infatti, nel sistema continentale, l'"autonomia" definitoria dell'attività agricola in funzione della disciplina delle relazioni di mercato, più esattamente dei rapporti tra l'operatore economico ed i terzi, ha contribuito a circoscrivere la rilevanza da assegnare alla nozione di agricoltura che è alla base della relativa qualifica di "agrari" dettata per i contratti in senso stretto storicamente aventi ad oggetto l'utilizzazione del fattore produttivo terra. In altre parole, nel sistema continentale, l'attività agricola posta in essere dall'operatore economico non proprietario del fondo rustico ha rinvenuto nei contratti agrari soltanto il presupposto per il suo dispiegarsi. Fermo restando il rispetto della destinazione produttiva del fondo, la qualificazione del contratto, quale contratto agrario, è risultata indipendente dalla qualificazione in concreto dell'attività cui si indirizzerà effettivamente il locatario[11].

[11] Per questa conclusione, anche alla luce del dibattito emerso nella letteratura agraristica italiana circa il rapporto tra contratto agrario ed impresa, ci permettiamo di rinviare al nostro *Affitto di*

Nel sistema anglosassone, viceversa, la sola nozione privatistica di agricoltura è quella che si rinviene nell'area della disciplina dettata per i contratti "agrari", in cui si fronteggiano gli interessi del locatore della struttura produttiva e quelli dell'operatore economico. Di conseguenza, il problema circa la qualificazione dell'attività economica che il locatario in concreto svolge è affrontato e risolto nell'esclusivo ambito del contratto, ossia nell'ambito della destinazione della struttura convenzionalmente pattuita e soggetta alla disciplina legale[12].

In definitiva, nell'esperienza inglese relativa alla disciplina di diritto privato, la qualificazione dell'"attività" è funzionale esclusivamente alla soluzione dei problemi disciplinari relativi al governo del rapporto contrattuale legato all'uso della terra e, quindi, risulta misurato esclusivamente per il conflitto tra il proprietario del capitale produttivo e l'utilizzatore dello stesso in via convenzionale.

3. La diversità degli approcci di fondo rinvenibile nell'esperienza privatistica dei Paesi di *civil law* e di *common law* si può con maggiore evidenza cogliere a proposito dell'impatto che sui rispettivi sistemi giuridici ha avuto la disciplina di origine comunitaria attraverso la quale nel corso di questi decenni si è attuata la politica agricola della Comunità europea. Ai fini del nostro discorso, non è necessario richiamare i diversi contenuti disciplinari con cui la Comunità ha attuato la politica agricola volta a volta individuata, fino alle più recenti determinazioni di cui al regolamento (CE) n. 1782/2003 ed oltre[13]. È però sufficiente rimarcare che gli obiettivi della Comunità sono sempre stati fondamentalmente di ordine *promozionale* tanto dell'attività produttiva agricola in senso stretto, quanto della complessiva redditività degli operatori economici residenti nei territori rurali. I pacchetti disciplinari volta a volta forgiati, pur se diretti a conformare le attività e gli orientamenti produttivi degli operatori economici, non si sono mai indirizzati a disciplinare le relazioni giuridiche tra quei medesimi soggetti ed i terzi secondo i moduli e gli scopi propri del diritto privato. Tali complessi normativi hanno avuto come destinatari e beneficiari fondamentali gli operatori economici al fine sia di orientarne le scelte produttive e di incentivare la loro attività economica nelle strutture agricole di base e attraverso le medesime sia anche di disincentivare alcuni indirizzi produttivi (si pensi alle quote lattiere), secondo il sistema del bastone e della carota[14]. È in questa prospettiva che negli ultimi tempi si è collocata la politica volta ad introdurre forme di *set-*

fondo rustico e affitto di azienda, già in *Riv. dir. agr*., 1991, I, p. 438 e successivamente in *Diritto agrario e società industriale*, Bari, 1995, I, p. 151 ss.

12 Sul punto, tuttora preziose le indicazioni offerta da A. Germanò, *Studi sull'impresa agricola. Il caso inglese*, Napoli, 1990, p. 17 ss.; più di recente v. D. Viti, *Agricoltura ed uso del territorio. Il pluralismo delle regole per la* farm diversification *nell'esperienza inglese*, Bari, 2003.

13 Regolamento (CE) n. 1782/2003 del Consiglio del 29 settembre 2003 che stabilisce norme comuni relative ai regimi di sostegno diretto nell'ambito della politica agricola comune e istituisce taluni regimi di sostegno a favore degli agricoltori e che modifica i regolamenti (CEE) n. 2019/93, (CE) n. 1452/2001, (CE) n. 1453/2001, (CE) n. 1454/2001, (CE) n. 1868/94, (CE) n. 1251/1999, (CE) n. 1254/1999, (CE) n. 1673/2000, (CEE) n. 2358/71 e (CE) n. 2529/2001.

14 Per questa immagine, v. L. Lorvellec, *Droit et diversification*, cit., p. 121.

aside e di riposo dei terreni, ovvero a promuovere la *multifunzionalità* delle strutture agricole, anche nei termini della c.d. *diversification*, in modo da bilanciare la riduzione dei redditi agrari in senso stretto, causata dalla progressiva contrazione del protezionismo agricolo assicurato mediante un sistema di prezzi amministrati, con l'incentivazione di nuove fonti di reddito aggiuntivo per gli agricoltori e le loro famiglie e con il perseguimento di obiettivi di rilevanza collettiva (si pensi alla tutela dell'ambiente, alla promozione di una agricoltura sostenibile, ecc.).

La disciplina comunitaria in materia di politica agricola si è manifestata sotto forma di un diritto promozionale che crea incentivi ed indirizza risorse a vantaggio di operatori che conformino la propria attività ai modelli di condotta individuati dalle autorità comunitarie. Ma, detto questo, non può certo negarsi l'indubbia ampia incidenza economica di tali indirizzi di politica economica nei singoli ordinamenti giuridici nazionali. Infatti, progressivamente, essi hanno rappresentato la cornice più ampia e più significativa delle convenienze messe a disposizione degli operatori agricoli nei territori della Comunità. Sotto questo profilo, la ricaduta nell'ambito delle esperienze nazionali degli interventi legislativi comunitari non si è limitata soltanto ad alimentare e ad accentuare quel pluralismo di definizioni ovvero di nozioni in ordine all'agricoltura già presente nei singoli ordinamenti giuridici nazionali per via della molteplicità dei punti di osservazioni assunti nei vari rami della legislazione. Infatti, sebbene anche la disciplina promozionale di origine comunitaria si collochi su di un piano funzionale nettamente diverso rispetto a quello proprio delle singole discipline nazionali di diritto privato, dirette a regolare le relazioni tra gli operatori agricoli ed i terzi, la "coesistenza" di soluzioni disciplinari diverse, soprattutto in relazione ai non coincidenti contenuti assegnati alle nozioni e/o definizioni di "agricoltura", si è rivelata sempre più difficile.

Invero, la disciplina comunitaria contenuta nella PAC, avente scopo promozionale e quale destinatario e beneficiario l'operatore economico agricolo, ha nel tempo rivelato un'indubbia forza attrattiva tale da provocare, nell'ambito della disciplina agraristica, non pochi aggiornamenti in ordine al rapporto sistemico tra il diritto "regolativo" e quello "promozionale".

Ebbene, è proprio rispetto a questo singolare processo che è possibile cogliere la ulteriore differenza emersa tra l'esperienza dei Paesi di *civil law* e quella anglosassone che abbiamo sotto gli occhi. Infatti, nell'esperienza inglese, il pluralismo delle nozioni di "agricoltura" non risulta essere stato scosso più di tanto dalla comparsa di una nuova e singolare legislazione di origine comunitaria a vocazione promozionale. Nondimeno, la diversità dell'approccio presente nel diritto agrario comunitario rispetto a quello tradizionalmente adottato nella disciplina privatistica anglosassone ha creato tensioni e difficoltà di coesistenza tra queste due normative. In particolare, mentre la legislazione comunitaria è intervenuta grazie alla fissazione, sia pure in funzione promozionale, delle "attività" praticabili da parte dell'operatore economico che ha a sua disposizione una struttura produttiva, il diritto privato inglese, attraverso la sola disciplina dettata

per i contratti agrari, si è viceversa preoccupato sempre di definire i comportamenti dell'operatore convenzionalmente individuati in relazione agli interessi della controparte contrattuale. Sotto questo profilo, tra la rivisitata ed ampliata libertà dell'*agere* dell'operatore economico e dei suoi familiari, promossa dal diritto comunitario (in funzione promozionale), e il rigoroso rispetto degli impegni convenzionali assunti nel quadro della legislazione circa i rapporti tra *landlord* e *tenant*, il sistema anglosassone registra, non senza qualche tensione, la fedeltà al primato del diritto privato contrattuale. Del resto, è in questa prospettiva, come ben può evidenziarsi nel saggio di Bodiguel e Cardwell, che l'ampliamento del potere di scelta dell'operatore economico incidente sull'uso della struttura produttiva previsto nella legislazione di fonte comunitaria è stato strettamente legato, nel caso inglese, al consenso della controparte contrattuale dell'agricoltore.

Viceversa, nel sistema proprio del diritto continentale, in particolare nelle esperienze francese ed italiana, la presenza di un approccio disciplinare interno che, sul piano dello stesso diritto privato, già conosce l'attività come punto di riferimento della normativa, ha favorito una soluzione sorprendente in ordine al rapporto sistemico tra la disciplina privatistica dell'attività agricola e quella promozionale di origine comunitaria.

La soluzione adottata non si limita a spostare il primato sulla seconda; essa, soprattutto, consegue tale risultato, con la tendenza a trasferire nella definizione codicistica, vale a dire in quella indirizzata a delineare lo statuto dell'operatore economico da applicare nei confronti dei terzi, proprio i contenuti di quella nuova più ampia definizione comunitaria di "agricoltura", in parte legata alla stessa *diversification*, che è sorta sul piano della recente legislazione promozionale comunitaria in materia di politica agricola.

La situazione ora individuata può ben rinvenirsi, sia pure con sfaccettature ed intensità diverse, tanto nell'esperienza giuridica francese, quanto in quella italiana.

In particolare, per quel che riguarda la prima, l'attrazione esercitata dal modello comunitario alla base della nuova PAC, ispirato ad una configurazione multifunzionale dell'agricoltura sulla definizione codicistica dell'attività agricola, ossia su quella definizione legata alla disciplina dei rapporti privatistici tra l'operatore economico ed i terzi, si può facilmente cogliere non solo nella stessa determinazione, maturata tardivamente in Francia, di adottare nella codificazione una definizione generale di attività agricola dopo decenni di tetragono silenzio[15], ma soprattutto nella recente modifica dell'art. L311-1 del *Code rural*,

[15] In altre parole, se si pone mente all'affermazione di Lorvellec, *supra* (nota 5) circa il diffuso atteggiamento esistente in Francia prima del 1988 contrario all'introduzione di una definizione in positivo dell'attività agricola nell'ambito della disciplina privatistica, risulta evidente che l'opposta scelta accolta nella *loi* del dicembre 1988 relativa "a l'adaptation de l'exploitation agricole a son environnement economique et sociale" abbia risentito, sin dal suo nascere, proprio delle esigenze di politica economica legate ai mutamenti allora avviatisi in senso alla PAC volti ad ampliare l'area operativa della aziende agricole, in connessione con la tendenziale contrazione

che ha investito la stessa individuazione delle attività agricole principali. Sulla base della novella adottata con la legge n. 157 del 23 febbraio 2005, sono state considerate attività agricole principali anche "des activités de préparation et d'entraînement des équidés domestiques en vue de leur exploitation, à l'exclusion des activités de spectacle". Come è facile osservare, la nuova qualifica di "agricole" si riferisce alle attività economiche di *préparation et entraînement* dei cavalli, a prescindere, dunque, dal preesistente svolgimento nella medesima struttura dell'attività di allevamento in senso stretto, secondo il modello già previsto nella norma e risalente al 1988 che ha inteso configurare come attività agricole primarie "les activités correspondant à la maîtrise et à l'exploitation d'un cycle biologique de caractère végétal ou animal et constituant une ou plusieurs étapes nécessaires au déroulement de ce cycle ainsi que les activités exercées par un exploitant agricole qui sont dans le prolongement de l'acte de production ou qui ont pour support l'exploitation".

La novella legislativa, con cui si è inteso assicurare agli operatori economici che si dedicano a questa nuova attività il trattamento giuridico nei rapporti con i terzi e con il fisco previsto per gli agricoltori, consuma uno strappo significativo rispetto alla funzione ed al "senso" stesso della nozione di attività agricola contenuta nel testo originario dell'art. L311-1 del *Code rural*. La modifica appare ispirata soprattutto all'esigenza di favorire l'operatore economico che si dedica a tale attività, sottraendolo all'applicazione dello statuto e del trattamento fiscale previsti per l'attività commerciale, piuttosto che riflettere una nuova ponderata valutazione di tutti gli interessi in funzione della cui tutela trae origine la disciplina privatistica sull'attività. Questa prima conclusione, del resto, trae ulteriore conforto dal fatto che la novella del 2005, nel disancorare la qualifica dell'attività agricola da quel criterio generale univoco fondato sulla centralità del c.d. ciclo biologico, non si limita a privare la disposizione del codice di quella coerenza esistente prima dell'intervento correttivo qui in esame. Essa, infatti, configura la qualificazione disciplinare di alcune attività in termini di *activités agricoles* come la semplice risultanza di una sommatoria di scelte disciplinari che partono e rispecchiano valutazioni tra loro disomogenee.

In tal modo, a ben vedere, si va ben oltre il pluralismo definitorio che pur sempre riflette la presenza di finalità diverse e distinte tra loro in relazione alle specificità dei singoli rami del diritto. In questo caso, il pluralismo interviene all'interno di una medesima qualificazione giuridica (quella tradizionale di diritto privato) che vorrebbe restare unitaria nei suoi profili funzionali e, soprattutto, investe, questa volta, i criteri stessi che hanno portato alla soluzione accolta.

---

del sistema protezionistico fondato sulla politica degli alti prezzi per i prodotti agricoli. Come dire, dunque, che nel sistema francese, per quanto destinata ad incidere nei rapporti con i terzi, la definizione civilistica dell'attività agricola, è stata assunta in coerenza con indirizzi di politica economica contingente, in funzione della necessità di confortare l'ampliamento dell'area dell'attività da riservare alle strutture agricole, ossia dell'"agrarietà", promosso dal diritto comunitario.

In definitiva, la qualificazione dell'"agrarietà" da riconoscere ad alcune attività, per quanto collocata funzionalmente nell'area operativa del diritto privato, risulta fondata su presupposti diversi e non omogenei tra loro, sicché prospettiva regolativa e prospettiva promozionale coesistono in maniera confusa nella medesima disposizione del *Code rural*, con il sicuro rischio di denervare l'originaria coerente funzione della norma nel sistema del diritto privato, per di più avvalorata *ab origine* dalla sua stessa collocazione nell'ambito della codificazione civile.

Come dire, dunque, che le determinazioni disciplinari si allontanano sempre di più da una visione coerente e conseguenziale rispetto a precisi scopi, per collocarsi in una deriva nella quale la rinuncia ad un possibile ordine, a favore viceversa del mero accumulo di determinazioni normative, accentua il rischio di mettere sullo stesso piano scelte disciplinari che rispondono a logiche distanti tra loro e, dunque, di favorire le spinte lobbistiche che, tradizionalmente, accompagnano gli interventi "promozionali", come tali aventi carattere congiunturale.

4. Le considerazioni critiche dianzi svolte a proposito dei mutamenti intervenuti nell'esperienza francese si possono avanzare, sia pure sulla base di indici disciplinari diversi e in forme meno decise, anche per la recente esperienza giuridica italiana in materia di qualificazione dell'attività agricola presente *ab origine* nel testo dell'art. 2135 c.c. del 1942.

A differenza della vicenda d'oltralpe, il processo intervenuto in quella italiana è da un lato più risalente nel tempo, rispetto ai più recenti sviluppi della politica agricola comunitaria, dall'altro più latente e sfumato con andamenti talora carsici ed ambigui.

Anche nella nostra esperienza si è andata delineando una progressiva contaminazione della *ratio* fondamentale alla base della definizione di attività agricola di cui all'art. 2135, come novellato nel 2001, adottata in vista della regolazione dei rapporti con i terzi, con finalità e scopi diversi (in particolare con quelli promozionali di fonte comunitaria): contaminazione che rischia di erodere il *proprium* della qualificazione di diritto privato, sì da travolgerne il senso più profondo.

Come si è detto, nella nostra esperienza i sintomi sono diversi, talvolta non facilmente decifrabili, ma nel loro insieme, e con una significativa accelerazione negli ultimi tempi, mostrano l'emergere della medesima tendenza intervenuta nella legislazione francese. Tali segnali risalgono anche ad epoche precedenti la novellazione dell'art. 2135 c.c. intervenuta nel 2001 con il d.lg. n. 228. Innanzitutto è certamente significativo che, a partire dalla legge n. 126 del 1985 relativa alla coltivazione dei funghi, seguita dalla legge n. 730 dello stesso anno a proposito dell'agriturismo, sino alle leggi n. 102 del 1992 sull'acquacoltura e n. 349 del 1993 in materia di attività cinotecnica, ed all'art. 9 del d.lg. n. 173 del 1998, alcune modifiche dirette ad incidere tanto sulle attività agricole principali, quanto su quelle connesse di cui all'art. 2135 siano rimaste fuori dalla codificazione civile. Ed in effetti, quella scelta rispecchiava non solo incertezze ed ambiguità in ordine all'effettivo impatto innovativo di tali interventi sul quadro

disciplinare codicistico, ma, al tempo stesso, anche la percezione di un tendenziale mutamento di atteggiamento rispetto all'approccio originale alla base della definizione di attività agricola introdotta nella codificazione del 1942. Considerazioni, queste, rafforzate dalla constatazione che anche in occasione della (e dopo la) fondamentale riscrittura dell'art. 2135 c.c. di cui al d.lg. n. 228 del 2001, l'individuazione normativa delle attività agricole (principali e connesse) ha continuato nell'esperienza legislativa ad oscillare tra un nucleo codificato ed una pluralità di disposizioni distribuite nella legislazione speciale. Al riguardo, è sufficiente pensare da un lato allo stesso contenuto dell'art. 1 del d. lg. n. 228 del 2001, dall'altro ad alcune disposizioni intervenute successivamente, quali, ad es., l'art. 5 del d.lg. n. 99 del 2004, sull'attività agromeccanica, la legge n. 313 del 23 dicembre 2004 sull'apicoltura, o le più recenti disposizioni di cui tanto al 13º comma *quater* dell'art. 14 del d.lg. n. 99 del 2004, introdotto dall'art. 4 del d.lg. n. 101 del 2005 sulle coltivazioni di organismi destinati alla produzione di biomasse e quanto al 423º comma della legge finanziaria n. 266 del 23 dicembre 2005, secondo il quale "la produzione e la cessione di energia elettrica da fonti rinnovabili agroforestali effettuate dagli imprenditori agricoli costituiscono attività connesse ai sensi dell'art. 2135 terzo comma cod. civ. e si considerano produttive di reddito agrario".

In realtà, la nostra esperienza è andata oltre la sola pur sintomatica frantumazione stessa delle fonti disciplinari, per cui attualmente il quadro completo circa l'individuazione delle attività agricole esige un raccordo tra norma codicistica e singole disposizioni disseminate in varie leggi speciali. Dal punto di vista contenutistico, la manifestazione più emblematica del processo in corso anche nella nostra esperienza, ossia della tendenziale valenza attrattiva che la disciplina promozionale (volta a favorire la multifunzionalità delle aziende agricole) ha presentato nell'aggiornamento della "definizione" di agricoltura destinata a rilevare nel diritto privato generale, si può cogliere in modo evidente dalla scomparsa nel nuovo testo dell'art. 2135 del riferimento al criterio della "normalità" accolto nel codice del 1942 a proposito delle attività agricole per connessione.

Infatti, nel testo originario dell'art. 2135, 2º comma, il riferimento al criterio della *normalità* per tutte le attività connesse, tipiche e atipiche, rispondeva a due fondamentali esigenze: da un lato fissare un punto di equilibrio dinamico nel sistema binario fondato sulla qualificazione giuridica dell'attività economica in termini o di impresa commerciale o di impresa agricola; dall'altro agganciare l'attrazione dell'attività connessa verso la qualificazione agricola a concrete ed effettivamente condivise pratiche sociali assunte dagli agricoltori. In tal modo, la norma intendeva certamente sfuggire ad una cristallizzazione di una specifica realtà storica, sì da assegnare all'agricoltura uno spazio definito una volta per sempre; ma, nel perseguire questo, ha affidato alle concrete dinamiche socio-economiche, proprio attraverso il criterio della "normalità", lo spostamento del confine, mantenuto mobile, tra l'agrarietà e la commercialità dell'impresa. In altre parole, nel modello legislativo adottato dal codice del 1942, la "connessione" di cui all'art. 2135, 2º comma c.c., intendeva rispecchiare processi reali

emersi nella società, più precisamente promossi dall'iniziativa privata dei singoli operatori agricoli e tradottisi in comportamenti ormai diffusi e condivisi dagli operatori economici presenti nel settore primario.

Ebbene, a tacer d'altro, la scomparsa del criterio della normalità, ai fini della configurazione della attività agricole per connessione, evidenzia che l'area della "connessione" non è più ritenuta esclusivamente manifestazione della sola autonomia privata, ma è prima di tutto frutto di scelte e di indirizzi che lo stesso legislatore provvede a segnalare ed a promuovere. Sulla "normalità sociale" delle attività connesse (tipiche o atipiche), frutto di libere opzioni dell'iniziativa privata, tende sempre di più a prevalere la "tipicità legale", quale manifestazione di una sempre più incisiva eterodirezione, per quanto in funzione promozionale, circa le attività che si vorrebbe che si svolgessero nella azienda agricola ovvero a partire dalla stessa e che risultano legate a quelle agricole principali.

5. In definitiva, nel sistema di *common law*, la frantumazione della normativa giuridica si rivela in linea con il radicato pluralismo degli interessi presenti nella società civile e con la forte consapevolezza, anche culturale, del precipitato più profondo alla base della stessa distinzione tra i singoli rami della legislazione. Sotto questo profilo, il moltiplicarsi eterogeneo delle fonti, la massiccia presenza di legislazioni di sostegno, come avviene in questa specifica stagione della stessa legislazione comunitaria in materia agricola, non sono in grado di alterare in profondità il modello, a partire dallo stesso atteggiamento del legislatore britannico in sede di attuazione della PAC.

Viceversa, nel sistema continentale, quello stesso fenomeno rappresentato dalla frantumazione della normativa, ossia dalla presenza di una legislazione promozionale sempre più rilevante e determinante nell'orientare le prassi e le scelte degli operatori economici, nella misura in cui si basa su nozioni e definizioni, appare mettere in discussione la centralità e la specifica funzione assolte dalle grandi codificazioni civili, ponendone soprattutto in ombra le loro peculiari quanto vitali funzioni.

Di qui la pericolosa tentazione di passare da una semplice fase storica in cui la presenza dell'interventismo dello Stato dell'economia è stato registrato in termini di "decodificazione"[16], alla più sottile e pericolosa suggestione di voler governare questi processi attraverso l'inserimento nel corpo del codice di definizioni nate per finalità diverse, sì da snaturare dall'interno la specificità del diritto privato e, soprattutto, del diritto agrario.

Queste considerazioni, per altro verso, risultano rafforzate ove si consideri che nei tempi più recenti è lo stesso diritto comunitario a registrare interventi di segno opposto che mirano appunto a ridisegnare in una prospettiva riduttiva le aree economiche tradizionalmente soggette alle qualificazioni nazionali in ter-

[16] Ossia di perdita della centralità nel sistema giuridico delle regole che la codificazione civile aveva originariamente adottato con caratteri di generalità nel governare le relazioni presenti nella società civile: sul punto v. il celebre saggio di N. Irti, *L'età della decodificazione*, Milano, 1989.

mini di impresa agricola o di impresa commerciale in una prospettiva del tutto nuova.

In altre parole, nella presente riflessione, si è fin qui cercato di fare il punto sulla singolare situazione relativa alle diverse definizioni di agricoltura emerse nella disciplina comunitaria e in alcuni Paesi della Comunità. Traendo spunto da un'indagine a due voci circa l'incidenza che gli indirizzi della nuova PAC hanno avuto sulla legislazione nazionale si è potuto constatare in riferimento all'esperienza francese ed a quella italiana, che, con scarsa consapevolezza circa le complessive conseguenti implicazioni, alcune definizioni, adottate nell'ambito del diritto promozionale comunitario ed indirizzate ad individuare specifiche aree operative, sono state utilizzate dai legislatori nazionali anche nell'ambito del "diritto regolativo", più precisamente in quello destinato a disciplinare i rapporti tra i privati.

La varietà morfologica delle attività agricole, del tutto comprensibile sul piano degli interventi di sostegno e di sussidio, prospettati a livello comunitario all'insegna, più di recente, della promozione della multifunzionalità da parte delle aziende agricole (a sua volta ritenuta indispensabile per arricchire il portafoglio delle iniziative imprenditoriali agricole e per fornire redditi adeguati agli operatori), è stata di fatto travasata in alcuni esperienze nazionali anche in ambiti definitori che, all'origine, non erano indirizzati ad individuare situazioni e soggetti in quanto beneficiari di un trattamento di favore. Sicché, articolazioni dell'attività agricola, nate sul terreno del diritto promozionale comunitario, sono state utilizzate anche per aggiornare l'ambito operativo degli statuti disciplinari privatistici, ossia di quelli dettati in vista della tutela dei terzi che entrano in rapporto con le strutture esercenti siffatte attività economiche in veste sia di fornitori di fattori della produzione, sia di acquirenti di prodotti: si pensi appunto alle definizioni che hanno permesso, nel corso dei decenni, di distinguere sul piano civilistico e commercialistico tra impresa agricola ed impresa commerciale.

L'originaria diversità dei piani definitori, rispondente all'indubbia diversità delle funzioni assolte da pacchetti disciplinari tra loro etereogenei, è risultata, in tal modo, significativamente alterata. Ciò ha condotto, da un lato, ad inaugurare un processo di frequente aggiornamento di definizioni presenti nel diritto privato, sì da introdurre una singolare instabilità in corpi normativi costitutivamente nati per durare possibilmente invariati nel medio e lungo periodo, dall'altro, a far scolorire, per effetto del travaso di definizioni dal diritto promozionale a quello regolativo, l'individuazione dei concreti criteri (ammesso anche che il legislatore abbia operato con la dovuta consapevolezza e ponderazione) sulla base dei quali tener conto, nei vari contesti normativi coinvolti, di tutti gli interessi in gioco e provvedere al loro bilanciamento.

Per la verità, l'ampliamento repentino e ripetuto della definizione privatistica dell'attività agricola intervenuta in alcune esperienze nazionali, sulla scia dei mutamenti registratisi a livello del diritto promozionale di origine comunitaria, non è certo stato provocato dalla presenza in sé del diritto comunitario, per

quanto forte ed indubbia possa essere la forza attrattiva esercitata dal diritto promozionale. Ciò è avvenuto anche a causa dei caratteri specifici che talune esperienze giuridiche nazionali presentano tanto in ordine alle tecniche legislative tradizionalmente adottate e ormai metabolizzate, tra cui rientra il modello stesso della "codificazione" e, in particolare, della propensione verso definizioni a vocazione generale, quanto alla conseguente *forma mentis* acquisita dagli operatori del diritto e dai tecnici della stessa legislazione.

Ebbene, a fronte della vicenda relativa all'anomala incidenza indiretta che la legislazione comunitaria ha avuto sulle esperienze nazionali, mette conto segnalare che una importante stagione legislativa di recente inauguratasi a livello comunitario configura uno scenario del tutto nuovo che, paradossalmente, si presenta in termini rovesciati rispetto a quelli sin qui richiamati.

Invero, alcuni recenti interventi normativi comunitari hanno esplicitamente ridimensionato la nozione di attività agricola destinata proprio ad incidere *direttamente* sul diritto promozionale nazionale, al punto da prospettarne una definizione che contenutisticamente si rivela: a) più restrittiva rispetto alle definizioni presenti nello stesso diritto regolativo, a carattere privatistico, contenute in alcuni ordinamenti giuridici nazionali e, addirittura, persino più rigorosa a fronte delle definizioni originarie e tradizionali, ossia a quelle preesistenti al mutamento espansivo sopra richiamato dovuto all'influenza del diritto promozionale di fonte comunitaria; b) più restrittiva rispetto a definizioni già presenti ed operanti nello stesso diritto comunitario. Salvo a rinviare successivamente la valutazione circa la portata al tempo stesso sistematica e politica della presenza che viene così a determinarsi tra nozioni diverse di agricoltura tanto nei *rapporti verticali* tra diritto comunitario e diritto nazionale, quanto nei *rapporti orizzontali*, più precisamente all'interno stesso del solo diritto comunitario, è bene soffermarsi, sia pure in forma sintetica, sulla disciplina che ha introdotto il mutamento ora segnalato: disciplina che si inscrive nel processo di rivisitazione della normativa comunitaria in materia di aiuti di Stato che, a sua volta, partecipa del più ampio progetto diretto alla semplificazione della PAC[17].

[17] Sul progetto di semplificazione della PAC, meritevole di una specifica autonoma valutazione da svolgersi in altra sede, v. il recentissimo *Working Paper* elaborato dalla Direzione generale Agricoltura e sviluppo rurale dell'ottobre 2006 e, soprattutto, il progetto di regolamento del Consiglio, COM(2006)822 def., del 18 dicembre 2006 indirizzato ad istituire un'unica organizzazione di mercato in sostituzione della pluralità delle discipline attualmente vigenti. Ulteriori indicazioni si rinvengono nella comunicazione della Commissione, COM(2005)509 def., del 19 ottobre 2005. In ordine, poi, alla problematica relativa agli aiuti di Stato, un'utile ricognizione dei più recenti indirizzi e delle prospettive più immediate si può leggere in COM(2006)831 def. che contiene il progetto di relazione della Commissione al Consiglio sulla complessiva tematica riguardante la disciplina delle esenzioni per categorie di aiuti di Stato. I recenti interventi normativi in materia di aiuti (di cui ai regolamenti della Commissione n. 1628/2006 riguardante gli aiuti di Stato per investimenti a finalità regionale, n. 1857/2006 riguardante gli aiuti di Stato a favore delle piccole e medie imprese attive nella produzione dei prodotti agricoli e n. 1998/2006 riguardante gli aiuti di importanza minore "*de minimis*") si collocano, del resto, nel quadro del "piano di azione nel settore degli aiuti di Stato" prospettato dalla Commissione e che si legge in COM(2005)107 def.

6. Questa disciplina si rinviene nel recentissimo regolamento (CE) n. 1857 del 15 dicembre 2006 con cui la Commissione è intervenuta a proposito dell'applicazione degli articoli 87 e 88 del Trattato relativa agli aiuti di Stato a favore delle piccole e medie imprese attive nella produzione di prodotti agricoli e, di conseguenza, ha apportato modifiche anche al regolamento (CE) n. 70/2001 riguardante l'applicazione dei medesimi articoli 87 e 88 agli aiuti di Stato a favore delle piccole e medie imprese in generale. A tale regolamento è poi seguita la più ampia comunicazione della stessa Commissione sugli "Orientamenti comunitari per gli aiuti di Stato nel settore agricolo e forestale 2007-2013"[18] con la quale la Commissione ha fornito un quadro di insieme e di raccordo tra tutti gli strumenti di intervento comunitari e nazionali relativi al sostegno al settore agricolo e forestale.

Nel delineare, agli inizi del nuovo millennio, con il regolamento 70/2001, la regolamentazione relativa agli aiuti di Stato a favore delle piccole e medie imprese, la Comunità era rimasta fedele ai criteri adottati sino ad allora in ordine alla distinzione, anche sul piano contenutistico, tra i diversi settori economici rispondenti alle grandi aree di intervento della politica comunitaria. In coerenza con le determinazioni che potevano leggersi nello stesso art. 1, par. 2 del regolamento 70/2001, la stessa Commissione, qualche anno dopo, con il regolamento (CE) n. 1/2004 aveva provveduto a dettare disposizioni puntuali per gli aiuti di Stato *a favore delle imprese attive nel settore della produzione, trasformazione e commercializzazione dei prodotti agricoli*.

Nel 7º "considerando" di tale regolamento si attribuiva particolare rilievo alla circostanza secondo la quale la produzione, trasformazione e commercializzazione dei prodotti agricoli risultavano nell'ambito della Comunità largamente ad appannaggio delle piccole e medie imprese. Su questa base, il regolamento 1/2004, una volta precisato che per trasformazione dovesse intendersi il trattamento di un prodotto agricolo per effetto del quale il prodotto conseguito avrebbe dovuto pur sempre rimanere un prodotto agricolo di cui all'allegato I (art. 2, n. 3), fissava i massimali degli aiuti relativi alla trasformazione e commercializzazione (art. 7) in considerazione degli investimenti da realizzare a livello dell'azienda agricola. In tal modo si intendeva anche assicurare un opportuno raccordo con le disposizioni di cui all'art. 7 dell'allora vigente regolamento (CE) n. 1257 del 1999 relativo al sostegno allo sviluppo rurale.

Ebbene, a distanza di tre anni da quell'intervento disciplinare, la Commissione ha modificato sensibilmente la sua visione del settore.

Il mutamento si annuncia innanzitutto nella stessa intitolazione del regolamento 1857/2006 il quale si occupa solo degli aiuti a favore delle *imprese attive nella produzione dei prodotti agricoli*, con la conseguente scomparsa del riferimento alla trasformazione e commercializzazione dei medesimi prodotti agri-

[18] Il documento della Commissione (2006/C 319/01) è pubblicato in *GUUE* C 319, 27 dicembre 2006, p. 1 ss. A questa comunicazione si è poi aggiunta l'altra relativa alla disciplina comunitaria in materia di aiuti di Stato a favore di ricerca, sviluppo e innovazione (2006/C 323/01), in *GUUE* C 323, 30 dicembre 2006, p. 1 ss.

coli. A loro volta, le motivazioni che accompagnano l'articolato chiariscono in modo specifico il diverso orientamento assunto dalla Commissione. In particolare, se da una parte l'*incipit* del 6º "considerando" richiama fedelmente quello già contenuto nel regolamento 1/2004 sopra richiamato, dall'altra il prosieguo della motivazione assunta dalla Commissione muove in una direzione del tutto nuova. Infatti, dopo aver constatato la significativa prevalente presenza di imprese medio piccole nel settore della produzione, trasformazione e commercializzazione dei prodotti agricoli, il "considerando" continua e rimarca che: "Esistono tuttavia notevoli differenze tra la struttura della produzione primaria, da un lato, e la trasformazione e commercializzazione di prodotti agricoli dall'altro. *La trasformazione e commercializzazione di prodotti agricoli risulta spesso simile a quella dei prodotti industriali*. Appare pertanto più appropriato adottare un approccio differente per la trasformazione e la commercializzazione dei prodotti agricoli, applicando a tali attività le norme relative ai prodotti industriali. Di conseguenza, contrariamente all'approccio adottato nel regolamento (CE) n. 1/2004 (…), appare utile istituire un regolamento di esenzione mirato alle necessità specifiche della produzione agricola primaria"[19].

Sulla base di questa premessa, il regolamento 1857/2006 ha inteso disciplinare soltanto gli aiuti concessi "alle piccole e medie imprese agricole (aziende agricole) attive nel settore della produzione primaria di prodotti agricoli"[20], escludendo quindi quelli destinati alla trasformazione e commercializzazione dei prodotti agricoli[21] che rientrerebbero di conseguenza nell'area di applicazione della disciplina generale di cui al regolamento 70/2001[22]. In coerenza, l'art. 2, n. 3, relativo alle definizioni, precisa che per "trasformazione di prodotti agricoli" deve intendersi "qualunque trattamento di un prodotto agricolo in esito al quale il prodotto ottenuto rimane comunque un prodotto agricolo, escluse le operazioni eseguite nell'azienda agricola necessarie per preparare[23] un prodotto animale o vegetale per la prima vendita".

Quanto, poi, alla commercializzazione, il medesimo art. 2 n. 4, chiarisce che per commercializzazione di prodotti agricoli deve intendersi "la detenzione o l'esposizione ai fini della vendita, la messa in vendita, la consegna o qualsiasi altra modalità di immissione sul mercato, *eccettuata la prima vendita da parte del produttore primario a rivenditori o trasformatori ed ogni operazione necessaria per preparare il prodotto per questa prima vendita*". La disposizione

19 Corsivo nostro.

20 Così l'art. 1, par. 1 del regolamento 1857/2006, cit.

21 Con la sola eccezione, limitatamente alla commercializzazione, per gli aiuti a favore dell'associazionismo agricolo di cui al successivo art. 9 del medesimo regolamento 1857/2006.

22 Così il 26° "considerando" del regolamento 1857/2006, cit.

23 Nel caso degli animali, ogni dubbio in ordine alla macellazione – nel senso che questa è da ritenersi estranea alla *preparazione* in vista della prima vendita – si può ricavare, a tacer d'altro, da quanto si legge al punto 41, lett. e) della citata comunicazione 2006/C 319/1, nella quale la Commissione ritiene appunto che la macellazione rientri nell'area della trasformazione e commercializzazione per cui dovrebbe risultare indifferente il fatto che il macello sia costruito all'interno o all'esterno di un'azienda agricola.

interpretativa delle definizioni, prosegue, infine, chiarendo altresì che la vendita effettuata "*da parte di un produttore primario al consumatore finale è da considerarsi una commercializzazione se avviene in locali separati riservati a questa attività*"[24].

In realtà, identiche definizioni relative alla trasformazione ed alla commercializzazione dei prodotti agricoli, intese quali attività distinte sia dall'attività agricola primaria rappresentata dalla produzione in quanto tale, sia dalle (altre) attività connesse con la produzione primaria, erano emerse in altri interventi legislativi della Comunità precedenti a quello che qui si esamina e, però, a quest'ultimo accomunati dalla condivisione dell'area oggetto della disciplina, costituita appunto dagli aiuti di Stato.

In particolare, esse si rinvengono nell'art. 2, par. 1, lett. p) e q) del regolamento (CE) n. 1628/2006 della Commissione, del 26 ottobre 2006, avente ad oggetto l'applicazione degli articoli 87 e 88 agli aiuti di Stato per investimenti e finalità regionali[25].

Ed in effetti, come ben può leggersi nel complessivo quadro esplicativo offerto dalla comunicazione della Commissione 2006/C 319/1 sopra richiamata i due provvedimenti si coordinano perfettamente. Se da una parte il regolamento 1857/2006 intende disciplinare il sistema degli aiuti di Stato destinati alla produzione primaria, il regolamento 1628/2006 in materia di aiuti di Stato per investimenti a finalità regionale, con riferimento al settore agricolo, si applica solo alla trasformazione e commercializzazione dei prodotti agricoli in una ottica del tutto nuova rispetto alla preesistente disciplina: ottica, secondo la quale, a detta della Commissione, "date le analogie tra le imprese di trasformazione e commercializzazione dei prodotti agricoli e le imprese non agricole, in particolare nel settore della trasformazione dei prodotti alimentari, è opportuno armonizzare le norme in materia di aiuti di Stato applicabili alle imprese dedite alla trasformazione e commercializzazione di prodotti agricoli con quelle applicabili alle imprese non agricole"[26].

---

[24] Corsivi nostri.

[25] In *GUUE* L 302, 1º novembre 2006, p. 29 ss. A ben vedere, una più risalente precedente rispetto all'indirizzo accolto nel regolamento 1857/2006 si può rinvenire anche nel progetto di regolamento relativo all'applicazione degli articoli 87 e 88 TCE agli aiuti d'importanza minore ("*de minimis*"), in *GUUE* C 137, 10 giugno 2006, p. 4: progetto destinato a sostituire il regolamento (CE) n. 69/2001 e che è stato definitivamente adottato con il regolamento (CE) n. 1998/2006 dello stesso 15 dicembre e pubblicato in *GUUE* L 379, 28 dicembre 2006, p. 5. È utile rammentare che il regolamento (CE) n. 1860/2004, della Commissione, relativo all'applicazione degli aiuti *de minimis* al settore agricolo e alla pesca, modificato appunto dal regolamento 1998/2006, rifletteva all'origine la visione unitaria del sistema agricolo, per cui, ai sensi dell'art. 2, per "imprese nel settore agricolo" si intendevano "le imprese dedite alla produzione, trasformazione e commercializzazione dei prodotti agricoli". È interessante rimarcare il linguaggio che si rinviene nell'art. 1, par. 2 del regolamento 1628/2006 secondo il quale si considerano escluse dall'applicazione del medesimo regolamento le "attività connesse con la produzione primaria (agricoltura e allevamento) dei prodotti di cui all'allegato I del Trattato".

[26] Così la comunicazione della Commissione 2006/C 319/1, punto 17, nel quale vengono elencati i provvedimenti legislativi vigenti ed in itinere ispirati a tale indirizzo. Mette conto rimarcare

7. Nella presente riflessione non è possibile esaminare tutte le pur importanti determinazioni che discendono dal quadro disciplinare relativo agli aiuti di Stato derivante dai provvedimenti sopra menzionati e destinato a coordinarsi ed integrarsi con quanto previsto nel regolamento (CE) n. 1698/2005, del Consiglio, sul sostegno allo sviluppo rurale da parte del Fondo europeo agricolo per lo sviluppo rurale (FEASR) (che ha sostituito il precedente regolamento 1257/1999): determinazioni che esigerebbero una specifica indagine.

Ai fini del nostro discorso, è sufficiente limitarsi ad alcune considerazioni sulla scorta di quanto già sin qui illustrato.

In primo luogo, in ordine al governo degli aiuti di Stato, in particolare alla semplificazione circa l'applicazione dei parametri fondamentali del Trattato, la normativa comunitaria risulta attualmente propensa ad individuare un fondamentale nocciolo duro per definire sia l'attività agricola sia gli agricoltori, identificando la prima con l'attività c.d. primaria relativa alla produzione dei prodotti agricoli di base di cui all'allegato I del Trattato CE ed i secondi con gli operatori singoli o associati che a quella si dedicano.

È di tutta evidenza che la produzione primaria è e resta pur sempre destinata al mercato, per cui nell'esercizio di tale attività è indubbio che sia compresa anche la vendita del prodotto, previa eventuale preparazione dello stesso a tal solo fine: si pensi ad esempio. al confezionamento delle uova ovvero alla predisposizione di appositi contenitori per altri prodotti quali uva, frutta, ecc. Tuttavia, la vendita – non importa qui rimarcare se essa si esaurisca in pochi isolati *atti* di scambio ovvero in una vera e propria *attività* organizzata – in tanto viene assunta come manifestazione finale dell'attività produttiva primaria in quanto si svolga secondo una specifica modalità organizzativa. In particolare, come si è visto, si travalica la modalità legislativamente prescritta e si configura, viceversa, il fenomeno della commercializzazione *se la vendita nei confronti del consumatore finale avviene in locali separati riservati a questa attività*.

Come è facile osservare, la disposizione contenuta nel regolamento che definisce la commercializzazione dei prodotti agricoli non si riferisce a tutti i possibili destinatari della produzione agricola primaria che, nella maggior parte dei casi, secondo le relazioni di filiera, sono costituiti da grossisti rivenditori ovvero da trasformatori, bensì riguarda esplicitamente soltanto l'ipotesi in cui il produttore intenda direttamente raggiungere il consumatore finale. In questo solo caso, la condizione per restare nell'ambito operativo dell'attività agricola primaria e, dunque, della disciplina relativa agli aiuti di Stato di cui al regolamento

---

che tale indirizzo assume addirittura una valenza ermeneutica del documento e, al tempo stesso, operativa posto che nel successivo punto 19 si prevede che, fatti salvi espliciti riferimenti negli orientamenti della Commissione genericamente "al settore agricolo anziché alla produzione primaria (agricoltori) o alla trasformazione e commercializzazione, gli aiuti a favore della trasformazione e della commercializzazione dei prodotti agricoli sono dichiarati compatibili con l'art. 87, paragrafi 2 o 3 del trattato, *solo se può essere dichiarata compatibile la concessione dei medesimi ad imprese non agricole*" (corsivo nostro).

1857/2006, è che la vendita dei prodotti agricoli venga effettuata nell'ambito di uno "spaccio aziendale" ubicato nella stessa struttura produttiva di base[27].

Ebbene, se si confronta questo dato disciplinare con la normativa codicistica nazionale di cui all'art. 2135 c.c., sia nell'originaria stesura, sia, *a fortiori*, nella più recente adottata dal d.lg. n. 228 del 2001, è agevole osservare che la disposizione comunitaria in materia di aiuti di Stato è decisamente più restrittiva nel delineare il campo riservato alle sole imprese agricole.

Questa conclusione, a ben vedere, è tanto più vera se si considera l'altra fenomenologia rappresentata dalla trasformazione dei prodotti agricoli. Infatti, sullo specifico punto, il regolamento 1857/2006 esclude *totalmente* dall'area riservata all'azienda agricola le attività che vadano oltre la semplice preparazione per la prima vendita e che possano portare alla trasformazione di un prodotto agricolo di base in un altro prodotto pur sempre agricolo ai sensi dell'allegato I: si pensi, a titolo esemplificativo, alla trasformazione dell'uva in vino.

La conseguenza dell'obiettiva disarmonia tra le nozioni più restrittive di provenienza comunitaria destinate a governare gli aiuti di Stato e quella relativa all'impresa agricola *ex* art. 2135 c.c. è che nel prossimo futuro, in materia di interventi promozionali di fonte statuale, una stessa struttura produttiva, qualificabile come impresa agricola *ex* art. 2135, potrebbe essere beneficiaria di aiuti statali ai sensi della complessiva disciplina comunitaria, tanto come impresa agricola, quanto come impresa non agricola, sì da essere in questo caso accomunata ad altre realtà produttive qualificate sulla base del nostro ordinamento privatistico in termini di impresa commerciale *ex* art. 2195 c.c.

Nell'immediato, dunque, la situazione qui evidenziata è destinata a produrre alcune conseguenze fondamentali di ordine rispettivamente giuridico e politico-economico di non poca rilevanza sistemica.

Sul primo versante, è evidente il sovrapporsi per una medesima struttura produttiva (unitariamente riconducibile alla qualificazione di cui all'art. 2135 c. c.) di più qualificazioni giuridiche in relazione alle specifiche attività svolte. Ebbene questa circostanza muove in una direzione sensibilmente diversa da quella che ha ispirato la fissazione dei criteri (codificati) sui quali si era inteso costruire una distinzione tra impresa agricola ed impresa commerciale sulla base di confini relativamente certi.

In questo senso, se si tiene conto della forza trainante che, in generale, il diritto promozionale è in grado di esercitare sulle categorie giuridiche tradizionali e che qui risulta accentuata per via della diretta incidenza della disciplina comunitaria sulle scelte di politica economica dei singoli Stati, non è difficile immaginare che nel prossimo futuro la linea inaugurata dalla Comunità potrebbe pesare a favore di una rivisitazione degli assetti distintivi tra l'area della agrarietà e quella della commercialità contenuta nel nostro codice civile nel segno di

[27] Questo non significa che non si possano varcare i cancelli dell'unità produttiva: si pensi all'agricoltore che, senza avere un locale, abbia una bancarella al mercato all'aperto. È, peraltro indubbio che la vendita *on line* dei prodotti ai consumatori finali ben rientra nella previsione del regolamento.

una significativa contrazione della prima a favore della seconda. Come dire, dunque, che a quella fase singolarmente espansiva dell'agrarietà, quale conseguenza di una discutibile incidenza sul diritto regolativo nazionale della multifuzionalità favorita dal diritto promozionale di fonte comunitaria, potrebbe seguire per le medesime ragioni una altrettanto anomala fase restrittiva.

Sul versante politico-economico, è innanzitutto indubbio che il rifluire, ai fini degli aiuti di Stato, dell'area economica relativa alla commercializzazione e alla trasformazione dei prodotti agricoli di pertinenza di imprese piccole e medie qualificabili agricole *ex* art. 2135 in una più vasta area in cui le prime risulteranno accomunate ad imprese commerciali *ex* art. 2195 coinvolte a pieno ed esclusivo titolo nella commercializzazione e nella trasformazione dei prodotti agricoli comporta una contrazione dell'aiuto differenziato destinato esclusivamente agli operatori presenti nel settore primario dell'economia a vantaggio degli altri soggetti presenti nella filiera agro-alimentare. Infatti, l'inevitabile distribuzione degli aiuti che sarebbero andati ad imprese agricole anche a favore di imprese dedite esclusivamente alla trasformazione ed alla commercializzazione dei prodotti agricoli, ossia ad imprese commerciali, indubbiamente avvantaggia, a parità di dimensioni delle stesse strutture medio-piccole, quelle strutture produttive che nella filiera sono totalmente presenti nel settore della commercializzazione e della trasformazione a scapito di quelle (agricole) che sono direttamente coinvolte nella produzione primaria e che solo come attività connesse alla prima provvedono anche alla commercializzazione e alla trasformazione della produzione di base direttamente ottenuta.

In termini ancor più generali, non è chi non veda che la conseguente divaricazione tra la disciplina degli aiuti da destinare ai produttori primari e quella spettante a tutti gli operatori comunque coinvolti nella commercializzazione e nella trasformazione dei prodotti rispecchia e al tempo stesso privilegia un assetto del sistema agro-alimentare nel quale la divisione del lavoro sociale fisserebbe per il settore primario un rigido ambito operativo non valicabile che si esaurirebbe esclusivamente nella semplice produzione delle *commodities* di base e che lascerebbe ad altri operatori economici, collocati su un versante diverso e distinto, il compito di provvedere alla commercializzazione verso i consumatori finali nonché quello di effettuare la trasformazione della produzione primaria addirittura in altri prodotti pur sempre qualificati come agricoli secondo il Trattato di Roma.

È indubbio che il modello che la Comunità ha posto alla base della disciplina che qui si esamina riflette fondamentalmente l'assetto del sistema agro-alimentare che si riscontra nei Paesi del Nord Europa e che già si è affermato negli Stati Uniti d'America, ossia quel modello che non corrisponde alla concreta specificità propria delle economie dei Paesi mediterranei e che, viceversa, con una straordinaria quanto profonda percezione delle aspettative di crescita degli operatori agricoli il nostro legislatore nazionale aveva tenuto presente al momento della codificazione civile. Infatti, nella normativa del 1942 si era inteso proprio assicurare agli operatori del settore primario la possibilità di raggiungere i con-

sumatori finali non solo con i propri prodotti agricoli di base, ma anche con quei prodotti ottenuti attraverso la trasformazione dei primi, senza per questo confondersi con gli operatori economici che si limitano a commercializzare ed a trasformare prodotti acquistati da terzi, ossia con le imprese agro-alimentari in senso stretto e che nel sistema agro-alimentare sono appunto in generale la controparte economica dei produttori agricoli di base.

La soluzione adottata dal legislatore nazionale nella codificazione civile, lungi dal riflettere soltanto un semplice *favor* nei confronti degli operatori agricoli, permettendo loro di espandere la propria sfera operativa senza per questo confondersi con gli operatori commerciali, si è rivelata lungimirante in quanto aderente alla specificità del sistema agro-alimentare italiano nel quale convivono i circuiti economici della produzione e trasformazione di massa dei prodotti agricoli, propri della moderna industria alimentare, con altri circuiti in cui si esalta quella varietà di produzione di nicchia che contraddistingue tuttora la realtà geografica e culturale del nostro Paese, e in generale del bacino del Mediterraneo, e che sino ad ora ha posto un margine a quel processo di omologazione verso mode ed orientamenti alimentari di derivazione nord-americana e nord-europea, a loro volta condizionati dall'egemonia economica e culturale dell'*agro-food system* transnazionale.

Ebbene, nella recente disciplina comunitaria, viceversa, la formale rigida distinzione tra l'area della produzione primaria (agricoltura ed allevamento) e quella relativa alla commercializzazione e alla trasformazione della produzione di base è indirizzata a limitare, se non addirittura a contrastare sino alla dissuasione, possibili "invasioni di campo" da parte degli agricoltori, al punto che la Commissione non ha difficoltà a rimarcare, quale criterio ermeneutico della disciplina adottata, che "gli aiuti a favore della trasformazione e della commercializzazione dei prodotti agricoli sono dichiarati compatibili con l'art. 87, paragrafi 2 o 3 del trattato, *solo se può essere dichiarata compatibile la concessione dei medesimi ad imprese non agricole* (...)"[28]!

A tacer d'altro, il *trend* che emerge dagli indirizzi ora richiamati risulta in linea con gli sviluppi, già in passato paventati dalla dottrina agraristica[29], conseguenti all'attrazione, per certi versi fatale, del mondo della produzione agricola nella prospettiva dischiusa dal diritto alimentare e, più in particolare, dall'introduzione di un sistema rigido e rigoroso di sicurezza alimentare che si coniuga essenzialmente con la produzione di massa delle *commodities* agricole di base e con una significativa divisione del lavoro in ordine alla commercializzazione dei prodotti agricoli ovvero alla loro trasformazione in alimenti.

In particolare, anche in funzione della necessaria trasparenza della filiera e di governo dei rischi alimentari, è indubbio che nel sistema agro-alimentare si

[28] Così il punto 19 della comunicazione della Commissione 2006/C 319/1 (corsivo nostro).

[29] Sul punto ci permettiamo di rinviare al nostro *Commento* sub *art. 1 del regolamento n. 178/2002*, in *La sicurezza alimentare nell'Unione Europea*, Commentario a cura dell'Idaic, in *Nuove leggi civili*, 2003, p. 139 ss.; più di recente v. M. Goldoni, *Agricoltura e diritto*, in *Agricoltura Istituzioni Mercati*, 2006, p. 325 ss.

veda con maggior favore un'organizzazione dei rapporti tra i vari settori coinvolti che riduca la frantumazione dell'offerta dei prodotti agricoli di base, sì da convogliare la maggior parte della stessa nei processi di trasformazione da parte dei colossi industriali nonché nei canali della grande distribuzione.

8. Le considerazioni dinanzi svolte spiegano altresì l'atteggiamento che il regolamento 1857/2006 ha riservato alle "organizzazioni di produttori" e alle "associazioni di organizzazioni di produttori", sebbene in questo caso la tecnica legislativa adottata si riveli approssimativa e non sempre lineare.

Sul piano definitorio, innanzitutto l'art. 2, n. 12 l'identifica "le organizzazioni di produttori" (OP) con quelle costituite "allo scopo di consentire ai membri di adattare di concerto la loro produzione alle esigenze di mercato, nell'ambito degli obiettivi delle organizzazioni comuni di mercato, in particolare concentrando l'offerta"; al tempo stesso considera le "associazioni di organizzazioni di produttori" quelle "associazioni di organizzazioni di produttori riconosciute che perseguono quei medesimi obiettivi su scala più ampia".

In realtà, le determinazioni contenute nell'art. 9 vanno ben oltre questa fondamentale distinzione, in quanto nel quadro delle associazioni di organizzazioni di produttori, l'art. 9, par. 2, lett. b) richiama anche le associazioni che siano responsabili della supervisione dell'uso delle indicazioni geografiche e delle denominazioni di origine e dei marchi di qualità.

Ad ogni modo, nell'individuare le condizioni in presenza delle quali è possibile per gli Stati erogare aiuti all'avviamento per la costituzione sia di organizzazioni di produttori sia di associazioni di tali organizzazioni, senza l'obbligo di notifica di tali aiuti ai sensi dell'art. 88, par. 3 del Trattato CE, dopo aver precisato che deve pur sempre trattarsi di strutture conformi alla legislazione statuale e dunque meritevoli di assistenza finanziaria, l'art. 9 ha prospettato due specifiche circostanze.

In primo luogo, sulla base di un indirizzo sempre rispettato nella legislazione comunitaria, si è richiesto che tali organizzazioni o associazioni di organizzazioni siano costituite esclusivamente da produttori attivi nella produzione di prodotti agricoli.

A ben vedere, la formula letterale che si legge nell'art. 9, par. 2, lett. a) è imprecisa e per certi versi fuorviante, In essa, infatti, si parla di "organizzazioni di produttori e di associazioni di produttori *attive* nella produzione di prodotti agricoli"[30]. Il che farebbe pensare a strutture collettive che direttamente siano coinvolte nella gestione produttiva di aziende agricole. Ma, in realtà, si tratta soltanto di una cattiva traduzione dal testo francese[31]: cattiva traduzione che,

[30] Corsivo nostro.

[31] Il testo francese, probabilmente quello di base, si riferisce a "les groupements ou associations de producteurs actifs dans la production de produitis agricoles".

purtroppo, si riscontra anche nella versione tedesca del medesimo regolamento[32].

Per fortuna, ogni dubbio interpretativo è comunque eliminato in quanto nel successivo par. 5 dello stesso art. 9 si è espressamente precisato che "non possono essere concessi aiuti a organizzazioni di produttori come imprese o cooperative, il cui obiettivo sia la gestione di una o più aziende agricole e che quindi siano di fatto singoli produttori".

In secondo luogo, pur essendo venuta meno la disciplina orizzontale in materia di organizzazioni di produttori a seguito dell'abrogazione regolamento (CE) n. 952/97[33], ultimo regolamento in materia, l'art. 9, par. 2, ult. cpv., ne ha richiamato in estrema sintesi i tratti salienti. In particolare, in tali organizzazioni ed associazioni i soci, la cui adesione minima alla struttura collettiva non può essere inferiore a tre anni con facoltà di recesso previo sempre preavviso di dodici mesi, devono obbligarsi "a commercializzare la produzione secondo le regole di conferimento e di immissione stabilite dall'organizzazione o dall'associazione".

Anche in questo caso la formula è infelice. Tuttavia il richiamo esplicito al "conferimento" e la successiva previsione circa la possibilità che sia consentita la commercializzazione diretta da parte del singolo produttore di una quota della produzione chiariscono che la norma ha inteso stabilire come criterio generale l'obbligo per i soci di attuare la concentrazione dell'offerta, ossia di assegnare all'organizzazione il compito di provvedere alla commercializzazione della produzione proveniente dalle loro aziende. Del resto, come si legge nel par. 7, non si esclude che beneficiaria di aiuti possa essere una associazione che provveda anche a fornire servizi di mutuo sostegno, di sostituzione e di gestione nelle aziende dei soci, sempre che però essa sia coinvolta nell'adeguamento dell'offerta alle esigenze del mercato. In questa ultima prospettiva, il par. 2 dell'art. 9 esige infine che l'organizzazione dei produttori si doti di norme comuni di produzione in ordine alla qualità dei prodotti e all'utilizzazione dei metodi di produzione biologici, alle informazioni sui prodotti, in particolare ai raccolti ed alle disponibilità di quelli eventualmente stoccati, ferma restando l'esclusiva responsabilità dei produttori singoli nella gestione delle rispettive aziende.

La normativa, in definitiva, intende favorire le organizzazioni di produttori e le associazioni sempre che esse operino esclusivamente come strumenti attraverso i quali si possa incanalare la produzione agricola di base nei rapporti di filiera, grazie appunto alla concentrazione dell'offerta di tale produzione. In altre parole, le associazioni di cui al regolamento, in tanto possono fruire di aiuti in quanto non provvedano alla vendita diretta ai consumatori finali dei prodotti di base conferiti dai soci e tanto meno provvedano alla loro trasformazione. Esse devono limitarsi a porre in essere nei confronti dei rivenditori e dei trasforma-

[32] Nella versione tedesca si parla, a sua volta, di "Erzeugergemeinschften oder – Vereinigungen, die in der landwirtschafticlhen Erzeugung täting sind".

[33] L'abrogazione è stata disposta dall'art. 55 del regolamento 1257/1999.

tori, quali soggetti terzi, quell'attività di alienazione primaria che, in difetto della loro azione, sarebbe posta in essere dai singoli produttori.

In questa prospettiva, a ben vedere, il modello di associazionismo economico che questa disciplina sugli aiuti segnala come orizzonte sul quale indirizzare gli aiuti di Stato si rivela ben più restrittivo rispetto a quello preso in esame nella disciplina comunitaria in materia di concorrenza presente nel regolamento (CE) n. 1184/2006 del Consiglio, il quale assai di recente ha sostituito, ma senza alcuna modifica nei contenuti disciplinari, il glorioso regolamento (CEE) n. 26 del 1962. Infatti, la fondamentale disposizione di favor per l'associazionismo agricolo di cui all'art. 2, par. 1, seconda frase del regolamento 1184/2006, fa riferimento ad associazioni di imprenditori agricoli che pongano in essere accordi, decisioni e pratiche riguardanti non solo la produzione e la vendita dei prodotti agricoli, ma anche l'utilizzazione di impianti comuni per il deposito, la manipolazione o la trasformazione di prodotti agricoli.

Come dire, dunque, che anche sul versante dell'agire collettivo la più recente legislazione comunitaria riflette quel medesimo indirizzo sopra ricordato mirante appunto a evitare che, anche nelle forme organizzative collettive, i produttori agricoli siano aiutati ad occupare nella filiera agro-alimentare spazi che si ritengono debbano vedere come protagonisti imprese industriali e la grande distribuzione, sì da suggerire l'accostamento a queste ultime delle iniziative promosse dai produttori agricoli in forma singola ovvero in forma associata.

9. Per quanto siano circoscritte alla tematica degli aiuti di Stato, in particolare alle procedure per semplificare il rispetto delle disposizioni di cui all'art. 88 del Trattato, le determinazioni che emergono sia dai recenti regolamenti comunitari sopra richiamati, sia dagli orientamenti complessivi contenuti nella comunicazione della Commissione evidenziano il profilarsi in questa fase storica di un mutamento di non poco momento circa l'approccio della Comunità al governo dei problemi socio-economici legati alla agricoltura. È sotto gli occhi di tutti che, se da un lato, esigenze strategiche di politica generale hanno favorito il significativo ampliamento del numero dei Paesi ammessi alla Comunità, dall'altro, questo importante avvenimento politico si è accompagnato ad una più che prevedibile maggiore contrazione della politica di sostegno all'agricoltura, da sempre al centro della PAC, in connessione tanto con i vincoli legati agli accordi assunti in sede di WTO quanto con le crescenti difficoltà di bilancio derivanti dall'ingresso nella Comunità di Paesi fortemente in ritardo nello sviluppo e non in grado di fornire adeguati apporti finanziari. In questa prospettiva, del resto, ben possono leggersi gli indirizzi già avviati e in corso di maturazione legati al regime del premio unico, alla semplificazione anche della legislazione destinata al settore agricolo e alla contrazione delle organizzazioni di mercato e, più in generale, al sempre più evidente disaccoppiamento del sistema di sostegno dal riferimento a specifiche produzioni in quanto tali a vantaggio di altre iniziative indirizzate, in termini di sostegno al reddito, a valorizzare il territorio rurale, l'ambiente e a permettere agli agricoltori stanziali una pluralità di fonti di reddito.

È del tutto verosimile, d'altro canto, che la sensibile contrazione dei contenuti finanziari della politica agricola comunitaria è potenzialmente destinata ad innescare inevitabilmente processi di tendenziale rinazionalizzazione delle politiche agricole[34]. Ed è proprio in considerazione di questo prevedibile processo che la Comunità ha inteso consapevolmente decongestionare il proprio sistema di controllo degli aiuti di Stato di cui agli articoli 87 e 88 del Trattato, introducendo i regolamenti sopra richiamati. Questi, in definitiva, mirano appunto ad individuare percorsi preferenziali entro cui incanalare preventivamente le linee di intervento di fonte statuale.

Ebbene, il precipitato più significativo della linea ora indicata ed in cui si inscrivono i provvedimenti normativi sinteticamente richiamati nei precedenti paragrafi è che la Comunità, al fine di orientare il complesso degli aiuti statuali e di semplificarne il controllo[35], non ha esitato ad introdurre, per quanto inconsapevolmente, nel proprio sistema giuridico una pluralità di nozioni di agricoltura, l'una destinata a guidare ancora i propri diretti interventi e, dunque, espressiva della PAC in senso stretto, l'altra destinata a segnare, se non la competenza, certamente l'area degli autonomi interventi di sostegno da parte dei singoli Stati.

Sotto questo profilo la novità è duplice. Innanzitutto, si innova il modello con il quale si è realizzata nel corso dei passati decenni l'integrazione tra il diritto di fonte comunitaria e quello di fonte nazionale. Infatti, sino a qualche tempo fa il quadro dell'agricoltura delineato a livello comunitario era compatto ed unitario. In particolare, pur sempre nella prospettiva del primato del diritto di fonte comunitaria, esso coinvolgeva al tempo stesso Comunità e singoli Stati. Con questo nuovo indirizzo, la Comunità al fine sia della gestione da parte dei singoli Stati della loro eventuale politica di aiuti, sia del rispetto delle norme fondamentali del Trattato, assegna ai singoli Stati una nozione specifica di agricoltura (e implicitamente degli altri settori produttivi) da utilizzare in sede di politica economica promozionale interna: nozione che, pur riprendendo di fatto una configurazione adottata dallo stesso diritto comunitario per specifiche e puntuali esigenze[36], risulta obiettivamente diversa da quella più ampia sulla cui base la Comunità ha per molti anni costruito e perseguito la propria politica agricola comune.

---

34 Un esempio eloquente delle tensioni che emergono e che coinvolgono appunto il tema di una possibile rinazionalizzazione della PAC è offerto dall'atteggiamento assunto dal Parlamento europeo nel novembre 2006 contrario alla proposta di regolamento del Consiglio 2006/0083 mirante all'introduzione della modulazione volontaria dei pagamenti diretti da parte degli Stati con la possibilità di spostare risorse dal primo al secondo pilastro della PAC, sulla base dell'accordo intervenuto nel Consiglio europeo del dicembre 2005.

35 V. *supra* (nota 3).

36 V., infatti, la definizione di attività agricola contenuta nell'art. 2 del regolamento 1782/2003 secondo la quale per attività agricola si deve intendere la produzione, l'allevamento o la coltivazione di prodotti agricoli, comprese la raccolta, la mungitura, l'allevamento e la custodia degli animali per fini agricoli, nonché il mantenimento della terra in buone condizioni.

In secondo luogo, è proprio sul piano dei contenuti di queste distinte nozioni di agricoltura chiamate ad operare a livelli diversi, *dal centro alla periferia*, che si registra l'altro aspetto originale. Infatti, come si è potuto constatare nell'analizzare alcune indicazioni contenute nei regolamenti sopra richiamati, la nozione di agricoltura sulla base della quale gli Stati sono chiamati a erogare aiuti, peraltro entro massimali ben precisi, è oltremodo restrittiva. Da una parte essa risulta ritagliata sulla sola tradizionale funzione produttiva in senso stretto spettante al settore primario; dall'altra si presenta appiattita su una configurazione in termini di filiera della attività produttiva per effetto della quale la concreta possibilità per gli agricoltori di acquisire un valore aggiunto in termini di commercializzazione della produzione agricola di base ottenuta ovvero di trasformazione di tale produzione è totalmente esclusa, in quanto considerata aprioristicamente come dato individualizzante altre distinte fasce sociali e produttive.

In tal modo, a tacer d'altro, alla *multifunzionalità* delle strutture agricole di base, posta al centro della recentissima politica agricola comunitaria e che connota il trascolorare della nozione comunitaria di agricoltura verso la ruralità, si contrappone una nozione ristretta di agricoltura, consegnata agli Stati, che viceversa mortifica le stesse potenzialità intrinseche alla *funzione originaria* delle aziende agricole e che nella realtà periferica da un lato ha caratterizzato il mondo agricolo, dall'altro ha alimentato un diverso circuito di mercati, parallelo a quello, che è pur dominante, legato al sistema agro-alimentare più avanzato.

Giovanni Cellamare

Osservazioni sugli accordi di riammissione tra la CE e alcuni Stati dell'area balcanica

SOMMARIO: 1. L'ambito di applicazione dell'art. 36, par. 1, punto 3, lett. b) TCE. – 2. *Segue*: le misure in materia di rimpatrio delle persone in soggiorno irregolare. – 3. *Segue*: la stipulazione di accordi di riammissione. – 4. L'utilità di detti accordi. – 5. La concomitante conclusione, con uno stesso Stato terzo, di accordi di riammissione e sul rilascio dei visti. – 6. Gi accordi tra la CE e gli Stati balcanici: gli obblighi di riammissione ricollegati alla cittadinanza della persona interessata. – 7. *Segue*: gli obblighi di riammissione fondati su dati collegamenti esistenti tra i cittadini di Stati terzi e la Parte richiesta (o richiedente). – 8. *Segue*: le clausole sull'ammissione in transito delle persone allontanate dall'altra Parte contraente. I limiti all'operare di dette clausole derivanti da convenzioni internazionali sui diritti dell'uomo. – 9. L'incidenza di quelle convenzioni sull'applicazione degli accordi di riammissione in combinazione con il principio o concetto del *safe third country*.

1. L'art. 63, par. 1, punto 3, lett. b) TCE attribuisce al Consiglio la competenza ad adottare misure in materia di "immigrazione e soggiorno irregolari, compreso il rimpatrio delle persone in soggiorno irregolare". Si tratta di una competenza concorrente con quella degli Stati membri: questi possono mantenere o introdurre "nei settori in questione, disposizioni compatibili" con il Trattato o accordi internazionali (par. 2). Come risulta ritualmente dai preamboli degli atti fondati su quella norma[1], la CE può operare nel settore in esame in conformità con il principio di sussidiarietà, ex art. 5 TCE: può intervenire "sol-

[1] V. i paragrafi 5, 16, 12 e 24, rispettivamente, dei preamboli dei regolamenti (CE) n. 2725/2000 (del Consiglio, dell'11 dicembre 2000, istitutivo dell'Eurodac, *GUCE* L 316, 15 dicembre 2000, p. 1 ss.) e (CE) n. 343/2003 (del Consiglio, del 18 febbraio 2002, "sui criteri e i meccanismi di determinazione dello Stato membro competente per l'esame di una domanda d'asilo presentata in uno degli Stati membri da un cittadino di un Paese terzo", *GUUE* L 59, 25 febbraio 2003, p. 1 ss.) e delle direttive del Consiglio 2001/40/CE (del 28 maggio 2001, sul reciproco riconoscimento delle decisioni di allontanamento di cittadini di Paesi terzi, *GUCE* L 149, 2 giugno 2001, p. 34 ss.) e 2003/109/CE (del 25 novembre 2003, sullo *status* dei cittadini di Stati terzi soggiornanti di lungo periodo, *GUUE* L 16, 23 gennaio 2004, p. 44 ss.). La Commissione ha sostenuto un metodo aperto di coordinamento delle politiche comunitarie di immigrazione, anche per razionalizzare il funzionamento delle competenze comunitarie e statali in materia: v. COM(2001)387 def., dell'11 luglio 2001 (ove non diversamente indicato, gli atti dell'UE sono reperibili *on line* nel sito www.europa.eu). In argomento v. M. CONDINANZI, A. LANG, B. NASCIMBENE, *Cittadinanza dell'Unione e libera circolazione delle persone*, Milano, 2006, II ed., p. 289 ss.

tanto e nella misura in cui gli obiettivi dell'azione prevista non possono essere sufficientemente realizzati dagli Stati membri e possono dunque, a motivo delle dimensioni o degli effetti dell'azione in questione, essere realizzati meglio a livello comunitario".

Quanto osservato vale anche per la pertinente disciplina contenuta nel Trattato (che adottava una Costituzione per l'Europa, per semplicità espositiva Trattato costituzionale e nel Progetto di Trattato) di modifica del Trattato sull'Unione europea e del Trattato che istituisce la Comunità europea, firmato a Lisbona il 13 dicembre 2007[2].

L'art. 63, cit., non fornisce indicazioni circa il significato dell'espressione "irregolare"; siffatte indicazioni fanno difetto anche (al Trattato costituzionale: art. III-266) e al Progetto di Trattato testè citato (art. 63 bis, par. 1, lett. c).

Invero, quell'espressione non può che essere intesa alla luce dell'ordinamento statale dal cui punto di vista ci si pone, adattato alla disciplina comunitaria pertinente: l'irregolarità, cioè, coincide con la violazione delle norme che disciplinano l'ingresso, il transito e il soggiorno dei cittadini di Paesi terzi nel territorio di uno Stato membro, ancorché quelle violazioni risultino talvolta tollerate e regolarizzate[3].

---

[2] Sul carattere "enfatico" dell'espressione "Costituzione per l'Europa" e la sua "probabile" incidenza sui risultati negativi dei due noti referendum aventi ad oggetto quel progetto di "Costituzione", v. STARACE, *La Costituzione per l'Europa non trasforma l'Unione europea in unione costituzionale*, in questa *Rivista*, 2006, p. 9 ss. L'art. I-13 del Trattato costituzionale elencava i "settori di competenza esclusiva" dell'UE; l'art. I-14 quelli di competenza concorrente, tra i quali "lo spazio di libertà, sicurezza e giustizia" (par. 2, lett. j); contenuto analogo presentano gli articoli 2 lett. c) e j) del Progetto di Trattato di riforma di quelli attuali, con riferimento allo "spazio di libertà sicurezza e giustizia", nuova denominazione del titolo IV TCE.

[3] Cfr., ad es., l'art. 1 della direttiva 2002/90/CE del Consiglio, del 28 novembre 2002 ("volta a definire il favoreggiamento dell'ingresso, del transito e del soggiorno illegali"), GUCE L 328, 5 dicembre 2002, p. 17 ss.: quella norma prevede l'obbligo degli Stati membri di sanzionare i comportamenti indicati in "violazione della legislazione" statale sull'ingresso, transito e soggiorno degli stranieri. In argomento si veda altresì l'art. 5 della Convenzione delle Nazioni unite sulla protezione dei diritti di tutti i lavoratori migranti e dei membri delle loro famiglie (adottata dall'Assemblea generale il 18 dicembre 1990, A/RES/45/158, ed entrata in vigore il 1° luglio 2003; *on line* nel sito www.unesco.org), che distingue i lavoratori migranti (e i membri delle loro famiglie) in situazione regolare dai lavoratori migranti (e membri delle loro famiglie) in situazione irregolare, sicché l'espressione "situazione irregolare" è suscettibile di ricomprendere le seguenti ipotesi: l'immigrazione clandestina, quella illegale, non necessariamente coincidente con l'ipotesi che precede, nonché l'impiego illegale di mano d'opera straniera. Una panoramica delle norme statali è annessa a E. GUILD, *Who Is An Irregular Migrant?*, in B. BOGUSZ, R. CHOLEWINSKI, A. CYGAN, E. SZYSZCZAK (eds.), *Irregular Migration and Human Rights: Theoretical, European and International Perspectives*, Leiden-Boston, 2004, p. 3 ss., in specie p. 18 ss.; nel senso indicato, nel testo, v. pure R. PISILLO MAZZESCHI, *Strumenti comunitari di prevenzione e di contrasto all'immigrazione clandestina*, in *DUE*, 2004, p. 723 ss., in specie p. 724 s. (nonché nella pubblicazione della SIDI curata da U. LEANZA, *Le migrazioni. Una sfida per il diritto internazionale e comunitario*, Napoli, 2005, p. 345 ss.). Sulla prassi delle regolarizzazioni, indicativa, secondo la Commissione, dei "limiti delle misure in vigore per gestire i canali di immigrazione legale esistenti", v. la comunicazione recante lo "studio sulle connessioni tra migrazione legale e illegale", COM(2004)412 def., del 4 giugno 2004, par. 1.5; sulle esperienze note negli ordinamenti degli

La disposizione in parola ha riguardo a situazioni che, presentando caratteristiche diverse, vanno disciplinate distintamente. Viene in considerazione anzitutto l'ingresso clandestino, a mezzo di documenti falsi o falsificati, nel territorio di uno Stato membro[4]; inoltre le seguenti situazioni: di cittadini di Paesi terzi che si trattengano sul territorio di uno Stato membro oltre il periodo di soggiorno autorizzato; di cittadini di Stati terzi che esercitino un'attività lavorativa non autorizzata dall'esenzione del visto o da quello di breve durata di cui essi siano in possesso; di soggiorno (non autorizzato) di un richiedente asilo la cui domanda sia stata respinta; nonché il caso, sul quale si tornerà, di stranieri fermati alle frontiere[5].

Stati membri, P. Bonetti, *I Profili generali della normativa italiana sugli stranieri dal 1988*, in B. Nascimbene (a cura di), *Diritto degli stranieri*, Milano, 2004, p. 4 ss., in specie pp. 29 s. e 41 s.; gli scritti raccolti in P. De Bruycher (sous la direction de), *Les régularisations des étrangers illégaux dans l'Union européenne*, Bruxelles, 2000; altre indicazioni nel nostro *La disciplina dell'immigrazione nel diritto dell'Unione europea*, Torino, 2006, p. 189 ss.; e in B. Veneziani, *Il «popolo» degli immigrati e il diritto al lavoro: una partita incompiuta*, in *Lavoratore extracomunitario ed integrazione europea. Profili giuridici*, Bari, 2007, p. 383 ss., in specie p. 429 s.

[4] Cfr., anche per le situazioni successivamente indicate, le comunicazioni della Commissione su "una politica comune in materia di immigrazione illegale", COM(2001)672 def., del 15 novembre 2001, par. 3; e COM(2004)412 def., cit., parte 2. Siffatti ingressi spesso sono resi possibili o favoriti dall'attività di reti criminali organizzate che operano a scopo di sfruttamento economico dei migranti o per sfruttare i cittadini di Stati terzi nella tratta di esseri umani. Come è noto, l'aumento dell'immigrazione verso l'occidente ha favorito lo sviluppo di un mercato di flussi illegali di cittadini di Paesi terzi verso Stati dell'UE; prevalentemente, di migranti economici che si affidano a trafficanti di esseri umani al fine di varcare le frontiere. Da detti fenomeni di organizzazione e favoreggiamento dell'immigrazione illegale va tenuta distinta la tratta internazionale di esseri umani destinati, senza aver prestato consenso, allo sfruttamento sessuale o economico, e quindi vittime della tratta. In altri termini, nell'ambito del "traffico di esseri umani", la tratta presenta una struttura sostanzialmente diversa dal fenomeno dell'immigrazione illegale. Di qui l'esigenza di formalizzazione normativa di ciascuna fattispecie; in particolare di tipizzazione della tratta, con l'individuazione delle pene da ricollegare alla stessa e degli strumenti a tutela delle vittime, come si evince dagli atti giuridici pertinenti internazionali, dell'Unione, e di diritto interno (per l'esperienza italiana, v. soprattutto la l. n. 228 dell'11 agosto 2003, recante misure contro la tratta delle persone, in *GURI* n. 195, Serie generale, 23 agosto 2003, p. 3 ss.). Invero, sull'attività normativa dell'UE (decisione quadro 2002/629/GAI del Consiglio, del 19 luglio 2002, relativa alla "tratta degli esseri umani", *GUCE* L 203, 1° agosto 2002, p. 1 ss.; la direttiva 2004/81/CE del Consiglio, del 29 aprile 2004, sul "titolo da rilasciare ai cittadini di paesi terzi vittime della tratta di esseri umani o coinvolti in un'azione di favoreggiamento dell'immigrazione illegale che cooperino con le autorità competenti", *GUUE* L 261, 6 agosto 2004, p. 19 ss.) hanno inciso, nel senso testé indicato, i Protocolli addizionali alla Convenzione delle Nazioni unite contro la criminalità organizzata transnazionale, concernenti la lotta contro il traffico di migranti ("*smuggling of migrants*", "*trafic de migrants*") per via terra, via mare e via aerea e, rispettivamente, la prevenzione, repressione e punizione della tratta delle persone ("*trafficking in persons*", "*traite de personnes*"), atti aperti alla firma nella Conferenza internazionale di Palermo del 12-15 dicembre 2000 (testo nel sito www.undoc.org): altre indicazioni bibliografiche e normative in G. Cellamare, *op. cit.*, p. 197 ss.

[5] In proposito v. K. Hailbronner, *Immigration and Asylum Law and Policy of the European Union*, The Hague-Boston-London, 2000, p. 479 s.

2. La disciplina del rimpatrio degli irregolari costituisce una forma di garanzia delle politiche di ammissione; pertanto è da tenere distinta dalla regolamentazione del rimpatrio delle persone in condizione regolare che intendano ritornare nei propri Paesi di origine[6].

Il riferimento, nell'art. 63, par. 1, punto 3, lett. b) TCE, al rimpatrio degli irregolari reca il riconoscimento, implicito ma inequivocabile, della competenza del Consiglio ad adottare, in generale, norme in materia di allontanamento[7]: siffatta interpretazione è stata accolta dalla Commissione nel "libro verde" su "una politica di rimpatrio delle persone che soggiornano illegalmente negli Stati membri"[8]. Invero, su quella norma sono state fondate la direttiva 2001/40/CE, sul reciproco riconoscimento delle decisioni di allontanamento dei cittadini di Paesi terzi (ancorché senza indicazione della lettera dell'art. 63 TCE); la direttiva 2003/110/CE, sull'assistenza durante il transito nell'ambito di provvedimenti di espulsione per via area; la decisione 2004/573/CE, sull'organizzazione di voli congiunti per l'allontanamento dei cittadini di Paesi terzi illegalmente presenti nel territorio di due o più Stati membri[9].

Inoltre, dato il riferimento alle misure "in materia di immigrazione e soggiorno irregolari", è da ritenere che la norma in esame sia suscettibile di ricom-

---

6 Come è noto, al primo si ricorre generalmente per ragioni umanitarie e tecnico-amministrative: si pensi al rimpatrio delle persone la cui richiesta di protezione internazionale sia stata respinta, o che, secondo le competenti autorità territoriali, non abbiano più bisogno di una siffatta protezione (sicché vanno adottate norme che facilitino quell'obiettivo: cfr. la decisione 97/340/GAI del Consiglio, del 26 maggio 1997, *GUCE* L 147, 5 giugno 1997, p. 3 ss.): si veda il "libro verde su una politica comunitaria di rimpatrio delle persone che soggiornano illegalmente negli Stati membri", COM(2002)175 def., del 10 aprile 2002, par. 2.1; inoltre le Conclusioni della presidenza del Consiglio europeo di Salonicco, del 19-20 giugno 2003, par. 17 ss. Sul respingimento alle frontiere v. il punto 1.4.1 del Manuale comune così come modificato dalla decisione 2004/574/CE del Consiglio, del 29 aprile 2004, *GUUE* L 261, del 6 agosto 2004, p. 36 ss. (abrogata dal 13 ottobre 2006 dall'art. 39 del 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)", *GUUE* L 105, 13 aprile 2006, p. 1 ss.).

7 Cfr. K. Hailbronner, *op. cit.*, p. 168; A. Adinolfi, *Art. 63*, in F. Pocar (a cura di), *Commentario breve ai Trattati della Comunità e dell'Unione europea*, Milano, 2001, p. 306.

8 Nonché nelle definizioni, allegate a detta comunicazione, di alcune espressioni tecnico-giuridiche, quali "allontanamento", "trattenimento", "accompagnamento alle frontiere", "respingimento": v. COM(2002)175 def., cit., par. 3 dell'Allegato. V. già la comunicazione sulla "politica comune dell'immigrazione illegale", COM(2001)672 def., del 15 novembre 2001, par. 4.8.

9 Le direttive del Consiglio, del 28 maggio 2001 (v. i paragrafi 3 e 4 del preambolo; sull'art. 63, punto 3, risulta fondata altresì la decisione 2004/191/CE del Consiglio, del 23 febbraio 2004, "che definisce i criteri e le modalità pratiche per la compensazione degli squilibri finanziari risultanti dall'applicazione" di quella direttiva, *GUUE* L 60, 27 febbraio 2004, p. 55 ss.) e del 25 novembre 2003 sono rispettivamente in *GUCE* L 149, 2 giugno 2001, p. 34 ss., e in *GUUE* L 321, 6 dicembre 2003, p. 26; la decisione del Consiglio, del 29 aprile 2004, è in *GUUE* L 261, 6 agosto 2004, p. 28 ss. V. pure la decisione n. 575/2007/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 23 maggio 2007, che istituisce il Fondo europeo per i rimpatri per il periodo 2008-2013 nell'ambito del programma generale "Solidarietà e gestione dei flussi migratori", *GUUE* L 144, 6 giugno 2007, p. 45 s.

prendere nel proprio ambito di applicazione sia le misure concernenti i residenti "irregolari", sia quelle aventi ad oggetto l'immigrazione di persone che non abbiano stabilito alcun effettivo contatto con il territorio di uno Stato membro: si pensi, come accennato, agli immigrati irregolari fermati alle frontiere. In proposito va considerato che l'art. 63, par. 1, punto 3, lett. a) TCE contempla l'adozione di misure sulle "condizioni di ingresso", oltre che di soggiorno; su queste basi è ragionevole ritenere che alla competenza ad adottare siffatte misure corrisponda, nella disposizione successiva, la competenza a disciplinarne la violazione[10].

Oltre alle misure di carattere operativo[11], nel quadro dell'art. 63, par. 1, punto 3, lett. b) TCE, rientrano quelle che, accogliendo un orientamento diffusamente seguito dagli Stati di immigrazione, disciplinano la responsabilità dei vettori che trasportino persone prive dei documenti richiesti per l'ingresso e il soggiorno negli Stati membri, nonché le misure che favoriscono l'applicazione extraterritoriale dei controlli dei flussi migratori a mezzo di ispettori e funzionari che operano all'estero al fine di evitare forme di immigrazione irregolare negli Stati membri di appartenenza[12].

3. In senso funzionale alla lotta contro l'immigrazione illegale viene in rilievo anche l'attività esterna della Comunità[13].

Quella stessa norma, combinata con l'art. 300, par. 2 TCE, costituisce la base giuridica per la stipulazione di accordi di riammissione tra la CE e Stati terzi, o

---

10 Indicazioni *supra*, nota 7.

11 R. Pisillo Mazzeschi, *op. cit.*, p. 749 ss.

12 Sulla disciplina applicabile ai vettori v. G. Cellamare, *op. cit.*, p. 207 ss.; sui controlli esterni, v. in particolare la posizione comune 96/622/GAI del Consiglio, del 25 ottobre 1996, relativa alle missioni di assistenza e di informazione effettuate prima della frontiera, in *GUCE* L 281, 31 ottobre 1996, p. 1 s.; il piano di azione sull'affluenza di migranti dall'Iraq e regioni limitrofe, adottato dal Consiglio affari generali il 26-27 gennaio 1998 (*Boll. CE*, 1997, n. 12, punto 1.15); la decisione 2003/170/GAI del Consiglio, del 27 febbraio 2003, relativa all'utilizzazione "comune di ufficiali di collegamento distaccati all'estero dalle autorità dagli Stati membri incaricate dell'applicazione della legge", *GUUE* L 67, 12 marzo 2003, p. 27 ss.; il regolamento (CE) n. 377/2004 del Consiglio, del 19 febbraio 2004, concernente "la creazione di una rete di funzionari di collegamento incaricati dell'immigrazione", *GUUE* L 64, 2 marzo 2004, p. 1 ss.

13 V. ampiamente la comunicazione della Commissione dal titolo "integrare le questioni connesse all'emigrazione nelle relazioni dell'Unione europea con i Paesi terzi", COM(2002)703 def., del 3 dicembre 2002; per le indicazioni della Commissione (anche per le pertinenti Conclusioni del Consiglio europeo) cfr. COM(2003)355 def., dell'11 giugno 2003 (recante la proposta di regolamento istitutivo di un programma di assistenza finanziaria e tecnica ai Paesi terzi in materia di migrazione e asilo), p. 1 ss., e COM(2004)412 def., cit., in specie par. 3.2.3.; la comunicazione recante il "programma tematico della cooperazione con i Paesi terzi in materia di migrazioni e asilo", COM(2006)26 def., del 25 gennaio 2006, in specie par. 3.2.3.; la comunicazione "riguardante le priorità politiche nella lotta contro l'immigrazione clandestina di cittadini di Paesi terzi", COM(2006)402 def., 19 luglio 2006; la comunicazione sulla "applicazione dell'approccio globale in materia di migrazione alle aree orientali e sudorientali vicine all'Unione europea", COM(2007)247 def., 16 maggio 2007.

per l'inserimento di clausole di riammissione in accordi di cooperazione e di associazione con Stati terzi[14].

In generale, in base ai primi, ogni parte contraente, su richiesta dell'altra, si impegna, per l'appunto, a riammettere i propri cittadini o, talvolta, altre persone che abbiano soggiornato nel, o siano transitate dal, proprio territorio che non soddisfino, o (come si legge negli articoli III-267, par. 3, del Trattato costituzionale e 63 *bis*, par. 3, del Progetto di Trattato di modifica dei Trattati attuali) non soddisfino più, le condizioni di ingresso o di soggiorno della parte richiedente. Le clausole inserite in accordi di cooperazione e associazione, stabilendo un collegamento con gli aiuti e i benefici derivanti da detti accordi agli Stati terzi, costituiscono un mezzo per indurre questi ultimi a dare attuazione agli obblighi di riammissione.

La connessione tra rimpatrio e riammissione è evidente ove si consideri che l'effettività delle misure di rimpatrio molto spesso dipende dalla cooperazione dei Paesi di origine o di transito delle persone allontanate[15].

Sulla base di quanto precede possono svolgersi alcune considerazioni di carattere generale sugli accordi di riammissione.

Anzitutto è da ritenere che nel settore in esame non trovino applicazione le note indicazioni della Corte di giustizia sul superamento della costruzione che limita la conclusione di accordi internazionali ai soli casi previsti dal TCE[16]: in

---

[14] All'art. 63, par. 1, punto 3, lett. b) sono state riportate la decisione del Comitato esecutivo degli Accordi di Schengen concernente i principi generali per i mezzi di prova e gli indizi nel quadro degli accordi di riammissione tra gli Stati Schengen, nonché la decisione sulla cooperazione tra le parti contraenti in materia di espulsione di cittadini di Paesi terzi per via aerea, abrogata dalla direttiva 2003/110, cit. (art. 10): cfr. la decisione 1999/436 del Consiglio, del 20 maggio 1999, attributiva della base giuridica alle disposizioni dell'*acquis* di Schengen (*GUCE* L 176, 10 luglio 1999), con riferimento ai seguenti atti del Comitato: SCH/COM-ex(97)39 rev., 15 dicembre 1995; SCH/COM-ex (98)10, 21 aprile 1998.

[15] V. ampiamente COM(2002)175 def., cit., par. 3 s. A parte quanto è dato leggere in Conclusioni del Consiglio europeo (cfr. il par. 27 delle Conclusioni del Consiglio europeo di Tampere del 15-16 ottobre 1999; il par. 9 delle Conclusioni del Consiglio di Salonicco, cit.; il par. 31 delle Conclusioni del Consiglio di Bruxelles, del 16-17 ottobre 2003; il par. 1.6.4. del c.d. "Programma dell'Aja" annesso alle Conclusioni del Consiglio europeo di Bruxelles del 4-5 novembre 2004), si veda il contenuto degli accordi di riammissione, sui quali si tornerà nelle pagine che seguono.

[16] Come è noto, la Corte ha precisato che "ogni qual volta per la realizzazione di una politica comune prevista nel Trattato la Comunità ha adottato delle disposizioni che prevedono, sotto qualunque forma, regole comuni, gli Stati membri non hanno più il potere, sia che agiscano individualmente sia che agiscano collettivamente, di concludere con Stati terzi accordi dai quali derivano obblighi che incidono su tali regole": v. la sentenza del 31 marzo 1971, causa 22/70, *Commissione c. Consiglio*, *Raccolta*, p. 263 ss., punti 15 ss., 70, 77 e 84.; per l'evoluzione giurisprudenziale successiva: sentenza del 14 aprile 1976, cause riunite 3, 4 e 6/76, *Kramer e altri*, in *Raccolta*, p. 1279 ss.; parere del 26 aprile 1977, 1/76, *Fondo europeo d'immobilizzazione delle navigazioni interne*, *Raccolta*, p. 741 ss.; parere del 15 novembre 1994, 1/94, *Competenza della Comunità a stipulare accordi internazionali in materia di servizi e tutela della proprietà industriale–Procedimento ex art. 228, n. 6 del Trattato CE*, *Raccolta*, p. I-5267 ss., in specie i punti 77 e 89. Sugli aspetti considerati nel testo, con riferimento alle competenze *ex* art. 62, punto 2 TCE, cfr. K. Hailbronner, *op. cit.*, p. 65 s.; B. Nascimbene, *Relazioni esterne e Accordi di riammissione*,

altri termini, alla Comunità va riconosciuta attualmente una competenza concorrente a concludere accordi di riammissione. In tal senso depongono le riferite disposizioni del TCE e gli orientamenti della politica immigratoria della CE che, complessivamente considerati, denotano il persistere di competenze degli Stati membri nella *subiecta materia*. Questi in effetti stipulano accordi di riammissione[17]. Più in generale, in argomento, non è privo di rilievo ricordare che Dichiarazioni e Protocolli, concernenti la disciplina dell'asilo e dell'immigrazione, annessi al TCE danno rilievo alle valutazioni di politica estera degli Stati membri e riconoscono la competenza di questi a concludere accordi nei settori di cui si tratta[18].

Beninteso, quanto osservato non leva che, nell'esercizio – autonomo o concorrente – delle competenze esterne in parola, gli Stati membri, debbano attenersi al principio stabilito dall'art. 10 TCE e, per questo tramite, perseguire gli obiettivi dello "spazio di libertà, sicurezza e giustizia" (art. 2 TUE in combinazione con l'art. 61, par. 1 TCE)[19]. In altri termini, in una siffatta situazione di

in L. Daniele (a cura di), *Le relazioni esterne dell'Unione europea nel nuovo millennio*, Milano, 2001, p. 297 ss., in specie p. 300; *contra* G. Papagianni, *Free Movement of Persons in the Light of the New Title IV TEC: From Intergovernalism towards a Community Policy*, in *YEL*, 2001-2002, p. 107 ss., in specie p. 126 ss. Vasta è la bibliografia sulla competenza della Comunità a stipulare accordi e sulle pertinenti procedure decisionali: limitandoci ad alcune opere di carattere generale, anche per altre indicazioni, v. A. Tizzano, *Note in tema di relazioni esterne dell'Unione europea*, in *DUE*, 1999, p. 465 ss., e in L. Daniele (a cura di), *op. cit.*, p. 31 ss.; F. Pocar, *The Decision-Making Processes of the European Community in External Relations*, in E. Cannizzaro (ed.), *The European Union as an Actor in International Relations*, The Hague-London-New York, 2002, p. 3 ss.; G. Gaja, *Trends in Judicial Activism and Judicial Self-Restraint Relating to Community Agreements*, *ivi*, p. 117 ss.; Id., *Introduzione al diritto comunitario*, Bari, 2007, nuova ed. riveduta e aggiornata, p. 144 ss.; G. Tesauro, *Diritto comunitario*, Padova, 2005, IV ed., p. 75 ss.

17 Sui quali v. K. Hailbronner, *Readmission Agreements and the Obligations on States under Public International Law*, in *ZaöRV*, 1997, p. 1 ss.; F. Pastore, *L'obbligo di riammissione in diritto internazionale: sviluppi recenti*, in *RDI*, 1998, p. 968 ss.; G. Cellamare, *op. cit.*, p. 231 ss., anche per la convergenza tra il Governo e il Parlamento nell'ammettere la loro stipulazione nella forma semplificata.

18 V. la Dichiarazione sull'articolo 62, punto 2, lett. b); la Dichiarazione sull'articolo 63, punto 3, lett. a); il Protocollo n. 31, sulle relazioni esterne degli Stati membri in materia di attraversamento delle frontiere esterne.

19 Cfr. K. Hailbronner, *Immigration*, cit., p. 65 s., che interpreta il protocollo indicato nella nota che precede alla luce dell'art. 10 TCE; B. Nascimbene, *Relazioni*, cit., p. 309 s. (il quale rileva infine che il riconoscimento di una competenza esclusiva esterna "dipende dall'evoluzione stessa della politica di immigrazione"). In argomento si vedano altresì R. Cholewinski, *The EU Acquis on Irregular Migration: Reinforcing Security at the Expense of Rights*, in *EJML*, 2000, p. 361 ss., in specie, p. 394, anche per l'opinione espressa dal servizio giuridico del Consiglio; e M. Schieffer, *Community Readmission Agreements with Third's Countries – Objectives, Substance and Current Negotiations*, *ivi*, p. 343 ss., il quale peraltro – a p. 350 s. – prospetta il carattere esclusivo della competenza della Comunità in materia, pur riconoscendo che la prassi e le chiare prese di posizione degli Stati all'interno del Consiglio Giustizia e affari interni depongono nel senso qui accolto.

competenza concorrente, per indicazione della Corte di giustizia, opera comunque il limite posto dall'art. 10 TCE[20].

In secondo luogo, posto che la riammissione è da ricollegare alla circostanza che i cittadini di una parte contraente – o altre persone – non soddisfino, o non soddisfino più, le condizioni di ingresso o di soggiorno applicabili nel territorio dell'altra parte contraente, è ragionevole ritenere altresì che la richiesta di riammissione presupponga l'esistenza di un provvedimento di allontanamento fondato, evidentemente, sull'accertata violazione delle pertinenti norme immigratorie (sull'ingresso, il soggiorno) dello Stato richiedente, implicitamente richiamate dagli accordi in esame[21]. D'altro canto, come si avrà modo di approfondire[22], la riammissione presuppone che nei rapporti tra gli Stati interessati non sussistano obblighi internazionali suscettibili di limitare l'applicazione di quegli stessi accordi.

È appena il caso di ricordare infine che si ha riguardo a una materia nella quale trova applicazione il Protocollo n. 4 sulla posizione del Regno Unito e dell'Irlanda allegato al TCE: in assenza delle notificazioni previste dall'art. 3 – per la partecipazione all'adozione e applicazione delle misure proposte – o dell'art. 4 – concernente l'accettazione delle misure adottate – gli accordi di riammissione di cui è parte la Comunità non saranno obbligatori per il Regno Unito e l'Irlanda. Pertanto, i due Stati membri hanno notificato di voler partecipare all'adozione e applicazione delle decisioni relative alla conclusione di alcuni accordi di riammissione[23].

---

[20] Cfr. B. Nascimbene, *Relazioni*, cit., p. 309 s., richiamando il parere della Corte 1/94, cit.; nonché il parere del 24 marzo 1995, 2/92, *Competenza della Comunità o di una delle sue istituzioni a partecipare alla terza decisione modificata del Consiglio dell'OSCE relativa al trattamento nazionale*, *Raccolta*, p. I-521 ss. In generale sugli effetti dell'art. 10 TCE, tra le altre, v. la sentenza del 21 settembre 1983, cause riunite 205-215/82, *Deutsche Milchkontor c. Germania*, *Raccolta*, p. 2633 ss., in specie punto 17.

[21] In generale, sulle procedure di riammissione (ordinarie e accelerate) e gli aspetti considerati, nel testo, v. K. Hailbronner, *Readmission*, cit., p. 14 s.; F. Pastore, *op. cit.*, p. 990 ss.

[22] *Infra*, par. 8 s.

[23] Sui Protocolli in parola, v. G. Cellamare, *op. cit.*, p. 57 ss.; per le notificazioni richiamate nel testo, v. i documenti del Consiglio 9225/02 e 10148/03; inoltre, per il Regno Unito, il par. 4 del Preambolo della decisione 2004/424/CE del Consiglio, del 21 aprile 2004, sulla conclusione dell'Accordo, tra la Comunità europea e il governo della Regione ad amministrazione speciale di Macao della Repubblica popolare cinese, sulla riammissione delle persone in soggiorno irregolare (*GUUE* L 143, 30 aprile 2004, p. 97 s.); il par. 4 del Preambolo della decisione 2005/371/CE del Consiglio, del 3 marzo 2005, relativa alla firma dell'Accordo tra la Comunità e l'Albania (*GUUE* L 124, 17 maggio 2005, p. 21); il par. 5 del Preambolo della decisione 2005/372/CE del Consiglio, del 3 marzo 2005, relativa alla conclusione dell'Accordo con la Repubblica socialista di Sri Lanka (*ivi*, p. 41 ss.); il par. 6 della decisione 2007/341/CE del Consiglio, del 19 aprile 2007, relativa alla conclusione dell'Accordo di riammissione fra la Comunità europea e la Federazione russa (*GUUE* L 138, 17 maggio 2007, p. 38 ss.). La notifica *ex* art. 3, cit., nel testo, è stata effettuata anche dall'Irlanda con riguardo alla decisione 2004/80/CE del Consiglio, del 17 dicembre 2003, concernente la stipulazione dell'Accordo con l'Amministrazione speciale di Hong-Kong della Repubblica popolare cinese (*GUUE* L 17, 24 gennaio 2004, p. 23 ss.). Più recentemente la Commissione ha firmato altri accordi esaminati nelle pagine che seguono: dal testo reperibile *on line*

D'altro canto, escluso che questi ultimi possano essere considerati uno sviluppo dell'*acquis* di Schengen, in materia non potrà svolgere la sua funzione la disciplina del Protocollo n. 5 sulla possibile estensione alla Danimarca di quell'*acquis*, quale fonte di obblighi di diritto internazionale per detto Stato (par. 5)[24].

4. Il Consiglio europeo ha richiamato più volte l'attenzione sul nesso tra allontanamento delle persone soggiornanti illegalmente in Stati membri dell'UE e cooperazione con i Paesi di origine (e di transito) di quelle persone[25]: si pensi alla cooperazione amministrativa, tra Stati di partenza e di arrivo, necessaria per ottenere i documenti di viaggio o di identità degli immigrati illegali che non possano essere identificati. In proposito va ricordato che le procedure amministrative seguite da alcuni Stati hanno l'effetto di rallentare la determinazione della nazionalità o l'individuazione dell'identità di propri cittadini allontanati da altri Stati[26]: può accadere, cioè, che, di fatto, alcuni Stati frappongano ostacoli all'adempimento dell'obbligo di riammissione dei propri cittadini che, come è noto, è previsto da una norma di diritto internazionale consuetudinario[27]. Si tratta di un "principio di diritto internazionale" che "impedisce ai singoli Stati di negare ai propri cittadini l'ingresso ed il soggiorno nel proprio territorio"; quel principio – ha rilevato la Corte di giustizia – non è reso "inoperante" dal Trattato[28].

(nel sito www.consilium.europa.eu) risulta che il Regno Unito ha effettuato la dichiarazione di cui all'art. 3 cit., con riferimento agli Accordi tra la CE e la Bosnia-Erzegovina, nonché a quelli con la Macedonia, la Serbia e l'Ucraina (con esclusione, cioè dell'Accordo con il Montenegro); l'Irlanda con riferimento agli Accordi con la Macedonia e la Serbia. Nella sessione dell'8-9 novembre 2007, il Consiglio ha deciso la conclusione degli Accordi con gli Stati, tra quelli indicati, sorti dallo smembramento della ex Repubblica socialista di Iugoslavia: Conseil de l'Union Européenne, C*ommuniqué de Presse, 2827ème session du Conseil Justice et affaires intérieures*, Bruxelles, 8-9 novembre 2007, p. 37 (nello stesso sito).

[24] V. il doc. del COREPER 81/2000/249, del 17 marzo 2000. Agli accordi elencati nella nota che precede sono allegate delle dichiarazioni con le quali le parti contraenti sottolineano l'opportunità che la Danimarca e lo Stato terzo concludano un accordo di riammissione sul modello di quello di cui si tratta. Dichiarazioni di contenuto analogo hanno riguardo ai rapporti tra lo Stato terzo e quelli associati all'*acquis* di Schengen.

[25] V., ad es., il doc. ST13409/99ORI, del 2 dicembre 1999 ("Ripercussioni del trattato di Amsterdam sulle clausole di riammissione negli accordi comunitari e negli accordi tra la Comunità europea, i suoi Stati membri e i Paesi terzi") e il par. 1.6.4 del c.d. "Programma dell'Aja", cit.

[26] K. Hailbronner, *Immigration*, cit., p. 481 s.; S. Peers, *Irregular Immigration and EU External Relations*, in B. Bogusz, R. Cholewinski, A. Cygan, E. Szyszczak (eds.), *op. cit.*, p. 193 ss., in specie p. 198.

[27] In proposito, anche per altre indicazioni, v. K. Hailbronner, *Readmission*, cit., p. 1 ss.; F. Pastore, *op. cit.*, p. 968 ss.

[28] Sentenza del 4 dicembre 1974, causa 41-74, *van Duyn c. Home Office*, *Raccolta*, p. 1337 ss., punto 22; inoltre il punto 38 della sentenza del 16 luglio 1998, causa C-171/96, *Pereira Roque* e *Governor of Jersey*, *Raccolta*, p. I-4607 ss. Sugli obblighi di riammissione tra gli Stati membri v. G. Cellamare, *op. cit.*, p. 238 ss.

Orbene, i problemi applicativi di quella norma – la cui esistenza è stata diffusamente riconosciuta in dottrina – possono trovare la loro soluzione nella categoria generale degli accordi di cui si tratta[29].

D'altro canto, l'incremento dei flussi migratori – e, in quest'ambito, del fenomeno delle immigrazioni irregolari – ha determinato una moltiplicazione di accordi che, ribadito l'obbligo di riammissione, ne disciplinano la procedura, non trovando quest'ultima previsione in norme di diritto internazionale consuetudinario[30].

Con l'incremento di quei flussi, si è manifestato altresì l'orientamento tendente ad ampliare, a mezzo degli accordi in parola, l'ambito di applicazione dell'obbligo di riammissione ai cittadini di Stati terzi e a prevedere la c.d. ammissione in transito. In proposito va considerato che, nonostante l'esistenza di rapporti di buon vicinato tra Stati limitrofi, non è dato rilevare la formazione di una norma consuetudinaria che preveda, per gli Stati di provenienza o di transito dei cittadini di Stati terzi in posizione irregolare, l'obbligo di riammettere dette persone o, rispettivamente, di consentirne il transito a seguito di espulsione da parte dello Stato ospite[31].

Sulla base di quanto precede ben si comprende il rilievo attribuito dal Consiglio europeo alla stipulazione, tra la Comunità e Stati terzi, di accordi di riammissione, o all'inclusione di clausole di riammissione in accordi aventi diverso oggetto[32].

5. Il Consiglio Giustizia e affari interni ha delineato i criteri per l'individuazione degli Stati terzi con i quali avviare negoziati in materia: gli Stati dai quali deriva una pressione migratoria sull'UE; gli Stati parti di accordi di coopera-

---

29 Ancorché risultino controversi i presupposti e l'ambito di applicazione della stessa: in argomento, con ampi riferimenti alla prassi e alla dottrina, v. B. Nascimbene, *Il Trattamento dello straniero nel diritto internazionale ed europeo*, Milano, 1984, p. 243 s.; K. Hailbronner, *Readmission*, cit., p. 2 ss.; F. Pastore, *op. cit.*, p. 976 ss. Sull'esistenza dell'obbligo internazionale di accogliere le persone denazionalizzate, v. R. Quadri, *La sudditanza nel diritto internazionale*, Padova, 1936, p. 318 s.

30 Sul punto, tra gli altri, v. F. Pastore, *op. cit.*, p. 968 ss.

31 Cfr. nuovamente K. Hailbronner, *Readmission*, cit., pp. 25 ss. e 33 ss.

32 In proposito v. le Conclusioni dei Consigli di Tampere, cit. (par. 27); di Siviglia, del 21-22 giugno 2002 (paragrafi 30 e 33 ss.); di Salonicco, cit. (paragrafi 17-19); di Bruxelles, dell'ottobre 2003, cit. (par. 31), e del 4 e 5 novembre 2004 (par. 1.6.4). Gli accordi e le clausole indicati nel testo sono da tenere distinti dai trattati recanti intenti di collaborazione nella lotta contro le migrazioni illegali alla luce del principio e della prassi della riammissione; dai trattati con gli Stati terzi associati all'*acquis* di Schengen che estendono ai rapporti con detti Stati l'applicazione della disciplina della riammissione prevista da quell'*acquis;* dai trattati che, nel quadro più generale della cooperazione che si intende instaurare, riaffermano l'obbligo di riammissione previsto dal diritto internazionale consuetudinario e contemplano un *pactum de contrahendo* avente ad oggetto accordi bilaterali che disciplinano tale obbligo nei rapporti tra gli Stati membri e lo Stato terzo interessato; infine dai trattati di associazione che recano dichiarazioni con le quali le parti contraenti convengono di disciplinare sul piano bilaterale la riammissione dei propri cittadini, raramente estesa ai cittadini di Stati terzi: in proposito v. B. Nascimbene, *Relazioni*, cit., p. 304.

zione e di associazione; gli Stati individuati in considerazione della loro posizione geografica, come quelli adiacenti all'Unione; gli Stati con i quali la stipulazione di accordi di riammissione avrebbe l'effetto di valore aggiunto ai rapporti bilaterali già in atto con gli Stati membri[33].

Tuttavia, in una diversa e più ampia prospettiva, la Commissione ha suggerito di stabilire dei collegamenti tra l'attività negoziale in materia e altre politiche dell'UE vantaggiose per gli Stati terzi interessati[34].

Un siffatto approccio integrato – già prospettato dai Consigli europei di Tampere e di Laeken[35] – è stato ripreso dal Consiglio europeo di Siviglia, con l'indicazione di ulteriori criteri per l'individuazione degli Stati con cui stipulare accordi di riammissione[36]. Successivamente, il Consiglio europeo di Salonicco, rilevata l'esigenza di una "politica dell'Unione maggiormente strutturata che contempli" anche "la rapida conclusione di accordi di riammissione, con i paesi terzi di origine", ha ribadito "l'importanza di (…) un meccanismo di valutazione per controllare le relazione con i paesi terzi che non collaborano con l'UE nella lotta all'immigrazione clandestina"; inoltre ha considerato di primaria importanza, insieme ad altri parametri, la cooperazione di quei Paesi per la riammissione[37].

I criteri indicati dal Consiglio recano un generico riferimento ai collegamenti – a noi pare opportunamente sostenuti dalla Commissione – tra stipulazione degli accordi di riammissione e cooperazione economica con gli Stati interessati, cooperazione che consenta di incidere sulle cause delle migrazioni di persone da

---

33 Cfr. il doc. 7990/02 MIGR/32+GOR1, del 25-26 aprile 2002. In argomento, anche per le considerazioni che seguono, v. M. Schieffer, *op. cit.*, p. 344 ss.; D. Bouteillet-Paquet, *Passing the Buck: A Critical Analysis of the Readmission Policy Implemented by the European Union and Its Member States*, in *EJML*, 2003, p. 359 ss., in specie p. 368 ss.; S. Peers, *op. cit.*, p. 205 ss.

34 V. ad es. COM(2003)323, del 2 giugno 2003, recante la comunicazione della Commissione sullo "sviluppo di una politica comune in materia di immigrazione illegale, di introduzione clandestina e tratta di esseri umani, di frontiere esterne e di rimpatrio delle persone soggiornanti illegalmente", p. 13 ss.

35 V. par. 22 ss. delle Conclusioni del Consiglio di Tampere, cit.; e il par. 40 delle Conclusioni del Consiglio di Laeken, del 14-15 dicembre 2001.

36 Sottolineato che è obiettivo dell'Unione affrontare "le cause profonde" delle migrazioni clandestine e indicati gli strumenti (cooperazione economica, sviluppo degli scambi commerciali, aiuti allo sviluppo e prevenzione dei conflitti) per ridurre all'origine quelle cause, il Consiglio affermava l'urgenza di una "valutazione sistematica delle relazioni con in paesi terzi che non cooperano nella lotta contro l'immigrazione illegale", con la conseguente possibile adozione di "misure" o l'assunzione di "posizioni nel quadro della politica estera e di sicurezza comune e delle altre politiche dell'Unione europea, nel rispetto degli impegni assunti dall'Unione": par. 33 ss. delle Conclusioni del Consiglio europeo del 21-22 giugno 2002. Quest'ultima affermazione appare poco congruente, ci sembra, con un approccio integrato che miri a risolvere le cause profonde dell'immigrazione illegale: cfr. di seguito, nel testo. V. pure il doc. del Consiglio 13894/02, del 13 novembre 2002, con l'indicazione di ulteriori criteri per l'individuazione degli Stati con cui stipulare gli accordi di riammissione.

37 Punti 9 e 19 delle Conclusioni, cit.

quegli stessi Stati[38]. Invero, in argomento va considerato che, pur prevedendo obblighi reciproci, gli accordi di riammissione svolgono i loro effetti utili fondamentalmente a favore degli Stati di immigrazione; di qui l'esigenza – sostenuta dalla Commissione – di compensare la loro conclusione con misure vantaggiose per gli Stati terzi[39].

Nella prassi tale compensazione si è manifestata soprattutto a mezzo della conclusione di accordi sui visti, di cui beneficiano principalmente i cittadini degli Stati terzi: in altri termini, la Comunità ha stipulato con lo stesso Stato accordi di riammissione e accordi sui visti per soggiorni di breve durata volti a snellire le procedure di rilascio di detti visti[40].

L'orientamento descritto è stato seguito nei rapporti con dei Paesi asiatici, con l'Albania, la Russia; recentemente, anche nell'ambito di più ampi indirizzi di politica estera della Comunità, sono stati firmati degli accordi – alcuni dei quali tra loro quasi identici – con la Bosnia-Erzegovina, la Moldavia, l'ex Repubblica iugoslava di Macedonia, il Montenegro, la Serbia e l'Ucraina[41]. Nella

---

38 Indicazioni *supra*, nota 34; *adde* COM(2002)175 def., cit., par. 2.5 e COM(2002)703 def., del 3 dicembre 2002, recante la comunicazione della Commissione dal titolo integrare le questioni connesse all'emigrazione nelle relazioni dell'Unione europea con i Paesi terzi, p. 25 (anche per i programmi comunitari di sostegno alle riforme legislative e amministrative – MEDA, PHARE, TACIS, ecc. – dei Paesi terzi di emigrazione: p. 18 ss.). Sui rapporti tra obiettivi dello spazio di libertà, sicurezza e giustizia e sostegno finanziario agli Stati di immigrazione, v. la comunicazione della Commissione istitutiva di un "programma quadro sulla solidarietà e gestione dei flussi migratori per il periodo 2007-2013", COM(2005)123 def., del 6 aprile 2005.

39 Cfr. i documenti citati nella nota che precede. Con il regolamento (CE) n. 491/2004 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 10 marzo 2004 (*GUUE* L 80, 18 marzo 2004, p. 1 ss.), è stato istituito un programma di assistenza finanziaria e tecnica ai Paesi terzi in materia di migrazione e asilo (AENEAS). I limitati obiettivi di detto regolamento appaiono poco congruenti con le affermazioni di principio del Consiglio europeo, a sostegno dei Paesi di immigrazione. Più incisivo – nel senso sostenuto dalla Commissione – è il regolamento (CE) n. 1638/2006 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 24 ottobre 2006, "recante disposizioni generali che istituiscono uno strumento europeo di vicinato e partenariato" (*GUUE* L 310, 9 novembre 2007, p. 1 ss.), con indicazione degli Stati partner, tra i quali alcune parti degli accordi successivamente esaminati (Moldavia e Ucraina). V. pure il regolamento (CE) n. 951/2007 della Commissione, del 9 agosto 2007, "che stabilisce le misure di esecuzione dei programmi di cooperazione transfrontaliera finanziati nel quadro del regolamento (CE) n. 1638/2006", *GUUE* L 210, 10 agosto 2007, p. 10 ss. In argomento v. M. Lefebvre, *La politique de voisinage: nouveau départ pour une ambition géopolitique*, in *RMCUE*, 2007, p. 21 ss.

40 Inoltre, fissano i termini per la decisione in materia; semplificano i criteri per la concessione dei visti per ingressi multipli delle persone indicate dagli stessi accordi; stabiliscono l'importo da corrispondere per il rilascio dei visti, prevedendo l'esenzione dal pagamento dei diritti a favore di alcune categorie di persone, nonché dell'obbligo del visto per i titolari di passaporto diplomatico.

41 Indicazioni s*upra*, nota 23. I citati Accordi di riammissione con i governi delle Regioni ad amministrazione speciale di Hong Kong e di Macao richiamano (par. 2 del Preambolo) il regolamento (CE) n. 539/2001 del Consiglio (del 15 marzo 2001, *GUCE* L 81, del 21 marzo 2001, p. 1 ss.) che esenta dall'obbligo del visto i titolari di passaporto (anche) di dette Regioni, così ponendo un rapporto diretto tra i medesimi accordi e quell'esenzione. In connessione con gli altri accordi di riammissione indicati in quella stessa nota vanno considerati l'Accordo (del 25 maggio 2006) tra la Comunità europea e la Federazione russa di facilitazione del rilascio dei visti ai cittadini

sessione dell'8-9 novembre 2007, il Consiglio ha adottato le decisioni sulla conclusione di alcuni tra detti accordi (con gli Stati sorti dallo smembramento della ex Repubblica socialista di Iugoslavia); a quanto sembra, è prossimo il perfezionamento del procedimento di stipulazione degli altri accordi firmati dalla Commissione[42].

L'operare concomitante degli accordi di riammissione e sul rilascio dei visti ora richiamati favorisce la formazione di un quadro giuridico unitario in dette materie, nei rapporti tra ciascuno degli Stati indicati e i Paesi membri dell'UE, con eccezione tra questi di quelli ai quali gli strumenti in parola non si applicano[43].

Vale la pena di soffermarsi su alcuni aspetti degli accordi di riammissione, che invero seguono da vicino quello già concluso con l'Albania.

6. Sulla falsariga di quanto altrove previsto, gli accordi contemplano anzitutto l'obbligo delle parti contraenti di riammettere i propri cittadini: costituendo la cittadinanza un presupposto della riammissione, gli stessi atti indicano i documenti e i mezzi per l'accertamento di quel presupposto, nonché, quasi sempre, i criteri che consentano di presumerne *prima facie* l'esistenza[44]; contemplano

---

dell'Unione europea e della Federazione russa (*GUUE* L 129, 17 maggio 2007, p. 27 ss.); nonché gli accordi sui visti firmati con l'Ucraina (18 giugno 2007), l'Albania, la Bosnia-Erzegovina, il Montenegro, la Serbia (18 settembre 2007) e (il 10 ottobre dello stesso anno) con la Moldavia (reperibili *on line* nel sito del Consiglio già indicato). Sulle difficoltà incontrate dalla Commissione nel negoziare accordi recanti le clausole di riammissione di cittadini di Stati terzi e sui collegamenti tra negoziati di accordi di riammissione e sul rilascio dei visti, v. A. Raig, T. Haddleston, *EC Readmission Agreements: A Re-evaluation of the Political Impasse*, in *EJML*, 2007, p. 363 ss. Gli accordi con la Federazione russa vanno intesi altresì alla luce della realizzazione dello spazio comune di libertà, di sicurezza e di giustizia le cui linee guida sono state definite nel summit di san Pietroburgo del 31 maggio 2004 (reperibile *on line* nel sito europa.eu); d'altro canto la loro conclusione è stata facilitata dal raggiungimento di un accordo politico sul traffico transfrontaliero a Kaliningrad (indicazioni in COM(2005)184 def., del 10 maggio 2005, "Il programma dell'Aja: dieci priorità per i prossimi cinque anni. Partenariato per rinnovare l'Europa nel campo della libertà, sicurezza e giustizia"): cfr. M. Schieffer, *op. cit.*, p. 345. Con riferimento ai rapporti tra CE e la Moldavia, v. COM(2007)504, del 5 settembre 2007, p. 2, i riferimenti all'Accordo di partenariato e cooperazione del 28 novembre 1994 (cfr. *supra*, nota 39); sui rapporti con la Macedonia, v. COM(2007)432, del 19 luglio 2007, p. 2, anche per la prevista stipulazione di un accordo di riammissione sulla base dell'Accordo di stabilizzazione e di associazione dell'aprile 2001; analogamente l'art. 27 dell'Accordo di partenariato e cooperazione tra la Comunità e l'Ucraina del 14 giugno 1994, *GUCE* L 409, 19 febbraio 1998, p. 3 ss.

[42] Cfr. le indicazioni temporali desumibili dalla decisione 2006/440/CE del Consiglio, del 1° giugno 2006, "che modifica l'allegato 12 dell'istruzione consolare comune e l'allegato 14 del manuale comune relativamente ai diritti da riscuotere corrispondenti alle spese amministrative per il trattamento delle domande di visto", *GUUE* L 175, 29 giugno 2006, p. 77 ss.

[43] Cfr. *supra*, par. 2.

[44] Articoli 2, 4, 8 degli Accordi con la Bosnia-Erzegovina, con la Moldavia, la Macedonia, il Montenegro e la Serbia, e gli Annessi 1 e 2 agli stessi. La disciplina di cui si tratta è contenuta nell'art. 2 dell'Accordo con l'Ucraina, il quale tuttavia non prevede la presunzione di cittadinanza; gli Annessi allo stesso (1 e 2), quindi, hanno riguardo esclusivamente ai documenti probatori della cittadinanza.

altresì le procedure, la collaborazione diplomatica o consolare in materia e stabiliscono con precisione i tempi entro i quali la parte richiesta deve rilasciare i documenti di viaggio per il ritorno della persona da riammettere e le conseguenze dell'inosservanza di quei tempi[45].

La previsione dei medesimi rende spedita la procedura di riammissione e appare volta a favorire dei collegamenti funzionali tra le legislazioni immigratorie sul trattenimento degli stranieri, in vista del loro allontanamento, e la disciplina della riammissione[46].

Eccettuato quello con l'Ucraina, gli accordi estendono l'operare dell'istituto in esame (precisando talvolta "se possibile") ai figli minorenni delle persone da riammettere a titolo principale, nonché ai coniugi di queste che abbiano o ottengano il diritto di ingresso o di soggiorno nel territorio dello Stato richiesto, a meno che i figli o i coniugi non godano di un diritto autonomo di residenza nello Stato richiedente[47].

La riammissione, dunque, prescinde dal luogo di nascita o dalla cittadinanza delle persone interessate; è ricollegata unicamente ai loro rapporti familiari (di filiazione, di coniugio) con gli individui da riammettere a titolo principale e all'assenza di un diritto autonomo di residenza nel territorio dello Stato richiedente. Siffatta disciplina, ancorché innovativa, riecheggia alcuni dei criteri utilizzati dalla Corte europea dei diritti dell'uomo (i rapporti indicati, la minore età, il grado di collegamento con lo Stato ospite variamente desumibile) per giudicare se l'espulsione di uno straniero, dal territorio di uno Stato parte della CEDU, realizzi una interferenza nella sua vita familiare vietata dall'art. 8 della

---

45 Siffatte previsioni sono comuni agli Accordi con la Bosnia-Erzegovina, la Macedonia, il Montenegro e la Serbia (articoli 2, par. 4, e 6-10), ancorché siano rilevabili alcune differenze nella disciplina prevista dal secondo accordo (art. 2, par. 4). Meno preciso è l'art. 2, par. 2 dell'Accordo con l'Ucraina (contempla il rilascio del documento di viaggio "*sans délai*" e per un periodo di validità di almeno sei mesi). D'altro canto, il medesimo non reca la presunzione di accettazione del documento di viaggio standard dell'UE per l'allontanamento, bensì prevista dagli altri atti in esame ove lo Stato terzo richiesto non rinnovi la validità del documento di viaggio già rilasciato al proprio cittadino da riammettere.

46 Sulla possibile funzione del trattenimento come mezzo per porre rimedio alle difficoltà di individuazione dello Stato di appartenenza dello straniero, in assenza di accordi di riammissione, v. C. Favilli, *La nuova disciplina dell'espulsione amministrativa*, in *RDI*, 1998, p. 769 ss., in specie p. 737.

47 Art. 2, par. 2 degli accordi; l'espressione "è possibile" è contenuta negli Accordi con la Macedonia e con la Serbia. In dichiarazioni annesse agli stessi le parti contraenti si impegnano a porre in essere misure che garantiscano il principio dell'unità familiare; anzi, la sua applicazione dovrebbe essere sottoposta al controllo del Comitato misto per la riammissione previsto da tutti gli atti in esame (art. 15 dell'Accordo con l'Ucraina; art. 18 degli altri). Tale Comitato funziona come organo di controllo dell'attuazione dell'accordo pertinente e fissa le modalità di applicazione dello stesso adottando decisioni obbligatorie per le parti; non è previsto che tali decisioni siano sottoposte alla valutazione ancorché solo politica dei parlamenti nazionali e di quello europeo. Questo rimane del tutto estraneo alle decisioni derivanti dall'accordo; si ripropone così una procedura che è fattore di squilibrio democratico: in argomento, anche per altre indicazioni, con riguardo alle istituzioni dell'Unione, di recente v. E. Triggiani, *La cittadinanza europea per la "utopia" sovranazionale*, in questa *Rivista*, 2006, p. 435 ss., in specie p. 473 ss.

medesima Convenzione[48]. La riammissione, cioè, è funzionale al rispetto del diritto riconosciuto da questa norma e da altre disposizioni contenute in convenzioni sui diritti dell'uomo, come si vedrà, richiamate dagli accordi in esame.

Come è facile scorgere, la disciplina riferita è suscettibile di ostacolare la possibilità che i vincoli familiari possano essere invocati, sulla base di quelle disposizioni, quale limite all'allontanamento (da parte) della persona da riammettere a titolo principale.

Degna di nota altresì la prevista riammissione degli individui che abbiano rinunciato alla cittadinanza dello Stato richiesto dopo essere entrati nel territorio di quella richiedente, a meno che non abbiano ricevuto da questa quanto meno la promessa di essere naturalizzati[49].

Seguendo la prassi normativa nota in materia, sono previste clausole di salvaguardia dello Stato richiesto, ove, in dati limiti di tempo, sia costatato che non ricorrono le condizioni per la riammissione già autorizzata: ad es. nel caso in cui per errore si ritenga che la persona interessata possieda la cittadinanza della parte richiesta all'uscita dal territorio di quella richiedente; in una siffatta ipotesi, quest'ultima è tenuta a riammettere quella persona[50].

7. Sulla base degli elementi probatori disciplinati dagli accordi, può aversi altresì la riammissione dei cittadini di Stati terzi in situazione irregolare in possesso, almeno al momento dell'ingresso nel territorio della parte richiedente, di un visto o di un permesso di soggiorno validi rilasciati dalla parte richiesta, ovvero di coloro che siano entrati "irregolarmente e direttamente" nel territorio dello Stato richiedente, dopo aver soggiornato nel, o transitate dal, territorio di quello richiesto[51].

D'altro canto, gli Stati sorti a seguito dello smembramento della ex-Repubblica socialista di Iugoslavia sono tenuti a riammettere i cittadini di quella ex-Repubblica privi di altra cittadinanza, purché nati e residenti a titolo permanente nello Stato di cui si tratta alla data critica indicata[52].

---

48 Per i criteri richiamati nel testo, tra le decisioni più recenti, con rinvii ai precedenti giurisprudenziali pertinenti (in specie all'affare *Boultif* c. *Svizzera*), v. la sentenza resa dalla Grande Camera il 18 ottobre 2006 nell'affare *Üner* c. *Paesi Bassi* (reperibile *on line* nel sito www.echr.coe.int), par. 54 ss.

49 Quest'ultima precisazione (contenuta negli articoli 2, par. 3, e 4, par. 3, degli accordi) fa difetto all'art. 2, par. 1 dell'Accordo con l'Ucraina.

50 Art. 4 dell'Accordo con l'Ucraina; art. 12 degli altri accordi. Sulla prassi richiamata, nel testo, v. gli autori citati *supra*, nota 17.

51 V. gli articoli 3 e 7 dell'Accordo con l'Ucraina (che hanno riguardo unicamente all'ipotesi di persona entrata illegalmente nel territorio del richiedente provenendo direttamente dall'altro Stato e che sia in possesso di un'autorizzazione di soggiorno o di un visto valido rilasciati da detto Stato; con esclusione quindi della riammissione ricollegata a presunzioni probatorie); gli articoli 3, 5 e 9 degli altri accordi, nonché gli Annessi 3 e 4 agli stessi (recanti la lista dei documenti probatori o che costituiscono un indizio di prova delle condizioni di riammissione). Il riferimento al transito o al soggiorno è presente nelle disposizioni degli Accordi con la Macedonia e la Serbia.

52 Art. 3, par. 3 degli accordi, ai quali sono allegate le liste dei documenti probatori di quella cittadinanza (Annesso 5).

La disciplina della riammissione dei cittadini di Stati terzi è estesa, con i necessari adattamenti, agli apolidi[53].

Mutatis mutandis, anche per la riammissione dei cittadini di Stati terzi e degli apolidi funziona la riferita clausola generale di salvaguardia dello Stato richiesto, con la ripresa in carico di quelle persone da parte del richiedente.

Da quanto precede risulta, dunque, che i presupposti della riammissione considerata in questo paragrafo possono essere di due tipi, ciascuno con possibili varianti interne: possono essere costituiti, cioè, da elementi di fatto (nascita, soggiorno, transito) e da atti giuridici (visto, titolo di soggiorno). Sebbene di diversa natura, quei presupposti appaiono indicativi del valore decisivo che, per la riammissione, viene generalmente riconosciuto dalle parti contraenti al collegamento esistente tra i cittadini di Stati terzi e la parte richiesta.

Coerente con tale valutazione normativa è la previsione di eccezioni alla riammissione in presenza di un eventuale più stretto collegamento che possa stabilirsi tra lo straniero e lo Stato richiedente: in particolare, in caso soltanto di transito attraverso un aeroporto internazionale della parte richiesta e nell'ipotesi di rilascio da parte dello Stato richiedente di un visto o permesso di soggiorno prima o dopo l'ingresso nel suo territorio, purché di durata superiore a quello rilasciato dalla parte richiesta e non ottenuti con documenti falsi e contraffatti[54].

Nel senso indicato depongono altresì i criteri previsti per l'eventuale distribuzione dell'obbligo di riammissione tra più Stati membri che abbiano rilasciato il visto o il permesso di soggiorno al cittadino dello Stato terzo o all'apolide: nell'ordine, allo Stato membro che ha rilasciato il documento con il periodo di validità più lungo, oppure, in caso di uno o più documenti scaduti, a quello che ha rilasciato il documento ancora valido. Ove tutti i documenti siano scaduti, l'obbligo incombe allo Stato membro che ha rilasciato il documento più recente; in assenza di documenti, a quello dal cui territorio siano partite le persone di cui si tratta[55].

8. Sulla falsariga dell'art. 7 del modello di accordo raccomandato dal Consiglio nel 1994[56], allo scopo di facilitare l'esecuzione di un provvedimento di

---

53 Indicazioni nella nota che precede.

54 Le norme, indicate in nota 51, presentano alcune varianti: la parte finale della formula di base riferita nel testo è arricchita da altre condizioni negli Accordi con la Macedonia e con la Serbia, costituite dal soggiorno o transito dell'interessato nel territorio della parte richiesta; ovvero dalla violazione da parte dello stesso delle condizioni per il rilascio del visto unitamente al soggiorno o transito in parola (art. 3, par. 2). In argomento v. K. Hailbronner, *Readmission*, cit., p. 27 s.; F. Pastore, *op. cit.*, p. 999 s., anche per un esame delle norme, già note, di contenuto analogo a quelle considerate.

55 Indicazioni *supra*, nota 51.

56 Le raccomandazioni del 30 novembre 1994, sull'adozione di un "documento di viaggio standard (lasciapassare) per l'allontanamento di cittadini di Stati terzi" e su un "modello di accordo bilaterale di riammissione tra uno Stato membro e uno Stato terzo", possono leggersi in E. Guild, *The Developing Immigration and Asylum Policies of the European Union*, The Hague-London-Boston, 1996, p. 385 ss.

allontanamento (o di respingimento) dello Stato richiedente, gli accordi di riammissione prevedono che le altre parti contraenti autorizzano il transito sul proprio territorio delle persone oggetto del provvedimento, purché "siano garantiti il proseguimento del viaggio" in altri Stati di transito e "la riammissione da parte di quello di destinazione"[57].

In vista di quella autorizzazione, dunque, non è richiesto alcun collegamento tra l'individuo e lo Stato richiesto; è sufficiente l'iniziativa dello Stato richiedente, al quale, d'altro canto, competono i costi e la riuscita dell'allontanamento. Si tratta, cioè, di clausole che estendono la cooperazione tra le parti contraenti nel settore in esame[58].

Il funzionamento dell'istituto descritto incontra dei limiti[59]: gli Stati "possono opporsi al transito" ove la persona interessata rischi "realmente di subire torture, pene o trattamenti inumani o degradanti, o la pena di morte, oppure di essere perseguitata per motivi di razza, religione, nazionalità, appartenenza a un determinato gruppo sociale o per le opinioni politiche nello Stato di destinazione o in un altro Stato di transito"; inoltre "se deve subire una sanzione penale nello Stato richiesto o in altro Stato di transito", nonché per motivi di ordine pubblico, pubblica sanità, sicurezza interna, o attinenti agli interessi nazionali dello Stato richiesto[60].

La disposizione riferita va intesa alla luce delle clausole, contenute negli accordi in esame, che stabiliscono la "non incidenza" dei medesimi "sui diritti, gli obblighi e le responsabilità" della CE, dei suoi Stati membri e degli Stati balcanici, "derivanti dal diritto internazionale, in particolare": (secondo la formulazione più utilizzata e dettagliata) dalla Convenzione di Ginevra sullo *status* dei rifugiati, dalle convenzioni internazionali che determinano lo Stato membro competente a esaminare le domande di asilo, dalla CEDU, dalla Convenzione delle Nazioni Unite contro la tortura e altri trattamenti crudeli, inumani degradanti, dalle convenzioni internazionali sull'estradizione e sul transito, da altri accori multilaterali di riammissione[61].

---

57 V. gli articoli 10-12 dell'Accordo con l'Ucraina e 13-15 degli altri accordi. In argomento v. K. Hailbronner, *Readmission*, cit., p. 30; F. Pastore, *op. cit.* p. 1002 ss.

58 Cfr. i due scritti indicati nella nota che precede.

59 In accordi bilaterali già noti in materia (per quelli stipulati dall'Italia, v. il nostro *La disciplina*, cit., p. 236 s.) quei limiti sono costituiti spesso dal rischio di persecuzione delle persone oggetto del provvedimento o di loro estradizione *déguisée* (in argomento v. Rouget, *Le respect du droit extraditionnel et les "extraditions déguisées"*, in *RTDH*, 1999, numero speciale del gennaio 1999, dal titolo *La police des étrangers et la Convention européenne des droits de l'homme*, p. 169 ss.).

60 V. l'art. 10, par. 4 dell'Accordo con l'Ucraina, e l'art. 13, par. 3 degli altri accordi.

61 V. l'art. 17 degli accordi da ultimo richiamati nella nota che precede. L'art. 14 dell'Accordo con l'Ucraina prende in considerazione gli atti internazionali vincolanti per i membri dell'Unione e per lo Stato terzo; in particolare quelli sui diritti umani elencati nel Preambolo, tra i quali non figura, quindi, la Convenzione delle Nazioni unite sulla tortura e gli altri trattati di riammissione. Anche l'Accordo con l'Albania (art. 17) rinvia agli obblighi internazionali assunti dagli Stati interessati e richiama le convenzioni indicate nel testo, con conseguente esclusione di quella sulla tortura e del Patto sui diritti civili e politici. Vale la pena di ricordare che le norme citate sono pre-

D'altro canto, ai sensi dell'art. 6, par. 2 TUE, l'Unione rispetta i diritti dell'uomo garantiti dalla CEDU "in quanto principî generali". Tale qualificazione non può essere priva di rilievo: sulla base della stessa, nel coordinamento tra quei principî e norme contenute in accordi della Comunità, come tali sottoposti ai Trattati istitutivi[62], i primi prevalgono sulle seconde, influendo sulla loro interpretazione e orientandone il contenuto in senso conforme alla tutela dei diritti fondamentali[63].

cedute da altre che disciplinano ampiamente la tutela dei dati a carattere personale degli individui interessati alle procedure di riammissione.

62 Indicazioni giurisprudenziali, tra gli altri, in G. Strozzi, *Diritto dell'Unione europea. Parte istituzionale. Dal Trattato di Roma alla Costituzione europea*, Torino, 2005, III ed., p. 230 s.

63 Come "risulta da costante giurisprudenza, le esigenze inerenti alla tutela dei principi generali riconosciuti nell'ordinamento giuridico comunitario, fra i quali vanno annoverati i diritti fondamentali, vincolano parimenti gli Stati membri quando danno esecuzione alle discipline comunitarie, ed essi sono pertanto tenuti, quanto più possibile, ad applicare tali discipline nel rispetto delle dette esigenze": così la Corte nella sentenza del 27 giugno 2006, causa C-540/03, *Parlamento europeo c. Consiglio dell'Unione europea*, *Raccolta*, p. I-5769 ss., punto 105. Ampia è la bibliografia sull'incidenza dei principi di diritto comunitario, nel senso accolto nel testo: tra gli altri, v. G. Gaja, *The Protection of Human Rights under the Maastricht Treaty*, in D. Curtin, T. Heukels (eds.), *Institutional Dynamics of European Intregration. Essays in Honour of Henry G. Schermers*, II, Dordrecht-Boston-London, 1994, p. 549 ss, in specie p. 551; Id., *Introduzione*, cit., 103 ss.; G. Tesauro, *op. cit.*, p. 97 ss.; T. Tridimas, *The General Principles of EU Law*, Oxford, 2006, II ed., pp. 50 ss. e 298 ss.

Con riguardo ai possibili conflitti tra i diritti fondamentali e interessi espressi da norme comunitarie, questione altamente controversa, qui è sufficiente ricordare che la Corte di giustizia ha affermato l'esigenza di uniformità intrinseca dell'ordinamento comunitario (v. in particolare le sentenze del 13 luglio 1989, causa 5/88, *Wachauf c. Repubblica federale di Germania*, *Raccolta*, p. 2609 ss., punto 68; del 10 gennaio 1992, causa 177/90, *Kühn c. Landwirtschaftskammer Weser-Ems*, *Raccolta*, p. I-35 ss., punto 15 ss.; inoltre, più in generale, del 30 luglio 1996, causa C-84/95, *Bosphorus Airways c. Minister for Transport, Energy and Communication ed altri*, *Raccolta*, p. I-3953, punto 18 ss.). Peraltro, sull'incidenza nei settori in esame degli obblighi derivanti agli Stati membri dalla Convenzione europea, v. K. Hailbronner, *Immigration*, cit., p. 4; e S. Peers, *Human Rights, Asylum and European Community Law*, in *Refugee Survey Quarterly*, 2005, p. 24 ss. Sul rilievo ("costituzionale") che il Trattato di Amsterdam ha riconosciuto alla tutela dei diritti umani, in specie a quelli previsti dalla CEDU, con particolare riguardo allo "spazio" di cui si tratta, v. B. Nascimbene, *Tutela dei diritti fondamentali e competenze della Corte di giustizia nel Trattato di Amsterdam*, in *Scritti in onore di Giuseppe Federico Mancini*, II, *Diritto dell'Unione europea*, Milano, 1998, p. 683 ss.; S. Peers, *Human Rights in the EU Legal Order*: *Practical Relevance for EC Immigration and Asylum Law*, in S. Peers, N. Rogers (eds.), *EU Immigration and Asylum Law. Text and Commentary*, Leiden-Boston, 2006, p. 115 ss.; U. Villani, *Osservazioni sulla tutela dei principi di libertà, democrazia, rispetto dei diritti dell'uomo e stato di diritto nell'Unione europea*, in questa *Rivista*, 2007, p. 27 ss.

In generale, sui problemi di coordinamento tra atti internazionali sui diritti individuali e tra questi e altri atti internazionali, v. i classici svolgimenti di F. Capotorti, *Interferenze tra la Convenzione europea dei diritti dell'uomo ed altri accordi e loro riflessi negli ordinamenti interni*, in *Com. St.*, 1966, p. 117 ss.; e di G. Cohen Jonathan, *Les rapports entre la Convention européenne des Droits de l'Homme et les autres traités conclus par les Etats Parties*, in R. A. Lawson, M. de Bloijs (eds.), *op. cit.*, III, p. 79 ss.

Per indicazione della Corte di giustizia, siffatta influenza va riconosciuta anche ai principî di diritto internazionale consuetudinario[64], tra i quali, secondo una diffusa opinione, figura quello di *non refoulement*, ancorché sia controverso il suo ambito di applicazione[65].

Ciò posto, a noi pare che l'espressione "possono opporsi al transito", sopra riportata, rinviando all'operare degli accordi di riammissione, intenda chiarire, pedagogicamente, che non si ha violazione di questi ove le autorità competenti rifiutino il transito per una delle cause prese in considerazione. Da quell'espressione non potrebbe desumersi, invece, la facoltà di applicare gli accordi di riammissione ancorché sussistano i rischi indicati: in effetti si tratta di rischi cui hanno (già) riguardo le norme internazionali richiamate dalla clausola di non incidenza, sulle quali, per l'appunto, non incidono gli accordi stipulati dalla CE[66]. Anzi, trattandosi di atti internazionali forniti di sistemi di controllo sull'attuazione degli obblighi previsti, appare lecito ritenere che le norme in essi contenute debbano essere intese alla luce della giurisprudenza, in senso lato, dei pertinenti organi di controllo. Ciò vale, in particolare, per le disposizioni della CEDU, data la centralità del ruolo attribuito alla Corte europea dei diritti dell'uomo nell'interpretazione e applicazione di quelle disposizioni[67]: siffatto ruolo

---

64 V. le sentenze della Corte del 4 dicembre 1974, causa 71/74, *van Duyn c. Home Office*, *Raccolta*, p. 1337 ss., punto 22; del 16 giugno 1998, causa C-162/96, *Racke GmbH & Co. c. Hauptzollamt Mainz*, *Raccolta*, p. I-3655 ss., punto 24; inoltre la sentenza del Tribunale di primo grado del 22 gennaio 1997, causa T-115/94, *Opel Austria GmbH c. Consiglio dell'Unione Europea*, *Raccolta*, p. II-39 ss., punto 90 ss. (anche per il collegamento tra la violazione del diritto consuetudinario e la potenziale violazione del diritto comunitario, sicché il primo può essere utilizzato nell'interpretazione del secondo). In argomento, anche per altre indicazioni, v. A. Gianelli, *Unione europea e diritto internazionale consuetudinario*, Torino, 2004, p. 102 ss. e *passim*.

65 Tra gli altri v. K. Hailbronner, *Comments on: The Right to Leave, the Right to Return and the Question of a Right to Remain*, in V. Gowland-Debbas (ed.), *The Problem of Refugees in the Light of Contemporary International Law Issues*, The Hague, 1996, p. 114 ss.; N. Coleman, Non-Refoulement *Revised. Renewed Review of the Status of the Principle of* Non-Refoulement *as Customary International Law*, in *EJML*, 2003, p. 23 ss.; P. Benvenuti, *La Convenzione di Ginevra sullo* status *dei rifugiati*, in L. Pineschi (a cura di), *La tutela internazionale dei diritti umani. Norme, garanzie, prassi*, Milano, 2004, p. 151 ss., in specie, p. 167 s.; J. C. Hathaway, *The Rights of Refugees under International Law*, Cambridge, 2005, p. 307 ss.; G. S. Goodwin-Gill, J. McAdam, *The Refugee in International Law*, Oxford, 2007, III ed., pp. 201 ss. e 345 ss.

66 Ciò, si noti, diversamente da quanto previsto rispetto agli accordi bilaterali di riammissione anche futuri incompatibili con quelli in esame: art. 17 dell'Accordo con l'Ucraina (sul quale, peraltro, per un periodo di due anni dalla sua entrata in vigore, prevalgono eventuali altri accordi sulla riammissione dei cittadini di Stati terzi e degli apolidi conclusi con Paesi membri dell'Unione); art. 20 degli altri accordi.

67 V. la sentenza della Corte di giustizia del 14 dicembre 2006, causa C-283/05, *ASML c. SEMIS*, *Raccolta*, p. I-12041 ss., punto 26 s. In argomento v. G. Gaja, *The Protection*, cit., p. 557 s.; S. Peers, *Human Rights, Asylum*, cit., p. 28 ss. Per l'affermazione di un vero e proprio obbligo della Comunità di rispettare la giurisprudenza pertinente della Corte europea, tra gli altri, v. J. D. Duvigneau, *From Advisory Opinion 2/94 to the Amsterdam Treaty: Human Rights Protection in the European Union*, in *LIEI*, 1999, p. 61 ss., in specie p. 80. Per la possibile utilizzazione dell'art. 6, par. 2 TUE quale norma indicativa per le istituzione comunitarie – e quindi anche per la Corte

trova riscontro, implicito ma inequivocabile, nell'art. 52, par. 3, della Carta dei diritti fondamentali, che il Progetto di Trattato di riforma rende obbligatorio per gli Stati membri (art. 6), con i limiti previsti dal pertinente Protocollo sull'applicazione della Carta al Regno Unito e alla Polonia[68].

Si pensi al diritto assoluto, garantito dall'art. 3 della CEDU (e da altri atti sopra elencati), a non subire torture o trattamenti inumani o degradanti, diritto che, per indicazione di quella Corte (e degli organi di garanzia di quegli atti), è suscettibile di essere violato indirettamente a seguito dell'allontanamento di uno straniero in altro Stato (di transito, di destinazione)[69]. Non pare dubbio che in siffatta situazione, richiamata dalla disposizione in esame, sorgano dei limiti all'operare degli accordi di riammissione; e che, anche da parte dello Stato richiedente, va tenuto conto delle indicazioni della Corte europea – qui sinteticamente richiamate – circa il carattere di quel diritto e la sua applicazione in materia di allontanamento degli stranieri, ancorché di ciò non si faccia – né si potrebbe fare – menzione in quella stessa disposizione[70].

---

di giustizia – del valore di linea guida della giurisprudenza della CEDU, v. la bibliografia elencata *supra*, nota 63.

[68] Per quanto riguarda l'interpretazione delle norme della Carta che recano diritti corrispondenti a quelli tutelati dalla CEDU; inoltre, "i diritti riconosciuti dalla (…) Carta che trovano fondamento nei trattati comunitari o nel trattato sull'Unione europea si esercitano alle condizioni e nei limiti definiti dai trattati stessi" (art. 52, punto 2). L'art. 53 aggiunge che "nessuna disposizione della (…) Carta deve essere interpretata come limitativa o lesiva dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali riconosciuti, nel rispettivo ambito di applicazione, dal diritto dell'Unione, dal diritto internazionale, dalle convenzioni internazionali delle quali l'Unione, la Comunità o tutti gli Stati membri sono parti contraenti, in particolare la Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, e dalle costituzioni degli Stati membri". In argomento esiste una vasta bibliografia: tra gli scritti più recenti, v. quelli raccolti in S. Peers, A. Ward (eds.), *The European Union Charter of Fundamental Rights*, Oxford, 2004; e, con altre indicazioni in nota 9, U. Villani, *I diritti fondamentali tra Carta di Nizza, Convenzione europea dei diritti dell'uomo e progetto di Costituzione europea*, in *DUE*, 2004, p. 73 ss., in specie p. 94 s.

[69] Per la giurisprudenza considerata nel testo (e l'orientamento in materia del Comitato dei diritti dell'uomo e di quello contro la tortura) v. gli scritti di F. Pocar, V. Starace, W. Kalin, G. Malinverni e B. Nascimbene pubblicati in F. Salerno (a cura di), *Diritti dell'uomo, estradizione ed espulsione*, Padova, 2003; anche per le indicazioni della Corte sulla portata da riconoscere all'art. 2 della CEDU (nel senso che lo stesso non autorizza più la pena capitale in tempo di pace) e l'incidenza in materia di espulsione di una norma di *jus cogens* avente ad oggetto il divieto incondizionato della tortura, v. il nostro *La disciplina*, cit., p. 252 ss. Con riguardo a quanto osservato nel testo, si pensi altresì alla richiesta di ammissione in transito del cittadino di uno Stato terzo contrastante con i divieti, ancorché non assoluti, posti dagli articoli 32 e 33 della Convenzione sullo *status* dei rifugiati – richiamata dall'art. 63, punto 1, TCE – per limitare energicamente l'espulsione e il respingimento alla frontiera di un rifugiato. In argomento v. pure G. S. Goodwin-Gill, J. McAdam, *op. cit.*, p. 285 ss.

[70] Indicazioni nella nota che precede. In argomento è degno di nota che recentemente, trattandosi del *refoulement* di una persona, la Corte ha fornito indicazioni sull'estensione della tutela derivante dal citato art. 3 a favore di quella stessa persona "eu égard à son âge et à sa situation de mineure non accompagnée de sorte qu'il atteint le seuil requis pour être qualifié de traitement inhumain". Si tratta di un *refoulement* che "constitue un manquement aux obligations positives de

Questa, dunque, richiama l'attenzione dell'interprete su alcuni importanti limiti alla richiesta e alla concessione della riammissione, derivanti dalla Convenzione di Ginevra del 1951 e dalla CEDU. Tanto più che la Corte europea, come è noto, ha fornito indicazioni circa il proprio potere di pronunciarsi sulla compatibilità con la sua Convenzione di atti statali di attuazione del diritto comunitario[71].

---

l'Etat" ospite, "qui s'est abstenu de prendre les mesures et précautions requises": sentenza del 12 ottobre 2006 relativa all'affare *Mayeka e Mitunga* c. *Belgio*, par. 53 ss., in specie par. 69; inoltre la sentenza dell'8 novembre 2005 relativa all'affare *Bader* c. *Svezia*, par. 43 ss. Disposizioni di contenuto analogo a quelle in esame sono previste in accordi bilaterali di cui è parte l'Italia: in proposito v. F. Pastore, *op. cit.*, p. 1005 ss., il quale tuttavia si limita a rilevare da quelle disposizioni la facoltà di rifiutare il transito. Nel senso qui sostenuto vanno interpretate altresì le clausole, presenti nelle norme qui considerate, che prevedono *la possibilità* di ritirare la richiesta di transito o di rifiutare questo ove l'esistenza delle circostanze poc'anzi richiamate, nel testo, sia rilevata successivamente a quella richiesta o all'autorizzazione al transito.

[71] Posto che il trasferimento di competenze ad un'organizzazione internazionale ad opera di Stati contraenti della CEDU non fa venir meno la responsabilità ai sensi della medesima; ciò ancorché gli atti della Comunità "as such cannot be challenged before the Court because the EC is not a Contracting Party": sentenza del 18 febbraio 1999, *Matthews* c. *Regno Unito*, in specie par. 31 ss. (rilevanti in argomento gli svolgimenti del terzo rapporto di G. Gaja (Special Rapporteur) sulla responsabilità delle organizzazioni internazionali, in United Nations doc., General Assembly, International Law Commission, A/CN.4/553, L, Fifty-seventh Session, Ginevra, 2 maggio-3 giugno e 4 luglio-5 agosto, 2005, par. 33). Si vedano altresì la decisione della Commissione dei diritti dell'uomo 9 febbraio 1990, *M.* c. *Germania* (i rapporti e le decisioni della Commissione europea dei diritti dell'uomo in *European Court of Human Rights*, HUDOC DVD, periodicamente aggiornato con le sentenze della Corte); la sentenza 15 novembre 1996, *Cantoni* c. *Francia*; la sentenza 7 marzo 2000, *T. I.* c. *Regno Unito* (*sub* "the Court's assessment": "Where States establish international organisations, *or mutatis mutandis* international agreements, to pursue co-operation in certain fields of activities, there may be implications for the protection of fundamental rights. It would be incompatible with the purpose of the Convention if Contracting States were hereby absolved from their responsibility under the Convention in relation to the field of activity covered by such attribution…"). Nella sentenza 30 giugno 2005, *Bosphorus Hava Yollary Turizm ve Ticaret Anonim Sirketi* c. *Irlanda*, ribadita la propria giurisprudenza (par. 108 ss.), la Corte (Grande Camera) ha delineato la protezione dei diritti individuali nel diritto comunitario come equivalente a quella prevista dalla CEDU, trattandosi di sistemi "*comparable*", non necessariamente identici (paragrafi 149-155). Peraltro siffatta equivalenza è suscettibile di riesame ove si verifichino mutamenti rilevanti nel sistema di protezione dei diritti fondamentali. La presunzione di protezione equivalente – che esclude la violazione della CEDU ove lo Stato parte della stessa si limiti a dare esecuzione agli obblighi derivanti dalla sua appartenenza all'organizzazione – è superabile se, nelle circostanze del caso concreto, la protezione dei diritti tutelati dalla Convenzione si riveli manifestamente inadeguata (par. 156). Rilevando che la protezione dei diritti individuali offerta dal diritto comunitario è equivalente a quella della CEDU, la Corte ha esercitato il proprio controllo su quel diritto. Nella sentenza, il concetto di protezione equivalente non è definito in astratto, bensì prendendo in considerazione l'ordinario funzionamento del sistema del ricorso pregiudiziale davanti alla Corte di giustizia (paragrafi 96-99 e 162). Sennonché nei settori qui in esame quel ricorso funziona in forma davvero limitata (art. 68 TCE). Sulla sentenza ult. cit., con altre indicazioni bibliografiche sull'aspetto considerato in questa nota, tra gli altri, v. J. P. Jaqué, *L'arrêt Bosphorus, une jurisprudence "Solange II" de la Cour européenne des droits de l'homme?*, in *RTDE*, 2005, p. 756 ss.; A. Ciampi, *Sanzioni del Consiglio di sicurezza e diritti umani*, Milano, 2007, p. 339 ss.

Nel senso qui sostenuto, è degno di nota che la direttiva 2003/110 reca una clausola di contenuto analogo a quella qui considerata (art. 8); e che il legislatore italiano l'ha interpretata come limite assoluto al transito per via aerea dello straniero allontanato[72].

9. In connessione con quanto osservato nel paragrafo che precede, vale la pena di notare che le convenzioni opportunamente elencate nella clausola di non incidenza recano norme suscettibili di limitare l'operare degli accordi di riammissione in combinazione con il principio del *safe third country*; di limitare, cioè, l'utilizzazione di quegli accordi per allontanare dei richiedenti asilo verso uno Stato (di destinazione, di transito) considerato, per l'appunto, sicuro, senza che sia stata esaminata la domanda di protezione internazionale[73].

Quel principio è fondato su una costruzione ampia della Convenzione di Ginevra del 1951: sinteticamente, si afferma che le persone le quali abbandonino il proprio Paese per timore di una persecuzione (*ex* art. 1, par. 2) devono presentare la domanda di protezione nel primo Stato sicuro con cui esse abbiano contatto. Combinato con gli accordi di riammissione (di cui siano parte gli Stati di arrivo e di destinazione o di transito), quel principio è utilizzato (dal primo) per richiedere, per l'appunto, la riammissione del richiedente asilo nel Paese sicuro (di destinazione, di transito) dove avrebbe potuto ottenere – o abbia già ottenuto – siffatta protezione[74].

La nozione di "paese terzo sicuro" non è estranea al diritto comunitario: in effetti, ai sensi dell'art. 3, par. 3 del regolamento 343/2003[75], "ogni Stato membro mantiene la possibilità, conformemente alla propria legislazione nazionale, di

---

72 L'art. 4, par 6, del d. lg. n. 24 del 25 gennaio 2007 (*GURI*, Serie generale, n. 6 del 20 marzo 2007, p. 6 ss.) sulla attuazione di quella direttiva, esclude il transito per via aerea "se il cittadino di un Paese terzo corre il rischio di subire, nel Paese di destinazione o di transito, trattamenti inumani umilianti, la tortura o la pena di morte o rischia la vita o la libertà a causa della sua nazionalità, del suo orientamento sessuale, delle sue convinzioni politiche o della sua appartenenza ad un genere o ad un determinato gruppo sociale".

73 Tra gli altri v. D. Bouteillet-Paquet, *op. cit.*, p. 364 ss.

74 Nella sua formazione, la costruzione in parola muove dall'art. 31, par. 1 della Convenzione di Ginevra, il quale esclude che gli Stati contraenti applichino sanzioni penali ai rifugiati in situazione irregolare provenienti "direttamente" dal Paese in cui la loro vita o la loro libertà era minacciata; muove cioè da una interpretazione *a contrario* del termine "direttamente". In argomento v. A. Zimmermann, *Asylum Law in the Federal Republic of Germany in the Context of International Law*, in *ZaöRV*, 1993, p. 49 ss., in specie, p. 60 ss. (anche per i problemi considerati nel testo); S. Lavanex, *Safe Third Country. Extending the EU Asylum and Immigration Policies to Central and Eastern Europe*, Budapest-New York, 1999 (indicazioni blibliografiche p. 177 ss.); G. Noll, *Negotiating Asylum. The EU Acquis, Extraterritorial Protection and the Common Market Deflection*, The Hague, 2000, p. 182 ss.; M. Fullertone, *Failing the Test: Germany Leads Europe in Dismantling Refugee*, in *Texas ILJ*, 2001, p. 231 ss., in specie p. 242 ss.; R. Byrne, G. Nool, *New Asylum Countries? Migration Control and Refugee Protection in an Enlarged European Union*, The Hague, 2002, p. 17 ss.; J. C. Hathaway, *op. cit.*, p. 293 ss.; G. S. Goodwin-Gill, J. McAdam, *op. cit.*, p. 390 ss.

75 Indicazioni *supra*, nota 1.

inviare un richiedente asilo in un paese, nel rispetto delle disposizioni della Convenzione di Ginevra". Si tratta di una disposizione di contenuto corrispondente all'art. 3, par. 5 della Convenzione di Dublino del 1990 sulla determinazione dello Stato competente per l'esame di una domanda di asilo presentata in uno Stato membro; ancorché sostituita dal regolamento indicato (art. 24, par. 1), quella Convenzione continua ad applicarsi nei rapporti tra la Danimarca e gli altri Stati membri (Preambolo, par. 18)[76].

D'altro canto, gli accordi di riammissione potrebbero essere utilizzati (a catena) anche per allontanare un richiedente asilo verso il suo Paese di origine considerato sicuro[77].

Dei concetti di "paese terzo" e di "origine" sicuri fa menzione la direttiva 2005/85/CE (art. 25 ss.)[78], in vista dell'applicazione negli ordinamenti interni di norme procedurali che considerino le domande di protezione internazionale irricevibili o infondate ove presentate da persone provenienti da un Paese (di primo asilo o) terzo sicuro, o, rispettivamente, di origine sicuro. Per quanto qui interessa, va ricordato che, muovendo dall'affermazione del rispetto dei diritti fondamentali (Preambolo, par. 8), le disposizioni della direttiva distinguono tra le nozioni di "paese terzo sicuro" e di "paese terzo europeo sicuro" (*super safe*) e ricollegano l'applicazione di quest'ultimo concetto e di "paese di origine sicuro" all'osservanza, negli Stati terzi, dei diritti fondamentali indicati dalla CEDU, dal Patto sui diritti civili e politici, dalla Convenzione delle Nazioni unite sul divieto di tortura, ecc., e al rispetto del principio di *non refoulement* (articoli 27 e 36 e Allegato II).

Siffatta disciplina trova punti di contatto con le indicazioni fornite dal Comitato esecutivo dell'Alto commissariato delle Nazioni unite per i rifugiati allo scopo di limitare l'operare del concetto in esame (al caso di rifugiato che abbia ottenuto effettiva protezione nel terzo Stato, risulti protetto contro il *refoulement* e sia trattato nel rispetto dei diritti individuali fondamentali, finché non si trovi una soluzione al problema di cui si tratta)[79].

Ora, la circostanza che una persona sia entrata, o cerchi di entrare, illegalmente in uno Stato membro provenendo da un "paese europeo (considerato)

---

76 Cfr. *supra*, nota 24.

77 Sulle nozioni in parola, v. la bibliografia indicata in nota 74.

78 La direttiva del Consiglio, del 1° dicembre 2005, è in *GUUE* L 326, 12 dicembre 2005, p. 13 ss.; sulla stessa, anche per altre indicazioni bibliografiche, v. il nostro *Recenti tendenze dell'UE in materia di diritti processuali dei richiedenti asilo: tra CEDU e "regime europeo comune"*, in corso di pubblicazione per gli *Scritti in onore di Vincenzo Starace*. Al momento in cui si correggono le bozze si ha notizia dell'adozion del d. lg. di attuazione della direttiva (non ancora pubblicato, il 13 dicembre 2007, giorno di ultima consultazione del sito www.governo.it).

79 Executive Committee Conclusions, Problem of Refugees and Asylum-Seekers Who Move in an Irregular Manner from a Country in Which They Had Already Found Protection, n. 58 (XL) 1989, reperibile *on line* nel sito www.unhcr.org.

sicuro" non costituisce una ragione sufficiente per poter espellere quella persona verso lo Stato di provenienza anteriormente all'esame della domanda di asilo[80].

Invero, trattandosi del rischio di violazione dell'art. 3 della CEDU, per indicazione della Corte europea, gli Stati hanno l'obbligo di esaminare rigorosamente e in modo indipendente la posizione dei richiedenti asilo, prevedendo mezzi idonei a evitare gli effetti potenzialmente irreversibili del provvedimento di allontanamento che li riguardi, compresa la sospensione dell'esecuzione di detto provvedimento. Ciò in considerazione del carattere assoluto del diritto tutelato da quella norma. Né potrebbero trovare applicazione termini procedurali rigidi che non tengano conto del rischio irreparabile di violazione del diritto in parola[81].

In particolare, in una specie di trasferimento del richiedente asilo verso uno Stato *safe*, competente a esaminare la domanda in base ad un accordo internazionale, la Corte ha attirato l'attenzione sull'esigenza che sia valutata l'esistenza in detto Stato di garanzie processuali volte a impedire l'allontanamento immediato della persona interessata verso un altro Paese nel quale vi sia quel rischio[82].

---

80 Per quest'ordine di considerazioni, nonché per quanto di seguito, nel testo, v. le posizioni dell'ECRE e di *Amnisty International* riportate in European Legal Network on Asylum (ELENA), *The Application of the Safe Country of Origin Concept in Europe, on line* nel sito www.ecre.org, p. 5 s.; le osservazioni critiche dell'UNHCR, *Towards a Common European Asylum System*, pubblicata in C. Dias Urbano de Sousa, P. De Bruycker (under the supervision of), *The Emergence of a European Asylum Policy*, Bruxelles, 2004, p. 227 ss., in specie p. 231, e in *Note*, reperibile *on line* in www.ecre.org; la *Information Note* dell'ECRE (con la sigla IN1/10/2006/EXT/JI), nel sito www.ecre.org; D. Ackers, *The Negotiations on the Asylum Procedure Directive*, in *EJML*, 2005, p. 1 ss., in specie p. 31 s., che riprende quelle critiche; B. Junker *Burden Sharing or Burden Shifting? Asylum and Expansion in the European Union*, in *Georgetown Immigration Law Journal*, 2006, p. 12 ss. della versione reperibile *on line* in www.lexis.com.

81 Di conseguenza, il rifiuto del riconoscimento dello *status* di rifugiato a causa di inadeguate garanzie procedurali può essere causa di violazione indiretta dell'art. 3: in quest'ultimo senso il rapporto della Commissione europea dei diritti dell'uomo 23 aprile 1988, *Hatami* c. *Svezia*, paragrafi 96-109; per quanto osservato nel testo v. le indicazioni della Corte europea nella sentenza 5 febbraio 2002, *Čonka* c. *Belgio*, par. 79, che richiama in proposito quanto già osservato nella sentenza 11 luglio 2000, *Jabari* c. *Turchia*, par. 50. Sull'orientamento degli organi di garanzia della CEDU consistente nel desumere esigenze di legalità e garanzie processuali dalle stesse norme della cui violazione si tratta, in specie dagli articoli 2, 3 e 8, v. il par. 5 del nostro scritto cit. *supra*, nota 78; M. Hottelier, *La nécessaire complémentarité des droits matériels et des garanties de procédure*, in *RTDH*, 2007, p. 573 ss.

82 Cfr. le indicazioni nel caso *T. I.* c. *Regno Unito*, cit.: "[I]n the present case, the applicant is threatened with removal (dal Regno Unito) to Germany (…). It is accepted by all parties that the applicant is not, as such, threatened with any treatment contrary to Article 3 in Germany. His removal to Germany is however one link in a possible chain of events which might result in his return to Sri Lanka where it is alleged that he would face the real risk of such treatment. The Court finds that the indirect removal in this case to an intermediary country, which is also a Contracting State, does not affect the responsibility of the United Kingdom to ensure that the applicant is not, as result of its decision to expel, exposed to treatment contrary to Article 3 (…). Nor can the United Kingdom rely automatically in that context" sulla Convenzione di Dublino. Inoltre, sebbene detta Convenzione persegua "laudable objectives, its effectiveness may be undermined in practice by differing approaches adopted" dagli Stati. "The Court primary concern is whether

Ora, pur non escludendo del tutto l'espulsione di un richiedente asilo da uno Stato membro ad altro Stato membro di provenienza di quella persona, la Corte non ha affatto scartato che, in circostanze particolari, per le ragioni riferite, siffatta espulsione possa porre un problema di violazione della Convenzione europea; la Corte, cioè, ha posto in luce la necessità di un attento esame delle caratteristiche del caso di specie[83]. L'applicazione pura e semplice del criterio del *safe third country*, nei rapporti tra Stati europei considerati, per l'appunto, sicuri, non esclude dunque il pericolo di *refoulement* da parte degli stessi[84].

In conclusione, affinché quel criterio possa funzionare in conformità con il divieto di *refoulement*, nonché con i principî e i diritti fondamentali operanti nell'ordinamento comunitario, per quanto qui interessa, è necessario poter stabilire che lo Stato europeo di transito e quello di destinazione del richiedente asilo siano *safe* (non solo in generale, ma) per quella persona. Su queste basi, dunque, l'operare della riammissione dovrebbe considerarsi subordinata all'accertata inesistenza dei pericoli indicati; in particolare, giusta le indicazione della Corte europea dei diritti dell'uomo, all'accertato funzionamento nello Stato richiesto di un quadro normativo idoneo a impedire il rischio di *refoulement*, ancorché indiretto, della persona da riammettere. L'attenzione dunque si sposta sul contenuto delle leggi statali di adattamento agli accordi considerati e sull'applicazione che si faccia delle stesse.

there are effective procedural safeguards of any kind protecting the applicant from being removed from Germany to Sri Lanka (…)". Ora, "it is satisfied by the Germany Government's assurances that the applicant would not risk immediate or summary removal to Sri Lanka". Le indicazioni in parola sono state ribadite dalla Corte nella sentenza dell'11 gennaio 2007, affare *Salak* c. *Paesi Bassi*, par. 18 ss., in vista di un'espulsione in aree "*safe*" della Somalia.

83 Si vedano le osservazioni di S. Legomonsky, *Secondary Refugee Movements and the Return of Asylum Seekers to Third Countries: The Meaning of Effective Protection*, in *IJRL*, 2004, p. 567 ss.

84 Degni di nota in tal senso i casi richiamati nel documento n. 8598, del 21 dicembre 1999, dell'Assemblea parlamentare del Consiglio d'Europa, *Restrictions au droit d'asile dans les Etats Membres du Conseil de l'Europe et de l'Union Européenne*, p. 5, reperibili *on line* nel sito www.coe.int.; le decisioni della House of Lords del 19 dcembre 2000, *Regina* v. *Secretary of State for the Home Department* ex parte *Adan*, e *Regina* v. *Secretary of State for the Home Department* ex parte *Aitseguer*, reperibile *on line* nel sito www.parliament.uk.; v. pure ECRE, *Infomation Note*, cit., nota 117, e G. Noll, *Formalism v. Empiricism: Some Reflections on the Dublin Convention on the Occasion of Recent European Case Law*, in *Nordic JIL*, 2001, p. 161 ss.; G. Borchelt, *The Safe Third Country Practice in the European Union: A Misguided Approach to Asylum Law and a Violation of International Human Rights Standards*, in *Columbia HRLR*, 2002, p. 473 ss.

Roberto Mastroianni

La libertà di prestazione dei servizi nella giurisprudenza comunitaria: i principi generali*

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. L'incidenza della giurisprudenza della Corte di giustizia nella regolamentazione comunitaria dei servizi. – 3. L'evoluzione dell'ambito di applicazione materiale della libera prestazione dei servizi. – 4. *Segue*: la nozione di servizio e i rapporti con le altre libertà economiche fondamentali. – 5. *Segue*: i servizi prestati senza alcuno spostamento fisico dei soggetti coinvolti. – 6. Le deroghe alla libera circolazione dei servizi: l'ampliamento del novero delle esigenze imperative connesse all'interesse generale e l'impatto della direttiva "Servizi". – 7. Il principio del mutuo riconoscimento. – 8. Libera circolazione dei servizi e protezione dei diritti fondamentali. – 9. La questione delle c.d. fattispecie meramente interne. – 10. Conclusioni.

1. Questo lavoro persegue l'obiettivo di evidenziare i principi generali e le linee di tendenza rinvenibili nella giurisprudenza recente della Corte di giustizia relativa alla libertà di prestazione dei servizi. Si tratta, voglio dirlo a mia anticipata e parziale discolpa, di un compito arduo, non solo per la gran quantità di pronunce in merito, ma anche per la difficoltà, a volte, di individuare sentieri certi e coerenti battuti dal giudice comunitario. Tuttavia, l'incertezza insita in una giurisprudenza in piena evoluzione è anche ciò che rende particolarmente affascinante il ripercorrerla in questa sede.

Alcuni profili interessanti della libertà di prestazione dei servizi, come il rapporto con le altre libertà e gli aspetti relativi alle giustificazioni, alla luce del diritto comunitario, delle restrizioni statali, non saranno oggetto di analisi specifica in questa sede. Mi soffermerò invece su profili, quali l'ambito di applicazione crescente della libertà di prestazione dei servizi, il principio del mutuo riconoscimento, l'attenzione riposta dalla Corte nella protezione dei diritti fondamentali e le c.d. situazioni meramente interne.

2. Il punto di partenza è tanto scontato quanto incontestabile. La Corte di giustizia ha da sempre rivestito un ruolo centrale e determinante in vista della

* Relazione tenuta alla XXVII Tavola rotonda di diritto comunitario (Milano, Università Cattolica del Sacro Cuore, 2 febbraio 2007), sul tema "Il mercato unico dei servizi". Desidero ringraziare il dott. Luigi Zannella, dottorando di ricerca in "Disciplina del mercato e della concorrenza nell'Unione europea" presso l'Università degli Studi "Suor Orsola Benincasa" di Napoli, per il prezioso contributo fornito in sede di ricerca del materiale e di elaborazione del testo.

realizzazione piena ed effettiva del mercato comune. Ciò è tanto più vero oggi in materia di prestazione di servizi, una libertà le cui potenzialità ed aspetti problematici sembrano ricevere in questi ultimi anni un'attenzione sempre crescente.

Bastano alcuni semplici dati per avere un'idea del contributo, almeno quantitativo, della Corte in tema di prestazione di servizi: nel quinquennio 1995-1999 i casi decisi dalla Corte sono stati quaranta; dal 2000 al 2005 addirittura 140, dunque più del triplo del periodo precedente; circa[1] 15 le sentenze nel solo 2006 e la prima pronuncia del 2007 è dell'inizio di gennaio[2]. Certo, l'aumento del lavoro della Corte si spiega con il peso sempre maggiore che il settore dei servizi riveste per il PIL[3] e l'occupazione degli Stati membri, cui fa da contraltare una liberalizzazione della circolazione dei servizi non ancora compiuta del tutto. A mio avviso, però, non è questo il solo motivo. Si può dire, infatti, che in un certo senso la Corte è divenuta *vittima del suo successo*: il *favor* dimostrato dalla Corte, a partire dalla sentenza *Säger*[4], nell'applicazione estensiva della disciplina dei servizi anche a situazioni limite, è stato ed è tuttora un motivo altrettanto determinante dell'aumento dei casi sottoposti alla sua giurisdizione. E questo gli operatori del settore – e soprattutto i loro avvocati – lo sanno bene.

È ormai un dato acquisito, infatti, che nell'interpretazione della Corte di giustizia costituiscono restrizioni alla libertà di prestazione dei servizi, e sono dunque vietate dal Trattato CE, non solo le misure nazionali discriminatorie, ma anche le misure applicabili indistintamente ai prestatori nazionali ed a quelli degli altri Stati membri, allorché esse siano tali da vietare, ostacolare o anche solo *rendere meno attraenti* le attività del prestatore stabilito in un altro Stato membro ove fornisce legittimamente servizi analoghi[5]. L'ampiezza della definizione di restrizione ora riportata comporta, da un lato, la possibilità di mettere *direttamente* in discussione – almeno in teoria – ogni possibile ostacolo all'accesso al mercato, incidendo in maniera profonda sulle scelte economiche effettuate dagli Stati membri; dall'altro, che la soluzione raggiunta in tema di prestazione di servizi ha creato un certo effetto, per così dire, di "trascinamento" nei

---

1 Il "circa" si spiega con l'incertezza sul numero effettivo di pronunce dovuta al fatto che il motore di ricerca interno del sito web della Corte non include tra i risultati relativi alla libertà di prestazione dei servizi alcune sentenze che vertono anche su altre materie. Un esempio dell'esclusione è la sentenza della Corte di giustizia del 5 dicembre 2006, cause riunite C-94/04 e C-202/04, *Cipolla, Raccolta*, p. I-11421, indicizzata sotto "concorrenza".

2 Sentenza della Corte di giustizia dell'11 gennaio 2007, causa C-269/05, *Commissione c. Grecia, Raccolta*, p. I-4. Alla fine del luglio 2007 si contano già 13 sentenze ed ordinanze della Corte in materia di servizi.

3 Il 4° "considerando" della direttiva 2006/123/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 12 dicembre 2006, relativa ai servizi nel mercato interno, *GUUE* L 376, 27 dicembre 2006, p. 36, afferma che "i servizi costituiscono il motore della crescita economica e rappresentano il 70% del PIL e dei posti di lavoro nella maggior parte degli Stati membri (…)".

4 Sentenza della Corte di giustizia del 25 luglio 1991, causa C-76/90, *Säger*, *Raccolta*, p. I-4221.

5 Sentenza *Säger*, cit., punto 12.

confronti delle altre libertà, ed in particolare quella di stabilimento, posto che sia in merito all'ampiezza del principio, sia con riferimento alle deroghe lasciate agli Stati membri, la giurisprudenza della Corte sembra equiparare le due libertà (sono emblematiche la sentenza *CAF*[6] per il primo aspetto, la sentenza *Gebhard*[7] per il secondo), mettendo in discussione il dato consolidato (quanto meno alla luce della lettera del Trattato e di un filone giurisprudenziale ricchissimo), per cui "la posizione dei cittadini che si avvalgono della libertà di prestazione dei servizi non è paragonabile a quella dei soggetti stabiliti, poiché nel complesso gli obblighi imposti a questi ultimi sono ben più rigidi di quelli che gravano sui primi"[8]. Affermazione che trova certamente sponda nella lettera del Trattato e che si giustifica – in linea di principio, e salvo quanto si dirà rispetto alle attività continuativamente prestate da un altro Paese membro – con riferimento alla maggiore integrazione che il soggetto stabilito ha con lo Stato di destinazione, rispetto al prestatore di servizi.

3. Quel che sembra in continuo divenire ed in costante crescita è *l'ambito di applicazione materiale* della disciplina sui servizi. La Corte ha saputo modulare il requisito della "retribuzione", quale corrispettivo della prestazione convenuto tra il prestatore ed il destinatario del servizio[9]. La definizione contenuta nella sentenza *Humbel* del 1988 è stata utilizzata dalla Corte in maniera estensiva e ciò ha permesso, ad esempio, di applicare l'art. 49 TCE anche a regimi di assicurazione volontaria o integrativa per la pensione di vecchiaia[10], nei quali il corrispettivo è pagato ben in anticipo rispetto al servizio che verrà fornito parecchi anni più tardi. Anche le prestazioni mediche rientrano così nella previsione dell'art. 50 TCE, siano esse dispensate in ambito ospedaliero o meno, ed indipendentemente dalla circostanza che in alcuni Stati membri esse facciano parte del sistema previdenziale e dunque non siano pagate direttamente dal paziente[11].

---

6 Sentenza della Corte di giustizia del 30 marzo 2006, causa C-451/03, *Servizi Ausiliari Dottori Commercialisti (CAF)*, *Raccolta*, p. I-2941.

7 Sentenza della Corte di giustizia del 30 novembre 1995, causa C-55/94, *Gebhard*, *Raccolta*, p. I-4165.

8 Così G. Tesauro, *Diritto comunitario*, Padova, 2005, IV ed., p. 541.

9 Sentenza della Corte di giustizia del 27 settembre 1988, causa 263/86, *Humbel*, *Raccolta*, p. 5365, punto 17.

10 Sentenze della Corte di giustizia del 3 ottobre 2002, causa C-136/00, *Danner*, *Raccolta*, p. I-8147, e del 26 giugno 2003, causa C-422/01, *Skandia*, *Raccolta*, p. I-6817.

11 Sentenze della Corte di giustizia del 12 luglio 2001, causa C-157/99, *Smits e Peerbooms*, *Raccolta*, p. I-5473, punti 53 ss., e del 19 aprile 2007, causa C-444/05, *Stamatelaki*, non ancora pubblicata in *Raccolta*. Tra le molte pronunce di questi ultimi anni in tema di prestazioni mediche si veda in particolare la sentenza della Corte di giustizia del 12 aprile 2005, causa C-145/03, *Keller*, *Raccolta*, p. I-2529, dove si afferma che "nel caso in cui medici autorizzati dall'istituzione dello Stato membro di dimora [lo Stato B] abbiano optato, per ragioni di vitale urgenza e alla luce delle conoscenze mediche del momento, per il trasferimento dell'assicurato [dello Stato membro di competenza, cioè dello Stato A] in un istituto ospedaliero situato sul territorio di uno Stato terzo [lo Stato C], l'art. 22, n. 1, lett. a), punto i), e lett. c), punto i), del regolamento n. 1408/71 deve essere interpretato nel senso che le cure dispensate in quest'ultimo Stato devono essere prese a

Se è oramai scontata l'applicazione delle norme sui servizi anche a discipline sportive quali il ciclismo[12], nonché all'attività dei calciatori professionisti o di altri sportivi che si concretano in una prestazione di servizi retribuita[13], alla luce della recente giurisprudenza va aggiunto che le medesime norme vengono in rilievo perfino nel caso in cui gli atleti siano dei dilettanti ai sensi della legislazione nazionale, ma ricevano comunque un compenso per i loro "servizi" anche se in via indiretta, attraverso partecipazioni a trasmissioni televisive, sponsorizzazioni, campagne pubblicitarie e così via[14]. Al contrario, non è sottoposta agli articoli 49 e seguenti del Trattato CE la composizione di squadre sportive, ed in particolare delle rappresentative nazionali, operata esclusivamente in base a criteri tecnico-sportivi[15]: ciò in ragione della "gratuità" che contraddistingue questo tipo di prestazioni. Il Tribunale di primo grado ha poi avuto modo di precisare ulteriormente, nella sentenza *Meca-Medina*[16] del 2004, che sono estranee alle libertà economiche fondamentali garantite dal Trattato CE le regole puramente sportive e che non attengono all'attività economica, come quelle concernenti l'organizzazione dello sport, nonché la regolamentazione antidoping adottata dal CIO.

4. L'ambito di applicazione della libertà in discorso è cresciuto, poi, anche in ragione di due elementi ulteriori.

In primo luogo, la Corte sembra confermare il suo approccio particolarmente "generoso" nella definizione dei servizi rilevanti ai fini del Trattato, includendo

---

carico dall'istituzione dello Stato membro di dimora conformemente alla legislazione applicata da quest'ultima istituzione, a condizioni identiche a quelle di cui si giovano gli assicurati rientranti in tale legislazione. Ove si tratti di cure rientranti tra le prestazioni previste dalla legislazione dello Stato membro competente, spetta poi all'istituzione di quest'ultimo Stato accollarsi l'onere delle prestazioni così erogate, rimborsando l'istituzione dello Stato membro di dimora alle condizioni previste dall'art. 36 del regolamento n. 1408/71. Qualora le cure dispensate in un istituto situato in uno Stato terzo non siano state prese a carico dall'istituzione dello Stato membro di dimora, ma sia dimostrato che l'interessato aveva il diritto di ottenere una tale presa a carico, e qualora le dette cure rientrino tra le prestazioni previste dalla legislazione dello Stato membro competente, l'istituzione competente è tenuta a rimborsare direttamente all'interessato o ai suoi aventi causa il costo di tali cure in modo da garantire un livello di presa a carico equivalente a quello di cui l'interessato si sarebbe giovato se fossero state applicate le disposizioni dell'art. 22, n. 1, del regolamento n. 1408/71" (punto 70).

12 Sentenza della Corte di giustizia del 12 dicembre 1974, causa 36/74, *Walrave*, *Raccolta*, p. 1405, punti 4-6.

13 Sentenze della Corte di giustizia: 14 luglio 1976, causa 13/76, *Donà*, *Raccolta*, p. 1332, punto 12; 15 dicembre 1995, causa C-415/93, *Bosman*, *Raccolta*, p. I-4921; 11 aprile 2000, cause C-51/96 e C-191/97, *Deliège*, *Raccolta*, p. I-2549, punti 41-42.

14 Sentenza *Deliège*, cit., p. I-2549, punto 46.

15 Sentenza *Walrave*, cit., p. 1405, punti 7-10.

16 Sentenza del Tribunale di primo grado del 30 settembre 2004, causa T-313/02, *Meca-Medina e Majcen c. Commissione (Meca-Medina)*, *Raccolta*, p. II-3291. Sui profili che qui interessano non incide la sentenza della Corte di giustizia del 18 luglio 2006, causa C-519/04 P, *Meca-Medina e Majcen c. Commissione*, *Raccolta*, p. I-6991, che annulla la sentenza del Tribunale di primo grado per un errore di diritto.

anche servizi "virtuali" (è il caso della famosa sentenza *Carpenter*[17]) o futuri (sentenza *Omega*[18]), ma non anche servizi "ipotetici" (sentenza *Oulane*[19]). In *Carpenter*, la Corte ha ritenuto applicabili le norme del Trattato sui servizi ad una situazione in cui l'elemento "transfrontaliero" appariva quanto meno debole: non è probabilmente estranea a questa soluzione la necessità, evidenziata dalla Corte, di garantire una piena e concreta tutela al diritto fondamentale della protezione della vita familiare. Ma su questo torneremo più in là. In *Oulane*, invece, la Corte ha inteso porre un argine alla possibilità di invocare il diritto comunitario contro misure nazionali limitative della libertà personale, posto che la persona coinvolta (un francese sottoposto in Olanda a procedimento penale per mancanza di documenti di identità) non aveva provato la sua condizione di turista al fine di godere della qualifica di destinatario di servizi ai sensi della giurisprudenza *Cowan*[20].

In secondo luogo, la Corte sembra ulteriormente allontanarsi dalla nozione di "libertà residuale", quale emerge dal Trattato, per seguire un criterio più *economically oriented* nel qualificare un'attività come prestazione di servizi rilevante ai sensi del Trattato CE. Tale approccio ha fatto sì che la disciplina in esame guadagnasse progressivamente terreno, sottraendolo, in particolare, all'ambito di applicazione della disciplina sullo stabilimento. E ciò può dirsi sia con riguardo all'ipotesi in cui il passaggio di frontiera sia dovuto allo spostamento del prestatore o del destinatario del servizio, oppure addirittura di entrambi i soggetti, sia con riguardo all'ipotesi in cui sia invece il servizio stesso a spostarsi. Nel primo caso, la Corte ha infatti avuto modo di precisare l'affermazione contenuta nella nota sentenza *Gebhard*, secondo cui il carattere occasionale o temporaneo dell'attività "deve essere valutato non soltanto in rapporto alla durata della prestazione, ma anche tenendo conto della frequenza, periodicità o continuità di questa"[21]. Nella sentenza *Schnitzer*, del 2003, la Corte ha così chiarito che "nella nozione di 'servizio' ai sensi del Trattato possono rientrare attività di natura molto diversa, ivi comprese quelle la cui prestazione si estende per un periodo di tempo prolungato, persino più anni, come ad esempio avviene con i servizi forniti nell'ambito della costruzione di un grande edificio. Possono parimenti costituire servizi ai sensi del Trattato le prestazioni che un operatore economico stabilito in uno Stato membro fornisce in maniera più o meno frequente o regolare, anche per un periodo di tempo prolungato, a persone stabilite in uno o più altri Stati membri, come ad esempio l'attività di consulenza o di

---

17 Sentenza della Corte di giustizia dell'11 luglio 2002, causa C-60/00, *Carpenter*, *Raccolta*, p. I-6279.

18 Sentenza della Corte di giustizia del 14 ottobre 2004, causa C-36/02, *Omega*, *Raccolta*, p. I-9609.

19 Sentenza della Corte di giustizia del 17 febbraio 2005, causa C-215/03, *Oulane*, *Raccolta*, p. I-1215.

20 Sentenza della Corte di giustizia del 2 febbraio 1989, causa 186/87, *Cowan*, *Raccolta*, p. 195.

21 Sentenza *Gebhard*, cit., p. I-4165, punto 27.

informazione offerta dietro retribuzione. Infatti, nessuna disposizione del Trattato consente di determinare, in maniera astratta, la durata o la frequenza a partire dalla quale la fornitura di un servizio o di un certo tipo di servizio in un altro Stato membro non può più essere considerata prestazione di servizi ai sensi del Trattato"[22].

Il criterio per distinguere tra prestazione di servizi e stabilimento sembra ruotare allora intorno al tipo di infrastruttura presente nel territorio in cui la prestazione è fornita: se essa è tale da consentire al prestatore di esercitare in maniera stabile e continuativa la sua attività professionale, l'attività andrà inquadrata nell'ambito della libertà di stabilimento; se l'infrastruttura risulta invece necessaria e *meramente funzionale* al compimento della prestazione, senza consentire anche solo in astratto che l'attività possa essere prestata in maniera stabile e continuativa, la fattispecie sarà inquadrata piuttosto come prestazione di servizi. Permane tuttavia la difficoltà pratica di individuare con certezza il confine tra le due libertà, essendo obiettivamente complesso distinguere le situazioni in cui l'operatore economico va considerato usufruire di uno stabilimento secondario piuttosto che di una semplice infrastruttura necessaria per lo svolgimento della stessa attività in regime di prestazione di servizi. In queste ipotesi, non può sottacersi la propensione della Corte a preferire un inquadramento della fattispecie nel contesto della libera prestazione dei servizi, probabilmente al fine di limitare lo spazio a disposizione dello Stato di ricezione per l'adozione di misure restrittive e dunque facilitare lo svolgimento dell'attività in discorso e, in definitiva, il funzionamento del mercato unico. Si tratta di un approccio che ha trovato anche di recente conferma nella sentenza *Fidium Finanz*[23], del 3 ottobre 2006, concernente i rapporti tra libera prestazione dei servizi e libera circolazione dei capitali.

5. Rimane aperta poi la questione, delicatissima, del trattamento da riservare al servizio qualora sia esso solo ad attraversare le frontiere di due o più Stati membri. Come è noto, il Trattato non richiede che per questa modalità di effettuazione del servizio l'attività sia svolta in maniera occasionale. Al contrario, essa può essere ed è tipicamente prestata in maniera permanente e continuativa, come nel caso di diffusione transfrontaliera via etere o via satellite di programmi televisivi[24], oppure della consulenza prestata per corrispondenza o con altri mezzi di diffusione a distanza, od ancora dei servizi finanziari[25], che non necessitano

[22] Sentenza della Corte di giustizia del 11 dicembre 2003, causa C-215/01, *Schnitzer*, *Raccolta*, p. I-14847, punti 30-31.

[23] Sentenza della Corte di giustizia del 3 ottobre 2006, causa C-452/04, *Fidium Finanz*, *Raccolta*, p. I-9521.

[24] Sentenze della Corte di giustizia: 25 luglio 1991, causa C-288/89, *Gouda*, *Raccolta*, p. I-4007, punti 17-18; 25 luglio 1991, causa C-353/89, *Commissione c. Paesi Bassi*, *Raccolta*, p. I-4069, punti 22-23; 5 ottobre 1994, causa C-23/93, *TV10*, *Raccolta*, p. I-4795, punto 16.

[25] Sentenza della Corte di giustizia del 10 maggio 1995, causa C-3845/93, *Alpine Investments*, *Raccolta*, p. I-1141.

di alcuno spostamento fisico dei soggetti coinvolti. Se a ciò si aggiunge che la Corte ha ritenuto perfettamente in linea con le disposizioni del Trattato che un'attività di prestazione di servizi sia indirizzata *esclusivamente* a destinatari stabiliti in uno Stato membro diverso da quello di stabilimento del prestatore[26], si comprende allora quanto alto sia il rischio che le norme sui servizi siano invocate dal prestatore con l'intento, neanche troppo nascosto, di sottrarsi alla normativa che, al contrario, gli sarebbe applicata laddove si stabilisse nello Stato di destinazione del servizio. E tale rischio è tanto più alto quanto più progredisce la tecnologia.

Tuttavia, in mancanza di armonizzazione delle legislazioni nazionali, non si può certo impedire agli operatori economici comunitari di sfruttare al meglio le possibilità offerte dal mercato unico e quindi di scegliere lo Stato in cui stabilirsi in base alla legislazione che "offre" il trattamento più favorevole, anche se tutto ciò può ovviamente produrre distorsioni al buon funzionamento del mercato comune.

Contro l'uso distorto o abusivo della libertà di circolazione dei servizi dovrebbe comunque soccorrere la giurisprudenza della Corte[27] che consente allo Stato di destinazione di adottare le opportune misure del caso – in pratica, richiedere al prestatore stabilito altrove il rispetto della normativa nazionale – a condizione, però, che tali misure siano giustificate da obiettivi di interesse generale. La Corte sembra così coordinare la giurisprudenza sull'uso abusivo della libertà di prestazione dei servizi con quella sulle restrizioni indistintamente applicabili alla circolazione degli stessi. Va segnalato tuttavia che nella normativa secondaria si sta facendo spazio la soluzione di affidare alla Commissione il compito di pronunciarsi in merito alla legittimità delle misure adottate dallo Stato membro di destinazione (si veda ad esempio la proposta della Commissione per la modifica della direttiva "Televisione senza frontiere"[28]): è il caso di chiedersi se questa procedura "accentrata" sia opportuna o comporti un sacrificio eccessivo alle competenze nazionali.

In merito ai rapporti con le altre libertà, vale la pena a questo punto sottolineare che questa volontà di coerenza non riguarda unicamente i diversi profili della libertà dei servizi, ma ha un respiro più ampio e sistematico. Emerge infatti dalla giurisprudenza della Corte di giustizia la tendenza ad adottare un regime unico per tutte e quattro le libertà economiche fondamentali garantite dal

---

26 Sentenza della Corte di giustizia del 5 giugno 1997, causa C-56/96, *VT4*, *Raccolta*, p. I-3143, punto 22.

27 Sentenze della Corte di giustizia: 3 dicembre 1974, causa 33/74, *Van Binsbergen*, *Raccolta*, p. 1299, punto 13; 4 dicembre 1986, causa 205/84, *Commissione c. Germania*, *Raccolta*, p. 3755, punto 22; 3 febbraio 1993, causa C-148/91, *Veronica*, *Raccolta*, p. I-487, punto12; *TV10*, cit., p. I-4795, punti 20-21.

28 Proposta di direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio che modifica la direttiva 89/552/CEE del Consiglio relativa al coordinamento di determinate disposizioni legislative, regolamentari ed amministrative degli Stati membri concernenti l'esercizio delle attività televisive, presentata dalla Commissione il 13 dicembre 2005, COM(2005)646 def.

Trattato, almeno rispetto alle facoltà di deroga riconosciute agli Stati membri. Si vedano, ad esempio, le sentenze *Kraus*[29] e *Gebhard*, dove si dice esplicitamente che "i provvedimenti nazionali che possono ostacolare o scoraggiare l'esercizio *delle* libertà fondamentali garantite dal Trattato devono soddisfare quattro condizioni", ovverosia "devono applicarsi in modo non discriminatorio, essere giustificati da motivi imperiosi di interesse pubblico, esser idonei a garantire il conseguimento dello scopo perseguito e non andare oltre quanto necessario per il raggiungimento di questo"[30]. E su questa linea si collocano anche le successive sentenze *Centros*[31] del 1999 e *Haim*[32] del 2000.

La rilevata convergenza delle libertà fondamentali del Trattato in relazione alle modalità della loro applicazione, se da un lato consente di richiamare precedenti attinenti ad altre libertà pur discutendo di libera circolazione dei servizi, dall'altro pone il serio interrogativo circa il ruolo che potrebbe eventualmente giocare in materia di servizi la giurisprudenza *Keck et Mithouard*[33] e *Hünermund*[34]. Senza volermi addentrare nella questione, mi limito qui a ricordare che nella sentenza *Alpine Investments* la Corte ha ritenuto di non estendere al regime della prestazione di servizi l'interpretazione adottata nella sentenza *Keck et Mithouard* in tema di modalità di commercializzazione dei prodotti[35]. Le recenti pronunce *Karner*[36], *Mobistar*[37] e *Commissione c. Belgio (programmi di fidelizzazione dei consumatori)*[38] sembrano poi escludere che misure nazionali non rientranti nel divieto di cui all'art. 28 TCE ai sensi della giurisprudenza *Keck et Mithouard*, possano essere rimesse in discussione utilizzando le norme sui servizi. La Corte sembra chiara in proposito, ossia nel distinguere nettamente i casi attinenti alla circolazione dei beni da quelli rilevanti invece ai fini della disciplina sui servizi.

6. Vi è poi un altro aspetto nella giurisprudenza della Corte di giustizia che merita un pur rapido cenno. Alcune pronunce sembrano assicurare una maggiore

---

29 Sentenza della Corte di giustizia del 31 marzo 1993, causa C-19/92, *Kraus*, *Raccolta*, p. I-1663, punto 32.

30 Sentenza *Gebhard*, cit., p. I-4165, punto 37, enfasi aggiunta.

31 Sentenza della Corte di giustizia del 9 marzo 1999, causa C-212/97, *Centros*, *Raccolta*, p. I-1459, punto 34.

32 Sentenza della Corte di giustizia del 4 luglio 2000, causa C-424/97, *Haim*, *Raccolta*, p. I-5123, punto 57.

33 Sentenza della Corte di giustizia del 24 novembre 1993, cause riunite C-267/91 e C-268/91, *Keck et Mithouard*, *Raccolta*, p. I-6097.

34 Sentenza della Corte di giustizia del 15 dicembre 1993, causa C-292/92, *Hünermund*, *Raccolta*, p. I-6787.

35 Sentenza *Alpine Investments*, cit., p. I-1141, punto 38.

36 Sentenza della Corte di giustizia del 25 marzo 2004, causa C-71/02, *Karner*, *Raccolta*, p. I-3025.

37 Sentenza della Corte di giustizia dell'8 settembre 2005, cause riunite C-544/03 e C-545/03, *Mobistar*, *Raccolta*, p. I-7723.

38 Sentenza della Corte di giustizia del 12 maggio 2005, causa C-287/03, *Commissione c. Belgio*, *Raccolta*, p. I-3761.

considerazione per determinati interessi degli Stati, tra i quali, in particolare, il controllo delle scommesse e del gioco d'azzardo[39]. Quel che emerge è non solo l'eccessiva discrezionalità in concreto riconosciuta agli Stati membri nel qualificare le esigenze imperative connesse all'interesse generale, ma anche il fatto che, nella sentenza *Zenatti*[40], si sia addirittura giustificata, sulla base di tali (pretese) esigenze imperative, perfino una misura palesemente discriminatoria, deviando così da una giurisprudenza consolidata che invece ha sempre ritenuto indispensabile, in casi del genere, il ricorso alle sole deroghe espressamente previste dal Trattato, e cioè quelle indicate agli articoli 45 e 46 TCE.

Questo atteggiamento "indulgente" della Corte sembra però esser poi venuto meno, almeno a voler seguire una certa lettura della sentenza *Gambelli*[41] e le precisazioni ivi fatte dalla Corte a proposito della necessità che le misure nazionali, da giustificarsi in base ad esigenze imperative, siano indistintamente applicabili, e non nascondano piuttosto intenti protezionistici. Rimane qualche dubbio sulle reali possibilità del giudice nazionale, chiamato, in ultima analisi, ad operare una valutazione obbiettivamente complessa circa la necessità e proporzionalità della misura nazionale rispetto all'interesse che lo Stato intende proteggere (è il caso anche della recente sentenza *Cipolla*[42], in materia di tariffe professionali degli avvocati, sulla quale tornerò in seguito). Una maggiore chiarezza da parte della Corte nelle risposte ai quesiti pregiudiziali appare allo scopo opportuna, anche per evitare ulteriori richieste di chiarimenti su iniziativa di un insoddisfatto giudice nazionale (è il caso proprio della disciplina italiana delle scommesse, nuovamente all'attenzione della Corte nella causa *Placanica*, per la quale nelle sue conclusioni del 16 maggio 2006 l'Avvocato Generale Colomer rimprovera apertamente la Corte di mancanza di chiarezza[43], nonché ancora della causa *Cipolla*[44]).

Quel che è certo è che la Corte tende ad ampliare progressivamente il campo di applicazione della deroga in discorso, estendendo la nozione di "esigenze imperative collegate all'interesse generale" a categorie di diverso contenuto. Per fornire solo alcuni esempi recenti, si pensi alla libera prestazione dei servizi

---

39 Per le prime pronunce sull'argomento, v. le sentenze della Corte di giustizia del 24 marzo 1994, causa C-275-92, *Schindler*, *Raccolta*, p. I-1039, e del 21 settembre 1999, causa C-124/97, *Laara*, *Raccolta*, p. I-6067.

40 Sentenza della Corte di giustizia del 21 ottobre 1999, causa C-67/98, *Zenatti*, *Raccolta*, p. I-7289.

41 Sentenza della Corte di giustizia del 6 novembre 2003, causa C-243/01, *Gambelli*, *Raccolta*, p. I-13031. Si vedano anche le sentenze della Corte di giustizia dell'11 settembre 2003, causa C-6/01, *Anomar*, *Raccolta*, p. I-8621, e del 13 novembre 2003, causa C-42/02, *Lindman*, *Raccolta*, p. I-13519.

42 Sentenza *Cipolla*, cit., p. I-11421.

43 Conclusioni dell'Avvocato generale Damaso Ruiz-Jarabo Colomer del 16 maggio 2006, cause riunite C-338/04, C-359/04 e C-360/04, *Procuratore della Repubblica c. Placanica e a. (Placanica)*. La relativa sentenza della Corte di giustizia, del 6 marzo 2007, non ancora pubblicata in *Raccolta*, sembra mantenere ancora alcuni profili di ambiguità.

44 Sentenza *Cipolla*, cit.

ospedalieri: esigenze imperative possono essere, in particolare, "il rischio di una grave alterazione dell'equilibrio finanziario del sistema previdenziale, l'obiettivo di mantenere un servizio medico-ospedaliero equilibrato ed accessibile a tutti o la conservazione di un sistema sanitario o di una competenza medica nel territorio nazionale"[45]. Nella più recente sentenza del 9 novembre 2006, *Commissione c. Belgio*[46], con riferimento ad una disciplina nazionale che obbliga ad effettuare una trattenuta del 15% sull'importo dovuto alle controparti contrattuali non registrate in Belgio, la Corte ha dichiarato che la lotta contro l'evasione fiscale e l'efficacia dei controlli fiscali possono essere invocate per giustificare restrizioni dell'esercizio delle libertà fondamentali garantite dal Trattato[47], ma ha precisato che una presunzione generale di evasione o di frode fiscale non può bastare a giustificare una misura che pregiudichi gli obiettivi del Trattato[48]. Ancora, nell'ordinanza *Mauri*[49], la Corte si riferisce alla "necessità di valutare al meglio le attitudini e le capacità di soggetti destinati ad esercitare la professione forense".

Se la Corte di giustizia, come si è visto, si mostra incline ad estendere la nozione di motivi imperativi d'interesse generale ad esigenze di tutela nuove, il legislatore comunitario sembra muoversi invece in una direzione diversa, anzi del tutto opposta. La recente direttiva 2006/123/CE relativa ai servizi nel mercato interno[50], infatti, all'art. 16 prevede sì, in linea con la giurisprudenza consolidata, che gli Stati membri possano subordinare l'accesso ad una attività di servizi o l'esercizio della medesima sul proprio territorio solo a requisiti che rispettino i ben noti principi di non discriminazione, necessità e proporzionalità, ma poi, nel chiarire cosa debba realmente intendersi per "necessità", piuttosto che richiamare la consolidata giurisprudenza relativa a detta nozione, la direttiva sorprendentemente si riferisce, implicitamente, alle esigenze imperative, *limitandosi* tuttavia ad indicare come tali le "ragioni di ordine pubblico, di pubblica sicurezza, di sanità pubblica o di tutela dell'ambiente" (art. 16, n. 1, lett. b). Sul punto la disposizione non solo appare inequivocabile, ma anche categorica, e per

---

45 Sentenze della Corte di giustizia: 28 aprile 1998, causa C-158/96, *Kohll*, *Raccolta*, p. I-1931; *Smits e Peerbooms*, cit., p. I-5473; 13 maggio 2003, C-385/99, *Müller-Fauré e van Riet*, *Raccolta*, p. I-4509; 16 maggio 2006, causa C-372/04, *Watts*, *Raccolta*, p. I-4325. Conclusioni dell'Avvocato Generale Colomer dell'11 gennaio 2007, causa C-444/05, *Stamatelaki*, cit.

46 Sentenza della Corte di giustizia del 9 novembre 2006, causa C-433/04, *Commissione c. Belgio*, *Raccolta*, p. I-10653.

47 V. sentenze della Corte di giustizia: 8 luglio 1999, causa C-254/97, *Baxter e a.*, *Raccolta*, p. I-4809, punto 18; 26 settembre 2000, causa C-478/98, *Commissione c. Belgio*, *Raccolta*, p. I-7587, punto 39; 4 marzo 2004, causa C-334/02, *Commissione c. Francia*, *Raccolta*, p. I-2229, punto 27.

48 V., in tal senso, le sentenze della Corte di giustizia del 26 settembre 2000, *Commissione c. Belgio*, cit., punto 45, e del 4 marzo 2004, *Commissione c. Francia*, cit., punto 27.

49 Ordinanza della Corte di giustizia del 17 febbraio 2005, causa C-250/30, *Mauri*, *Raccolta*, p. I-1267.

50 Direttiva 2006/123/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 12 dicembre 2006, relativa ai servizi nel mercato interno, *GUUE* L 376, 27 dicembre 2006, p. 36 ss.

di più, laddove si nutrissero ancora dubbi in merito, la medesima affermazione è ripetuta in toni identici subito dopo, al par. 3 dello stesso articolo.

La direttiva 2006/123/CE, dunque, appare ridurre sensibilmente lo spazio sinora concesso agli Stati membri dalla giurisprudenza della Corte per legittimamente ostacolare o restringere la libera circolazione dei servizi. Nei settori coperti dal campo di applicazione della direttiva (in verità non tantissimi, considerate le numerosi esclusioni disposte dagli articoli 1-3), allo scadere del termine di recepimento della direttiva (28 dicembre 2009), come giustificazione di misure nazionali restrittive della libertà in discorso gli Stati membri potranno invocare esclusivamente le tre esigenze riprese dall'art. 46 TCE (relativo tuttavia alle misure discriminatorie), più la sola tutela dell'ambiente.

Senza voler entrare nel merito della questione circa la correttezza ed opportunità di tale soluzione normativa, vorrei qui semplicemente sottolineare le conseguenze di una scelta del genere. Si creano, in pratica, due regimi diversi a seconda della tipologia dei servizi in questione: per quelli che rientrano nel campo di applicazione della direttiva, gli Stati rinunciano per il futuro ed in modo vincolante ad invocare gran parte delle esigenze di tutela riconosciute legittime dalla Corte al fine di giustificare misure restrittive della circolazione dei servizi; per quelli non coperti dalla direttiva, invece, rimane immutata la possibilità per gli Stati membri di invocare *tutte* le esigenze imperative connesse all'interesse generale individuate finora, o individuabili in futuro, dalla Corte di giustizia.

Quanto detto riguarda, ovviamente, il solo settore delle deroghe relativo alle misure indistintamente applicabili, mentre nulla dovrebbe cambiare, a seguito dell'emanazione della direttiva 2006/123/CE, in relazione alle deroghe che interessano invece le misure *discriminatorie*, consentite agli Stati membri nelle sole ipotesi espressamente elencate agli articoli 45 e 46 del Trattato CE (richiamati in materia di servizi dall'art. 55). E ciò non solo perché il testo dell'art. 16 della direttiva fa esplicito riferimento a requisiti non discriminatori, con ciò rimandando alle sole misure *indistintamente* applicabili, ma anche e soprattutto perché a voler pensare altrimenti, e cioè che l'art. 16 avrebbe come effetto quello di escludere *in toto* il ricorso a misure discriminatorie, si giungerebbe all'assurdo di modificare una disposizione del Trattato tramite una direttiva. Il che, evidentemente, non è possibile.

Dunque, non fa male ripeterlo, per quanto riguarda le misure discriminatorie le norme del Trattato rimangono pienamente in vigore e gli Stati membri possono continuare ad invocarle.

7. Veniamo ora al principio del mutuo riconoscimento. La Corte ha insistito molto sulla piena attuazione da parte degli Stati membri di tale principio-cardine della liberalizzazione dei servizi. E lo ha fatto soprattutto in sede di procedura di infrazione e spesso proprio contro l'Italia[51]. Ne è emerso che le autorità degli

[51] Sentenze della Corte di giustizia: 9 marzo 2000, causa C-358/98, *Commissione c. Italia (Imprese di pulizia)*, *Raccolta*, p. I-1255; 29 maggio 2001, causa C-263/99, *Commissione c. Italia*

Stati di destinazione del servizio devono tener conto di tutti i controlli e le verifiche già effettuati dallo Stato di origine, di tutte le garanzie, formalità e requisiti già ivi soddisfatti, e questo sia quando i detti controlli attengono specificamente all'attività di servizi in questione o alla competenza e professionalità del prestatore, sia quando perseguono invece finalità diverse, come nel caso degli accertamenti effettuati dallo Stato di origine per il rilascio di un documento di identificazione personale. Il rispetto del principio del mutuo riconoscimento costituisce un elemento decisivo ai fini della valutazione del giudice nazionale circa la necessità e proporzionalità di una misura restrittiva che lo Stato di destinazione del servizio intende giustificare in base a un motivo imperativo di interesse generale.

La Corte di giustizia ha inoltre posto l'accento sul dovere di cooperazione esistente in capo alle autorità degli Stati membri ai sensi dell'art. 10 TCE[52], quale corollario del principio del mutuo riconoscimento, nonché condizione tecnica per la sua concreta applicazione. Va precisato che per quanto la Corte abbia spinto le autorità nazionali a cooperare attivamente tra loro al fine di realizzare al meglio le potenzialità del principio del mutuo riconoscimento, e per questa via, giungere ad una liberalizzazione dei servizi che fosse la più ampia possibile, non si è mai arrivati all'affermazione di un vero e proprio "*home country control*" – né peraltro si sarebbe mai potuto giungere a tanto senza un intervento *ad hoc* del legislatore comunitario – e così, le autorità dello Stato ospite conservano l'ultima parola sull'attività esercitata dal prestatore di servizi sul loro territorio (salvo, ovviamente, quanto ora previsto dalla direttiva 2006/123/CE).

8. Ulteriore motivo di interesse della recente giurisprudenza sui servizi è poi la crescente attenzione dimostrata dalla Corte di giustizia, in tale materia, per la protezione dei diritti fondamentali. A partire dal caso *ERT*[53] del 1991, attraverso la pronuncia *Carpenter*[54] del 2002[55] e fino ad arrivare alla sentenza *Omega*[56] dell'ottobre 2004, la Corte ha tentato di rinvenire un giusto equilibrio tra esigenze di tutela talvolta contrastanti, quali da un lato, la protezione dei diritti

(Attività di consulenza in materia di circolazione dei mezzi di trasporto), *Raccolta*, p. I-4195; 7 febbraio 2002, causa C-279/00, *Commissione c. Italia (Società fornitrici di prestazioni di lavoro temporaneo)*, *Raccolta*, p. I-1425. Si vedano anche le sentenze della Corte di giustizia del 15 marzo 2001, causa C-165/98, *Mazzoleni*, *Raccolta*, p. I-2189, e del 7 ottobre 2004, causa C-189/03, *Commissione c. Paesi Bassi (Imprese di vigilanza privata)*, *Raccolta*, p. I-9289.

52 Sentenze della Corte di giustizia: 3 ottobre 2002, causa C-136/00, *Danner*, *Raccolta*, p. I-8147; 25 febbraio 2003, causa C-326/00, *Ioannidis c. IKA*, *Raccolta*, p. I-1703; 11 marzo 2004, causa C-496/01, *Commissione c. Francia (Laboratori di analisi di biologia medica)*, *Raccolta*, p. I-2351; 29 aprile 2004, causa C-476/01, *Kapper*, *Raccolta*, p. I-5202; *Oulane*, cit., p. I-1215.

53 Sentenza della Corte di giustizia del 18 giugno 1991, causa C-260/89, *ERT*, *Raccolta*, p. I-2925.

54 Sentenza *Carpenter*, cit., p. I-6279.

55 Non vanno trascurati i passaggi altrettanto significativi in materia di circolazione dei beni, tra i quali, le sentenze della Corte di giustizia del 12 giugno 2003, causa C-112/00, *Schmidberger*, *Raccolta*, p. I-5659, e del 25 marzo 2004, *Karner*, cit., p. I-3025.

56 Sentenza *Omega*, cit., p. I-9609.

umani, dall'altro, il rispetto delle libertà economiche fondamentali garantite dal Trattato.

Le pronunce citate possono a grandi linee essere ricondotte a due tipologie di casi. Nella prima, in cui figurano le sentenze *ERT* e *Carpenter*, i diritti dell'uomo vengono in rilievo come limite alla facoltà degli Stati membri di restringere o impedire l'esercizio di una libertà economica fondamentale in base alle deroghe previste dal Trattato. La loro protezione è qui incidentale e funzionale alla protezione della libertà economica in questione, nella specie la libertà di prestazione dei servizi. In base a tale impostazione, alla luce del diritto fondamentale al rispetto della vita familiare (art. 8 CEDU) la Corte di giustizia – con una costruzione peraltro a dir poco forzata – ha ritenuto contrario all'art. 49 TCE il provvedimento di espulsione per mancato rinnovo del visto della signora Carpenter, cittadina filippina e coniuge di un prestatore di servizi comunitario. E ciò perché il provvedimento rappresentava un'ingerenza non proporzionata all'obiettivo di salvaguardia dell'ordine pubblico e della pubblica sicurezza[57].

Nella seconda categoria, in cui rientra il caso *Omega*, la protezione dei diritti umani è invece promossa dagli Stati membri come "scudo" contro l'applicazione della disciplina sulla libera prestazione dei servizi. La sentenza *Omega* è interessante per diversi motivi. In primo luogo, essa specifica che "(…) l'ordinamento comunitario è diretto innegabilmente ad assicurare il rispetto della dignità umana quale principio generale del diritto", e chiarisce anche che a tale proposito non ha alcun rilievo la circostanza che "(…) in Germania il principio del rispetto della dignità umana benefici di uno status particolare in quanto diritto fondamentale autonomo"[58].

Inoltre, in tale pronuncia la Corte afferma esplicitamente che "poiché il rispetto dei diritti fondamentali si impone sia alla Comunità che ai suoi Stati membri, la tutela di tali diritti rappresenta un legittimo interesse che giustifica, in linea di principio, una limitazione degli obblighi imposti dal diritto comunitario, ancorché derivanti da una libertà fondamentale garantita dal Trattato quale la libera prestazione dei servizi"[59].

Ampio è poi il margine di valutazione a disposizione del giudice nazionale quanto alla necessità e proporzionalità della misura restrittiva rispetto al fine perseguito. La sussistenza di tali condizioni non è esclusa per il solo fatto che uno Stato membro ha scelto un regime di tutela diverso da quello di un altro Stato membro[60]. Significativo è in proposito il passaggio in cui la Corte ricorda che "(…) secondo il giudice del rinvio il divieto di sfruttamento commerciale di giochi che comportano la simulazione di atti di violenza contro persone, in particolare la rappresentazione di omicidi, corrisponde al livello di tutela della dignità umana che la Costituzione nazionale ha inteso assicurare sul territorio

57 Sentenza *Carpenter*, cit, punti 43 e 45.
58 Sentenza *Omega*, cit., punto 34.
59 Sentenza *Omega*, cit., punto 35.
60 Sentenza *Omega*, cit., punti 37-38.

della Repubblica federale di Germania"[61]. È un esplicito rimando alla percezione che del diritto fondamentale si ha nello specifico Stato membro, in particolare quanto alla natura e alla portata di tale diritto, laddove, come nel caso di specie, non esiste negli Stati membri un'identica sensibilità, un comune sentire riguardo a tale diritto fondamentale.

Va infine evidenziato che nel caso di specie la misura restrittiva della libera circolazione dei servizi è giustificata non in base alla tutela della dignità umana come motivo autonomo di giustificazione, ma pur sempre in base all'eccezione dell'ordine pubblico minacciato dall'attività economica contraria alla dignità umana secondo la concezione prevalente nell'opinione pubblica tedesca[62].

Scorrendo le pronunce sulle relazioni tra le libertà economiche ed i diritti fondamentali, si può notare in generale che la Corte di giustizia non ha mai indicato una gerarchia netta, riconoscendo sempre la possibilità che gli uni e le altre trovino dei limiti nel rispetto di altri interessi parimenti meritevoli di tutela, volta a volta da identificarsi. Ad ogni modo, il bilanciamento di interessi confliggenti – funzione tipica peraltro delle Corti costituzionali nazionali – è stato realizzato soprattutto mediante il rinvio al giudice nazionale della valutazione ultima del caso di specie.

9. L'ultimo aspetto su cui vorrei richiamare l'attenzione è costituito dal carattere transfrontaliero della prestazione dei servizi, o forse sarebbe meglio dire la sua significativa *assenza* in alcune pronunce della Corte.

Già rispetto alla citata sentenza *Carpenter*[63] vi è modo di dubitare della ricostruzione operata dalla Corte, con particolare riguardo alla rapidità con cui si è affermata l'esistenza di una prestazione di servizi transfrontaliera e soprattutto la sua connessione con un provvedimento di espulsione riguardante soltanto la moglie del prestatore. Tuttavia, pure se con un po' di fantasia, la Corte aveva pur sempre ravvisato l'esistenza di una situazione rilevante ai sensi del diritto comunitario: il detto provvedimento si ripercuoteva – a detta della Corte – negativamente su un'attività di prestazione di servizi *transfrontaliera*.

Nella sentenza *Cipolla*[64], invece, la Corte addirittura ammette esplicitamente che tutti gli elementi della controversia si collocano all'interno di un unico Stato membro, e che dunque la situazione in esame è qualificabile come "meramente interna". Ciononostante, in sede di valutazione della ricevibilità dei quesiti pregiudiziali, essa ritiene che una risposta possa comunque "(…) essere utile al giudice del rinvio, *in particolare* nel caso in cui il diritto nazionale *imponga*, in un procedimento come quello in esame, di riconoscere ad un cittadino italiano

61 Sentenza *Omega*, cit., punto 39.
62 Sentenza *Omega*, cit., punti 32 e 36.
63 Sentenza della Corte di giustizia dell'11 luglio 2002, causa C-60/00, *Carpenter, Raccolta*, p. I-6279.
64 Sentenza *Cipolla*, cit.

gli stessi diritti di cui godrebbe, in base al diritto comunitario, un cittadino di un altro Stato membro nella medesima situazione"[65].

Non si tratta certo di una novità, in quanto su questa linea di pensiero si collocano già la sentenza *CAF*[66] del marzo 2006, l'ordinanza *Mauri*[67] del febbraio 2005, nonché le pronunce *Anomar*[68] e *Guimont*[69].

Quel che però sorprende nel caso *Cipolla* è che la Corte non abbia dato rilievo alla circostanza che l'estensione al cittadino italiano del diverso trattamento riconosciuto, nella situazione in oggetto, al cittadino di un altro Stato membro in base alla disciplina sui servizi, non è per nulla imposta dal diritto italiano. Prova ne è la sentenza della nostra Corte costituzionale n. 61 del 1996, che facendo leva sul diverso collegamento sociale dell'avvocato stabilito rispetto all'avvocato prestatore di servizi, ha escluso l'illegittimità costituzionale della legge professionale che vietava al procuratore legale italiano (e all'avvocato comunitario stabilito in Italia), ma non all'avvocato comunitario in regime di prestazione di servizi, di esercitare fuori del distretto di stabilimento[70]. Certo, la figura del procuratore legale è stata poi soppressa[71], ma l'affermazione di principio, ai fini che qui interessano, resta.

Ma allora, si è trattato semplicemente di una svista da parte della Corte di giustizia, pur se motivata dalle migliori intenzioni di fornire un'autorevole interpretazione del diritto comunitario quale parametro di valutazione utile eventualmente ad un organo interno – nella specie la Corte costituzionale italiana – al fine di svolgere il classico giudizio di eguaglianza, e così pervenire ad estendere il trattamento, nella specie più favorevole, di cui gode il prestatore (o destinatario) di servizi comunitario anche al prestatore (o destinatario) stabilito invece in Italia? Oppure, si tratterebbe piuttosto di un velato invito rivolto alla nostra Corte costituzionale a rivedere la sua posizione in merito? Quel che è certo è che, come la stessa Corte di giustizia riconosce[72], all'esito della sentenza, nella fattispecie il giudice di Torino non potrebbe, *sua sponte*, dar seguito alle indicazioni in tema di (eventuale) incompatibilità tra il sistema nazionale delle tariffe forensi e le regole comunitarie sui servizi, se non coinvolgendo la Corte costitu-

---

65 Sentenza *Cipolla*, cit., punto 30, enfasi aggiunta.

66 Sentenza *CAF*, cit., p. I-2941, punto 29.

67 Ordinanza *Mauri*, cit., p. I-1267, punto 21.

68 Sentenza *Anomar*, cit., p. I-8621, punto 41.

69 Sentenza della Corte di giustizia del 5 dicembre 2000, causa C-448/98, *Guimont*, *Raccolta*, p. I-10663, punto 23.

70 Corte costituzionale, sentenza del 28 febbraio 1996, n. 61, in *GURI* n. 10, prima serie speciale, 6 marzo 1996. Cfr. Corte costituzionale, sentenza del 16 giugno 1995, n. 249, in *GURI* n. 26, prima serie speciale, 21 giugno 1995, e sentenza del 30 dicembre 1997, n. 443, in *GURI* n. 1, prima serie speciale, 7 gennaio 1998.

71 Legge 24 febbraio 1997, n. 27, in *GURI* n. 48, 27 febbraio 1997.

72 Cfr. punto 31 della sentenza *Cipolla*, in cui in sede di valutazione della ricevibilità dei quesiti la Corte adotta una soluzione positiva ma riferendosi al caso (ipotetico e comunque non proprio della fattispecie) di applicazione della normativa italiana controversa a "(…) soggetti residenti in Stati membri diversi dalla Repubblica italiana".

zionale nel giudizio di eguaglianza ora menzionato, e con esiti non certo scontati.

Comunque si voglia leggere la sentenza, occorre a questo punto fare due precisazioni, necessarie a fugare eventuali confusioni.

La prima precisazione è che il principio comunitario della libera circolazione è volto a realizzare l'apertura dei mercati nazionali così da consentire agli operatori economici comunitari di esercitare le loro attività su un piano transnazionale[73]. "Le libertà di circolazione (…) non intendono [invece] liberalizzare le economie nazionali ostacolando qualunque norma di origine statale che possa influire sulla libertà economica e commerciale; esse comporterebbero, altrimenti, la fine del potere di regolamentazione economica degli Stati membri"[74]. In altre parole, in assenza di interventi normativi di armonizzazione delle regole nazionali, le libertà economiche fondamentali previste dal Trattato CE richiedono agli Stati membri esclusivamente di consentire agli operatori comunitari di esercitare liberamente le loro attività sul proprio territorio nazionale. Consentire la prestazione di servizi in uno Stato membro diverso da quello di stabilimento significa permettere effettivamente al prestatore di esercitare la sua attività in tale Stato, il che comporta l'obbligo da parte di quest'ultimo di eliminare ogni ostacolo che possa rendere anche solo meno attraente la prestazione del servizio sul suo territorio. Come è noto, subordinare l'esercizio della libertà di prestazione dei servizi alle stesse condizioni poste per lo stabilimento priverebbe del suo effetto utile la disciplina volta a garantire la libera prestazione dei servizi, in quanto il soggetto coinvolto è già sottoposto alle regole proprie dell'ordinamento dello Stato in cui è stabilito. È in questo senso che l'applicazione del principio di libertà di prestazione dei servizi può tradursi in una situazione di maggior favore formale per i prestatori (o i destinatari, all'occorrenza) rispetto ai cittadini e residenti del Paese in cui la prestazione è fornita.

Tuttavia, il diritto comunitario non richiede che in casi del genere il trattamento riservato ai soggetti stabiliti nello Stato di destinazione del servizio sia equiparato a quello eventualmente più favorevole riconosciuto al prestatore in regime di circolazione di servizi. La disciplina dei servizi, infatti, impone semplicemente che la prestazione transnazionale degli stessi sia consentita in ogni caso, senza riguardo alla condizione degli operatori stabiliti nello Stato di desti-

---

73 Sentenza della Corte di giustizia del 15 febbraio 2007, causa C-345/04, *Centro Equestro da Leziria Grande*, non ancora pubblicata nella *Raccolta*, punto 20: "Si deve anche ricordare che, conformemente alla giurisprudenza della Corte, l'art. 59 del Trattato CE esige l'eliminazione di ogni restrizione alla libera prestazione dei servizi imposta per il fatto che il prestatore è stabilito in uno Stato membro diverso da quello in cui è fornita la prestazione (v. in tal senso, in particolare, le sentenze della Corte di giustizia del 4 dicembre 1986, causa 205/84, *Commissione c. Germania*, *Raccolta*, p. 3755, punto 25; 26 febbraio 1991, causa C-180/89, *Commissione c. Italia*, *Raccolta*, p. I-709, punto 15, nonché 3 ottobre 2006, causa C-290/04, *FKP Scorpio Konzertproduktionen*, *Raccolta*, p. I-9461, punto 31)".

74 Conclusioni dell'Avvocato generale Poiares Maduro del 14 dicembre 2006, causa C-134/05, *Commissione c. Italia (Recupero crediti in via stragiudiziale)*, punto 6. La sentenza della Corte di giustizia è del 18 luglio 2007, non ancora pubblicata in *Raccolta*.

nazione del servizio, perché non è a tutela di questi ultimi che è posta. E, quindi, non fa obbligo agli Stati membri di modificare la propria normativa nazionale che regoli l'attività in questione, in vista dell'equiparazione del trattamento degli operatori nazionali, o di quelli stabiliti sul territorio nazionale, al trattamento più favorevole riconosciuto dal diritto comunitario al prestatore che operi in regime di circolazione di servizi.

Dunque, eliminare le eventuali *discriminazioni a rovescio* conseguenti all'applicazione della libertà sui servizi è rimesso unicamente ed esclusivamente alla discrezionalità dei singoli Stati membri, ma non è – si ripete – assolutamente un obbligo comunitario. Perciò, l'attenzione della Corte di giustizia per le situazioni meramente interne può al più esser vista in quest'ottica, quella cioè di offrire un'interpretazione autentica del diritto comunitario dalla quale spetterà poi agli Stati membri, laddove questo sia possibile alla luce delle regole nazionali, *eventualmente* trarre le opportune conseguenze sul piano interno.

In altri termini, secondo questa impostazione, la risposta che la Corte fornisce ai quesiti pregiudiziali posti dai giudici nazionali in un contesto fattuale e giuridico estraneo al diritto comunitario potrebbe fornire la base per lo svolgimento di un giudizio (costituzionale) di eguaglianza dinanzi alle giurisdizioni nazionali, ammesso che la posizione del cittadino o dell'impresa comunitaria possa essere in tutti i casi equiparata a quella del cittadino o impresa nazionale, il che, come prima indicato con riferimento ai servizi legali, non è sempre il caso. Questa soluzione appare invero un po' forzata, posto che la risposta fornita dalla Corte non è idonea ad incidere, quanto meno in maniera diretta, sulla soluzione della controversia *de qua*. Tali prese di posizione, adottate in punto di ricevibilità dei quesiti pregiudiziali, rischiano di convertire (e di snaturare) la competenza pregiudiziale in un giudizio obiettivo di compatibilità della normativa nazionale rispetto alle regole comunitarie sul mercato interno, laddove queste ultime non sarebbero direttamente rilevanti nella fattispecie *de qua*, mentre detta valutazione dovrebbe essere svolta più propriamente in sede di procedimento di infrazione. Le sentenze della Corte tendono ad ampliare a dismisura la sfera di intervento di quest'ultima, mettendo in discussione le scelte operate dal legislatore nazionale in materia economica anche in fattispecie del tutto estranee al campo di applicazione del diritto comunitario[75].

[75] Per un chiaro esempio della confusione regnante nella giurisprudenza interna in merito al campo di applicazione delle regole del Trattato relative alla circolazione dei servizi si veda l'ordinanza del T.A.R. Lazio, sez. I, 23 maggio 2007, n. 880, con la quale il Tribunale, nell'operare il rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia in una fattispecie palesemente interna (impugnazione della revoca delle concessioni TAV in precedenza affidate, senza gara, ad operatori nazionali), è arrivato ad adottare, come provvedimento cautelare in favore delle imprese destinatarie delle concessioni, la sospensione dell'efficacia delle norme di legge (art. 12 del d.l. 31 gennaio 2007, n. 4, convertito con legge 2 aprile 2007, n. 40, *GURI* n. 77, 2 aprile 2007, Supplemento ordinario n. 91, all'art. 13) che disponevano detta revoca, ritenendo applicabili le regole comunitarie sulla circolazione dei servizi e dei capitali anche in assenza di un pur minimo elemento "transfrontaliero". Prescindendo dal merito della vicenda, ottenuta un'eventuale pronuncia positiva della Corte di giustizia in merito alla incompatibilità della legge con le regole del Trattato, la soluzione orto-

E veniamo quindi alla seconda precisazione. Se in Italia la soppressione di eventuali situazioni di discriminazione a rovescio può ottenersi mediante un giudizio di costituzionalità della normativa nazionale pertinente in base all'art. 3 della Costituzione, una *chance* del genere non sempre esiste anche negli altri Stati membri. Per esempio, non si ha in Francia, dove il controllo di costituzionalità è solo preventivo e non può essere attivato una volta che la legge sia stata emanata, né un tale meccanismo si rinviene nel Regno Unito.

10. Per concludere, ritengo sia utile evidenziare nuovamente che la giurisprudenza della Corte appare ancora in piena evoluzione. Non solo i profili che ho prima indicato potranno conoscere ulteriori sviluppi, ma volendo esercitare la rischiosissima arte della preveggenza si può ritenere che la Corte sarà chiamata a percorrere alcuni sentieri ancora poco esplorati, tra i quali il rapporto tra la libertà di prestazione dei servizi e l'art. 86, n. 2, del Trattato in tema di servizi di interesse economico generale (appare ancora sostanzialmente isolata la sentenza *Corsica Ferries*[76]), nonché la qualificazione delle disposizioni sui servizi come norme imperative, con quello che ne consegue rispetto anche alle convenzioni tra privati: in quest'ultimo caso, si tratta di un principio non ancora espresso con chiarezza dalla Corte di giustizia a differenza di quanto è avvenuto in materia di libera circolazione delle merci (*Dansk Supermarked*[77]) e delle persone (*Ingmar*[78]) ed in tema di libertà di concorrenza (*Eco Swiss c. Benetton*[79]).

Ma un altro evento recente avrà un sicuro impatto sulla giurisprudenza comunitaria: mi riferisco alla tendenza alla *codificazione* dei principi emergenti dalla giurisprudenza medesima. Già evidenziata dalla direttiva 2005/36/CE relativa al riconoscimento delle qualificazioni professionali, in particolare nel titolo II dedicato alla libera prestazione dei servizi, questa tendenza si è ora consolidata con la citata direttiva "Servizi" 2006/123/CE relativa ai servizi nel mercato interno. Che si tratti di una giusta soluzione, anche alla luce del carattere per definizione evolutivo della giurisprudenza della Corte, è una questione aperta, così come lo è quella della fedeltà o meno del testo scritto rispetto ai principi giurisprudenziali: non è per nulla scontato, infatti, che i principi propri di un *judge-made system* siano proponibili *tels quels* in un testo normativo.

---

dossa avrebbe dovuto essere la remissione degli atti alla Corte costituzionale secondo lo schema delle "discriminazioni a rovescio".

76 Sentenza della Corte di giustizia del 18 giugno 1998, causa C-266/96, *Corsica Ferries France*, *Raccolta*, p. I-3949.

77 Sentenza della Corte di giustizia del 22 gennaio 1981, causa 58/80, *Dansk Supermarked*, *Raccolta*, p. 181.

78 Sentenza della Corte di giustizia del 9 novembre 2000, causa C-381/98, *Ingmar*, *Raccolta*, p. I-9305.

79 Sentenza della Corte di giustizia del 1° giugno 1999, causa C-126/97, *Eco Swiss c. Benetton*, *Raccolta*, p. I-3055.

Bibliografia essenziale

A. Bohler, Y. Mottard, *Chronique de jurisprudence (Année 2004)*, in *CDE*, 2006, p. 175 ss.

M. K. Bulterman, H. R. Kranenborg, *What if Rules on Free Movement and Human Rights Collide? About Laser Games and Human Dignity: The Omega Case*, in *ELR*, 2006, p. 93 ss.

E. Cannizzaro, *Producing Reverse Discrimination through Exercise of EC Competencies*, in *YEL*, 1997, p. 29 ss.

M. Condinanzi, A. Lang, B. Nascimbene, *Cittadinanza e libera circolazione delle persone*, Milano, 2006, II ed.

V. Hatzopoulos, T. U. Do, *The Case Law of The ECJ Concerning The Free Provision of Services: 2000-2005*, in *CML Rev.*, 2006, p. 923 ss.

C. Kombos, *Fundamental Rights and Fundamental Freedoms: A Symbiosis on the Basis of Subsidiarity*, in *EPL*, 2006, p. 433 ss.

L. M. Poiares Maduro, *Harmony and Dissonance in Free Movement*, in *Cambridge Yearbook of European Law*, 2002, p. 315 ss. (anche in M. Andenas, W.-H. Roth (eds.), *The Provision of Services in the EU*, Oxford, 2002).

R. Mastroianni, *La libera prestazione dei servizi*, in G. Strozzi (a cura di), *Il diritto dell'Unione europea, parte speciale*, Torino, 2005, II ed., p. 221 ss.

J. Moelman, H. de Waele, *A Retreat from Saeger?*, in *LIEI*, 2006, p. 207 ss.

J. Motjin, *Balancing Fundamental Rights and Common Market Freedoms in Union Law: Schmid-berger and Omega in the Light of the European Constitution*, in *ELJ*, 2006, p. 15 ss.

C. Ritter, *Purely Internal Situations, Reverse Discrimination, Guimont, Dzodzi and Article 234*, in *ELR*, 2006, p. 690 ss.

N. N. Shiubne, *Free Movement of Persons and the Wholly Internal Rule: Time to Move on*, in *CML Rev.*, 2002, p. 731 ss.

G. Tesauro, *Diritto comunitario*, Padova, 2005, IV ed., p. 541 ss.

H. Toner, *Non-Discriminatory Obstacles to the Exercise of Treaty Rights–Articles 39, 43, 49 and 18 EC*, in *YEL*, 2004, p. 275 ss.

L. Woods, *Free Movement of Goods and Services within the European Community*, Ashgate, 2004.

Marcello Di Filippo

La fase ascendente del processo decisionale dell'Unione europea e il ruolo dei parlamenti nazionali

SOMMARIO: 1. Considerazioni introduttive sulle caratteristiche del processo decisionale dell'Unione europea. – 2. Le soluzioni adottate a livello europeo per agevolare il controllo dei parlamenti nazionali sui rispettivi governi nell'ambito del processo decisionale europeo. – 3. Un problema correlato: la trasparenza degli organi intergovernativi. – 4. La posizione dell'ordinamento italiano: le esitazioni iniziali. – 5. *Segue*: le novità introdotte dalla legge n. 11/2005 e la prima prassi applicativa. – 6. Valutazioni conclusive.

1. A partire dalla Dichiarazione di Laeken[1], il dibattito sul ruolo dei parlamenti nazionali nell'Unione europea ha conosciuto un rinnovato vigore sul piano dottrinale e politico. La Convenzione incaricata di redigere il testo preliminare di quello che sarebbe stato poi il Trattato costituzionale istituì un gruppo apposito[2], mentre il testo definitivo di detto Trattato, firmato a Roma il 29 ottobre 2004, contiene varie disposizioni e un Protocollo dedicati ai parlamenti nazionali. Le novità ivi ipotizzate saranno rifuse, con qualche ritocco, nel nuovo Trattato di riforma, destinato a prendere il posto del Trattato costituzionale, ormai accantonato, giusto l'esito del Consiglio europeo di Bruxelles del 21 e 22 giugno 2007[3]. In questa sede, peraltro, non si procederà ad una disamina delle

[1] La "Dichiarazione di Laeken sul futuro dell'Unione europea" (v. Allegato I alle Conclusioni del Consiglio europeo di Laeken del 14 e 15 dicembre 2001) menziona al punto II i quesiti concernenti il ruolo dei parlamenti nazionali: "La seconda domanda, anch'essa in tema di legittimità democratica, riguarda il ruolo dei parlamenti nazionali. Debbono essere rappresentati in una nuova istituzione, a fianco del Consiglio e del Parlamento europeo? Debbono svolgere un ruolo nei settori d'intervento europei per i quali il Parlamento europeo non è competente? Debbono concentrarsi sulla ripartizione delle competenze fra Unione e Stati membri, ad esempio mediante una verifica preliminare del rispetto del principio di sussidiarietà?".

[2] Si tratta del Gruppo di lavoro IV sui parlamenti nazionali, il cui mandato è descritto nel doc. CONV 74/02, 30 maggio 2002.

[3] Il Consiglio europeo ha sancito il raggiungimento di un'intesa sul tema delle riforme istituzionali: i contenuti di tale compromesso sono esplicitati nell'Allegato I alle Conclusioni di tale vertice, intitolato "Progetto di mandato della CIG". In sintesi, il Trattato costituzionale viene abbandonato in favore di un nuovo Trattato di riforma, che inciderà, sul solco della tradizione degli ultimi trattati di revisione, sul Trattato sull'Unione europea e sul Trattato istitutivo della Comunità europea (destinato a mutare denominazione in "Trattato sul funzionamento dell'Unione"). Per quanto qui interessa, le novità preconizzate nel Trattato costituzionale vengono sostanzialmente

soluzioni elaborate nell'ambito del cantiere istituzionale – peraltro già discusse in dottrina[4] – preferendo rivolgere l'attenzione alle disposizioni e ai meccanismi, attualmente vigenti a livello europeo[5], che sono finalizzati a coinvolgere i parlamenti nazionali nel circuito decisionale dell'Unione (e in particolare nella c.d. fase ascendente, cioè la fase di formazione degli atti e degli orientamenti politici). Tale approfondimento consentirà di svolgere un esame critico delle novità introdotte nel nostro ordinamento con la legge n. 11/2005[6] – che ha integralmente sostituito la legge n. 86/1989 (c.d. legge La Pergola) e ha dedicato alcune disposizioni innovative al ruolo del Parlamento nella fase ascendente del processo decisionale europeo – e di formulare alcune valutazioni con riguardo alla più recente prassi applicativa italiana.

L'approccio qui prescelto, consistente nel verificare dapprima i meccanismi europei vigenti e successivamente la reazione del nostro ordinamento, muove dalla convinzione che il quadro europeo, pur non brillando per la centralità degli organi parlamentari, contenga già oggi alcuni elementi di flessibilità che, se opportunamente sfruttati, possono consentire al parlamento nazionale di trasformarsi da mero destinatario passivo di scelte maturate altrove a soggetto attivo, insieme ad altri, nel processo di elaborazione degli atti e degli orientamenti più significativi dell'Unione europea.

---

riprese nel nuovo Trattato di revisione, con alcune integrazioni tese a rafforzare ulteriormente il ruolo dei parlamenti nazionali nel controllo del rispetto del principio di sussidiarietà, nell'applicazione della clausola passerella in tema di diritto di famiglia, nelle procedure di revisione e di adesione di nuovi Stati (v. punto 11 del Progetto di Mandato; titoli II e IV dell'Allegato 1 al Progetto; punto 2, lett. b dell'Allegato 2 al Progetto). Per un primo commento, cfr. M. C. Baruffi, *Rafforzato il principio di sussidiarietà: protagonisti i parlamenti nazionali*, in *Guida al Diritto–Diritto comunitario e internazionale*, n. 6/2007, p. 15 ss.

4 Cfr. F. Ferraro, *Il ruolo dei Parlamenti nazionali nella fase ascendente del diritto dell'Unione europea*, in *DPCE*, 2003, p. 183 ss.; C. Morviducci, *Convenzione europea e ruolo dei parlamenti nazionali: le scelte definitive*, in *RIDPC*, 2003, p. 1061 ss.; S. Weatherill, *Using National Parliaments to Improve Scrutiny of the Limits of EU Action*, in *ELR*, 2003, p. 909 ss.; R. Cipriani, F. Monceri, *Il ruolo dei Parlamenti nazionali nel quadro costituzionale europeo*, in G. Colombini, F. Nugnes (a cura di), *Istituzioni, Diritti, Economia. Dal Trattato di Roma alla Costituzione europea*, Pisa, 2004, p. 109 ss.; A. J. Cygan, *The Role of National Parliaments in the EU's New Constitutional Order*, in T. Tridimas, P. Nebbia (eds.), *European Union Law for the Twenty-First Century. Rethinking the New Legal Order*, Oxford-Portland, 2004, I, p. 153 ss.; L. S. Rossi, *Il "paradosso del metodo intergovernativo". L'equilibrio istituzionale nel progetto di Trattato-Costituzione*, in L. S. Rossi (a cura di), *Il progetto di Trattato-Costituzione. Verso una nuova architettura dell'Unione europea*, Milano, 2004, in particolare p. 160 ss.; F. Bruno, *La Costituzione europea ed i Parlamenti nazionali*, in *DPCE*, 2005, p. 620 ss.; U. Villani, *Principi democratici e diritti fondamentali nella "Costituzione europea"*, in *CI*, 2005, p. 643 ss.

5 Per comodità, l'aggettivo "europeo" verrà utilizzato cumulativamente con riguardo ai meccanismi decisionali contemplati nel Trattato dell'Unione europea e nel Trattato istitutivo della Comunità europea, dovendosi pertanto intenderlo riferito sia al primo pilastro che al secondo e al terzo pilastro (concernenti rispettivamente la Politica estera e di sicurezza comune e la Cooperazione di polizia e giudiziaria in materia penale).

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

Preliminarmente, appare utile ricordare alcune caratteristiche essenziali del fenomeno dell'integrazione europea e individuare gli elementi critici dal punto di vista della democraticità dei relativi procedimenti istituzionali.

In primo luogo, l'Unione europea è dotata di significativi poteri decisionali (nel senso ampio del termine) che trovano espressione in atti che, una volta adottati, si impongono all'insieme degli Stati membri, parlamenti nazionali compresi. Per quanto riguarda, in particolare, gli atti di natura vincolante, le disposizioni relative al processo decisionale conferiscono solitamente all'organo rappresentativo dei Governi (il Consiglio) un ruolo determinante nell'adozione, mentre il ruolo di iniziativa compete alla Commissione europea, organo non eletto dai cittadini né designato direttamente dal Parlamento europeo[7], o ai singoli governi[8]. Quanto agli organi di natura parlamentare, si ricorderà che i Trattati istitutivi avevano relegato ad un ruolo marginale l'organo rappresentativo dei popoli (il Parlamento europeo), non riconoscendo alcun rilievo ai parlamenti nazionali. Le numerose modifiche intervenute a seguito dell'Atto unico europeo, del Trattato sull'Unione europea (in seguito, TUE) e dei Trattati di Amsterdam e di Nizza hanno incrementato il ruolo del Parlamento europeo (grazie soprattutto alle procedure di cooperazione, di parere conforme e di codecisione) per ciò che concerne l'adozione degli atti in numerose materie regolate dal TCE: il quadro complessivo risulta tuttavia ancora fortemente sbilanciato a favore del Consiglio, sia in significative materie del primo pilastro[9], sia, in

---

7 Si ricorderà che, ai sensi dell'art. 214 TCE, la formazione della Commissione prevede un coinvolgimento del Parlamento europeo, che ha il potere, in un primo momento, di approvare (o disapprovare) la nomina del Presidente della Commissione designato dal Consiglio (riunito nella composizione di Capi di Stato o di Governo) e, successivamente, di approvare (o disapprovare) l'intero collegio dei commissari, alla cui designazione concorrono i governi degli Stati membri e il Presidente *in pectore*. Sebbene non debba essere sottovalutata la rilevanza dell'approvazione parlamentare, siamo ancora lontani da una relazione di fiducia parlamentare in senso stretto.

8 Ciò avviene essenzialmente nelle materie comprese nel secondo e nel terzo pilastro (cfr. rispettivamente gli articoli 22, par. 1 e 34, par. 2 TUE). Si consideri poi che l'iniziativa per la revisione dei Trattati è riconosciuta, ai sensi dell'art. 48 TUE, agli Stati membri, anche singolarmente, e alla Commissione.

9 Un ulteriore problema, che qui può essere solo accennato, è quello della c.d. comitologia (disciplinata dalla decisione del Consiglio 1999/468/CE, del 28 giugno 1999, recante modalità di esecuzione delle competenze di esecuzione conferite alla Commissione, *GUCE* L 184, 17 luglio 1999, p. 23 ss.), in forza di cui la Commissione riceve la delega a dare attuazione ad atti adottati dal Consiglio o dal Consiglio congiuntamente con il Parlamento europeo, o ad adattare all'evoluzione tecnologica determinati allegati o aspetti di detti atti: tale competenza è subordinata a un controllo (sotto forma di approvazione o di parere) da parte di comitati costituiti da rappresentanti delle amministrazioni nazionali. In argomento, cfr. C. F. Bergström, *Comitology. Delegation of Powers in the European Union and the Committee System*, Oxford, 2005, in particolare p. 249 ss.; M. Savino, *I comitati nell'Unione europea. La collegialità amministrativa negli ordinamenti compositi*, Milano, 2005, in particolare p. 103 ss.; G. J. Brandsma, *Accountability Deficits in European "Comitology" Decision-making*, in *EIoP*, 11, 2007, n. 4 (eiop.or.at, reperibile *on line*).
Solo recentemente, il Parlamento europeo ha ottenuto una modifica della disciplina della comitologia (cfr. decisione del Consiglio 2006/512/CE, del 17 luglio 2006, che modifica la decisione del Consiglio 1999/468/CE recante modalità di esecuzione delle competenze di esecuzione conferite

maniera più evidente e generalizzata, nell'ambito del secondo e terzo pilastro[10]. Con riguardo alla determinazione dell'indirizzo politico, è il Consiglio europeo – organo espressione degli Stati membri (in sostanza, dei rispettivi governi) e, seppur in misura ridotta, della Commissione[11] – che definisce gli orientamenti generali dell'Unione e traccia le linee essenziali relative al suo sviluppo (incluse questioni "costituzionali" quali la revisione dei Trattati istitutivi e l'adesione di nuovi Stati)[12].

L'impostazione del processo decisionale europeo comporta pertanto che gli organi intergovernativi rivestano tuttora un ruolo di primario rilievo e che la posizione dei singoli Stati all'interno del Consiglio e del Consiglio europeo risulti espressa da un esponente di un organo (l'esecutivo e/o il Capo dello Stato nelle forme di governo di impostazione presidenziale) che sul piano interno non è normalmente titolare di una competenza esclusiva con riguardo alla materia oggetto dell'atto in corso di elaborazione. Difatti, sul piano interno, le competenze normative appartengono in via principale all'organo parlamentare, mentre quelle di indirizzo politico sono normalmente condivise tra Governo e Parlamento, o tra Capo dello Stato e Parlamento. Quand'anche il diritto costituzionale statale preveda una competenza normativa in capo all'esecutivo, questa

---

alla Commissione, *GUUE* L 200, 22 luglio 2006, p. 11 ss.), volta a integrare il controllo del comitato con un propria pronuncia nei casi in cui l'atto di attuazione concerne una materia sottoposta alla procedura di codecisione: in argomento, cfr. G. Caggiano, *Il consolidamento della disciplina delle misure di esecuzione e della comitologia a Trattato invariato*, in questa *Rivista*, 2006, p. 505 ss.

Sul negletto tema del controllo da parte dei parlamenti nazionali delle posizioni espresse dai rappresentanti nazionali in seno a detti comitati, cfr. il 6° rapporto semestrale del Segretariato della Conferenza degli organi specializzati negli affari comunitari ed europei dei Parlamenti dell'Unione europea (d'ora in avanti, COSAC) relativo a "*Developments in European Union. Procedures and Practices Relevant to Parliamentary Scrutiny*", adottato nel novembre 2006 (reperibile *on line* sul sito www.cosac.eu), in particolare pp. 24-29.

[10] Per il secondo pilastro, l'art. 21 TUE circoscrive il ruolo del Parlamento europeo a una consultazione non giuridicamente vincolante, ad iniziativa della Presidenza di turno, sui principali aspetti e sulle scelte fondamentali della Politica estera e di sicurezza comune, e all'ottenimento di informazioni, da parte della Presidenza e della Commissione, in merito allo sviluppo della Politica estera e di sicurezza dell'Unione: non è prevista una consultazione sui singoli atti in corso di adozione (strategie comuni, azioni comuni, posizioni comuni, decisioni).

Per il terzo pilastro, l'art. 39 TUE prevede che il Consiglio debba richiedere un parere al Parlamento europeo prima di adottare decisioni quadro, decisioni o testi di convenzioni (restando escluse dalla consultazione le posizioni comuni): detto parere non è vincolante per il Consiglio. Si noti che le decisioni quadro vengono impiegate per il ravvicinamento delle legislazioni nazionali, sia con riguardo alla definizione degli elementi minimi di taluni reati e il relativo regime sanzionatorio, sia per quanto concerne la realizzazione di meccanismi avanzati di cooperazione giudiziaria, quali il mutuo riconoscimento delle decisioni (si pensi al mandato di arresto e consegna).

[11] Esso è composto dai Capi di Stato o di Governo degli Stati membri (affiancati dai rispettivi Ministri degli affari esteri) e dal Presidente della Commissione (affiancato da un altro membro della Commissione).

[12] Cfr. l'art. 4 TUE.

risulta pur sempre condizionabile dall'attività legislativa e di indirizzo politico del Parlamento.

Si pongono pertanto due questioni. In primo luogo si può parlare di *deficit* democratico dell'Unione europea, nelle situazioni in cui il Parlamento europeo non giochi un ruolo decisivo, in quanto non risulta applicabile la procedura di codecisione o del parere conforme. Ciò avviene innanzitutto per la determinazione, in termini generali, dell'indirizzo politico dell'Unione[13]. Quanto all'adozione di atti vincolanti per gli Stati, pare opportuno precisare che un *deficit* democratico non è ravvisabile per il solo fatto che il Parlamento europeo fornisca un semplice parere non vincolante[14] o addirittura non venga consultato[15], dovendosi altresì appurare che in quella materia e per quella tipologia di atto sarebbero normalmente competenti sul piano interno i parlamenti nazionali[16].

In secondo luogo, si profila un problema di rappresentatività della posizione espressa dal singolo esponente governativo in seno al Consiglio o al Consiglio europeo: dal punto di vista dell'ordinamento interno, l'assetto configurato dai Trattati istitutivi rischia di alterare in profondità i tratti caratteristici delle strutture costituzionali statali – soprattutto di quelle ispirate al modello della democrazia parlamentare[17] – ove non vengano predisposti accorgimenti idonei ad assicurare che la suddetta posizione recepisca gli orientamenti espressi dalle assemblee parlamentari o sia comunque da queste conosciuta e condivisa. Con riguardo a questo profilo, piuttosto che l'espressione, talvolta abusata, di "*deficit* democratico", sembra più appropriata quella di "*deficit* rappresentativo"[18]; inoltre, l'incidenza di questo fenomeno si atteggia variamente in funzione dell'as-

---

13 Tale dimensione risulta spesso trascurata nelle analisi del c.d. *deficit* democratico.

14 Alcune materie del primo pilastro, nonché le materie oggetto del terzo pilastro.

15 Si pensi agli atti adottati nel secondo pilastro.

16 La precisazione non è superflua: preme sottolineare che alcune competenze comunitarie (ma il ragionamento vale in termini più generali per le attività dell'Unione nel suo complesso) non danno origine a norme in senso stretto, risolvendosi in atti di portata non vincolante o in misure di incentivazione, mentre in certe materie si tratta di argomenti di natura tecnica, che raramente sono oggetto negli Stati membri di una regolamentazione di rango legislativo. Per una considerazione analoga, v. anche U. Villani, *Il* deficit democratico *nella formazione delle norme comunitarie*, in *DCSI*, 1992, p. 599 ss., in particolare p. 602.

17 Si noti che nel gruppo degli Stati membri il modello presidenziale è stato per lungo tempo rappresentato dalla sola Francia: con i cambiamenti prodottisi dopo la caduta del muro di Berlino e le adesioni degli ultimi anni, tuttavia, il numero dei Paesi membri dell'Unione europea che si ispirano al presidenzialismo (o alla variante "francese" del semipresidenzialismo) è significativamente aumentato. In argomento, cfr., tra gli altri, S. Bartole, *Riforme costituzionali nell'Europa centro-orientale*, Bologna, 1993; L. Pegoraro, A. Rinella (a cura di), *Semipresidenzialismi*, Padova, 1997, p. 219 ss.; G. De Vergottini, *Le transizioni costituzionali: sviluppi e crisi del costituzionalismo alla fine del XX secolo*, Bologna, 1998; P. Lavaux, *Destins du présidentialisme*, Paris, 2002.

18 Come autorevolmente suggerito da L. Violante, *Raccordo legislativo fra Unione europea e Parlamenti nazionali*, in *Q. cost.*, 1999, p. 725 ss., in particolare p. 726.

setto della forma di governo del singolo Stato[19], in proporzione maggiore di quanto non accada per il *deficit* democratico propriamente detto.

Tali problematiche risultano peraltro acuite dal progressivo ampliamento da parte delle istituzioni europee delle proprie competenze (operato soprattutto grazie a basi giuridiche c.d. "orizzontali"[20] e alla clausola di chiusura sui c.d. poteri impliciti[21]), tanto da sollevare dubbi circa l'effettiva rilevanza del principio di attribuzione all'interno dell'UE e da indurre alcune corti costituzionali statali[22] a sollevare perplessità circa la conformità alla rispettiva legge fondamentale della sottrazione "strisciante" di competenze a scapito (soprattutto) del parlamento nazionale e ad attribuire rilievo primario ad una rigorosa applicazione dei principi che regolano l'attribuzione e l'esercizio delle competenze europee e che trovano formale riconoscimento nell'art. 5 TCE[23].

A fronte delle tematiche ora delineate, è tempo di approfondire lo stato dell'arte a livello europeo con riguardo ai margini di intervento dei parlamenti nazionali sui rispettivi governi, per poi passare a studiare le soluzioni elaborate nell'ordinamento e nella prassi parlamentare italiana.

2. Come anticipato, i meccanismi di elaborazione di atti normativi e dell'indirizzo politico dell'UE privilegiano gli esecutivi nazionali. Non è un caso, pertanto, che in vari Stati membri siano state elaborate procedure apposite, le quali mirano a realizzare con varie modalità un controllo del Parlamento sulle posizioni assunte dal rappresentante statale in seno al Consiglio[24]. La soluzione più comune consiste nell'istituzione di organi parlamentari permanenti (solita-

19 È noto come le forme di governo parlamentari e presidenziali presentino numerose varianti.

20 Cfr. in particolare gli articoli 47 e 95 TCE, relativi all'instaurazione e al funzionamento del mercato interno.

21 Cfr. art. 308 TCE.

22 Per la Germania, cfr. sentenza del Tribunale costituzionale tedesco del 12 ottobre 1993, in *BVerfGe*, 89, 174, tradotta in italiano in *Giur. cost.*, 1994, p. 677 ss. Per la Danimarca, cfr. sentenza della Corte suprema del 6 aprile 1998, *Carlsen e a.* c. *Primo Ministro*, riprodotta parzialmente in O. Due, *The Danish Ratification of the Maastricht Treaty Before the Danish Supreme Court*, in M. Dony (sous la direction de), *Mélanges en hommage à Michel Waelbroeck*, I, Bruxelles, 1999, p. 313 ss. (v. anche K. Høeg, *The Danish Maastricht Judgment*, in *ELR*, 1999, p. 80 ss.).

23 Si consideri che le istituzioni politiche dell'Unione europea, una volta raggiunto il consenso circa la necessità e opportunità di una determinata iniziativa, non appaiono eccessivamente zelanti nel verificare il rispetto di detti principi e che la Corte di giustizia raramente ha annullato atti sulla base della violazione dell'art. 5 TCE, in ragione della formulazione ampia delle basi giuridiche pertinenti, delle difficoltà a condurre un sindacato giurisdizionale sulle valutazioni politiche sottostanti e della sua attitudine a interpretare in chiave dinamica e funzionale il processo di integrazione e il proprio stesso ruolo di protagonista del suo sviluppo.

24 Si tratta di una tendenza comune a tutti gli Stati membri, che si è evidenziata sulla fine degli anni ottanta (a seguito del processo di completamento del mercato unico) e si è rafforzata in vista e a seguito del processo di ratifica del Trattato di Maastricht. Preme sottolineare che gli ordinamenti di molti degli Stati che hanno recentemente aderito all'Unione europea hanno introdotto meccanismi di coinvolgimento dei parlamenti nella fase ascendente: cfr. i richiami contenuti in K. Lenaerts, P. Van Nuffel, *Constitutional Law of the European Union*, London, 2005, II ed., p. 527; nonché la sentenza del Tribunale costituzionale polacco del 12 gennaio 2005, n. K 24/04,

mente, commissioni parlamentari) specializzati in affari comunitari o europei, che operano un controllo di massima sugli sviluppi del processo di integrazione e interagiscono sia col Governo che con le commissioni parlamentari specializzate per materia: le regole e la prassi applicativa variano da Stato a Stato, in ragione delle peculiarità costituzionali, politiche e culturali[25].

La diffusa convinzione circa l'utilità di un monitoraggio parlamentare sull'attività normativa delle istituzioni europee e sul ruolo dei rispettivi governi ha inoltre indotto a sperimentare forme di cooperazione interparlamentare di diversa natura: tra queste, merita particolare menzione la Conferenza degli organi specializzati negli affari comunitari ed europei dei Parlamenti dell'Unione europea (d'ora in avanti, COSAC), riunitasi per la prima volta a Parigi nel novembre 1989 e gradualmente affermatasi come la forma più stabile e credibile di raccordo tra i parlamenti nazionali[26], tanto da ricevere un formale riconoscimento nel Trattato di Maastricht, prima, e nel Trattato di Amsterdam, poi[27].

Parallelamente, l'esigenza sopra menzionata ha trovato una parziale eco in occasione delle conferenze di revisione dei Trattati istitutivi, in quanto si è fatta largo la consapevolezza che l'introduzione di taluni correttivi al processo decisionale europeo presenti delle ricadute positive sull'efficacia delle soluzioni approntabili a livello nazionale. In tale prospettiva, il Trattato di Maastricht e il Trattato di Amsterdam hanno rappresentato una svolta nel complessivo atteggiamento dell'ordinamento europeo nei confronti dei delicati rapporti tra gli esecutivi e i parlamenti.

La Dichiarazione n. 13 allegata al TUE segna la presa d'atto dell'importanza di un maggiore coinvolgimento di questi nelle attività dell'Unione, invitando i governi a vigilare affinché i parlamenti nazionali possano disporre delle propo-

---

disponibile in polacco e in una traduzione inglese sul sito internet del Tribunale (www.trybunal.gov.pl)

25 Un'utile panoramica è svolta nel 3° rapporto semestrale del Segretariato della COSAC relativo a "*Developments in European Union. Procedures and Practices Relevant to Parliamentary Scrutiny*", adottato nel maggio 2005, pp. 10-76, e nell'8° rapporto semestrale, adottato nell'ottobre 2007, pp. 7-19 (entrambi reperibili sul sito www.cosac.eu); v. altresì C. Storini, *La difficile parlamentarizzazione dell'Unione europea*, in *DPCE*, 2004, p. 257 ss.
Meno recenti, ma ugualmente significavi, restano gli studi di C. Sasse, *The Control of the National Parliaments of the Nine over European Affairs*, in A. Cassese (ed.), *Parliamentary Control over Foreign Policy*, Alphen aan den Rijn, 1980, p. 137 ss.; A. Cassese (ed.), *Parliamentary Foreign Affairs Committees. The National Setting*, Padova-New York, 1982; P. Norton (ed.), *National Parliaments and the European Union*, London, 1996; J. Rideau (sous la direction de), *Les États membres de l'Union européenne. Adaptations–Mutations–Résistances*, Paris, 1997; A. J. Cygan, *The United Kingdom Parliament and European Union Legislation*, The Hague, 1998; J. L. Sauron, *Droit communautaire et décision nationale*, Paris, 1998; A. Maurer, W. Wessels (eds.), *National Parliaments on Their Ways to Europe: Losers or Latecomers?*, Baden-Baden, 2001.

26 In argomento, cfr. tra gli altri, C. Storini, *op. cit.*, p. 259 ss.

27 Il Protocollo di Amsterdam sul ruolo dei parlamenti nazionali dedica la parte II alla COSAC, prevedendo che essa possa fornire contributi al procedimento legislativo, su propria iniziativa o dietro sollecitazione dei rappresentanti dei governi: tali contributi, tuttavia, non vincolano né le istituzioni europee né i parlamenti nazionali.

ste legislative della Commissione in tempo utile per la loro informazione o per un eventuale esame. I timidi propositi espressi in detta Dichiarazione si sono col tempo trasformati in istanze largamente condivise all'interno dell'Unione, cosicché il Trattato di Amsterdam include un Protocollo (il n. 9, allegato al TUE e ai Trattati che istituiscono le Comunità europee), dedicato al "ruolo dei Parlamenti nazionali nell'Unione europea". Nel Preambolo di tale Protocollo, le parti contraenti tengono a ricordare che "il controllo dei singoli Parlamenti nazionali sui rispettivi governi relativamente alle attività dell'Unione è una questione disciplinata dall'ordinamento costituzionale e dalla prassi costituzionale propri di ciascuno Stato membro". È significativo notare, poi, che le disposizioni in esso contenute si rivolgono principalmente alle istituzioni europee, evitando di formulare prescrizioni rigide riguardanti il piano interno.

L'art. 1 impone alla Commissione di trasmettere tempestivamente ai parlamenti nazionali tutti i documenti di consultazione da essa redatti (libri verdi, libri bianchi, comunicazioni). L'art. 2 stabilisce che le proposte legislative (nel senso specificato dal Regolamento interno del Consiglio, su cui *infra*) siano messe a disposizione dei governi degli Stati membri in tempo utile onde permettere loro di accertarsi che i parlamenti nazionali possano debitamente riceverle: la formulazione della disposizione, non proprio lineare, evidenzia la definizione di un obbligo per la Commissione e di un obbligo, complementare a questo ma molto sfumato, per i governi.

L'art. 3 specifica poi che un periodo di sei settimane "intercorre" tra la data in cui la Commissione mette a disposizione del Parlamento europeo e del Consiglio una proposta legislativa o una proposta relativa ad una misura da adottare nel terzo pilastro e la data in cui questa viene iscritta all'ordine del giorno del Consiglio ai fini di una decisione, per l'adozione di un atto o per l'adozione di una posizione comune nel contesto della procedura di codecisione o di cooperazione: sono comunque fatte salve le eccezioni dettate da motivi di urgenza, le cui motivazioni devono essere riportate nell'atto o nella posizione comune. In considerazione delle funzioni che svolge, sarà la Presidenza di turno del Consiglio a garantire l'osservanza di tale termine. Malgrado la formulazione sembri sottendere la natura vincolante di tale adempimento, non appare certo quali siano le conseguenze giuridiche di una sua eventuale violazione. La circostanza stessa che il requisito temporale descritto possa essere derogato per motivi di urgenza, debitamente motivati, evidenzia come difficilmente si possa affermare che, dal punto di vista del Protocollo, siamo di fronte a una "forma sostanziale" la cui violazione potrebbe giustificare un sindacato di legittimità[28], ove tale mezzo giurisdizionale sia invocabile[29]. Anche volendo considerare tale

[28] Si ricorderà che i vizi di legittimità degli atti comunitari (*ex* art. 230, par. 2) e degli atti del terzo pilastro (giusto l'art. 35, par. 6 TUE) sono incompetenza, violazione delle forme sostanziali, violazione del Trattato o di qualsiasi regola di diritto relativa alla sua applicazione, sviamento di potere.

[29] Attraverso un ricorso diretto alla Corte di giustizia (cfr. art. 230 TCE e art. 35, par. 6 TUE) o un rinvio pregiudiziale sulla validità; cfr. art. 234, par. 1, lett. b) TCE e art. 35, par. 1 TUE.

adempimento un elemento essenziale nell'ambito della procedura di adozione di un atto, per concepire un vizio di legittimità dovrebbe ipotizzarsi una situazione limite – fuori dall'ambito della procedura di codecisione o da quella di cooperazione[30] – caratterizzata dalla fissazione del calendario in deroga al termine di sei settimane senza motivazione, o con motivazione palesemente incongruente, e che porti, in assenza di riserve di esame parlamentare (su cui, v. *infra*), all'adozione definitiva dell'atto senza offrire alcuna possibilità ai parlamenti nazionali di procedere ad un esame delle proposte e di rivolgere gli opportuni atti di indirizzo al rispettivo governo.

Oltre a quanto rilevato, deve notarsi che il Protocollo omette di menzionare una serie di documenti o informazioni, il cui rilievo giuridico o politico è tutt'altro che trascurabile: l'agenda e i principali documenti preparatori delle riunioni del Consiglio europeo; i passaggi della procedura di codecisione successivi alla prima lettura da parte del Consiglio[31]; le iniziative adottate nell'ambito del c.d. secondo pilastro (Politica estera e di sicurezza comune) e le iniziative degli Stati membri nel contesto del terzo pilastro[32].

Più in generale, può essere ravvisato un rischio di intempestività dei parlamenti nazionali, laddove la riunione del Consiglio si risolva nel mero recepimento di un compromesso o accordo politico raggiunto in precedenza nell'ambito del COREPER o di gruppi di lavoro costituiti in seno al Consiglio[33]. Tale

---

30 In tali procedure, gli adempimenti previi alla discussione in sede di Consiglio sono tali per cui è praticamente impossibile che l'organo intergovernativo si pronunci con una posizione comune entro sei settimane dalla presentazione della proposta, dato che gli articoli 251-252 TCE esigono che venga previamente acquisito un parere del Parlamento europeo: l'esistenza di tale passaggio parlamentare rende puramente teorica una violazione del Protocollo sui parlamenti nazionali. Per la procedura di codecisione, poi, anche una concreta violazione del termine di sei settimane non determinerebbe di per sé l'adozione dell'atto, se non nel caso eccezionale in cui il Consiglio accolga *in toto* gli emendamenti proposti dal Parlamento europeo (art. 251 TCE, par. 2, 2° cpv., primo trattino) o nel caso in cui il Parlamento europeo accolga successivamente la posizione comune del Consiglio, evitando così ai rappresentanti dei governi di pronunciarsi nuovamente in sede di Consiglio e di tener presente, eventualmente, le osservazioni nel frattempo giunte dai propri parlamenti.

31 Significativamente, è stato fatto notare come la procedura di codecisione, nel rafforzare il ruolo del Parlamento europeo, rischi di emarginare i parlamenti nazionali giacché il Protocollo citato non si preoccupa di assicurare la trasmissione delle modifiche proposte dal Parlamento europeo (e dalla Commissione), su cui il Consiglio deve pronunciarsi: così A. J. Cygan, *The Role*, cit., pp. 158-159.

32 Per i primi cinque anni di applicazione del Trattato di Amsterdam, un'analoga carenza si poteva registrare con riguardo alle proposte di atti presentate dai singoli governi nell'ambito delle materie comprese nel titolo IV del Trattato CE (visti, asilo, immigrazione, diritto internazionale privato e processuale).

33 Volgendo l'attenzione al Trattato costituzionale, preme rilevare come esso abbia confermato le scelte fatte ad Amsterdam, introducendo qualche miglioria: è direttamente la Commissione a trasmettere i propri documenti ai parlamenti nazionali, unitamente ad ogni iniziativa proveniente da Stati membri o altre istituzioni; è stato precisato che nelle sei settimane i governi non possono formalizzare alcun accordo, nemmeno in seno a gruppi di lavoro o al COREPER, per evitare che i parlamenti nazionali si trovino di fronte a un fatto compiuto.

rischio è aggravato dall'eventualità che il governo non sia sollecito nell'inoltrare i documenti ricevuti[34]: in ragione di ciò, merita particolare apprezzamento l'iniziativa "unilaterale" della Commissione, annunciata in una comunicazione al Consiglio europeo del maggio 2006[35] e positivamente accolta dal Consiglio europeo del 15 e 16 giugno 2006[36], di trasmettere direttamente ai parlamenti nazionali le proprie proposte e i propri documenti di consultazione, invitandoli a formulare commenti. La prima prassi applicativa evidenzia che tale collegamento diretto è in funzione dal 1° settembre 2006 e che la Commissione ha avviato un dialogo con i parlamenti nazionali in merito alle loro osservazioni[37].

Un meccanismo complementare all'attività di informazione è rappresentato dall'istituto della "riserva di esame parlamentare", affermatosi in via di prassi in seno al Consiglio, in forza del quale un governo può chiedere il rinvio dell'adozione di un atto o di una posizione comune se sullo stesso ritiene opportuno ricevere un avallo dal proprio parlamento, con procedure e modalità definite a livello statale: tale possibilità viene sfruttata sia nel caso in cui il parlamento nazionale stia ancora esaminando la proposta originaria, sia nel caso in cui l'accordo maturato in seno al Consiglio determini novità significative rispetto alla proposta originaria su cui il parlamento nazionale si era espresso. Preme evidenziare come tale istituto – ampiamente utilizzato da alcuni Stati membri (talora oggetto di apposita disciplina interna), più sporadicamente da altri[38] – non trovi formale riconoscimento nei Trattati istitutivi o nel Regolamento interno del Consiglio[39]: ad oggi, può sostenersi che sia oggetto di intese politiche tra i componenti del Consiglio, recepite dalla Presidenza di turno che di volta in volta posticipa la votazione formale di un atto o di una posizione comune[40]. Nella

34 Cfr. i riferimenti a tale fenomeno operati da C. Storini, *op. cit.*, pp. 267-268.

35 "Un'agenda dei cittadini per un'Europa dei risultati", COM(2006)211 del 10 maggio 2006, p. 10.

36 Al punto 37 delle Conclusioni si legge che il Consiglio europeo "accoglie con favore l'impegno della Commissione a mettere direttamente a disposizione dei parlamenti nazionali tutte le nuove proposte e i documenti di consultazione chiedendo loro di esprimere osservazioni e pareri al fine di migliorare il processo di elaborazione delle politiche. La Commissione è invitata a prendere in debita considerazione le osservazioni dei parlamenti nazionali, in particolare per quanto riguarda i principi di sussidiarietà e di proporzionalità. I parlamenti nazionali sono incoraggiati a rafforzare la cooperazione nel quadro della Conferenza delle commissioni per gli affari europei (COSAC) all'atto del monitoraggio della sussidiarietà".

37 Cfr. il 6° rapporto semestrale del Segretariato della COSAC, cit., in particolare pp. 11-18; nonché il 7° rapporto semestrale, adottato nel maggio 2007 (reperibile sul sito www.cosac.eu), in particolare pp. 15-20.

38 Cfr. A. J. Cygan, *The Role*, cit., p. 150, nota 24. V. altresì l'ampia panoramica contenuta nel 3° rapporto semestrale del Segretariato della COSAC, cit., in particolare pp. 10-15 e l'allegato.

39 Nell'ambito dei lavori della Convenzione incaricata di redigere il testo preliminare del Trattato costituzionale, la proposta di fornire una base giuridica a tale istituto non ha avuto seguito: cfr. doc. CONV 353/02, 22 ottobre 2002, par. 20. In argomento, v. *amplius* A. J. Cygan, *The Role*, cit., pp. 159-162.

40 Va da sé che la formulazione di una riserva da parte di un singolo Stato membro risulti fortemente condizionante laddove il Consiglio debba pronunciarsi all'unanimità: tuttavia, anche nei casi in cui il sistema di voto è quello della maggioranza qualificata, la dinamica dei lavori dell'isti-

misura in cui il circuito parlamento-governo funzioni correttamente, la riserva di esame parlamentare può rappresentare uno strumento particolarmente utile per valorizzare il ruolo dei parlamenti nazionali, nel rispetto delle peculiarità costituzionali di ogni Stato membro e senza complicare eccessivamente il procedimento decisionale europeo[41].

Dunque, negli ultimi anni sono stati adottati alcuni accorgimenti per consentire un maggiore coinvolgimento dei parlamenti nazionali. Il flusso di documentazione che giunge direttamente dal livello europeo è ormai cospicuo, pur se non completo: nulla vieta tuttavia che gli ordinamenti nazionali impongano al governo di trasmettere la documentazione ricevuta (e non compresa nei "flussi ordinari") e di informare il parlamento nazionale circa ogni iniziativa o sviluppo rilevante dal punto di vista della predisposizione normativa o della formazione dell'indirizzo politico dell'Unione su temi di carattere di primario interesse. Parimenti, la metodologia di lavoro del Consiglio consente a un governo di richiedere una pausa di riflessione per coordinarsi col proprio parlamento.

Di più, gli stessi parlamenti nazionali hanno oggi la possibilità di accedere direttamente a un'ampia documentazione resa disponibile dalle istituzioni europee, senza dover attendere i propri governi: questo sviluppo è oggetto del prossimo paragrafo.

3. Risulta pacifico che, quand'anche sul piano interno fossero predisposti elaborati meccanismi di concertazione e verifica tra governo e parlamento, questi risulterebbero privi di efficacia pratica ove non fosse possibile controllare che la condotta dichiarata o richiesta corrisponda al contegno realmente tenuto dall'esponente governativo. Per questo motivo appare necessario dedicare l'attenzione al tema della trasparenza dei lavori degli organi intergovernativi (Consiglio, Consiglio europeo, COREPER, comitati e gruppi di lavoro)[42], pur nella consapevolezza che essa presenta implicazioni più ampie rispetto al ruolo dei parlamenti nazionali, attenendo al rapporto tra organi dotati di pubblici poteri e ogni soggetto interessato, singoli cittadini in testa.

Detta esigenza – per lungo tempo negletta, in nome dell'interesse a mantenere le condizioni ideali per il raggiungimento del compromesso tra i rappresentanti governativi – ha trovato ufficiale riconoscimento nel TUE, pur se nell'ambito di una cauta Dichiarazione (la n. 17 "sul diritto di accesso all'informazione"[43]). Ciò che qui interessa è che le affermazioni di principio ivi espresse hanno tro-

---

tuzione evidenzia come la riserva di un solo governo trovi generalmente considerazione da parte della Presidenza di turno e degli altri governi.

41 Il rilievo della funzione di scrutinio parlamentare è sottolineata con particolare enfasi da A. J. Cygan, *The Role*, cit., pp. 156-162.

42 Tale esigenza è stata opportunamente segnalata da alcuni autori: cfr., per esempio, F. Ferraro, *op. cit.*, p. 186.

43 In essa la Conferenza intergovernativa raccomandava alla Commissione di presentare al Consiglio una relazione su misure intese ad accrescere l'accesso del pubblico alle informazioni di cui dispongono le istituzioni, nella convinzione che la trasparenza del processo decisionale rafforzi il carattere democratico di queste.

vato positivo riscontro in una modifica del Regolamento interno del Consiglio, operata nel 1993[44] e volta ad introdurre disposizioni in tema di pubblicità delle sedute e delle votazioni. La portata di tali cambiamenti appariva alquanto modesta, in quanto la regola generale della pubblicità risultava affiancata da ampie eccezioni e, inoltre, non toccava gli altri organi intergovernativi. Di lì a poco, il Trattato di Amsterdam ha affrontato la tematica della trasparenza e dell'accesso ai documenti detenuti dalle istituzioni in una prospettiva nuova e indubbiamente più soddisfacente. Per quanto riguarda il Consiglio, l'art. 207 del Trattato CE, così come modificato, prevede al par. 3 che "il Consiglio definisce i casi in cui si deve considerare che esso deliberi in qualità di legislatore onde consentire, in tali casi, un maggiore accesso ai documenti, preservando nel contempo l'efficacia del processo decisionale. *In ogni caso, quando il Consiglio delibera in qualità di legislatore, i risultati delle votazioni, le dichiarazioni di voto e le dichiarazioni a verbale sono resi pubblici*" (corsivo aggiunto)[45].

Per quanto riguarda l'accesso a tali documenti e ad ogni altro documento concernente l'esercizio di tale funzione legislativa, occorre menzionare il regolamento sull'accesso del pubblico ai documenti, adottato nel 2001[46] (in cui è previsto che Consiglio, Commissione e Parlamento europeo rendano accessibili sotto forma elettronica o attraverso un registro pubblico tutti i documenti formati o ricevuti da altri organi[47]) e le disposizioni della versione vigente del Regolamento interno del Consiglio (e segnatamente l'Allegato II), che assicurano la pubblicazione in linea di un'ampia gamma di documenti trattati dal Consiglio e dal COREPER nell'ambito delle procedure legislative, inclusi gli ordini del giorno delle riunioni[48].

Rimane il problema di rendere pubbliche le riunioni degli organi intergovernativi. Sul punto, il Consiglio europeo discute e adotta i propri orientamenti a porte chiuse, così come il COREPER, i comitati e i gruppi di lavoro. Per quanto concerne il Consiglio, la pubblicità delle riunioni è stata introdotta con una certa gradualità: l'ultima versione del Regolamento interno – adottata dietro sollecita-

---

44 Decisione del Consiglio 93/662/CE del 6 dicembre 1993 relativa all'adozione del suo Regolamento interno, *GUCE* L 304, 10 dicembre 1993, p. 1 ss., *sub* art. 6 e art. 7, par. 5.

45 Ai sensi dell'art. 7 del Regolamento interno del Consiglio (la versione attualmente vigente è stata adottata con decisione n. 2006/683/CE del 15 settembre 2006, *GUUE* L 285, 16 ottobre 2006, p. 47 ss.), questa istituzione "agisce in qualità di legislatore a norma dell'articolo 207, paragrafo 3, secondo comma, del trattato CE, quando adotta norme giuridicamente vincolanti negli o per gli Stati membri, per mezzo di regolamenti, di direttive, di decisioni quadro o di decisioni sulla base delle pertinenti disposizioni dei trattati, ad esclusione delle deliberazioni che danno luogo all'adozione di provvedimenti di carattere interno, di atti amministrativi o di bilancio, di atti riguardanti le relazioni interistituzionali o internazionali o di atti non vincolanti (quali conclusioni, raccomandazioni o risoluzioni)".

46 Regolamento (CE) n. 1049/2001, del Parlamento europeo e del Consiglio, del 30 maggio 2001, relativo all'accesso del pubblico dei documenti del Parlamento europeo, del Consiglio e della Commissione, *GUCE* L 145, 31 maggio 2001, p. 43 ss.

47 Cfr. l'art. 12 del regolamento 1049/2001, nonché le eccezioni contemplate negli articoli 4 e 9.

48 Cfr. in particolare gli articoli 10-11 dell'Allegato II.

zione della COSAC[49], del Mediatore europeo e del Parlamento europeo[50] e su impulso del Consiglio europeo del 15-16 giugno 2006[51] – contempla l'apertura al pubblico delle deliberazioni su atti sottoposti alla codecisione, in maniera pressoché generalizzata[52], e delle prime deliberazioni su atti governati da altre procedure quando questi siano importanti[53]. Mancano ad oggi le riunioni intermedie che non sfociano in votazioni e le riunioni del COREPER: di più, i relativi comunicati stampa, che offrono un resoconto delle riunioni, sono alquanto succinti.

Da quanto sinora rilevato emerge che, nel complesso, il tema della trasparenza sembra ormai impostato su basi più soddisfacenti rispetto al passato e che i parlamenti nazionali hanno ampie possibilità di monitorare direttamente l'evoluzione dei lavori del Consiglio e del COREPER. Pur se taluni miglioramenti a livello europeo sono concepibili, non deve sfuggire che un elemento decisivo per l'effettivo coinvolgimento dei parlamenti nazionali – anche alla luce di quanto emerso nel paragrafo precedente – consiste nello sviluppo da parte di questi di un rapporto più intenso con i rispettivi governi, che potrebbe articolarsi, da parte dell'esecutivo, in una condivisione più stretta delle strategie negoziali e nell'aggiornamento sull'andamento delle discussioni negli organi intergovernativi, a cui affiancare, da parte del parlamento nazionale, una accresciuta "reattività" e specializzazione nella trattazione delle questioni europee: questa dimensione, tuttavia, sfugge alle possibilità di regolamentazione del diritto europeo e richiede di essere calata nella specifica dimensione nazionale. Questa considerazione conduce naturalmente alla seconda parte dell'indagine, focalizzata sull'evoluzione degli strumenti e delle regole adottate nell'ordinamento italiano.

Prima di procedere, appare utile una puntualizzazione. Le peculiarità del circuito istituzionale europeo impongono di considerare che un'adeguata tutela degli interessi nazionali di uno Stato può essere utilmente condotta dal governo solo ove esso possieda un certo margine di manovra: infatti, l'esecutivo deve poter adattare le strategie negoziali all'andamento delle discussioni ed essere in

---

49 Cfr. il contributo della XXXIV Conferenza, trasmesso il 20 ottobre 2005 alla Presidenza del Consiglio e pubblicato *GUUE* C 322, 17 dicembre 2005, p. 1 ss.

50 Cfr. la risoluzione del Parlamento europeo del 4 aprile 2006 sulla pubblicità delle riunioni del Consiglio in qualità di legislatore, doc. T6-0121/2006.

51 Cfr. l'Allegato I delle Conclusioni, intitolato "Una politica globale sulla trasparenza".

52 L'art. 8, par. 1 del Regolamento interno, cit., così recita: "a) l'eventuale presentazione, da parte della Commissione, delle sue proposte legislative e la successiva deliberazione in seno al Consiglio sono aperte al pubblico; b) la votazione su tali atti legislativi è aperta al pubblico, come pure le deliberazioni finali del Consiglio che precedono tale votazione e le relative dichiarazioni di voto; c) tutte le altre deliberazioni del Consiglio su tali atti legislativi sono aperte al pubblico, salvo diversa decisione del Consiglio o del COREPER, a seconda dei casi, riguardo ad una determinata deliberazione".

53 Da una lettura combinata dell'Allegato I alle Conclusioni del Consiglio europeo del 15-16 giugno 2006 e dell'art. 8, par. 2 del Regolamento interno del Consiglio si evince che l'importanza è presunta quando la Commissione presenta oralmente la proposta, mentre in altri casi è la Presidenza che la ravvisa, salvo diversa decisione del Consiglio o del COREPER.

grado di modulare la propria posizione su singoli *dossier* alla luce di intese di più ampia portata che possono parallelamente determinarsi su altre questioni, siano o no strettamente connesse con la specifica questione su cui il parlamento abbia espresso un indirizzo. Appare pertanto inopportuno configurare l'eventuale orientamento parlamentare come un *diktat* che preclude al governo i necessari adattamenti: in tale prospettiva, non deve sorprendere che, tra gli Stati membri che più hanno dedicato attenzione a questo tema, solo l'ordinamento danese contempli una figura rigida di "mandato a negoziare" conferito al governo[54].

4. La disamina appena svolta dei meccanismi operanti a livello europeo evidenzia l'esistenza di un quadro di riferimento entro cui possono inserirsi misure elaborate a livello nazionale, sia nella legislazione (ordinaria o costituzionale) che nei regolamenti parlamentari: non vi è dubbio che, se ancora dei miglioramenti sono possibili, il diritto dell'UE offre agli ordinamenti nazionali un contesto entro il quale collocare quelle soluzioni tecniche che appaiono maggiormente consone con la struttura costituzionale di riferimento.

Occorre ora verificare come l'ordinamento italiano abbia fatto uso di tale margine di manovra al fine di predisporre gli strumenti necessari a creare un migliore raccordo nella fase ascendente tra il Governo, da una parte, e il Parlamento, dall'altra.

Si deve in primo luogo richiamare rapidamente la situazione precedente l'adozione della legge n. 11/2005. Vale la pena ricordare che per un lungo periodo la questione è stata rimessa esclusivamente all'autonomia regolamentare delle Camere[55]. Solo dopo circa trent'anni di esperienza comunitaria il legislatore italiano si è risolto ad adottare misure finalizzate a creare un raccordo tra il

[54] Tale particolarità si spiega alla luce del peculiare assetto dei rapporti tra Governo e Parlamento (sono frequenti gli esecutivi di minoranza) e della posizione alquanto critica della Danimarca verso il processo di integrazione e il suo sviluppo (si vedano i protocolli relativi a materie quali la moneta unica e lo spazio di libertà, sicurezza e giustizia).
Altri Stati (Austria, Estonia, Finlandia, Lettonia, Lituania, Polonia, Slovacchia, Slovenia, Svezia, Ungheria) presentano modelli di mandato a negoziare, che riconoscono tuttavia un certo margine di manovra all'esecutivo: v. le indicazioni contenute nel 3° rapporto semestrale del Segretariato della COSAC, cit., pp. 12-14.

[55] Per una trattazione delle soluzioni adottate e delle problematiche irrisolte dal punto di vista dell'esigenza del recupero delle funzioni di compartecipazione e controllo parlamentare, cfr. le puntuali osservazioni di G. Gaja, *Per un controllo parlamentare dell'attività normativa delle Comunità europee*, in *Pol. dir.*, 1973, p. 111 ss.; Id., *Proposta di riforma della Giunta per gli affari europei del Senato*, in *RDI*, 1977, p. 398 ss.; A. M. Calamia, C. Morviducci, *Istituzione di un Ministero per gli affari comunitari?*, *ivi*, p. 822 ss.; C. Morviducci, *Il Parlamento italiano e le Comunità europee*, Milano, 1979, in particolare p. 137 ss.; Id., *La politica comunitaria e il ruolo svolto dalle Commissioni Affari Esteri e dalla Giunta per gli Affari delle Comunità europee*, in A. Cassese (a cura di), *Parlamento e politica estera*, Padova, 1982, p. 129 ss.; N. Ronzitti, *Elezione a suffragio universale del Parlamento europeo e controllo democratico del processo di integrazione europea*, in Centro Nazione di Prevenzione e Difesa Sociale (a cura di), *Parlamento europeo, forze politiche e diritti dei cittadini*, Milano, 1979, p. 29 ss., in particolare p. 54 ss.

Governo e il Parlamento nella fase ascendente, dai contenuti alquanto blandi: l'art. 9 legge n. 183/1987 (c.d. legge Fabbri)[56] obbligava il Governo a comunicare alle Camere e alle Regioni i progetti di regolamenti, raccomandazioni (da intendersi quelle emanate dalle istituzioni della CECA[57]) e direttive, senza peraltro che venisse specificato un termine per tale adempimento e che fosse definito il ruolo che una posizione assunta dalle competenti commissioni parlamentari o dalle assemblee potesse svolgere nei confronti del Governo (parlandosi di semplici osservazioni)[58].

La legge n. 400/1988 impose al Presidente del Consiglio di fornire alle Camere una tempestiva comunicazione circa i procedimenti normativi in corso nelle Comunità europee e sulle iniziative e posizioni assunte dal Governo nelle specifiche materie (art. 5, 3° comma, lett. a): la logica era quella del resoconto, non certamente quella della ricerca di un'intesa con il Parlamento circa le posizioni da assumere a livello europeo.

La legge n. 86/1989 (c.d. legge La Pergola) cercò di affrontare il problema con maggiori pretese di sistematicità, ma deluse quanto ad efficacia degli strumenti di raccordo così introdotti. Quanto ai rapporti col Parlamento, l'art. 7 richiedeva che il Governo presentasse alle Camere una relazione semestrale sulla partecipazione dell'Italia al processo normativo comunitario, in cui fossero esposti i principi e le linee caratterizzanti della politica italiana nei lavori preparatori all'emanazione degli atti normativi comunitari e, in particolare, gli indirizzi del Governo su ciascuna politica comunitaria, sui gruppi di atti normativi riguardanti la stessa materia e su singoli atti normativi che rivestono rilievo di politica generale. Nella prassi, detta relazione è stata presentata senza la dovuta regolarità e per lo più con notevole ritardo, cosicché si è ridotta spesso ad un mero consuntivo, inidoneo a fornire la base per un dibattito volto all'orientamento dell'attività governativa.

Maggiormente attente (per lo meno sulla carta) si sono dimostrate le assemblee parlamentari, dal momento che nello stesso periodo in cui fu approvata la legge La Pergola (nel 1988 il Senato, nel 1990 la Camera) modificarono i propri regolamenti, con l'evidente intenzione di rafforzare il ruolo del Parlamento nella fase preparatoria degli atti comunitari e nella fase della loro esecuzione nell'ordinamento interno[59]. Gli articoli 142 e 144 del Regolamento del Senato e gli articoli 126 *bis* e 127 del Regolamento della Camera, così come novellati, riconoscevano alle Commissioni permanenti e, rispettivamente, alla Giunta per gli

---

56 Tale disposizione verrà abrogata dalla legge n. 128/1998, "legge comunitaria 1995-1997", su cui *infra*.

57 Per tale conclusione e per una critica della genericità del dettato normativo, cfr. A. Tizzano, *Sull'attuazione della normativa comunitaria in Italia: la legge 183/87*, in *Foro it.*, 1988, IV, p. 219 ss.

58 Aspetti che hanno inciso sulla capacità delle Camere di fornire un contributo effettivo.

59 Cfr. V. Lippolis, *Il Parlamento nazional-comunitario*, in *Q. cost.*, 1991, p. 319 ss., in particolare p. 331 ss.

affari delle Comunità europee e alla Commissione per le politiche comunitarie[60] la facoltà di approvare atti di indirizzo destinati al Governo in relazione alla discussione di progetti di atti comunitari o più in generale all'assunzione di iniziative sul piano comunitario.

A fronte di questa cornice normativa, si ebbero nel 1998 due distinti interventi legislativi, a breve distanza l'uno dall'altro, entrambi finalizzati a rafforzare il ruolo del Parlamento nella fase ascendente, senza tuttavia il necessario coordinamento[61]. L'ultimo passaggio rilevante che precede la legge n. 11/2005 e che può essere qui ricordato è rappresentato dalla legge comunitaria per il 2000 (legge n. 422/2000[62]) che abroga le due disposizioni ora ricordate e inserisce nella legge La Pergola una disciplina unitaria in merito al ruolo del Parlamento (nonché delle Regioni) nella fase ascendente[63].

---

60 Il Regolamento della Camera è stato ulteriormente modificato nel 1996, al fine di trasformare la Commissione per le politiche dell'Unione europea in una vera e propria Commissione permanente (la XIV). Nel 2003 la Giunta del Senato è stata trasformata in 14ª Commissione permanente sulle Politiche dell'Unione europea (v. articoli 22-23 Regolamento).

61 L'art. 14 legge n. 128 del 24 aprile 1998 (*GURI* 104, 7 maggio 1998, S.O.) disponeva, al 1° comma, che "i progetti degli atti normativi e di indirizzo di competenza degli organi dell'Unione europea o delle Comunità europee, nonché gli atti preordinati alla formulazione degli stessi, e le loro modificazioni, sono comunicati, contestualmente alla loro ricezione, alle Camere per l'assegnazione alle Commissioni parlamentari competenti (...), indicando la data presunta per la loro discussione o adozione da parte degli organi predetti". Quanto al ruolo riconosciuto alle Camere in seguito alla comunicazione dei documenti sopra menzionati, il 2° comma dell'art. 14 prevede che le Camere si vedono espressamente attribuita la facoltà di adottare atti di indirizzo nei confronti del Governo. Preme ricordare che non si tratta di una novità assoluta, atteso che i regolamenti parlamentari, come sopra evidenziato, già riconoscevano la facoltà di approvare atti di indirizzo destinati al Governo in relazione alla discussione di progetti di atti comunitari.
La legge n. 209 del 16 giugno 1998 (*GURI* 155, 6 luglio 1998, S.O.), di autorizzazione alla ratifica e di esecuzione del Trattato di Amsterdam, contiene una disposizione di adattamento ordinaria (art. 3) che richiede al Governo di assicurare che siano messi a disposizione delle Camere tutti i documenti di consultazione redatti dalla Commissione, le proposte legislative da questa presentate e le proposte relative alle misure da adottare ai sensi del titolo VI del Trattato UE. La norma aggiunge che le Camere possono formulare osservazioni e adottare ogni opportuno atto di indirizzo al Governo "nei termini previsti dalle norme comunitarie".
Perplessità circa l'idoneità della successione di interventi normativi ora ricordati sono espresse da R. Adam, *Il ruolo dell'Italia nei negoziati relativi all'elaborazione delle convenzioni e degli atti comunitari di armonizzazione*, in AA. VV., *L'ordinamento italiano dopo 50 anni di integrazione europea (Atti del Convegno di Studi di Alghero, 5-6 ottobre 2001)*, Torino, 2004, p. 47 ss., in particolare p. 60.

62 Legge n. 422 del 29 dicembre 2000, GURI 16 del 20 gennaio 2001, S.O.

63 Così dispone l'art. 6: "1. Alla legge 9 marzo 1989, n. 86, e successive modificazioni, sono apportate le seguenti modificazioni:
a) dopo l'articolo 1 è inserito il seguente:
'Art. 1-*bis (Trasmissione al Parlamento e alle regioni dei progetti di atti comunitari). – 1.* I progetti degli atti normativi e di indirizzo degli organi dell'Unione europea e delle Comunità europee, nonché gli atti preordinati alla formulazione degli stessi, e le loro modificazioni, sono trasmessi, contestualmente alla loro ricezione, alle Camere per l'assegnazione alle Commissioni parlamentari competenti, nonché alle regioni anche a statuto speciale e alle province autonome,

Si può pertanto concludere che il quadro normativo concernente l'intervento delle Camere nella c.d. fase ascendente – quale risulta dalla più recente legge comunitaria – ha registrato un'accumulazione di novità, che sono tutte riconducibili a un modello di scrutinio parlamentare preventivo, focalizzato sulla fase iniziale delle procedure di carattere legislativo e sulle deliberazioni del Consiglio. Non viene dedicata una particolare attenzione al prosieguo delle procedure, né alle attività del Consiglio europeo o dei comitati e gruppi di lavoro del Consiglio: pur se appare irrealistico auspicare un controllo costante e minuzioso del Parlamento sulle attività svolte dal Governo a livello europeo, l'esperienza di altri Paesi mostra come sarebbe concepibile un'attività di condivisione da parte dell'Esecutivo delle strategie negoziali e di aggiornamento sulle evoluzioni, secondo un approccio qualitativo che veda il Parlamento coinvolto su temi particolarmente rilevanti. Parimenti, non è richiesta al Governo un'attività di informazione qualificata, che accompagni la semplice trasmissione di documenti o di calendari di riunioni, né è disciplinata in alcun modo la riserva di esame parlamentare. L'intensità del controllo del Parlamento assume poi le forme dell'indirizzo politico (e non quelle più stringenti del mandato a negoziare, tipico dell'esperienza danese e di altri Stati membri), dando vita a una prassi molto scarsa di coinvolgimento delle assemblee rappresentative, come rilevato da alcuni osservatori[64].

---

dal Presidente del Consiglio dei ministri o dal Ministro competente per le politiche comunitarie, indicando la data presunta per la loro discussione o adozione da parte degli organi predetti.

2. Tra i progetti e gli atti di cui al comma 1 sono ricompresi anche quelli relativi alle misure previste dal titolo VI del Trattato sull'Unione europea, ratificato ai sensi della legge 3 novembre 1992, n. 454, nonché quelli di cui al titolo V dello stesso Trattato volti alla definizione della politica estera e di sicurezza comune.

3. Le Commissioni parlamentari competenti formulano osservazioni e adottano ogni opportuno atto di indirizzo al Governo. Le regioni e le province autonome possono inviare al Governo osservazioni.

4. Qualora le osservazioni e gli atti di indirizzo parlamentare di cui al comma 3 non siano pervenuti al Governo in tempo utile entro la data presunta indicata o comunque, se diversa, entro il giorno precedente quella di effettiva discussione, il Governo può procedere alle attività di propria competenza per la formazione dei relativi atti dell'Unione europea e delle Comunità europee';

b) all'articolo 9, comma 2-*bis*, le parole: 'Le leggi' sono sostituite dalle seguenti: 'I provvedimenti' e le parole: 'di ciascuna legge' sono sostituite dalle seguenti: 'di ciascun provvedimento'.

2. Sono abrogati l'articolo 14 della legge 24 aprile 1998, n. 128, e l'articolo 3 della legge 16 giugno 1998, n. 209".

64 In passato il Parlamento non ha dedicato molta attenzione agli affari comunitari e la dottrina non ha mancato di sottolineare come si sia trattato di un problema di volontà politica, prima ancora che di strumentario giuridico: cfr. C. Morviducci, *La politica comunitaria*, cit., pp. 162-163; M. L. Mazzoni Honorati, *La "partecipazione" parlamentare al processo normativo europeo*, in *RIDPC*, 1995, p. 27 ss.; A. Girotto, *Parlamenti e diritto comunitario: gli atti di indirizzo politico in Italia e in Francia*, in *Q. cost.*, 2002, p. 577 ss.; G. Gaja, *Introduzione al diritto comunitario*, Bari-Roma, 2003, IV ed., p. 23.

5. In assenza di indicazioni provenienti dal livello costituzionale[65], è necessario ora volgere l'attenzione alla recente legge n. 11/2005[66], che ha sostituito la legge La Pergola e ha tentato di affrontare con pretesa di sistematicità il tema dei rapporti tra il Parlamento e il governo in materia di Unione europea.

La disposizione di maggiore interesse per la presente indagine è senza dubbio l'art. 3, significativamente intitolato "Partecipazione del Parlamento al processo di formazione delle decisioni comunitarie e dell'Unione europea".

Quanto alla trasmissione di documenti (che deve avvenire contestualmente alla loro ricezione), sono menzionati i progetti di atti comunitari e dell'Unione europea, nonché gli atti preordinati alla formulazione degli stessi, e le loro modificazioni, con l'indicazione della data presunta per la loro discussione o adozione[67].

Tali documenti devono essere accompagnati, ai sensi del 3° comma, da un'informazione qualificata e tempestiva, che deve essere costantemente aggiornata. A prima vista, non appare chiaro in cosa debbano consistere tali informazioni accessorie: un'indicazione può essere ricavata *a contrario* dal fatto che altre parti della disposizione si occupano di alcuni obblighi di natura informativa, che pertanto dovrebbero essere esclusi dal 3° comma. Così, il 7° comma della disposizione in esame si riferisce ad una relazione tecnica che può essere

---

65 La legge costituzionale n. 3/2001 di riforma del Titolo V (*GURI* n. 248, 24 ottobre 2001) si occupa del ruolo delle Regioni e delle Province autonome nella fase ascendente (v. l'art. 117 Cost, 5° comma, come novellato) ma tace sul coinvolgimento del Parlamento.

Una limitata attenzione al tema in esame è ravvisabile nel Progetto elaborato dalla Commissione bicamerale per le riforme costituzionali nel 1997: l'art. 115, 1° comma del Progetto si limitava a stabilire che le Camere concorrono a definire gli indirizzi di politica europea e che, a tal fine, il Governo le informa periodicamente in merito ai procedimenti di formazione delle norme e degli atti comunitari. La previsione appariva alquanto generica e inidonea a conferire al Parlamento un ruolo incisivo nella fase formativa degli atti comunitari: nello stesso senso, cfr. U. Allegretti, P. Caretti, *Riforma costituzionale, globalizzazione,* "treaty-making power" *e partecipazione italiana al processo di integrazione europea*, in *Dir. pub.*, 1997, p. 649 ss., in particolare p. 672 s.; C. Curti Gialdino, *Unione europea e trattati internazionali nelle riforme costituzionali della Bicamerale*, Milano, 1998, p. 47 ss.

66 Per un commento, v. E. Cannizzaro, *La riforma della «legge La Pergola» e le competenze di Stato e Regioni nei processi di formazione e di attuazione di norme dell'Unione europea*, in *RDI*, 2005, p. 153 ss.; M. Cartabia, L. Violini, *Le norme generali sulla partecipazione dell'Italia al processo normativo dell'Unione europea e sulle procedure di esecuzione degli obblighi comunitari. Commento alla legge 4 febbraio 2005, n. 11*, in *Le Regioni*, 2005, p. 475 ss.; G. Contaldi, *La disciplina della partecipazione italiana ai processi normativi comunitari alla luce della riforma della legge «La Pergola»*, in *DUE*, 2005, p. 515 ss.; F. Pocar, *Con l'abrogazione della legge La Pergola maggior peso alla fase ascendente*, in *Guida al diritto*, n. 9, 5 marzo 2005, p. 32 ss.; S. Vuoto, *La nuova disciplina della partecipazione italiana al processo di formazione e di attuazione del diritto comunitario*, in S. Panizza, R. Romboli (a cura di), *L'attuazione della Costituzione. Recenti riforme e ipotesi di revisione*, Pisa, 2006, p. 379 ss.

67 Stranamente, il 2° comma include tra gli atti di cui al 1° comma "i documenti di consultazione, quali libri verdi, libri bianchi e comunicazioni, predisposti dalla Commissione delle Comunità europee": alla luce del Trattato di Amsterdam, non si comprende la reiterazione di una siffatta duplicazione, già avvenuta con la legge n. 209/1998 (cfr. *supra*, nota 61).

eventualmente richiesta al Governo (che dia conto dello stato dei negoziati, delle eventuali osservazioni espresse da soggetti già consultati nonché dell'impatto sull'ordinamento, sull'organizzazione delle amministrazioni pubbliche e sull'attività dei cittadini e delle imprese), il 5° comma prevede che, su richiesta delle Camere, il Governo riferisca ai competenti organi parlamentari prima delle riunioni del Consiglio circa l'orientamento che intende assumere e il 6° comma prevede l'obbligo per il Governo di riferire circa l'esito delle riunioni del Consiglio entro quindici giorni dal loro svolgimento. Si può allora ritenere che l'informazione qualificata di cui al 3° comma debba riguardare il contesto in cui è maturata l'iniziativa. Adottando tale chiave di lettura, si ha tuttavia la sensazione che l'apporto della disposizione sia esiguo (senza contare che già le proposte spiegano abbondantemente il contesto e la *ratio* dell'iniziativa), tanto da far pensare che non vi sia stato un perfetto coordinamento delle varie parti dell'articolo: di più, la qualità del controllo dovrebbe far sì che di norma il Governo accompagni i documenti con una relazione sull'impatto sugli interessi nazionali e un'indicazione circa la posizione che appare ad essa conforme e su cui chiede l'avallo parlamentare[68]. Questa considerazione è rafforzata dalla circostanza che ora la Commissione europea invia direttamente le proprie proposte: è allora necessario che il Governo faccia propria un'interpretazione ampia del citato 3° comma e apporti un reale valore aggiunto, elaborando di propria iniziativa appositi pro-memoria.

In un'ottica di maggior trasparenza, appare condivisibile che il Governo sia chiamato dal 4° comma ad informare tempestivamente i competenti organi parlamentari sulle proposte e sulle materie che risultano inserite all'ordine del giorno delle riunioni del Consiglio dei ministri dell'Unione europea: ciò consente al Parlamento di avere un quadro aggiornato della tempistica delle procedure europee. Nella stessa direzione si muove il 6° comma, nel sancire che l'Esecutivo debba riferire semestralmente alle Camere illustrando i temi di maggiore interesse decisi o in discussione in ambito comunitario: un approccio qualitativo e selettivo delle questioni appare vieppiù necessario, onde evitare che le linee portanti dell'azione governativa risultino poco visibili da parte del Parlamento.

Di sicuro interesse è altresì l'attenzione rivolta all'attività del Consiglio europeo[69]: il 5° comma dispone che il Governo, prima dello svolgimento delle riunioni del Consiglio europeo, riferisca alle Camere, illustrando la posizione che intende assumere, mentre il 6° comma obbliga l'Esecutivo a riferire entro 15

[68] In passato, tale esigenza era stata manifestata dalla XIV Commissione della Camera, che aveva approvato in data 13 febbraio 2002 una risoluzione (n. 8/00006, Conti) che impegnava il Governo ad assicurare che la trasmissione delle proposte di atti comunitari fosse corredata da relazioni tecniche che dessero conto dello stato del negoziato e delle eventuali osservazioni già espresse dagli altri soggetti consultati e che contengano altresì un'analisi dell'impatto sul diritto interno e sulla realtà socio-economica italiana: cfr. Camera dei Deputati, *Bollettino delle Giunte e delle Commissioni parlamentari*, 13 febbraio 2002, p. 174-175.

[69] L'aspetto positivo della novità è segnalato pure da M. Cartabia, L. Violini, *op. cit.*, p. 490.

giorni sull'esito della riunione. Appare criticabile l'esclusione della possibilità di adottare atti di indirizzo sulle riunioni del Consiglio europeo, considerato che in quella sede vengono spesso prese decisioni fondamentali (tra cui quelle relative ai processi di revisione istituzionale o di ampliamento dell'Unione a nuovi Stati membri): sarebbe forse stato opportuno conferire espressamente al Parlamento una capacità di orientamento più ampia, pur se non si può sottacere che l'organizzazione dei lavori parlamentari potrebbe ovviare alla parzialità della disciplina legislativa. Un rapido riferimento alla prassi recente consente di svolgere alcune osservazioni critiche. L'attività di informazione sulle riunioni del Consiglio europeo è stata svolta con la formula delle Comunicazioni del Governo[70] o delle audizioni informali[71] alle Commissioni riunite affari esteri e politiche dell'UE di entrambe le Camere: in tali occasioni, si è svolto un dibattito, conclusosi senza l'adozione di alcun atto di indirizzo. Desta qualche perplessità la circostanza che tali confronti parlamentari siano avvenuti il giorno precedente la riunione del Consiglio europeo[72]. Ciononostante, i lavori parlamentari hanno lasciato intravedere talune potenzialità, pur se non mancano motivi di insoddisfazione: infatti, mentre sono state sperimentate soluzioni non previste dalla legge n. 11/2005 per elaborare orientamenti politici per l'Esecutivo[73], è

---

70 V. Commissioni riunite III e XIV Camera dei Deputati e 3ª e 14ª Senato della Repubblica, seduta del 13 dicembre 2006, con riferimento al Consiglio europeo del 14-15 dicembre 2006; seduta del 20 giugno 2007, con riferimento al Consiglio europeo del 21-22 giugno 2007.

71 V. Commissioni riunite III e XIV Camera dei Deputati e 3ª e 14ª Senato della Repubblica, seduta del 7 marzo 2007, con riferimento alla definizione dei contenuti della dichiarazione relativa alle celebrazioni del cinquantennio della firma dei Trattati di Roma, da adottarsi in occasione della riunione informale dei Capi di Stato o di Governo, tenutasi a Berlino il 24-25 marzo 2007: la Dichiarazione è stata firmata il 25 marzo dalla Presidenza di turno del Consiglio, dal Presidente della Commissione e dal Presidente del Parlamento europeo.

72 Diverso il caso dell'audizione informale in vista del vertice di Berlino del 24-25 marzo 2007, avvenuta il 7 marzo.

73 Con riguardo al menzionato vertice di Berlino del 24-25 marzo 2007, la 14ª Commissione permanente del Senato ha inserito alcuni orientamenti nella Risoluzione sul programma legislativo della Commissione europea per il 2007 e sul programma di 18 mesi delle Presidenze tedesca, portoghese e slovena del Consiglio UE (doc. XVIII n. 2, approvato il 7 marzo 2007): il 14 marzo 2007 l'Assemblea ha approvato la Risoluzione (cfr. resoconto sommario della seduta n. 124, XI).

In vista del Consiglio europeo del 21-22 giugno 2007, decisivo per il dibattito sul futuro dell'UE, alla Camera alcuni deputati hanno presentato l'11 giugno 2007 mozioni di indirizzo aventi ad oggetto proprio l'atteggiamento del Governo italiano nell'ambito del Consiglio europeo di giugno 2007: cfr. le mozioni n. 1-00179 (Ranieri e a.), n. 1-00178 (Migliore e a.), n. 1-00181 (Tana De Zulueta e a.). Al Senato, l'esame in Commissione della Relazione sulla partecipazione dell'Italia all'UE per l'anno 2006 è stato sfruttato per individuare talune linee di indirizzo da suggerire all'Assemblea in vista del menzionato Consiglio europeo (cfr. la Relazione della 14ª Commissione permanente, doc. LXXXVII n. 2-A, comunicata alla Presidenza del Senato l'11 giugno 2007, pp. 14-15).

In un contesto differente dall'imminenza di un Consiglio europeo (la discussione della proposta della Commissione europea sul VII Programma Quadro di attività comunitaria di ricerca, sviluppo tecnologico e dimostrazione per il periodo 2007-2013 e delle relative implicazioni per la ricerca sulle cellule staminali embrionali), l'opposizione parlamentare ha impiegato strumenti regola-

mancata nuovamente la necessaria tempestività[74]. Volendo sintetizzare, i flussi informativi e le possibilità di dialogo sono ormai impressionanti dal punto di vista quantitativo. A nostro sommesso avviso, quello che occorre è che siano privilegiati aspetti qualitativi: da un lato, il Governo dovrebbe accompagnare sempre i documenti trasmessi con note sintetiche che richiamino l'attenzione sugli aspetti salienti; dall'altro, il Parlamento deve organizzare un meccanismo tempestivo di *screening* iniziale dei vari *dossier*, in modo tale da concentrare l'attenzione sugli argomenti più rilevanti per gli interessi nazionali e da essere in grado di seguire il relativo processo decisionale nei suoi sviluppi[75], e prestare maggiore attenzione alla tempestività delle proprie iniziative.

Il 7° comma ricalca le disposizioni previgenti, nel prevedere che sui progetti e sugli atti di cui al 1° e 2° comma i competenti organi parlamentari possono formulare osservazioni e adottare ogni opportuno atto di indirizzo al Governo. Piuttosto, la novità sta nel fatto che il controllo politico sul Governo risulta rafforzato dall'obbligo di riferire dopo le riunioni del Consiglio e dalla possibilità per il Parlamento di accedere direttamente a documenti messi a disposizione dalle istituzioni europee[76].

Molto interessante si rivela altresì l'inclusione nel nostro ordinamento di una regolamentazione, contenuta nell'art. 4, della riserva di esame parlamentare. Non mancano tuttavia le perplessità, sia sul piano del dettato normativo, che sul versante della prima prassi applicativa. La disposizione merita di essere riportata per intero:

"1. Qualora le Camere abbiano iniziato l'esame di progetti o di atti di cui ai commi 1 e 2 dell'articolo 3, il Governo può procedere alle attività di propria competenza per la formazione dei relativi atti comunitari e dell'Unione europea soltanto a conclusione di tale esame, e comunque decorso il termine di cui al 3°

---

mentari non contemplati dalla legge n. 11/2005 per provocare un dibattito e un voto in Assemblea al Senato: sulla vicenda, cfr. la puntuale ricostruzione di R. Di Cesare, *Prime applicazioni delle nuove regole sulla partecipazione del Parlamento alla formazione degli atti comunitari*, in *Q. cost.*, 2006, p. 799 ss.

74 Si consideri che per la Camera l'approvazione delle mozioni citate è avvenuta il giorno stesso in cui cominciava la riunione del Consiglio europeo (cfr. il resoconto della seduta n. 174 del 21 giugno 2007), mentre per il Senato il calendario è stato organizzato in maniera tale che la discussione della Relazione annuale menzionata è stata fissata per il 3 marzo 2007 insieme al disegno di legge comunitaria per il 2007 (cfr. ordine del giorno della seduta n. 181), nonostante un'esplicita richiesta di anticipazione avanzata dal Sen. Zanone in data 19 giugno 2007 (cfr. resoconto stenografico della seduta n. 170, pp. 4 e 6).

Nuovamente, la "preparazione" del vertice di Berlino è stata più efficace, dato che il Senato si è pronunciato con dieci giorni di anticipo.

75 Appare senza dubbio interessante la soluzione adottata recentemente dalla 14ª Commissione permanente del Senato, che ha istituito un'apposita sottocommissione con l'incarico di monitorare l'attività delle istituzioni europee e di selezionare i *dossier* legislativi più rilevanti: cfr. la Relazione della 14ª Commissione permanente, doc. LXXXVII n. 2-A, cit., p. 8. Dalla documentazione disponibile sul sito internet del Senato, la prima riunione avente ad oggetto una tale attività di *screening* è stata tenuta il 4 aprile 2007.

76 Cfr. *supra*, par. 3.

comma, apponendo in sede di Consiglio dei ministri dell'Unione europea la riserva di esame parlamentare.

2. In casi di particolare importanza politica, economica e sociale di progetti o di atti di cui ai commi 1 e 2 dell'articolo 3, il Governo può apporre, in sede di Consiglio dei ministri dell'Unione europea, una riserva di esame parlamentare sul testo o su una o più parti di esso. In tale caso, il Governo invia alle Camere il testo sottoposto alla decisione affinché su di esso si esprimano i competenti organi parlamentari.

3. Nei casi di cui ai commi 1 e 2, il Presidente del Consiglio dei ministri ovvero il Ministro per le politiche comunitarie comunica alle Camere di avere apposto una riserva di esame parlamentare in sede di Consiglio dei ministri dell'Unione europea. Decorso il termine di venti giorni dalla predetta comunicazione, il Governo può procedere anche in mancanza della pronuncia parlamentare alle attività dirette alla formazione dei relativi atti comunitari e dell'Unione europea".

Nella prassi del Consiglio, la riserva viene apposta dai governi in situazioni riconducibili alla fattispecie di cui al par. 2 (riserva apposta a discrezione del Governo), specialmente ove il parlamento nazionale non si sia espresso o il contenuto dell'atto appaia innovativo rispetto a quello su cui il parlamento nazionale aveva già discusso, mentre originale appare l'ipotesi del par. 1 (riserva la cui formulazione è per il Governo obbligatoria). Essa può destare altresì alcune perplessità, in quanto sembra imporre al governo di apporre la riserva per guadagnare venti giorni nell'ambito di procedure di adozione di atti che hanno scansioni temporali ben più significative[77]: se a ciò si aggiunge che una proposta iniziale della Commissione non può essere messa in discussione se non dopo sei settimane dalla sua presentazione, ne risulta un quadro disarmonico. Se applicassimo alla lettera la disposizione, sembrerebbe conferita al Parlamento la capacità di obbligare il Governo a pretendere la sospensione degli *iter* deliberativi degli atti dell'Unione (anche quelli urgenti per cui il Protocollo di Amsterdam ammette una deroga al termine delle sei settimane), in ogni eventuale passaggio che veda il Consiglio deliberare: il che sembra criticabile, soprattutto ove si ponga mente al fatto che il termine di venti giorni decorre da un evento determinato dal Governo (l'effettiva trasmissione al Parlamento di proposte provenienti dal piano europeo) o dal Parlamento (il concreto avvio dell'esame parlamentare), che potrebbe ben figurare come tardivo rispetto ai tempi delle procedure europee. Di tal guisa, la riserva a livello europeo verrebbe apposta sulla base di inerzie o inefficienze originate dal piano interno. Si ricava pertanto l'impressione che il nostro legislatore non abbia tenuto in adeguata considerazione la natura dei procedimenti decisionali a livello europeo: sarebbe stato preferibile un miglior coordinamento con il Protocollo n. 9 e una più accurata puntualizza-

[77] E. Cannizzaro, *op. cit.*, p. 154 critica la brevità dei venti giorni, al cospetto della lunghezza media dei procedimenti decisionali europei.

zione dei casi in cui un "termine di esame parlamentare" debba (o possa) essere richiesto dal nostro governo in sede di Consiglio.

Quanto alla prassi italiana, si registrano alcune indicazioni. Per quanto è stato possibile accertare, risulta che la riserva sia stata usata dall'Italia per la prima volta nel 2004, nell'ambito della discussione di un progetto di decisione quadro relativa all'applicazione del principio del reciproco riconoscimento alle decisioni di confisca, presentato nel 2002 dalla Danimarca nell'ambito del terzo pilastro[78]: si noti che al tempo non esisteva una disciplina interna sulla riserva e che l'iniziativa del Governo è da ritenersi dovuta alla peculiare rilevanza annessa alla materia in questione. Successivamente, il governo ha apposto la riserva durante le discussioni relative alla proposta di regolamento, presentata nel 2005 dalla Commissione europea, relativa all'istituzione dell'Agenzia dell'Unione europea per i diritti fondamentali[79]: in questo caso, la legge n. 11/2005 era già in vigore e il governo ha giustificato l'apposizione della riserva ai sensi del par. 1 dell'art. 4[80].

In entrambi i casi, gli organi parlamentari hanno rivolto all'Esecutivo indicazioni sul contegno da tenere nel prosieguo delle discussioni in seno al Consiglio[81] e l'atto progettato è stato adottato nelle pertinenti sedi europee[82]. Da un esame della versione definitiva approvata, pare possibile svolgere le seguenti considerazioni. Per la decisione quadro sulla confisca, non risultano accolte molte delle richieste contenute nell'atto di indirizzo parlamentare: ciò può spiegarsi alla luce della eccessiva puntigliosità, che rasenta l'ostruzionismo, delle richieste parlamentari e dalla circostanza che nel frattempo è terminata la legislatura in cui era stato espresso tale indirizzo, rendendo pertanto libero il nuovo Governo di cercare un accordo con i rappresentanti degli altri Stati membri. Con riguardo all'Agenzia per i diritti fondamentali, le richieste parlamentari presentavano un carattere alquanto generale e sembravano già largamente recepite nella proposta originaria della Commissione europea: il testo definitivo non fa altro che ribadire e precisare ulteriormente tali soluzioni. Alla luce della prima

78 Cfr. Iniziativa del Regno di Danimarca in vista dell'adozione di una decisione quadro del Consiglio relativa all'esecuzione nell'Unione europea di ordini di confisca (2002/C 184/05), *GUUE* C 184, 2 agosto 2002, p. 8 ss. La riserva è stata apposta dall'Italia e da altri governi alla riunione del Consiglio Giustizia e affari interni dell'8 giugno 2004.

79 Cfr. doc. COM(2005)280 del 30 giugno 2005.

80 Cfr. la nota di accompagnamento alla proposta della Commissione europea, trasmessa dal Governo in data 7 dicembre 2005. Si noti peraltro la mancanza di tempestività dell'esecutivo: la proposta della Commissione reca la data del 30 giugno 2005.

81 Cfr., rispettivamente, la relazione approvata dalla II Commissione della Camera in data 30 aprile 2004, in *Bollettino delle Giunte e delle Commissioni parlamentari*, 30 luglio 2004, pp. 35-36; il documento finale approvato dalla XIV Commissione della Camera in data 25 gennaio 2006, in *Bollettino delle Giunte e delle Commissioni parlamentari*, 25 gennaio 2006, pp. 126-128.

82 Cfr., rispettivamente, la decisione quadro n. 2006/783/GAI del Consiglio del 6 ottobre 2006, relativa all'applicazione del principio del reciproco riconoscimento delle decisioni di confisca, *GUUE* L 328, 24 novembre 2006, p. 59 ss.; il regolamento (CE) n. 168/2007 del Consiglio del 15 febbraio 2007, che istituisce l'Agenzia dell'Unione europea per i diritti fondamentali, *GUUE* L 53, 22 febbraio 2007, p. 1 ss.

prassi applicativa, pare possibile affermare che l'istituto della riserva d'esame parlamentare sia ormai divenuta uno strumento ordinario di gestione della fase ascendente: è auspicabile che venga impiegata in maniera accorta, seguendo una logica di valorizzazione del ruolo delle assemblee parlamentari e di condivisione tra queste e l'Esecutivo di orientamenti in merito a *dossier* particolarmente rilevanti per gli interessi nazionali.

Non si può sottacere peraltro che la riserva è stata oggetto di una disciplina speciale nell'ambito della legge di attuazione della decisione quadro relativa al mandato di arresto e alle procedure di consegna[83]. L'art. 3 legge n. 98/2005[84] si segnala per delineare una regolamentazione preventiva dell'atteggiamento che dovrà tenere il governo in carica in occasione di eventuali modifiche dell'art. 2, par. 2 della decisione quadro[85]: infatti, dovrà essere apposta la riserva parlamentare e il progetto di modifica dovrà essere sottoposto alle Camere unitamente ad una relazione che illustra lo stato dei negoziati e l'impatto delle disposizioni progettate sull'ordinamento italiano. La pronuncia non favorevole di una sola delle Camere è vincolante e non consente l'adesione in sede di Consiglio alle modifiche proposte. Preme sottolineare che queste previsioni sono successive alla legge n. 11/2005 e danno per scontate nozioni in essa disciplinate, introducendo alcune varianti ma non pretendendo di sostituirne interamente la disciplina relativa. Dunque, preme segnalare che non si tratta in questo caso di una semplice attività di orientamento politico, bensì di un vero e proprio mandato negoziale concepito in chiave rigidamente vincolante ove assuma le forme di una volontà negativa di una delle Camere. Un aspetto essenziale concerne la durata della pausa imposta dalla riserva operata dal nostro Governo: appare incongruo ritenere che il legislatore abbia inteso conferire alle Camere la capa-

---

83 Decisione quadro 2002/584/GAI del Consiglio, del 13 giugno 2002, relativa al mandato di arresto europeo e alle procedure di consegna tra Stati membri, *GUUE* L 190, 18 luglio 2002, p. 1 ss.

84 Legge n. 69 del 22 aprile 2005, *GURI* n. 98, 29 aprile 2005.

85 Ai sensi di tale disposizione, danno luogo a consegna in base al mandato d'arresto europeo, indipendentemente dalla doppia incriminazione per il reato, i seguenti reati, quali definiti dalla legge dello Stato membro emittente, se in detto Stato membro il massimo della pena o della misura di sicurezza privative della libertà per tali reati è pari o superiore a tre anni: partecipazione a un'organizzazione criminale, terrorismo, tratta di esseri umani, sfruttamento sessuale dei bambini e pornografia infantile, traffico illecito di stupefacenti e sostanze psicotrope, traffico illecito di armi, munizioni ed esplosivi, corruzione, frode, riciclaggio di proventi di reato, falsificazione di monete, criminalità informatica, criminalità ambientale, compreso il traffico illecito di specie animali protette e il traffico illecito di specie e di essenze vegetali protette, favoreggiamento dell'ingresso e del soggiorno illegali, omicidio volontario, lesioni personali gravi, traffico illecito di organi e tessuti umani, rapimento, sequestro e presa di ostaggi, razzismo e xenofobia, furti organizzati o con l'uso di armi, traffico illecito di beni culturali, compresi gli oggetti d'antiquariato e le opere d'arte, truffa, racket ed estorsioni, contraffazione e pirateria in materia di prodotti, falsificazione di atti amministrativi e traffico di documenti falsi, falsificazione di mezzi di pagamento, traffico illecito di sostanze ormonali ed altri fattori di crescita, traffico illecito di materie nucleari e radioattive, traffico di veicoli rubati, stupro, incendio volontario, reati che rientrano nella competenza giurisdizionale della Corte penale internazionale, dirottamento di aereo o nave, sabotaggio.

cità di rinviare *sine die* una presa di posizione del nostro Esecutivo in sede di Consiglio, obbligandolo a un ostruzionismo sterile e persistente. Riteniamo che, in assenza di esplicite statuizioni, sia qui applicabile la legge n. 11/2005, laddove contempla un termine di venti giorni per l'espressione di un orientamento parlamentare, decorsi i quali il Governo torna libero di assumere la posizione negoziale che ritiene preferibile. Permane tuttavia l'impressione che regole *ad hoc*, concernenti una specifica materia, mal si concilino con la disciplina generale e appaiano dettate da considerazioni contingenti, più che esigenze di carattere ordinamentale[86].

A guisa di valutazione di sintesi, non si può non evidenziare che, a prescindere da rilievi di merito in ordine alla bontà delle soluzioni tecniche adottate dal nostro legislatore, l'efficacia pratica delle innovazioni, sia europee che nazionali, concernenti la fase ascendente dipenderà da vari fattori: la reale volontà e capacità del Parlamento di fornire contributi al Governo a fronte della mole di documenti e informazioni che riceverà (attivazione di meccanismi agili di *screening* iniziale; adeguata organizzazione del calendario dei lavori); la disponibilità di quest'ultimo a fornire informazioni qualificate e a prendere nella dovuta considerazione gli orientamenti espressi dalle Camere; la determinazione del Parlamento nel verificare la rispondenza della condotta dell'Esecutivo agli atti di indirizzo elaborati, con le possibili ripercussioni sul rapporto fiduciario interno. Solo la prassi applicativa potrà fornire indicazioni in merito all'incidenza delle disposizioni richiamate sui rapporti tra Governo e Parlamento; parimenti, solo in presenza di una prassi che attesti un reale interesse delle Camere verso le vicende europee potranno maturare le condizioni per la definizione di soluzioni più evolute, sia a Trattati invariati che, auspicabilmente, in sede di revisione.

6. Al termine di questa indagine, si può rilevare come la situazione attuale non sia del tutto carente e che, pur se sono possibili miglioramenti sia a livello europeo che interno, appare illusorio ritenere che il parlamento statale possa recuperare integralmente la sua centralità e pretendere una piena e quotidiana "rendicontazione" da parte dell'esecutivo. Un primo argomento milita a favore di questa affermazione: essendo l'Unione composta da Stati che non hanno rinunciato alla propria sovranità, il confronto tra questi soggetti esige ancora oggi un margine di manovra a livello intergovernativo, secondo il metodo diplomatico[87]. Si potrebbe tuttavia criticare tale asserzione, aderendo a una visione che

[86] Oltre a sollevare perplessità di ordine costituzionale in merito all'attribuzione per via legislativa a una deliberazione monocamerale di un carattere giuridicamente rilevante sul piano esterno: sul punto, v. le osservazioni di D. Girotto, *Sulla «riserva parlamentare» nella legge di attuazione del mandato di arresto europeo*, in *Q. cost.*, 2006, p. 119 ss.

[87] Si ponga mente alle vicende che hanno caratterizzato l'elaborazione del Trattato costituzionale e l'individuazione di una via di uscita alla crisi provocata dai referendum francese e olandese: un compromesso è stato raggiunto, sotto la guida della presidenza di turno tedesca, nel Consiglio europeo del 21-22 giugno 2007, grazie ad un uso paziente del metodo diplomatico.

auspichi una trasformazione dell'Unione in un soggetto a vocazione più marcatamente federale: in tale ottica, l'argomento ora evocato perderebbe inevitabilmente forza. Al contempo, tuttavia, dovrebbe mettersi in conto che tale prospettiva dovrebbe recare con sé un rafforzamento deciso del Parlamento europeo e un più diretto rapporto tra i cittadini e le istituzioni europee[88], in una direzione comprensibilmente diversa da quella di un maggiore protagonismo dei parlamenti nazionali.

Proprio in considerazione di ciò, riteniamo che la riflessione circa la definizione del ruolo dei parlamenti nazionali nell'Unione europea – sia nell'ambito di una valutazione del Trattato di Lisbona che della prospettazione di più ampie riforme da attuarsi nel medio e lungo periodo nel contesto di nuovi "cantieri istituzionali" – debba tener conto di due ulteriori aspetti.

I meccanismi decisionali a livello europeo sono alquanto complessi (e inevitabilmente continueranno ad esserlo) e presentano indubbi aspetti di criticità, tra cui spicca il problema di individuare gli effettivi responsabili delle scelte e di attivare il correlato circuito della responsabilità politica[89]: pare tuttavia legittimo dubitare che un maggior coinvolgimento dei parlamenti nazionali nei procedimenti istituzionali possa ovviare a tale inconveniente, apportando solo complicazioni che renderebbero ancora più macchinoso il circuito decisionale e ardua la ricerca dei reali decisori[90].

Di più, è stato correttamente osservato che i parlamenti nazionali possono operare efficacemente solo ove il loro ruolo non sia concepito in concorrenza con il Parlamento europeo, bensì in un'ottica complementare[91]: sviluppando tale linea argomentativa, ci pare opportuno ricordare che i parlamenti nazionali operano in via principale per garantire rappresentatività alla posizione espressa dal rispettivo governo (sia sul merito delle proposte, che sulla questione del rispetto dei limiti delle competenze del legislatore europeo), mentre il loro intervento può essere inquadrato come quello di garanzia della democraticità dei processi decisionali solamente in un'ottica sussidiaria, di supplenza, per quelle materie ove il Parlamento europeo non giochi un ruolo di primo piano. Ove prosegua, in

88 Volendo dar libero corso alla fantasia, si possono immaginare consultazioni referendarie (per confermare o abrogare atti, o per approvare la riforma dei Trattati o l'adesione di nuovi Stati), o l'elezione diretta di organi europei (quali un ipotetico Presidente), o l'introduzione di un rapporto fiduciario in senso tecnico tra Parlamento europeo e Commissione o tra il primo e il Consiglio.

89 Per un'osservazione analoga, cfr. K. Lenaerts, P. Van Nuffel, *op. cit.*, p. 653.

90 Per un chiaro richiamo ad un maggiore attivismo dei parlamenti nazionali e ad una piena utilizzazione dei margini di intervento sui rispettivi governi, senza appesantire i procedimenti decisionali europei, cfr. P. Norton, *National Parliaments and the European Union: Where to from here?*, in P. Craig, C. Harlow (eds.), *Lawmaking in the European Union*, The Hague, 1998, p. 209 ss.; S. Weatherill, *op. cit.*, p. 910; G. Napolitano, *Legittimazione democratica dell'Unione e ruolo del Parlamento europeo*, in M. L. Tufano (a cura di), *Cantiere Europa. Le riforme istituzionali dell'Unione*, Napoli, 2004, p. 189 ss. Dubbi sulla condivisibilità di un'opzione basata su un sistematico intervento dei parlamenti nazionali erano già stati espressi in dottrina da N. Ronzitti, *op. cit.*, p. 73 s.

91 L. Violante, *op. cit.*, p. 728; L. S. Rossi, *op. cit*, p. 164; F. Ferraro, *op. cit.*, p. 186.

sede di riforma, la progressiva generalizzazione della procedura di codecisione o di meccanismi analoghi (quali il parere conforme), a nostro avviso il ruolo dei parlamenti nazionali dovrà tornare ad essere quello, originario, di conferire alla posizione dei rispettivi governi una più solida base rappresentativa: non deve sfuggire, infatti, che la logica in cui si muovono fisiologicamente i parlamenti nazionali non è quella di esprimere l'interesse comune degli elettori europei, bensì quello di farsi portavoce degli interessi nazionali[92].

92 Sul punto, v. ancora K. Lenaerts, P. Van Nuffel, *op. cit.*, p. 655.

Mariano Robles

La responsabilità delle stazioni appaltanti per ritardato pagamento*

SOMMARIO: 1. Ritardi di pagamento negli appalti pubblici e distorsioni della concorrenza. – 2. L'evoluzione della disciplina. – 3. Il recepimento della direttiva comunitaria sui ritardi di pagamento. – 4. *Segue*: la problematica della sua applicazione agli appalti pubblici "di lavori". – 5. Le deroghe pattizie ai termini di pagamento previsti dalla nuova disciplina. – 6. *Segue*: le deroghe pattizie circa la misura del saggio di interessi. – 7. Il "rischio di pagamento": la posizione dell'Italia nel confronto su scala europea. – 8. Alcuni approfondimenti settoriali e territoriali. – 9. Esigenze e strumenti di adeguamento.

1. Nell'ambito di una riflessione più ampia sulle responsabilità delle stazioni appaltanti inadempienti, un'attenzione tutta particolare merita certamente il profilo dei ritardi di pagamento in danno delle imprese affidatarie delle commesse. Le patologie della fase del pagamento, con cui si conclude la procedura appaltistica, possono avere un impatto rilevante sulla dinamica concorrenziale.

Un ingiustificato trattamento differenziato da parte della pubblica amministrazione riguardo ai tempi complessivi di pagamento può creare un effetto distorsivo della concorrenza, in funzione dei vantaggi o degli svantaggi che tale comportamento arreca agli offerenti, fino a configurare l'impiego delle risorse finanziarie pubbliche come forma impropria di "aiuto di Stato". I ritardi di pagamento da parte delle pubbliche amministrazioni possono, inoltre, alterare l'allocazione delle risorse tra i diversi settori economici, a motivo delle penalizzazioni che si creano in quei settori produttivi, come quello sanitario, i quali sono più diffusamente caratterizzati di altri da rapporti con l'acquirente pubblico.

Come ripetutamente sottolineato dalla Commissione europea, i ritardi di pagamento e le differenze nelle prassi amministrative tra gli Stati membri sono anche di ostacolo agli scambi transfrontalieri ed alla realizzazione del mercato interno. Più in generale, quando i tempi dei pagamenti sono incerti, l'impresa si trova, indirettamente, a "finanziare" l'amministrazione pubblica. Non tutte le imprese sono in grado di assolvere agevolmente a questa funzione impropria e

* Il presente contributo, con l'aggiunta delle note bibliografiche, riproduce il testo della relazione svolta il 22 giugno 2007, nell'ambito del Corso di Alta Formazione in *Diritto e tecniche degli appalti pubblici* organizzato dall'Ordine degli Avvocati di Bari, in collaborazione con la locale Facoltà di Giurisprudenza dell' Università degli studi di Bari.

le condizioni di accesso dell'impresa alle risorse finanziarie non sono sempre univocamente connesse all'efficienza ed alla qualità della produzione. Inoltre, quest'onere aggiuntivo, quanto ingiustificato, può risultare particolarmente gravoso per le piccole e medie imprese (P.M.I.), per le quali il fenomeno dei ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali costituisce una tra le principali cause di fallimento e di perdita di posti di lavoro[1].

Il rischio del mancato rispetto dei tempi di pagamento da parte delle amministrazioni può determinare *ex ante* un effetto dissuasivo alla partecipazione di alcune categorie di imprese alle gare d'appalto. Ma, più probabilmente, le aspettative sui ritardi di pagamento possono determinare una lievitazione dei prezzi delle prestazioni offerte dalle imprese alle amministrazioni. Così, l'inaffidabilità di alcune amministrazioni può comportare maggiori esborsi anche per quelle che rispettano i tempi di pagamento.

Nel momento in cui l'amministrazione appaltante deroga *ex post* alle condizioni di pagamento originariamente concordate, ovvero ne ritarda l'esecuzione, viene sostanzialmente meno lo schema concorrenziale sulla base del quale è stata condotta la gara; in pratica, il mancato rispetto delle condizioni di pagamento riduce il valore reale del corrispettivo pattuito. Ne possono derivare varie conseguenze negative, sia per la concorrenza, sia per l'efficienza complessiva della domanda pubblica incorporata negli appalti. Il mancato rispetto delle condizioni di pagamento potrebbe indurre ad un "aggiustamento" della prestazione dovuta dall'impresa appaltatrice, anche con il tacito consenso dell'amministrazione appaltante, e ciò può comportare uno scadimento quali-quantitativo della prestazione pattuita, con ricadute negative sull'utenza finale nonché sui costi da essa sopportati.

Una diffusa situazione di mancato rispetto delle condizioni di pagamento da parte delle pubbliche amministrazioni contribuisce a scoraggiare la partecipazione delle imprese estere al mercato interno degli appalti pubblici. In questo senso, il fenomeno non rientra soltanto tra i profili generalmente trattati nel descrivere il "rischio commerciale" (cioè tra gli elementi che le imprese dovrebbero considerare, attraverso l'acquisizione di opportune informazioni, nell'intrattenere rapporti economici e finanziari con altre imprese), ma costituisce uno degli elementi determinanti per definire il c.d. "rischio Paese"[2].

---

[1] Secondo la denuncia diffusa in un comunicato del 28 marzo 2006 da Assoedili, le imprese pesantemente penalizzate dai ritardi delle spettanze dovute vengono estromesse dal mercato e giudicate irregolari, e pertanto impossibilitate ad esercitare la benché minima attività, se risultano, anche per poco, non in regola con i versamenti agli enti previdenziali, pur vantando crediti nei confronti della pubblica amministrazione di notevole entità. Un meccanismo perverso, che anche le Associazioni di categoria hanno indirettamente concorso a creare istituendo il D.(ocumento) U.(nico di) R.(egolarità) C.(ontributiva), le cui finalità – promuovere il lavoro regolare e le imprese "sane" – vengono assolte soltanto se i contraenti, pubblica amministrazione ed imprese, "stanno ai patti" e rispettano gli impegni reciprocamente assunti.

[2] Cfr. *amplius* R. Marzulli, G. Mele, G. Micarelli, *Gli effetti dei ritardi di pagamento sulla concorrenza negli appalti pubblici*, in I. Cipolletta, S. Micossi, G. Nardozzi (a cura di), *Concorrenza, bene pubblico*, Roma, 2006, p. 49 ss.

2. In Italia, le regole relative al pagamento delle transazioni commerciali tra imprese e pubbliche amministrazioni hanno avuto una profonda evoluzione nel corso del tempo. Alla base di questo comportamento dilatorio è rinvenibile la concezione, risalente addirittura al periodo pre-unitario, di una forte sovraordinazione delle pubbliche amministrazioni nei rapporti con i privati. Questa concezione, anche se progressivamente ridimensionata nel corso del tempo da sostanziali cambiamenti istituzionali e normativi, nella concreta esperienza degli attuali rapporti commerciali con le amministrazioni sembra talora non del tutto superata.

Per certi versi, è ragionevole che l'amministrazione, nel momento in cui instaura rapporti commerciali con soggetti privati, debba operare sulla base di princìpi e regole speciali. Ciò risulta particolarmente evidente proprio in materia di appalti pubblici. Tuttavia, tali peculiarità, mentre sono giustificate nella fase di *selezione* del contraente (per varie ragioni, non ultimo il rispetto della concorrenza, la trasparenza della selezione e l'efficienza della spesa), risultano meno condivisibili nella fase di *esecuzione* del contratto e dovrebbero scomparire del tutto nella fase di *conclusione*, ossia all'atto della *corresponsione* del corrispettivo pattuito.

Tale interpretazione non pregiudica le esigenze di interesse generale, prevalentemente volte al controllo della spesa e perseguite dalla disciplina sulla contabilità pubblica, a cui sono assoggettate le amministrazioni, proprio con riferimento alle procedure da seguire nella fase finale del contratto. In passato, queste esigenze venivano richiamate per giustificare una posizione di privilegio dell'amministrazione, determinando l'esclusione di qualsiasi azione di tutela da parte dei privati contraenti, dato che gli atti di perfezionamento dell'obbligazione (c.d. *impegno di spesa*) erano ritenuti atti "interni" alla stessa amministrazione. Ciò ha consentito l'adozione di comportamenti decisamente discrezionali, essendo l'amministrazione libera da ripercussioni in caso di inadempimento o ritardo[3].

L'evoluzione costituzionale, con l'introduzione di princìpi come quello di responsabilità, ha consentito una più stretta assimilazione delle obbligazioni pecuniarie pubbliche a quelle private. Pur trattandosi di un significativo passo in avanti, il superamento della concezione di sovraordinazione dello Stato non è stato subito assimilato nella normativa e nella regolamentazione amministrativa.

Il ricorso in via giurisdizionale per la tutela degli effetti di mancato o ritardato adempimento, consentito esattamente nei termini privatistici (e con le medesime caratteristiche di un intervento *ex post* e con i ritardi aggiuntivi dovuti all'esercizio della giurisdizione), ha prodotto esiti giurisprudenziali non sempre univoci, in materia di pagamento degli interessi e risarcimento del danno, non-

[3] Cfr. G. Della Cananea, *Lo Stato debitore e il diritto europeo*, in *Riv. trim. dir. pub.*, 2002, p. 341 ss.

ché effetti "reputazionali" molto limitati rispetto a quelli tipici dei rapporti tra privati, alla stregua della buona fede, ossia dell'affidabilità del contraente.

L'ammodernamento delle regole organizzative della pubblica amministrazione, attraverso la progressiva introduzione dei fenomeni di semplificazione e di delegificazione dell'attività amministrativa, nonché l'espansione dei fenomeni di privatizzazione dei servizi pubblici, ha evidenziato l'esigenza sempre più marcata di contrastare la c.d. *devianza finanziaria*, la quale impone la revisione del rapporto fra trasparenza ed efficienza di amministrazione, al fine di rinvenire soluzioni equilibrate fondate sulla pari ordinazione dei due valori. La "devianza finanziaria" è il principale fattore di arresto dei processi di crescita reale delle organizzazioni pubbliche, ed in una logica di massima semplificazione essa è contraddistinta dalla inidoneità strutturale e/o funzionale della pubblica amministrazione a conformarsi alle regole fondamentali del modulo d'azione prescelto, o normativamente imposto, con la conseguente elevazione del rischio di diseconomicità d'amministrazione, derivante dalle connesse responsabilità patrimoniali del soggetto pubblico nei confronti del terzo[4].

Le recenti tendenze normative di lotta ai fenomeni di c.d. "devianza finanziaria" prospettano una pluralità di scelte eterogenee, non accomunabili tra loro, talune delle quali – se confrontate con metodo comparativo – esaltano la ricerca di un equilibrio che assicuri, all'interno dell'impianto giuridico, la combinazione tra finalità preventive e repressive. L'introduzione dei princìpi di efficienza, efficacia ed economicità dell'azione amministrativa, sanciti a livello costituzionale e ribaditi nella l. 7 agosto 1990, n. 241 s.m.i., non ha prodotto significativi miglioramenti. L'obbligo per ogni amministrazione di definire i termini massimi per la conclusione dei procedimenti amministrativi avrebbe dovuto coinvolgere anche le procedure di pagamento, ma il carattere ordinatorio e non perentorio dell'obbligo, non essendo comminata alcuna sanzione in caso di inosservanza del termine, non ne ha incentivato il rispetto. A ciò, occorre aggiungere i dubbi circa l'applicazione dei richiamati princìpi procedimentali all'attività puramente "interna" dell'amministrazione, quale quella derivante dall'assunzione di un'obbligazione pecuniaria[5].

Si è, così, determinata una situazione di incertezza circa i termini da rispettare nei pagamenti delle pubbliche amministrazioni, all'interno di un quadro generale caratterizzato anche da altre criticità tra cui, in particolare, l'esigenza di un più stretto controllo della spesa pubblica. Com'è noto, in relazione alle obbligazioni pecuniarie a carico della P.A., una serie di norme risalenti, di carattere *eccezionale*, derogano all'ordinaria disciplina codicistica – alla quale anche l'amministrazione è, in linea di principio, assoggettata –, instaurando un regime di

---

4 Cfr. ampiamente S. Pilato, *Trasparenza amministrativa e devianza finanziaria negli enti locali*, spec. paragrafi 2-3, in G. Benacchio (a cura di), *Osservatorio di diritto comunitario e nazionale sugli appalti pubblici*, reperibile *on line* al sito www.jus.unitn.it.

5 Cfr. art. 2, 3° comma della l. 7 agosto 1990, n. 241 s.m.i., *GURI* n. 192, 18 agosto 1990, su cui v. significativamente, in tema di opere pubbliche, Cass., 16 gennaio 2004, n. 532, in *Archivio civile*, 2004, p. 1337.

sostanziale privilegio rispetto ai soggetti debitori di natura non pubblica. Una di tali deroghe sussiste con riferimento alla previsione dell'art. 1182, 3° comma, c.c., in quanto *tutti* i pagamenti dovuti dallo Stato e dagli enti tenuti all'osservanza delle procedure di contabilità pubblica devono essere effettuati presso l'amministrazione stessa, ovvero presso la sede dell'ufficio di tesoreria dell'ente.

Questa importante eccezione al carattere "*portable*" dei pagamenti di somme di denaro – giustificata essenzialmente da tradizionali esigenze di natura pubblicistica – deriva dalle norme di cui agli articoli 54 e 63, R.D. 18 novembre 1923, n. 2440, sull'amministrazione del patrimonio e sulla contabilità generale dello Stato. Da ciò consegue che, in linea generale, sia necessaria un'intimazione scritta ai fini della costituzione in mora della P.A., non potendosi applicare – vista, appunto, la deroga al precitato art. 1182, 3° comma c.c. – l'art. 1219, 2° comma, n. 3 c.c. In tal senso, anche recentemente la giurisprudenza di legittimità ha ribadito che: "con riguardo ai debiti pecuniari delle pubbliche amministrazioni, per i quali le norme sulla contabilità pubblica stabiliscono, in deroga al principio di cui all'art. 1182, 3° comma c.c., che i pagamenti si effettuano presso gli uffici di tesoreria dell'amministrazione debitrice, la natura "querable" dell'obbligazione comporta che il ritardo nel pagamento non determina automaticamente gli effetti della mora ai sensi dell'art. 1219, 2° comma, n. 3 c.c., occorrendo invece affinché sorga la responsabilità da tardivo adempimento – con conseguente obbligo di corresponsione degli interessi moratori e di risarcimento dell'eventuale maggior danno – la costituzione in mora mediante intimazione scritta di cui al 1° comma dello stesso art. 1219"[6].

Ne è scaturita un'analoga posizione di privilegio per la P.A. in tema di decorrenza degli interessi. Gli articoli 269 e 270 del R.D. 23 maggio 1924, n. 827 (recante "Regolamento per l'amministrazione del patrimonio e per la contabilità generale dello Stato"), dopo aver precisato le varie fasi dell'erogazione della spesa – suddivise in impegno, liquidazione, ordinazione e pagamento – prevedono, infatti, che i debiti pecuniari dell'amministrazione, in deroga all'art. 1282 c.c., diventano *liquidi* ed *esigibili* e, pertanto, producono interessi corrispettivi, solo dopo che siano stati osservati i procedimenti di contabilità, i quali culminano con l'emissione del c.d. *mandato di pagamento*. Fino a tempi relativamente recenti, era assolutamente prevalente in giurisprudenza l'orientamento che attribuiva rilievo esterno, anche nei confronti dei creditori della P.A., alle richiamate norme in tema di procedimento amministrativo preordinato al pagamento di somme di denaro; con la conseguenza che i debiti facenti capo alla P.A., anche se liquidi, divenivano esigibili solo dopo il perfezionamento delle procedure di pagamento, non potendosi configurare, fino a tale momento, né una situazione di *mora debendi* in capo all'amministrazione, né un obbligo per quest'ultima di corrispondere interessi, corrispettivi o moratori.

---

6 Cass., 3 ottobre 2005, n. 19320, *Basso c. Ausl Lecce 1*, in *Massimario della giurisprudenza italiana*, 2005, voce *Contratti della p.a.*

Per quanto concerne, tuttavia, gli interessi moratori, a partire dagli inizi degli anni ottanta, si è assistito ad un'inversione di tendenza da parte della giurisprudenza, la quale si è mostrata sempre più incline ad attenuare le situazioni di privilegio della P.A., assoggettando quest'ultima pienamente alla disciplina generale in tema di obbligazioni pecuniarie, salvi alcuni contemperamenti, imposti dalla particolare disciplina della contabilità pubblica. È andato, infatti, affermandosi in giurisprudenza l'orientamento secondo cui la P.A., alla stregua di qualsiasi altro contraente privato, è tenuta a comportarsi secondo correttezza e buona fede, nonché ad usare la dovuta diligenza nell'adempimento delle proprie obbligazioni, ai sensi degli articoli 1175 e 1176 c.c., attivando con tempestività i meccanismi liquidatori prescritti dalle leggi sulla contabilità di Stato, in modo da poter effettuare i pagamenti dovuti nel rispetto dei termini contrattualmente pattuiti.

In quest'ottica, si è precisato che: "soltanto per gli interessi corrispettivi sulle somme dovute dalla p.a. il principio generale desumibile dall'art. 1282 c.c., secondo cui tali interessi sono prodotti di pieno diritto dal tempo in cui un credito diviene liquido ed esigibile, deve integrarsi con le disposizioni sulla contabilità pubblica di modo che sino a che non sia emesso il mandato di pagamento il credito non acquista i caratteri della liquidità e dell'esigibilità; per gli interessi moratori, invece, l'esigenza di adottare le procedure della contabilità pubblica non giustifica una deroga all'altro principio, posto dall'art. 1224 c.c., che identifica la decorrenza degli interessi con il giorno di costituzione in mora"[7].

Tale indirizzo è stato confermato da due successive pronunce sempre delle Sezioni Unite della Suprema Corte, le quali hanno precisato che la disciplina di diritto comune in tema di obbligazioni pecuniarie si applica anche alle obbligazioni contratte tramite negozi di diritto privato dallo Stato e dagli altri enti pubblici, poiché allorquando l'amministrazione abbia assunto uno specifico obbligo giuridico sul piano privatistico, è in primo luogo impegnata all'esterno al rispetto degli obblighi liberamente assunti. Di conseguenza: "non è esatto che i debiti dello Stato e degli altri enti pubblici divengano liquidi ed esigibili, e perciò produttivi di interessi, solo quando la relativa spesa sia stata ordinata con emissione del mandato di pagamento, ai sensi dell'art. 270 del regolamento sulla contabilità generale dello Stato e, comunque, dopo gli altri adempimenti imposti dalle norme organizzative interne degli enti stessi; in realtà, il credito pecuniario verso la p.a. diviene liquido ed esigibile, come ogni altro diritto di credito verso soggetti privati, in conformità alle norme del codice civile, quando cioè ne sia determinato l'ammontare e se ne possa ottenere, alla scadenza, il puntuale adempimento (…). Le norme sulla contabilità di Stato sono finalizzate a disciplinare all'interno dell'ente le modalità di corresponsione delle somme dovute ai creditori, senza modificare la regolamentazione convenzionale dei rapporti di natura privatistica e senza incidere sulla disciplina generale degli strumenti ed istituti

[7] Cass., S.U., 5 maggio 1983, n. 3071, in *Giust. civ.*, 1983, I, p. 2977, con nota di M. Costanza.

utilizzati dalla p.a., ancorché per il conseguimento di finalità di interesse pubblico"[8].

Si è, quindi, consolidato l'indirizzo per il quale la P.A. convenuta in giudizio non può invocare la mancata emissione del titolo di spesa per sottrarsi alla responsabilità per il ritardato pagamento – e, quindi, all'obbligo di pagamento degli interessi moratori – salvo che non dimostri che il mancato adempimento è dipeso da giustificate ragioni attinenti al procedimento contabile – cioè dalla necessità di compiere un atto del procedimento di formazione del titolo di spesa –, e non già dalla propria colpevole inerzia. Pertanto, anche prima dell'emissione del mandato di pagamento, l'amministrazione può essere costituita in mora, dovendo la stessa attrezzarsi, al pari di qualsiasi altro debitore, per pagare tempestivamente alla scadenza.

In tal senso, si è pertanto affermato che la P.A.: "è tenuta a corrispondere gli interessi di mora su un debito pecuniario scaduto qualora, dopo l'espletamento di tutti i controlli e gli accertamenti previsti per il pagamento, ingiustificatamente ritardi di attivare i meccanismi liquidatori che si rendano necessari, secondo le norme di contabilità dello Stato, per il concreto versamento al creditore delle somme spettatigli e, quindi, rimanga inadempiente per colpa, ancorché derivante da un'erronea interpretazione delle disposizioni di legge attinenti alla disciplina ed alla scadenza del debito stesso (…). A questo riguardo, pur considerando la complessità dell'organizzazione della pubblica amministrazione e la sua discrezionalità, che rendono necessario contenere i limiti della sua responsabilità (…), tuttavia la violazione da parte della P.A. delle regole di buona amministrazione, poste dall'art. 97, 1° comma, Cost., quale fonte di responsabilità risarcitoria in relazione al pregiudizio arrecato a posizioni di diritto soggettivo del privato, è ravvisabile anche con riguardo alla ritardata erogazione di somme (…), qualora risultino superati i tempi normalmente occorrenti ai prescritti adempimenti burocratici, per colposa trascuratezza e negligenza dell'amministrazione medesima"[9].

Si è, altresì, precisato in proposito che, in caso di inadempimento alla scadenza di obbligazioni contrattuali assunte dalla P.A., quest'ultima non può esonerarsi da responsabilità invocando le norme sull'emissione dei mandati di pagamento, previste dalla disciplina sulla contabilità di Stato, dato che queste ultime: "se rilevano ai fini dell'insorgenza dell'obbligo del pagamento degli interessi corrispettivi, essendo finalizzate a disciplinare all'interno dell'ente le modalità di corresponsione delle somme dovute ai creditori, non possono modificare la regolamentazione convenzionale dei rapporti e degli strumenti di natura privatistica utilizzati dalla P.A., in relazione ai quali sono applicabili le regole generali e le norme stabilite dalla legge comune, con particolare riguardo a quelle relative all'accertamento dell'inadempimento. Con la conseguenza che

[8] Cass., S.U., 3 aprile 1985, n. 2264, in *Foro it.*, 1985, I, c. 1005, e 8 giugno 1985, n. 3451, *ivi*, c. 1619.

[9] Cass., 26 giugno 1990, n. 6447, in *Foro it.*, 1991, I, c. 1064.

l'ente è tenuto allo stesso comportamento ed esposto alle medesime responsabilità dei soggetti privati. Ed è proprio per questi princìpi (…) che il privato può chiedere (…) la condanna dell'amministrazione debitrice, la quale colposamente ritardi l'attivazione di detti procedimenti, al pagamento degli interessi moratori ed al risarcimento del danno ex artt. 1223 e 1224 c.c."[10].

È oramai pacifico che la P.A., in caso di ritardo nell'adempimento delle proprie obbligazioni pecuniarie, può sottrarsi alla conseguente responsabilità soltanto dimostrando, ai sensi degli articoli 1218 e 1256 c.c., che l'inadempimento è avvenuto a causa di un impedimento assolutamente ed oggettivamente imprevedibile, nonché totalmente al di fuori della possibilità di controllo dell'ente medesimo. D'altra parte, la massima giurisdizione contabile ha precisato, con riferimento all'emissione del titolo di spesa, prevista da varie disposizioni in tema di appalti pubblici, che tale limite temporale deve essere interpretato in modo da non ingenerare confusione tra il momento della *liquidazione* e quello (crono/logicamente) successivo dell'*ordinazione*; con la conseguenza che la P.A. non può esonerarsi da responsabilità per la circostanza che la liquidazione sia intervenuta tempestivamente, ove in concreto il titolo sia poi rimasto giacente, per esigenze di meccanizzazione, presso i competenti uffici della ragioneria[11].

3. Il ritorno a strumenti di controllo "formale" della spesa contrattuale si ricongiunge così, come anticipato, a normazioni di "aggravamento" delle conseguenze patrimoniali dell'inadempimento, o del ritardo nell'adempimento delle obbligazioni pecuniarie contratte dalle pubbliche amministrazioni. Non a caso, proprio nel settore degli appalti pubblici, la disciplina speciale risalente alla l. 10 dicembre 1981, n. 741, aveva previsto, diversamente da quanto finora osservato, il diritto dell'appaltatore ad ottenere la corresponsione degli interessi per effetto del *semplice ritardo* nel pagamento da parte della P.A., senza necessità di apposita costituzione in mora.

L'art. 26, 1° comma della legge c.d. "Merloni", dell'11 febbraio 1994, n. 109 (legge-quadro sui lavori pubblici; sostituito dall'art. 133 del D. lgs. 12 aprile 2006, n. 163, recante "Codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture" in vigore, salvo talune proroghe, a partire dal 1° luglio 2006) ha previsto che gli interessi sono dovuti "in caso di ritardo" da parte della stazione appaltante, ed il loro importo, ai sensi dell'art. 116, 4° comma, del Regolamento attuativo (D.P.R. 21 dicembre 1999, n. 554; c.d. "regolamento Bargone") – riproducente il principio contenuto nell'abrogato art. 4 della precitata l. 741/1981 – viene computato e corrisposto in occasione del pagamento, in conto e a saldo, immediatamente successivo a quello eseguito in ritardo, *senza necessità* di appo-

[10] Cass., 24 dicembre 2002, n. 13859, in *Archivio civile*, 2003, p. 829.

[11] Cfr. Corte conti, 11 settembre 1992, n. 52, in *Archivio giuridico delle opere pubbliche*, 1992, p. 1737.

site domande o riserve[12]. La stessa disposizione ha previsto, infatti, la necessità della formale costituzione in mora della P.A. al solo limitato effetto dell'instaurazione, da parte dell'appaltatore, del giudizio arbitrale per la dichiarazione di risoluzione del contratto. Com'è evidente, la richiamata disciplina settoriale contempla un'ipotesi in cui non è necessaria la costituzione in mora della stazione appaltante, così "ripristinando" il regime ordinario di cui all'art. 1219, 2° comma, n. 3, c.c.

In questo contesto, è intervenuta la disciplina comunitaria sui ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali, contenuta nella direttiva 2000/35/CE[13]. L'eccessiva lunghezza dei termini di pagamento da parte delle pubbliche amministrazioni era già stata oggetto di attenzione da parte delle istituzioni comunitarie sin dall'inizio degli anni novanta[14]. Il passo ulteriore compiuto con la direttiva in commento è stato quello di riavvicinare le varie normative nazionali in base ad un principio fondamentale: l'*equiparazione* del debitore pubblico a quello privato.

La disciplina comunitaria ha individuato tre specifici ambiti operativi di intervento. Il primo è costituito dalla disciplina degli interessi moratori. La direttiva 2000/35/CE prevede un termine di decorrenza automatica ed un tasso legale applicabili qualora il singolo contratto non disponga diversamente; viene, inoltre, prevista l'invalidità di accordi in deroga sul termine del pagamento o sulle conseguenze del ritardo, compreso il diritto al risarcimento del maggior danno, qualora questi risultino gravemente iniqui nei confronti del creditore[15].

Il secondo ambito attiene alle garanzie per il venditore. Viene prevista, ampliando la portata della prerogativa concessa dall'art. 2756, 3° comma c.c., la possibilità di concordare una clausola di ritenzione tra acquirente e venditore, in ragione della quale quest'ultimo conserva il diritto di proprietà sui beni fintanto che essi non siano stati totalmente pagati[16].

---

12 È questo il principio di diritto enunciato, sia pure con riferimento alla previgente normativa, da Cass., 24 ottobre 2002, n. 14974, *Soc. Ati cantieri costruz. cemento c. Ente autonomo Acquedotto Pugliese*, in *Contratti*, 2003, 284; in termini, App. Campobasso, 27 dicembre 2004, inedita.

13 Direttiva 2000/35/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 29 giugno 2000, *GUCE* L 200, 8 agosto 2000, p. 35.

14 Cfr. raccomandazione della Commissione, del 12 maggio 1995, riguardante i termini di pagamento nelle transazioni commerciali (95/198/CE), *GUCE* L 127, 10 giugno 1995; nonché comunicazione 97/C 216/07, recante "Relazione sui ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali", *GUCE* C 216, 17 luglio 1997.

15 La disciplina di nuova introduzione sembra, così, aver inteso porre al riparo la *cittadella dell'autonomia privata* da possibili incursioni giudiziali in tema di riduzione d'ufficio della clausola penale (su cui, Cass., 24 settembre 1999, n. 10511, in *Contratti*, 2000, p. 118, con nota di G. Bonilini; conf. SS.UU., 13 settembre 2005, n. 18128, in *Corr. giur.*, 2005, p. 1534, con nota di A. Di Majo), la cui valenza operativa nell'ottica imprenditoriale poco si concilia con l'aspirazione ad una giustizia contrattuale di sicura suggestione declamatoria, quanto di difficile attuazione pratica. Cfr. anche *infra*, par. 6.

16 Peraltro: "La Repubblica Italiana, prevedendo all'art. 11, D. Lgs. n. 231/2002 che, per essere opponibile ai creditori del compratore, la clausola di riserva di proprietà debba essere confermata

Infine, la direttiva 2000/35/CE disciplina le procedure di recupero dei crediti non contestati. Il creditore che ha presentato ricorso o comunque promosso azione legale, ove non siano contestati il debito ovvero aspetti processuali, ha diritto ad ottenere il titolo esecutivo entro 90 giorni, indipendentemente dall'importo del debito.

Dai vincoli posti dalla normativa dovrebbe derivare un limite all'(ab)uso negoziale dei tempi e delle modalità di pagamento, come elemento della prestazione richiesta al mercato dall'amministrazione appaltante. In tal modo, si è inteso "neutralizzare" il ruolo delle condizioni e dell'esecuzione dei pagamenti nella determinazione del prezzo, con cui le imprese presentano le loro offerte (o le amministrazioni richiedono prestazioni al mercato) e, ancor di più, nella dinamica concorrenziale, in modo da eliminare posizioni di vantaggio non strettamente connesse alla competitività delle imprese riferibile alla prestazione.

Una volta stipulato il contratto, avviata e conclusa la sua esecuzione, i pagamenti dovrebbero essere eseguiti secondo quanto concordato tra stazione appaltante ed impresa appaltatrice, nel rispetto dei vincoli generali posti dalla normativa. In caso di ritardo, dovrebbe subentrare una serie di rimedi comuni (dalla maturazione automatica degli interessi, alla messa in mora ed all'esecuzione forzata) a tutela del creditore, con i quali rivalersi nei confronti dell'amministrazione inadempiente. Così impostata, la problematica dei pagamenti dovrebbe attenere semplicemente ad un profilo di efficienza delle amministrazioni appaltanti, come qualsiasi operatore di mercato, nella gestione dei rapporti contrattuali.

Le disposizioni comunitarie sono state recepite nell'ordinamento italiano con D. lgs. 9 ottobre 2002, n. 231[17]. L'analisi dell'impatto normativo è resa complessa dalla difficoltà di assimilare la pubblica amministrazione, sotto il profilo dinamico, alle logiche che presiedono ai comportamenti della grande, media e piccola impresa, anche se – soprattutto nei fenomeni patologici e di "devianza finanziaria" – emergono indubbie affinità. Le prime opinioni interpretative sottolineano, non a caso, che la finalità della direttiva 2000/35/CE – consistente, in linea principale, nella deterrenza predisposta contro le violazioni contrattuali finanziariamente attraenti per i debitori, a causa dei bassi livelli dei tassi applicati agli interessi di mora – è pienamente estensibile nei confronti della pubblica amministrazione, anche se l'applicazione della disciplina sull'inadempimento sarebbe da contemperare in relazione alle particolari procedure contabili che

nelle singole fatture delle successive forniture aventi data certa anteriore al pignoramento e regolarmente registrate nelle scritture contabili, non è venuta meno agli obblighi della direttiva relativa alla lotta contro i ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali (Direttiva n. 2000/35/CE)", sentenza della Corte di giustizia del 26 ottobre 2006, causa C-302/05, *Commissione c. Italia*, in *Obbligazioni e contratti*, 2007, p. 300, con nota di F. Lucchesi.

17 In *GURI* n. 249, 23 ottobre 2002. Per una prima analisi del decreto attuativo, a cura delle categorie produttive, cfr. Assonime, Circ. n. 15/2003, *La nuova disciplina dei ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali*.

governano l'adempimento delle obbligazioni pecuniarie pubbliche[18]. Sotto il profilo soggettivo, la disciplina di recepimento si applica, infatti, sia ai rapporti tra imprese, sia a quelli tra imprese e pubbliche amministrazioni[19], fatta eccezione per i contratti di consumo[20].

Il decreto è operante con riferimento ad ogni pagamento effettuato a titolo di *corrispettivo* in una transazione commerciale. Per *transazione commerciale* si intende qualsiasi contratto, comunque denominato, concluso tra imprese, ovvero tra imprese e pubbliche amministrazioni, che comportano, in via esclusiva o prevalente, la *consegna di merci* o la *prestazione di servizi*, contro il pagamento di un prezzo.

4. Riguardo all'ambito oggettivo di applicazione, una questione ancora aperta riguarda l'applicabilità della nuova disciplina agli appalti pubblici "*di lavori*".

Prima del recepimento della direttiva 2000/35/CE in Italia, l'Autorità di Vigilanza sui Lavori Pubblici si è espressa in senso difforme, sostenendo che essa non è direttamente applicabile alla materia dei lavori pubblici, "dato che il suo ambito è limitato ai pagamenti effettuati a titolo di corrispettivo per le transazioni commerciali fra imprese e fra imprese e pubblica amministrazione, lad-

---

18 R. Conti, G. De Marzo, *I ritardi nei pagamenti della pubblica amministrazione dopo il decreto legislativo n. 231/2002*, Padova, 2004, spec. p. 157 ss. E tuttavia: "La subordinazione dei pagamenti da parte dello Stato all'obbligo della previa fatturazione (nella specie: per corrispettivi di opere in appalto pubblico) va escluso anche alla luce della nuova disciplina di attuazione della direttiva 2000/35/CE del 29 giugno 2000, relativa alla lotta contro i ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali, contenuta nel D. lgs. n. 231 del 2002, che ha dettato una minuziosa disciplina della decorrenza degli interessi moratori stabilendone la automatica decorrenza (senza la necessità della costituzione in mora del debitore) alla scadenza del termine legale, variamente individuato, con riferimento ad una pluralità di fatti, quali la data di ricevimento della fattura da parte del debitore, o quella di ricevimento 'di una richiesta equivalente di pagamento', o quella di altri eventi (ricevimento delle merci o della prestazione dei servizi o dell'accettazione o della verifica ai fini della conformità delle merci o dei servizi rispetto alle previsioni contrattuali), finanche quando 'non è certa la data di ricevimento della fattura o della richiesta equivalente di pagamento' (art. 4 D. lgs. n. 231 del 2002)", così, Cass., 29 luglio 2004, n. 14465, in *Corr. giur.*, 2004, p. 1597, con nota di G. De Marzo.

19 Nella misura in cui: "Il D. Lgs. 9 ottobre 2002, n. 231, è espressione dei principi fissati nella direttiva comunitaria 2000/35/CE, finalizzata a contenere entro limiti ragionevoli – in chiave di tutela del regolare svolgimento delle operazioni di mercato – il fenomeno dei ritardi nel pagamento delle obbligazioni. Le relative disposizioni nazionali trovano attuazione ad ogni pagamento previsto a titolo di corrispettivo in una transazione commerciale, senza alcuna particolare limitazione di carattere soggettivo e quindi anche per contratti di cui è parte una Pubblica Amministrazione (art. 2 del D. Lgs. n. 231/2002: i contratti, comunque denominati, tra imprese ovvero tra imprese e pubbliche amministrazioni, che comportano, in via esclusiva o prevalente, la consegna di merci o la prestazione di servizi, contro il pagamento di un prezzo)", così, da ultimo, T.A.R. Piemonte, Sez. II, 19 febbraio 2007, n. 720, in *JurisData*, voce *Amministrazione pubblica–Contratti in genere*.

20 Ed infatti: "Ai rapporti tra consumatori e professionisti, nel caso di mora dei primi, non sono applicabili le disposizioni di cui al D. Lgs. 9 ottobre 2002, n. 231, sui ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali" Trib. Roma, 14 marzo 2003, in *Contratti*, 2003, p. 1031.

dove per transazioni commerciali si intendono i contratti che comportano la consegna di merci o la prestazione di servizi contro pagamento di un prezzo" e concludendo che "la disciplina in materia di ritardati pagamenti contenuta nell'art. 26 della legge 109/94 e s.m.i. e negli artt. 29 e 30 del D.M. 145/2000 copre ogni ipotesi di conseguente danno in concreto derivatone e può essere validamente opposta ad ogni ulteriore pretesa risarcitoria"[21].

Tale opinione è stata ripresa nella Relazione di accompagnamento allo schema di decreto legislativo di recepimento della direttiva 2000/35/CE, secondo la quale "non si è intervenuto sulla legislazione in materia di lavori pubblici, visto che la normativa europea disciplina esclusivamente i contratti aventi ad oggetto servizi e merci". Anche il preambolo del decreto legislativo richiama la disciplina in materia di appalti pubblici, ad eccezione di quella sui lavori.

Alla base di questo orientamento vi è l'attribuzione alla nozione di "prestazione di servizi" del significato che essa assume nella disciplina interna degli appalti. L'appalto di lavori o d'opera ha ad oggetto un'attività di costruzione, demolizione, recupero, ristrutturazione, restauro e manutenzione di opere ed impianti, anche di presidio e difesa ambientale e di ingegneria naturalistica[22], ovvero il compimento di "un'attività di rielaborazione e trasformazione dei materiali, al fine di produrre un nuovo bene ovvero di modificare sostanzialmente un bene preesistente"[23]. Viceversa, l'appalto di servizi è il contratto avente ad oggetto la produzione di una certa attività o il soddisfacimento di un particolare interesse (all'interno del quale può anche sussistere una modificazione materiale della cosa, quale elemento meramente accessorio e strumentale ad ottenere lo scopo). La nuova normativa potrebbe, così, trovare applicazione soltanto per le ipotesi di contratti di appalto c.d. *a regime misto* (lavori-forniture-servizi), laddove la fornitura di merci e/o la prestazione di servizi superino il valore del 50% dell'importo contrattuale (*ex* art. 14 del nuovo Codice).

Questa interpretazione dell'ambito di applicazione della direttiva 2000/35/CE non appare del tutto convincente, né alla stregua del criterio storico, né teleologico e neppure sistematico. Sotto il profilo storico, l'esame della disciplina comunitaria porta, infatti, a ritenere che la definizione di *transazione commerciale* contenuta in tale direttiva, incentrata sui contratti che comportano *la consegna di merci o la prestazione di servizi*, non sia volta ad escludere categorie di contratti quali gli appalti di lavori, quanto piuttosto a ricomprendere il più ampio novero di tipologie contrattuali. Dall'analisi del processo di adozione della direttiva 2000/35/CE, emerge l'intenzione di non escludere gli appalti di lavori dall'ambito applicativo delle regole comunitarie.

---

21 Determ. 27 marzo 2002, n. 5, *GURI* n. 95, 23 aprile 2002.

22 Cfr. art. 2, l. 11 febbraio 1994, n. 109, recante "Legge quadro in materia di lavori pubblici", *GURI* n. 41, 19 febbraio 1994.

23 Cfr., per tutti, D. Rubino, G. Iudica, *Dell'appalto*, III ed., in A. Scialoja, G. Branca (a cura di), *Commentario al codice civile*, Bologna-Roma, 1992, p. 102; in senso analogo, Cass., 17 aprile 2001, n. 5609, in *Contratti*, 2001, p. 818, secondo cui l'appalto d'opera ha per oggetto qualsiasi modificazione dello stato materiale di cose preesistenti.

La raccomandazione della Commissione del 1995, riguardante i termini di pagamento nelle transazioni commerciali, si è occupata espressamente di appalti pubblici, compresi gli appalti di lavori. In particolare, essa invitava gli Stati membri a fissare "termini per l'espletamento delle formalità amministrative preliminari ai pagamenti, come le procedure di collaudo nei lavori pubblici"[24].

La direttiva 2000/35/CE non ha abbandonato l'impostazione volta a comprendere nel suo ambito di applicazione *tutti* gli appalti pubblici. La proposta di direttiva, inizialmente presentata dalla Commissione, prevedeva una disciplina speciale particolarmente rigorosa per gli appalti pubblici.

Nel testo finale questo approccio è stato abbandonato in favore di una disciplina unitaria dei termini e dei ritardi di pagamento, che riguarda "tutte le transazioni commerciali a prescindere dal fatto che esse siano effettuate tra imprese pubbliche o private o tra imprese e autorità pubbliche, tenendo conto del fatto che a queste ultime fa capo un volume considerevole di pagamenti alle imprese. Essa, pertanto, dovrebbe disciplinare anche tutte le transazioni commerciali tra gli appaltatori principali ed i loro fornitori e subappaltatori"[25].

Sotto il profilo teleologico, nella direttiva 2000/35/CE non vi è alcuna indicazione che porti ad escludere, dai contratti tra imprese e pubbliche amministrazioni rientranti nel suo ambito di applicazione, i contratti di appalto di lavori pubblici. L'art. 2 della direttiva definisce la *pubblica amministrazione* facendo ricorso all'ampia nozione contenuta nelle direttive sugli appalti pubblici, compresa quella in materia di lavori (già direttiva 93/37/CEE; oggi 2004/18/CE), relativamente ai c.d. *organismi di diritto pubblico*. Ritenendo diversamente, si dovrebbe ammettere che le istituzioni comunitarie, contravvenendo agli obiettivi prefissati, avrebbero tollerato una palese disomogeneità di trattamento normativo tra P.M.I. impegnate nei settori delle forniture e dei servizi rispetto a quelle operanti nel settore dei lavori, falsando la libera concorrenza e contribuendo, anzi, a perpetuare quel sistema che aveva prodotto abbondanza di fallimenti, e perciò si era inteso eliminare. Del resto, la nozione comunitaria di *servizi* contenuta nell'art. 50 TCE è ben presente nella direttiva 2000/35/CE, che ne valorizza la stretta *connessione economica* con l'attività di impresa, sottolineandone il carattere distintivo non più in ragione del *prodotto offerto* (forniture, servizi, lavori), bensì in funzione dell'*utilità sociale erogata* (sottesa a tutti e tre gli ambiti ricompresi nei settori c.d. tradizionali)[26].

Sotto il profilo sistematico, infine, la disciplina prevista è dettata con riguardo ad una particolare obbligazione pecuniaria, qualificata dalla sua prove-

---

24 Raccomandazione della Commissione europea 95/198/CE, cit.

25 Cfr. 22° "considerando", direttiva 2000/35/CE.

26 Su tali aspetti, restano illuminanti le osservazioni di A. Iannarelli, *La disciplina dell'atto e dell'attività: i contratti tra imprese e tra imprese e consumatori*, in N. Lipari (a cura di), *Diritto privato europeo*, II, Padova, 1997, p. 521 ss., il quale sottolinea a giusta ragione come la tecnica normativa comunitaria di far dipendere determinate qualificazioni dall'attività di contrattazione imprenditoriale sia il portato delle dinamiche dell'economia moderna, correlate principalmente alla crescente complessità dei mercati di riferimento.

nienza da una transazione commerciale. L'effetto obbligatorio che viene disciplinato è, tuttavia, preso in considerazione in quanto tale, a prescindere dai suoi riflessi sull'economia generale del contratto da cui deriva; esso, cioè, è considerato *al di fuori* del nesso di interdipendenza con altre obbligazioni pure derivanti dal medesimo contratto. In definitiva, sebbene il riferimento della normativa appaia costantemente rivolto al *diritto del creditore* nel contesto della relativa posizione giuridica di contraente, la disciplina in questione costituisce propriamente *disciplina dell'obbligazione* e non già *disciplina del contratto*[27].

L'esclusione degli appalti pubblici di lavori dalle regole comuni in materia di ritardi di pagamento, di cui al d. lgs. n. 231/2002, appare dunque in contrasto con la normativa comunitaria. Ne consegue che, ove si dovesse attribuire natura *self-executing* alla direttiva 2000/35/CE, il decreto attuativo andrebbe disapplicato dal giudice nazionale, per contrasto con il diritto comunitario, nella parte in cui si esclude l'estensione della nuova disciplina agli appalti di opere pubbliche, ferma in ogni caso restando l'esperibilità dell'azione risarcitoria nei confronti dello Stato italiano, per non aver dato corretta attuazione al dettato della direttiva[28].

5. Sul piano funzionale, il decreto comporta la necessità di velocizzare i sistemi di pagamento utilizzati dalle amministrazioni, onde evitare ritardi che potrebbero cagionare danni ingenti alla finanza pubblica. A tal fine, il Ministero dell'Economia e delle Finanze ha sollecitato le amministrazioni a snellire, anche mediante l'introduzione di modalità informatiche, le procedure di acquisto, dalla fase dell'ordinazione della spesa a quella del pagamento, compresa la fase concernente il controllo della conformità e rispondenza dei beni e servizi ricevuti alle condizioni fissate nel contratto[29].

Inoltre, il Ministero ha sottolineato la possibilità per le amministrazioni di concordare con la controparte le condizioni contrattuali, nel rispetto delle prescrizioni normative. L'art. 4 del decreto attuativo, infatti, lascia ai contraenti la facoltà di stabilire, in forma scritta, un termine di pagamento *maggiore* rispetto a quello previsto e/o un saggio di interesse per il ritardato pagamento *diverso* da quello stabilito dal successivo art. 5[30], nel rispetto comunque di quanto dettato dal successivo art. 7. Il legislatore nazionale non ha, dunque, previsto alcun termine legale massimo di pagamento (ad eccezione delle obbligazioni aventi ad oggetto prodotti deteriorabili), ma si è limitato a disciplinare le conseguenze dell'inadempimento all'obbligazione pecuniaria, sanzionata mediante ampliamento

---

27 Vi si sofferma diffusamente E. Russo, *La nuova disciplina dei ritardi di. pagamento nelle transazioni commerciali*, in *Contr. imp.*, 2003, p. 445 ss., spec. p. 447.

28 Cfr., di recente, Cass., 15 dicembre 2001, n. 15332, in *Dir. lav.*, 2002, II, p. 36, con nota di G. Verrecchia.

29 Cfr. Ministero dell'Economia e delle Finanze, Circ. 14 gennaio 2003, n. 1.

30 Cfr. Ministero dell'Economia e delle Finanze, Circ. 4 febbraio 2003, n. 6. Cfr. più diffusamente *infra*, par. 6.

delle ipotesi di c.d. *mora automatica* ed applicazione di un elevato tasso ai fini del computo degli interessi moratori.

Sicché, in caso di mancata previsione del termine convenzionale di pagamento, non sarà possibile ricercare i *termini di adempimento* della controprestazione pecuniaria all'interno del medesimo art. 4 del decreto attuativo, che disciplina i *termini di decorrenza* degli interessi moratori correlati agli eventi ivi previsti[31]. Alla luce della norma di chiusura di cui all'art. 11, cpv. del decreto, appare più congruo colmare l'evidenziata lacuna facendo applicazione della disciplina comune, dettata dall'art. 1183 c.c., relativa all'immediata esigibilità della controprestazione pecuniaria, senza doversi attendere il termine dilatorio di 30 giorni, di cui al precitato art. 4, ma con l'onere dell'intimazione scritta onde beneficiare della *decorrenza anticipata* degli interessi moratori al tasso maggiorato previsto dall'art. 5 del medesimo decreto. In questa prospettiva, si evita di attribuire al debitore una "franchigia" di 30 giorni dall'obbligo di pagamento con decorrenza, in suo difetto, degli interessi moratori a tasso maggiorato, a meno dell'inerzia dello stesso creditore il quale, in mancanza di specifiche pattuizioni, non abbia richiesto il pagamento *immediatamente esigibile* concedendo, di fatto, al debitore moroso la suindicata dilazione[32].

Trattandosi di normativa finalizzata a scongiurare i pagamenti tardivi, senza imporre vincoli inderogabili alla pattuizione di termini convenzionali, purché "non gravemente iniqui", essa si coordina anche con la disciplina codicistica dei termini di pagamento relativa ai singoli contratti tipici, come nell'ipotesi in questione dell'appalto. Con specifico riguardo all'appalto di opere pubbliche[33], l'attuale art. 133 del Codice degli appalti pubblici riproduce quanto già previsto dall'art. 26 della "legge Merloni" (nel testo modificato dalla l. 18 novembre 1998, n. 415; c.d. "Merloni-*ter*"), secondo cui, come accennato, in caso di ritardata emissione dei certificati di pagamento o dei titoli di spesa relativi agli acconti ed alla rata di saldo, rispetto alle condizioni ed ai termini stabiliti dal contratto, che non devono comunque superare quelli fissati dal capitolato gene-

---

31 Del resto, in base al noto principio *ubi lex voluit dixit, ubi noluit tacuit*, il legislatore ha previsto espressamente, accanto ai termini di decorrenza degli interessi moratori, anche i termini massimi di adempimento nella *sola* ipotesi dei prodotti deteriorabili, di cui al medesimo art. 4, 3° comma del decreto.

32 Per i profili ricostruttivi, v. ora S. G. Simone, *Il pagamento tardivo*, Napoli, 2005, spec. pp. 157-159.

33 Nessun dubbio si è mai posto, infatti, circa l'applicazione della nuova disciplina sui ritardi di pagamento agli appalti pubblici di "servizi" e di "forniture", laddove l'art. 51 del relativo Capitolato Generale (approvato con D.M. 28 ottobre 1985, *GURI* n. 51, 3 marzo 1986) prevede che il pagamento del corrispettivo può avvenire in un'unica soluzione ovvero ratealmente ad epoche ivi previste, mentre il successivo art. 55 obbliga l'amministrazione committente ad emettere i documenti di spesa entro e non oltre 60 giorni dal ricevimento della fattura inviata dall'appaltatore. Per quanto visto, tale termine risulta ora ridotto *ex* art. 4 del decreto attuativo a 30 giorni, fermo restando la facoltà per l'appaltatore di costituire in mora da subito la P.A. per i fini sopra evidenziati, beneficiando in entrambe le ipotesi dell'applicazione del tasso di interesse maggiorato *ex* art. 5 del decreto.

rale, spettano all'esecutore dei lavori gli interessi, legali e moratori, questi ultimi nella misura accertata annualmente con decreto del Ministro competente. Ai sensi dell'art. 30, 1° e 2° comma, del nuovo Capitolato Generale delle opere pubbliche (adottato con D.M. n. 145/2000), gli interessi corrispettivi al tasso legale spettano all'appaltatore decorsi 45 giorni dalla maturazione di ogni stato avanzamento lavori (S.A.L., o del diverso termine eventualmente previsto nel capitolato speciale), siccome previsti dall'art. 29 per l'emissione del documento contabile relativamente agli acconti; oltre i 60 giorni dalla scadenza del menzionato termine (ossia, decorsi 105 giorni), spetteranno in aggiunta gli interessi moratori al tasso di cui al richiamato D.M.

Viceversa, ai sensi dell'art. 141, 9° comma del nuovo Codice, il pagamento della rata di saldo, disposto previa garanzia fideiussoria, deve essere effettuato non oltre 90 giorni dall'emissione del certificato di collaudo provvisorio, ovvero del certificato di regolare esecuzione, che non comporta presunzione di accettazione dell'opera, agli effetti dell'art. 1666, 2° comma c.c. Sempre secondo l'art. 30, 3° comma D.M. n. 145/2000, il superamento del suddetto termine implica la corresponsione in favore dell'appaltatore degli interessi corrispettivi aumentati, qualora superiore ai 60 giorni da detta scadenza (ossia, decorsi 150 giorni), anche degli interessi moratori. Sia nel caso delle rate in acconto che del saldo, gli interessi moratori sono comprensivi, *ex* art. 30, 4° comma, dell'eventuale maggior danno subìto dall'appaltatore, ai sensi dell'art. 1224 cpv. c.c., in conseguenza del pagamento tardivo.

Tale disciplina deve ora essere coordinata con la normativa di derivazione comunitaria sui ritardi di pagamento applicabile, secondo l'opinione prevalente e condivisibile, anche ai pagamenti dovuti in base ad appalti di lavori pubblici, risultando peraltro apprezzabilmente superata dal nuovo Codice la distinzione tra appalti "sopra" e "sotto" soglia comunitaria. Ciò si declina tramite semplificazione e rafforzamento del regime ordinario di mora automatica *ex* art. 1219, 2° comma, n. 3 c.c. nel senso che, una volta verificata l'imputabilità alla stazione appaltante del ritardo contestato[34], sulle rate di acconto all'appaltatore spetteranno, previa intimazione, gli interessi moratori al tasso maggiorato *ex* art. 5 del decreto attuativo, a decorrere dall'immediata maturazione di ogni S.A.L., corrispondente alla richiesta di pagamento *sub* lett. a) dell'art. 4 cpv. del decreto attuativo (oppure dal diverso termine eventualmente previsto nel capitolato speciale, nel rispetto in ogni caso del successivo art. 7); ovvero, *automaticamente*, decorsi 30 (e non più 45) giorni da tale momento. Quanto al saldo, l'appaltatore

[34] Infatti: "la parte che si avvale legittimamente del suo diritto di sospendere l'adempimento della propria obbligazione pecuniaria a causa dell'inadempimento dell'altra non può essere considerata in mora e non è, perciò, tenuta al pagamento degli interessi moratori e degli eventuali maggiori danni subiti dall'altra parte per il mancato adempimento, nei termini previsti dal contratto, di quanto a lei dovuto, non essendo applicabile l'art. 1224 c.c., che ricollega alla mora del debitore il diritto del creditore al pagamento degli interessi di mora e dei maggiori danni conseguenti all'omesso pagamento della prestazione pecuniaria", Cass., 28 settembre 1996, n. 8567, in *Contratti*, 1997, p. 166.

potrà esigere il corrispettivo a partire dal termine stabilito dall'art. 1665, ult. comma c.c., ma con l'onere di costituire in mora l'amministrazione debitrice, onde così anticipare il termine iniziale di decorrenza degli interessi moratori al tasso maggiorato; la stazione appaltante sarà, viceversa, *automaticamente* costituita in mora decorsi 30 (e non più 90) giorni dall'emissione del certificato di collaudo provvisorio, ovvero del certificato di regolare esecuzione, funzionalmente riconducibile all'accettazione dell'opera *ex* art. 4, cpv., lett. d), del decreto attuativo.

6. Numerose amministrazioni, piuttosto che procedere ad una riforma delle procedure di spesa, hanno preferito adottare provvedimenti volti a fissare la tempistica di pagamento. I termini indicati dalle singole amministrazioni variano sia per il *quantum* (oscillante tra i 30 giorni previsti dall'art. 4 cpv. del decreto attuativo ed i 90 giorni), sia per il *dies a quo* (avuto riguardo alla data di fatturazione, oppure – in tema di opere – a quella del collaudo o verifica dei beni).

In base all'art. 7 del decreto attuativo, si reputano peraltro "iniqui" i patti in deroga non giustificati da oggettive ragioni. La congruità di tali patti va valutata tenendo conto della prassi commerciale, della natura dei beni o servizi offerti, delle condizioni dei contraenti e dei rapporti commerciali instaurati tra i medesimi[35]. Il prevedibile utilizzo "a scopo deflattivo", da parte delle amministrazioni, di clausole contrattuali in deroga ai termini fissati dal decreto ha dato origine a non pochi contenziosi, volti a far dichiarare la nullità di tali accordi, poiché "gravemente iniqui" a danno del creditore.

Secondo il prevalente orientamento giurisprudenziale, la clausola che quantifica la misura degli interessi moratori va inquadrata all'interno delle "clausole penali"[36], trattandosi di pattuizione che, con riguardo all'obbligazione pecuniaria dedotta in contratto, ha l'effetto di predeterminare l'ammontare del risarcimento del danno in misura pari al tasso di interesse convenzionalmente (e, dunque, forfettariamente) stabilito dalle parti. Nel silenzio del decreto attuativo, gli effetti di tale pattuizione sugli interessi vanno desunti in base al combinato disposto degli articoli 1224, cpv. e 1382 c.c.

Ne consegue che, in forza dell'interpretazione letterale e sistematica dell'art. 5 del decreto attuativo, la pattuizione sulla determinazione degli interessi implica l'*effetto preclusivo* della risarcibilità del maggior danno *ex* art. 1224 cpv. c.c.

---

35 A riguardo, merita segnalarsi l'innovativa possibilità di emettere fattura anche in via elettronica (in forza del D. lgs. 20 febbraio 2004, n. 52, *GURI* n. 49, 28 febbraio 2004, attuativo della direttiva 2001/115/CE, del 20 dicembre 2001, che modifica la direttiva 77/388/CEE al fine di semplificare, modernizzare e armonizzare le modalità di fatturazione previste in materia di imposta sul valore aggiunto, *GUCE* L 15, 17 gennaio 2002, p. 24), e quindi in tempo reale, risultando vieppiù "obsoleti" i termini di adempimento fissati nella disciplina nazionale di settore. In argomento, cfr. utilmente il recentissimo Libro Bianco, a cura del Gruppo di Lavoro interministeriale istituito presso il C.N.I.P.A., sotto la presidenza di Pierluigi Ridolfi, *La dematerializzazione della documentazione amministrativa*, Roma, 2006, spec. pp. 55-57.

36 Cfr, per tutte, Cass., 21 giugno 2001, n. 8481, in *Massimario della giurisprudenza italiana*, 2001.

non solo nell'ipotesi ovvia di misura convenzionale superiore al tasso legale (nella specie, alquanto inverosimile a motivo della maggiorazione già prevista dall'art. 5), ma anche nella diversa (e ben più frequente) ipotesi di misura inferiore, mancando qualsivoglia base normativa di riscontro per limitare l'applicabilità dell'ultimo inciso del 2° comma dell'art. 1224 c.c. soltanto alla prima ipotesi. Oltretutto, il ricorso indiscriminato alle deroghe pattizie, unitamente alla mancanza di una norma di coordinamento che conceda al creditore – pur in presenza di deroga convenzionale – il diritto di ottenere *in ogni caso* il risarcimento dei costi di recupero delle somme dovute (che l'art. 6 del decreto attuativo annovera tra le voci di *ulteriore* – ossia, *maggior – danno* risarcibile *ex* art. 1224, cpv., c.c.) rischia di vanificare, per quanto visto, lo sforzo di matrice comunitaria incentrato sulla previsione di strumenti tendenti a dissuadere i pagamenti tardivi, anche mediante rimborso delle spese sostenute per recupero crediti.

Così delineata la disciplina delle deroghe pattizie all'art. 5 del decreto attuativo, appare allora ampiamente giustificato l'orientamento rigoroso finora espresso dal giudice amministrativo, il quale ha ritenuto perlomeno di circoscrivere la derogabilità delle norme sui termini di pagamento e sugli interessi per ritardato pagamento, avuto riguardo a clausole *unilateralmente* predisposte dalla pubblica amministrazione in quanto già inserite nel bando di gara[37]. La formazione unilaterale del contratto, secondo la procedura ad evidenza pubblica indetta dalla pubblica amministrazione, impedisce infatti la manifestazione dell'autonomia privata, alla quale soltanto è affidata, in via esclusiva, la possibilità di derogare alla disciplina legale contenuta nel decreto attuativo[38].

Non va peraltro sottaciuto che, ove si ritenesse precluso il rimborso delle spese sostenute per il recupero delle spettanze, in forza della deroga pattizia alla misura del tasso di interesse, appare verosimile che siffatto accordo non possa positivamente superare il giudizio di equità previsto dall'art. 7 del decreto attuativo, atteso che tale deroga rende, di fatto, inapplicabile una disposizione di matrice comunitaria specificamente introdotta a tutela del creditore medio-piccolo imprenditore. Proprio sulla base di tali considerazioni, il Consiglio di Stato è giunto a dichiarare l'illegittimità della clausola contenuta in una lettera d'invito ad una gara per la fornitura di medicinali, che prevedeva senza giustificazione un termine di pagamento di 90 giorni dalla data di ricevimento delle fat-

[37] In particolare, T.A.R. Piemonte, sez. II, 31 gennaio 2004, n. 126 e 14 febbraio 2004, n. 250, entrambe in *Rassegna giuridica farmaceutica*, 2005, p. 86 e pp. 89-91, sul presupposto dell'inderogabilità, salvo il limite del diverso accordo tra le parti, di quanto previsto dagli articoli 4 e 5 del decreto attuativo, ha disconosciuto all'amministrazione la possibilità di derogare ai parametri normativi in via unilaterale. E ciò, in quanto: "affinché possa parlarsi di accordo tra le parti, è necessario che la formazione della volontà contrattuale sia libera per entrambi i contraenti, cosa che non può evidentemente ritenersi quando la clausola in parola, oltre che essere unilateralmente predisposta da una delle parti, venga imposta all'altra come condizione per addivenire alla stipula".

[38] R. Conti, G. De Marzo, *op. cit.*, p. 144.

ture[39]. L'aumento a 90 giorni del termine per pagare le forniture rispetto a quello di 30 giorni previsto dall'art. 4 del decreto, infatti, avrebbe introdotto un indebito vantaggio per l'amministrazione.

Parimenti, è stata dichiarata nulla una clausola che imponeva al creditore uno sconto in caso di pagamento anticipato rispetto alla scadenza fissata[40]. Secondo il Consiglio di Stato lo sconto, qualora sia rispettato il termine di legge, è di per sé "iniquo" *ex* art. 7 del decreto attuativo, al pari della riduzione sul tasso d'interesse dovuto in caso di inosservanza del termine, indice sintomatico di sperequazione tra le parti in sede di esecuzione del contratto. I giudici amministrativi precisano che nei rapporti tra privato e pubblica amministrazione deve essere salvaguardato il principio della parità contrattuale, connesso ai canoni civilistici di correttezza ed equità tra tutti i soggetti, oltre ai princìpi di imparzialità, legalità ed efficienza.

7. Considerata l'importanza della materia, sono numerose le società internazionali specializzate nella consulenza sul "rischio di credito", che periodicamente stilano graduatorie specifiche sulle condizioni ed i ritardi di pagamento rilevati sia a livello generale, sia con riferimento alle pubbliche amministrazioni. Nonostante le diversità sotto il profilo delle metodologie di rilevazione, dei *panels* utilizzati nelle indagini e degli indici elaborati, normalmente l'Italia risulta collocata tra le "situazioni-paese" di maggiore criticità in Europa[41], con una valutazione molto alta del "rischio di pagamento" nei rapporti commerciali tra imprese, e ancor più elevata per quanto concerne i rapporti tra pubblica amministrazione ed imprese. I vari dati disponibili mostrano andamenti del fenomeno non del tutto concordi[42], ma vi

---

39 Cons. St., sez. V, 12 aprile 2005, n. 1638, in *Danno e responsabilità*, 2005, p. 893, con nota di C. Medici.

40 *Ibid*.

41 I dati sui rischi di pagamento su scala internazionale sono elaborati da diverse società di consulenza e resi disponibili via internet; tra i più noti, sono stati qui considerati quelli di: COFACE (www.cofacerating.com); INTRUM-IUSTITIA (www.europeanpayment.com); D&B (www.dnbforyou.it).

42 Le tendenze di fondo, rilevate nel triennio 2003-2005 sui rischi di pagamento, risulterebbero parzialmente peggiorative tra 2003 e 2004 ed in limitato recupero nel 2005, pur con alcune distinzioni. Ad es., focalizzando sui generali ritardi pagamento, D&B (cfr. *Pagamenti 2005: nuovi trend delle aziende in Italia e in Europa*) registra un costante miglioramento (i giorni medi di ritardo nei pagamenti sono passati in Italia da 18 nel 2003 a 17,8 nel 2004 e poi a 14,7 nel primo semestre 2005, ma passando da un differenziale con la media europea di 3,7 giorni in più a 4,5 e poi a 2,2). Passando, invece, ad elaborazioni più complesse tendenti ad offrire un quadro più completo del "rischio Paese", il *Payment Incidents Index* elaborato da COFACE conferma questo andamento differenziale, ma rispetto ai valori medi mondiali, nei confronti dei quali la criticità dell'Italia risulta più che raddoppiata dal 1995 in poi. Una visione più completa del fenomeno è offerta da INTRUM-IUSTITIA, che nella sua ultima rilevazione a livello europeo (cfr. *European Payment Index – Spring 2005*), pone l'Italia in una situazione parzialmente peggiore della media continentale. Sui 23 Paesi europei oggetto di indagine, l'indice complessivo, frutto della sintesi di indici elementari (durata complessiva dei tempi di pagamento, ritardo dei pagamenti, struttura per età dei crediti, perdita dei pagamenti, previsioni sui rischi di pagamento e conseguenze sulle imprese), mostra un sensibile peggioramento del nostro Paese nel 2005, dopo un parziale recupero nel 2004. La situazione dei pagamenti era e resta stabilmente classificata tra quelle caratterizzate

sono evidenze convergenti sul fatto che i tempi complessivamente necessari per la riscossione di un pagamento rappresentano uno dei profili più problematici per l'affidabilità commerciale del nostro Paese.

Sono soprattutto i termini di pagamento a risultare notevolmente più ampi: con 77,2 giorni l'Italia presenta quasi il doppio dei termini mediamente praticati in Europa (39,7) ed è seconda solo alla Grecia (78,5)[43]. Concentrando l'attenzione sul rapporto contrattuale tra imprese e pubbliche amministrazioni, la posizione dell'Italia risulta ancor più preoccupante (cfr. tabella 1).

Tabella 1 Tempi di pagamento delle amministrazioni pubbliche nei Paesi europei

Paesi	Valori assoluti (giorni medi)			Numeri indice (media Paesi = 100,0)		
	Termini	Ritardo	Durata complessiva	Termine	Ritardo	Durata complessiva
Belgio	52,2	23,3	75,5	138,1	106,5	126,5
Danimarca	27,3	8,3	35,6	72,2	37,9	59,6
Estonia	15,4	3,4	18,8	40,7	15,5	31,5
Finlandia	20,2	5,2	25,4	53,4	23,8	42,6
Francia	50,3	18,4	68,7	133,0	84,1	115,1
Germania	24,8	15,9	40,7	65,6	72,7	68,2
Ungheria	26,8	20,3	47,1	70,9	92,8	78,9
Irlanda	40,6	14,9	55,5	107,4	68,1	93,0
Italia	76,0	62,3	138,3	201,0	284,8	231,7
Lituania	28,6	15,9	44,5	75,7	72,7	74,6
Paesi Bassi	28,7	18,9	47,6	75,9	86,4	79,8
Norvegia	22,3	9,0	31,3	59,0	41,1	52,4
Polonia	24,4	14,9	39,3	64,5	68,1	65,8
Portogallo	66,2	89,2	155,4	175,1	407,7	260,4
Spagna	82,7	33,8	116,5	218,8	154,5	195,2
Svezia	31,4	6,5	37,9	83,1	29,7	63,5
Svizzera	31,6	16,8	48,4	83,6	76,8	81,1
Regno Unito	31,0	16,8	47,8	82,0	76,8	80,1
Media dei Paesi considerati	37,8	21,9	59,7	100,0	100,0	100,0

Fonte: Elaborazioni su dati INTRUM-IUSTITIA (2005)

da una "forte esigenza di azione" per la salvaguardia del credito; il giudizio mediamente espresso per il complesso dei Paesi europei non è molto distante, ma la tendenza generale rilevata è di una lenta ma progressiva uscita da questa situazione. Tutti gli indici elementari dell'Italia mostrano una situazione peggiore rispetto a quella media degli altri Paesi europei, salvo che nella perdita definitiva del credito; questo dato evidenzia presumibilmente la presenza di maggiori possibilità di tutela, ma anche di una "consuetudine" alla dilazione dei tempi di pagamento.

43 I dati qui analizzati sono stati desunti da INTRUM-IUSTITIA, cit.

Nella media europea, i tempi complessivamente necessari per la riscossione di un pagamento ammontano a circa 60 giorni; questo dato si compone dei termini di pagamento (38 giorni), e dei ritardi (22 giorni).

In Italia, i tempi complessivamente necessari per la riscossione di un pagamento dalla pubblica amministrazione sono mediamente quantificati in 138,3 giorni, cioè quasi 2,3 volte la media dei Paesi europei esaminati, che pone l'Italia al penultimo posto nella graduatoria, dopo il Portogallo. I termini medi di pagamento in Italia sono di 76 giorni (cioè più di 2 volte la media dei Paesi europei esaminati); ancora più grave è la situazione per i ritardi di pagamento, che risultano mediamente pari a 62,3 giorni (cioè più di 2,8 volte la media europea).

Questi dati sui pagamenti della pubblica amministrazione hanno un evidente impatto sulle imprese fornitrici. Gli effetti dei maggiori tempi di pagamento riscontrati nel nostro Paese possono tradursi in esigenze di capitale aggiuntivo e nei relativi costi di provvista, oltre che di riduzione del giro d'affari potenziale; secondo alcune stime, un incremento dei giorni di pagamento pari, ad esempio, a 5,7 giorni comporterebbe un onere supplementare equivalente all'1,6% del fatturato per un'azienda italiana con un giro d'affari di 25 milioni di euro l'anno (cioè una P.M.I.)[44].

Dalle analisi empiriche emergono anche altri elementi interessanti. Le imprese si dimostrano più pazienti nei confronti della amministrazioni pubbliche rispetto agli altri debitori (società o privati). Quasi l'80% dei creditori della pubblica amministrazione lascia passare oltre 15 giorni tra un sollecito di pagamento e l'altro, a fronte di un numero di solleciti maggiore (il 68% manda 3 o più solleciti) di quelli avanzati ad altri debitori privati, probabilmente per il carattere più formale dei rapporti.

Un'altra caratteristica è la maggiore indulgenza nei confronti delle amministrazioni per quanto concerne l'addebito delle spese di recupero del credito. Nei confronti delle amministrazioni avviene sistematicamente solo nel 23% dei casi di ritardo nei pagamenti, rispetto al 42% dei casi nei confronti di società debitrici ed al 60% dei casi nei confronti di privati. Il 53% delle imprese non ricorre mai all'addebito delle spese di recupero del credito nei confronti delle amministrazioni. Simile, anche se meno accentuata, è la differenza di comportamento nell'addebito degli interessi di mora, che nei confronti delle amministrazioni

[44] Cfr. INTRUM-IUSTITIA, *Risk Index – Autunno 2005 Italia*. I 5,7 giorni dell'esempio è il peggioramento rilevato nei tempi di pagamento mediamente riscontrati nel nostro Paese tra la primavera 2004 e l'autunno 2005. È significativo rilevare come anche l'ultima ricerca resa nota dall'Ufficio Studi di Confartigianato lo scorso 2 aprile (2007) in ordine all'impatto, soprattutto rispetto alle P.M.I., dei ritardi di pagamento della P.A., in particolare quella locale, evidenzi tempi medi di attesa di 138 giorni, a fronte della media europea di 68 giorni, con un costo aggiuntivo per le imprese pari ad 1,2mld € all'anno. I motivi possono essere di varia natura, ma il più evidente è sicuramente l'allargamento della forbice tra risorse disponibili ed impieghi, dovuto alle manovre correttive e di contingentamento della finanza pubblica adottate nel medesimo arco temporale.

avviene sistematicamente solo nel 23% dei casi (38% nel caso di privati e 34% nel caso di società).

Infine, solo il 4% delle imprese dichiara di ricorrere sempre all'azione legale nei confronti di una pubblica amministrazione per ritardato pagamento (il dato è pari al 34% se si tratta di debiti di privati o di società); ben il 52% delle imprese dichiara di non ricorrere mai all'azione legale (la percentuale è dell'11% se la controparte è un privato e del 13% se la controparte è una società).

8. L'analisi di un settore particolarmente significativo, come la sanità, con particolare riferimento alle forniture di materiali ed attrezzature biomediche e diagnostiche, può essere sicuramente utile per comprendere meglio la gravità della situazione dei ritardi di pagamento nel nostro Paese[45].

Per quanto riguarda i termini di pagamento e, quindi, la prassi amministrativa seguita nella stipula dei contratti di appalto, prima dell'entrata in vigore del D. lgs. n. 231/2002, la normativa sul S(ervizio) S(anitario) N(azionale) (l. n. 833/1978) prevedeva un termine di pagamento dei fornitori di 90 giorni; il passaggio ai 30 giorni previsti, come regola, dalla normativa si è inserito in una situazione già problematica, in quanto il termine precedente, pur fissato per legge, veniva sistematicamente non applicato.

Le ragioni del ritardo sono dovute principalmente all'insufficienza delle risorse stanziate per il settore sanitario rispetto al concreto fabbisogno. Nonostante i vincoli posti dalle varie manovre finanziarie, il settore sanitario ha sempre chiuso l'esercizio in *deficit*. Le stime per il 2004 quantificano un disavanzo tra 8-9 miliardi di euro, a cui si aggiungono gli *stock* dei disavanzi pregressi ed in attesa di ripiano. In assenza di interventi strutturali e risolutivi, si rischia di alimentare un circuito perverso, nel quale i fornitori sono sistematicamente costretti ad una gestione aggiuntiva (relativa agli oneri finanziari derivanti dalla maggiore esposizione creditizia e dal recupero o, anche, dalla cessione dei crediti), divenuta ormai una funzione determinante per poter restare sul mercato.

Le imprese sono, quindi, portate a valutare attentamente la convenienza, in termini di costo, ma anche sul piano dei rapporti con le amministrazione debitrici, del ricorso al contenzioso, che a sua volta può comportare ulteriori oneri (diretti, per le spese legali, ed indiretti, per i tempi necessari ad ottenere i provvedimenti giudiziali e a dar loro esecuzione). I dati riportati dimostrano una situazione dei ritardi di pagamento di cronica criticità.

[45] La stampa economica (cfr. *Il Sole 24 Ore* del 30 maggio 2005) cita spesso come casi eclatanti la scuola, per la quale si rilevano ritardi di pagamento di 600 giorni, e la sanità. In quest'ultimo ambito, particolarmente utile è l'attività di ricognizione svolta sistematicamente fin dal 1991 da Assobiomedica (Associazione nazionale per le tecnologie biomediche e diagnostiche, aderente a Confindustria), tramite un apposito osservatorio crediti (alimentato da dati forniti da un *panel* di imprese statisticamente rappresentativo dell'intero comparto, allo scopo di monitorare i tempi di pagamento delle strutture sanitarie pubbliche con riferimento alle forniture di dispositivi medici.

L'indice comunemente utilizzato a livello internazionale, il DSO (*days of outstanding payments*), evidenzia un valore di chiusura tra il 2005 in parziale peggioramento (311 giorni rispetto ai 303 del 2004), una tendenza riscontrabile lungo tutti i mesi dell'anno con alcune eccezioni (gennaio, maggio e giugno)[46]. Considerando un arco temporale più ampio (1990-2005), il valore minimo del DSO non è mai sceso sotto i 240 giorni (241 giorni nel 1997) e quello massimo sotto i 290 (nel 2000). L'avvicinamento dei valori minimo e massimo verificatosi intorno al 2000 sta ad indicare un tendenziale comportamento convergente delle amministrazioni (e, quindi, relativamente più efficiente), mentre negli anni successivi si è avuto un drastico allontanamento, rilevabile fino al 2005.

Passando ad un'analisi di livello regionale, sembrano approfondirsi i divari nei tempi di pagamento tra le regioni con indici più elevati e più ridotti. A dicembre 1990 i valori più elevati erano rilevati in Calabria (495), Campania (482), Puglia (467), e Lazio (424), mentre i più bassi in Valle d'Aosta (80), Trentino (119) e Piemonte (154); a dicembre 2005 i DSO più elevati sono risultati quelli di Abruzzo (536) e Campania (533), contro i più bassi di Trentino (65), Valle d'Aosta (84) e Friuli (86).

Peraltro, queste cause sono state indicate dalle stesse amministrazioni in occasione delle verifiche su base regionale effettuate dalla Corte dei conti[47]. Dal controllo è emersa un'evidente situazione di inefficienza gestionale, individuabile anche nella "scarsa informazione di molti operatori pubblici, circa la nuova normativa sui ritardati pagamenti, nonostante le molte circolari emanate dai ministeri"[48].

La chiara sottovalutazione del problema deriva, in particolare, dal fatto che, a fronte delle mancate richieste di pagamento degli interessi, le amministrazioni hanno ritenuto non applicabile la "automaticità" prevista dal decreto[49]. Ciò non

---

46 L'indice è calcolato in base al rapporto fra lo scoperto complessivo di un'impresa ed il fatturato complessivo annuo, calcolato mensilmente sulla base dei 12 mesi precedenti; il risultato, moltiplicato per 360, dà una misura in giorni necessari al pagamento, compresi i termini contrattuali (cfr. Assobiomedica, *La crisi finanziaria del Servizio sanitario ed i tempi di pagamento delle strutture sanitarie pubbliche*, marzo 2005).

47 Cfr. Corte conti – Sez. controllo Regione Friuli Venezia-Giulia, delib. 8 novembre 2005, n. 11/IV°C./2005, relativa al controllo sulle procedure di pagamento degli enti pubblici e delle amministrazioni periferiche dello Stato, in attuazione del D. lgs. 9 ottobre 2002, n. 231.

48 Nel 2003, su 32 amministrazioni della Regione Friuli Venezia-Giulia, 24 hanno evidenziato pagamenti effettuati in ritardo rispetto ai termini contrattuali o legali e 11 hanno registrato almeno 100 ritardi di pagamento; a livello di molte articolazioni amministrative, il 65% dei pagamenti è stato effettuato con ritardo, con una durata complessiva del periodo necessario alla relativa esecuzione che ha raggiunto anche i 400 giorni. Tra le amministrazioni che hanno registrato almeno 100 ritardi di pagamento nel 2003, le situazioni più critiche (oltre 90 giorni di ritardo) rappresentano il 23%, ma in alcuni casi (prefetture e soprintendenze) si arriva tra il 42% ed il 59%.

49 La citata delibera (*supra*, nota 46) della suprema giurisdizione contabile sulla situazione dei ritardi di pagamento nella regione Friuli Venezia-Giulia definisce questa situazione "sorprendente"; tuttavia, rispetto alla latente e non ancora culturalmente superata concezione di "supremazia" dell'amministrazione pubblica, associata allo stato di soggezione delle imprese, rilevabile anche

ha creato situazioni di particolare emergenza (visto il comportamento "benevolo" delle imprese sottolineato in precendenza), ma allo stesso tempo ha confermato una sostanziale disapplicazione delle nuove norme, il cui potenziale impatto sull'espansione del debito delle pubbliche amministrazioni aumenta sensibilmente la precarietà negli equilibri della finanza pubblica. Peraltro, su interrogazione sollecitata dal neoistituito O(sservatorio su) I(mprese e) P(ubblica) A(mministrazione) per la Regione Lazio, lo scorso 16 aprile (2007) la Commissione europea, in persona del Commissario alla Concorrenza Vereughen, ha paventato il rischio di una procedura di infrazione nei confronti dell'Italia, a motivo delle riferita prassi amministrativa "elusiva", nettamente contrastante con la sfida ambiziosa lanciata dall'Unione europea di raggiungere gli obiettivi pianificati nella c.d. "Agenda di Lisbona", circa la competitività e l'innovazione delle imprese comunitarie.

9. A fronte di un quadro evidentemente problematico, riscontrabile a tutti i livelli di analisi, le amministrazioni indicano come causa principale del fenomeno dei ritardi di pagamento la limitata disponibilità di risorse finanziarie. Si è instaurato, in particolare, un meccanismo di mancata corrispondenza tra esercizio corrente e relativi stanziamenti, i quali vengono prioritariamente utilizzati per regolare i pagamenti pregressi, mentre quelli più recenti o di nuova formazione vengono sistematicamente differiti e rinviati agli esercizi successivi.

Su questa situazione sono ripetutamente intervenute le politiche di contenimento della spesa pubblica, che, pur necessarie e condivisibili, non fanno che alimentare il circolo vizioso dei ritardi di pagamento, anche a causa della scarsa capacità/possibilità delle articolazioni amministrative di attuare un'efficiente razionalizzazione della spesa ed un'oculata programmazione dei consumi, in particolare per quanto concerne spese obbligatorie o urgenti ed indifferibili.

In questo contesto, i ritardi di pagamento vengono utilizzati come vero e proprio strumento regolatore di cassa. La sostenibilità di questa strategia risulta, tuttavia, oramai del tutto incoerente con la normativa introdotta dal decreto legislativo, in base alla quale, stante l'automaticità degli interessi da ritardo e la garanzia della loro acquisizione in via giudiziale, si potrebbe realizzare un'incontrollabile espansione dei debiti delle pubbliche amministrazioni. Risulta, quindi, necessario che i centri di spesa siano in grado di governare queste situazioni, ricorrendo anzitutto agli strumenti di controllo di regolarità amministrativa e contabile e di controllo sulla gestione (di cui al D. lgs. n. 286/1999).

In questa prospettiva, occorre un più attento monitoraggio di tutte le fasi contabili in cui si articola il rapporto contrattuale relativo all'appalto, fino alla liquidazione della spesa. L'insorgere di un'obbligazione pecuniaria riguardante il ritardo di pagamento non attentamente monitorata e adeguatamente affrontata

---

dai loro comportamenti nei confronti dei ritardi di pagamento (anche alla luce delle controdeduzioni delle amministrazioni coinvolte), la sottovalutazione del problema non dovrebbe destare eccessivo stupore.

può, infatti, configurare una fattispecie di danno per l'amministrazione causata dall'inefficienza. Una soluzione precauzionale consiste nel prendere a modello quanto stabilito dal legislatore francese nel nuovo *Code des marchés publics*, in vigore dal 9 settembre 2001. Ritenendo inadeguata la previgente regolamentazione dei corrispettivi delle commesse, riferita alla sola tempistica di emissione del mandato di pagamento, il *Code* riformato prescrive ora, indifferentemente sia per le amministrazioni statali, che per gli enti locali, l'impegno contrattualmente prefissato sul termine per il pagamento complessivo in favore delle imprese appaltatrici, automaticamente sanzionato con il versamento di interessi moratori dissuasivi[50].

Un comportamento amministrativo rigoroso dovrebbe essere ancor più incisivo nei riguardi delle spese non obbligatorie; le disposizioni del decreto legislativo dovrebbero, infatti, vincolare l'amministrazione a reperire preventivamente la copertura finanziaria delle spese e, a seguito del relativo impegno sullo specifico capitolo di bilancio, accantonare le relative risorse da utilizzare e renderle indisponibili per altri utilizzi. La limitata conoscenza da parte delle amministrazioni della normativa sui ritardi di pagamento, la sottovalutazione del suo impatto o, peggio ancora, il mantenimento di una prassi ancora legata alla "soggezione" dei privati nei confronti della pubblica amministrazione rappresentano elementi non più accettabili e, soprattutto, insostenibili a seguito dell'entrata in vigore del D. lgs. n. 231/2002.

Per le imprese, un problema di fondamentale importanza riguarda lo smobilizzo dei crediti insoluti. Sono state adombrate, a livello normativo, alcune soluzioni che ancora non trovano, tuttavia, compiuta attuazione. È certo che la disciplina di derivazione comunitaria sui termini di pagamento coinvolgerà notevolmente l'attività relativa all'acquisto dei crediti commerciali all'interno del settore pubblico, il cui principale ostacolo era costituito dall'art. 339 della legge (abolitrice del contenzioso amministrativo) del 20 marzo 1865, All. F, che vietava "qualunque cessione di credito e qualunque procura, le quali non siano riconosciute". La norma estendeva, all'ambito dei lavori pubblici, il previo consenso della P.A., già previsto dall'art. 9 dell'All. E per i soli contratti "in corso di esecuzione", anche alla cessione di crediti nascenti da contratti "ad esecuzione ultimata".

La precitata disposizione è stata abrogata dall'art. 231 del D.P.R. n. 554/1999. L'odierno art. 117 del nuovo Codice degli appalti pubblici ha, quindi, previsto: "le disposizioni della legge 21 febbraio 1991, n. 52, sono estese ai crediti verso le pubbliche amministrazioni derivanti da contratti di servizi, forniture e lavori, ivi compresi i concorsi di progettazione e gli incarichi di progettazione". Ne consegue che, senza più limitazioni al solo settore dei lavori, l'imprenditore aggiudicatario del contratto (di servizi, forniture, lavori) può cedere attualmente il proprio credito nei confronti della P.A. con le modalità previste dalla l. 52/91, seppur con alcune deroghe stabilite dall'art. 115 del D.P.R. 554/99, norma di relativa attuazione. La cessione deve essere stipulata mediante atto pubblico, o

[50] Maggiori approfondimenti nel Dossier reperibile *on line* in www.ice.gov.it.

scrittura privata autenticata, e perché sia opponibile alla P.A. non è sufficiente la pubblicazione nella Gazzetta Ufficiale, ma deve essere notificata all'amministrazione debitrice. Inoltre, la cessione del credito è efficace ed opponibile alla P.A. solo qualora questa non la rifiuti, con comunicazione da notificarsi al cedente ed al cessionario entro 15 giorni dall'avvenuta notifica della cessione.

Il sopravvenuto quadro disciplinare è certamente più idoneo al rinnovato "agire privatistico" della P.A.[51], pur continuando a presentare non secondari elementi di criticità dovuti alla perdurante vigenza di norme di diritto speciale. Più specificamente, in sede regolamentare è stato abrogato l'art. 339, ma non anche l'art. 9 dell'All. E; sicché, visto il generale richiamo alla disciplina contenuta nella l. 52/91, resterebbe da chiarire a quali fattispecie (cessione *ex* art. 1260 c. c. ovvero *ex lege* 52/91) applicare l'oramai "ridondante" disciplina del silenzio (*rectius*, adesione "tacita" nei 15 giorni). L'incertezza sembra scontare il timore latente che "durante l'esecuzione del contratto, possano venire a mancare i mezzi finanziari al soggetto obbligato alla prestazione in favore della pubblica amministrazione"[52], così evidenziando come non sia ancora pienamente maturato il definitivo superamento dell'affermazione della opponibilità della cessione alla P.A. quale *conseguenza esclusiva* della cessione, senza alcun "disimpegno" per l'originario appaltatore, coerentemente con quanto in precedenza osservato in merito ad una disciplina di derivazione comunitaria dettata in riferimento alla sola *situazione creditoria*, piuttosto che alla complessiva *posizione contrattuale*. Di qui, anche, l'ulteriore esigenza, tuttora insoddisfatta, di individuare un procedimento idoneo a consentire alla P.A. le opportune variazioni sui mandati di pagamento, a fronte della vicenda circolatoria, senza tuttavia incidere sul principio della diretta opponibilità della cessione.

Le maggiori criticità si riscontrano, peraltro, nell'esatta definizione di *credito futuro*, in considerazione di un rapporto solitamente "di durata" quale l'appalto pubblico, i cui corrispettivi in corso di esecuzione ben potrebbero rientrarvi nella portata definitoria ed essere, così, assoggettati alla ripercorsa normativa. In relazione al mercato degli appalti, soprattutto per le grandi infrastrutture, la limitazione temporale (2 anni) contenuta nell'art. 3 della l. 52/91 potrebbe risultare eccessivamente sacrificata. Inoltre, l'aleatorietà della gara, e comunque la difficile pianificazione partecipativa soltanto in funzione della stazione appaltante, rendono complicato soddisfare il requisito dell'indicazione del debitore ceduto, previsto dal medesimo art. 3, 4° comma della normativa sul *factoring*.

La legge finanziaria per il 2005 (cfr. art. 1, 362°-366° commi, l. 30 dicembre 2004, n. 311) ha predisposto un meccanismo innovativo, che consente alle imprese di cedere alla Cassa Depositi e Prestiti i crediti nei confronti delle ammi-

---

[51] Il rilievo è avvalorato dalla recente l. 11 febbraio 2005, n. 15, recante "Modifiche ed integrazioni alla legge 241/90, concernenti norme generali sull'azione amministrativa", *GURI* n. 42, 21 febbraio 2005, che ha testualmente sancito per la P.A. l'obbligo dell'*agire privatistico* quale *modalità ordinaria* da seguire nei rapporti con i privati.

[52] Cfr. Cass., 5 ottobre 2000, n. 13261, in *Urb. app.*, 2001, p. 389, con nota di G. De Marzo; conf. 11 gennaio 2006, n. 268, in *Massimario della giurisprudenza italiana*, 2006.

nistrazioni dello Stato derivanti dalla fornitura di beni e servizi, limitatamente ai debiti scaduti ed esigibili alla data del 31 dicembre 2004[53]. È previsto che la Cassa disponga i pagamenti a valere su un apposito fondo con una dotazione finanziaria di 2.000 milioni di euro.

Ad oggi, tuttavia, si è ancora in attesa dell'emanazione del decreto del Ministero dell'Economia e delle Finanze con cui devono essere stabilite le modalità applicative di queste disposizioni[54]. Nel frattempo, sono state adottate misure transitorie per gestire i debiti pregressi ed evitare l'eventuale perenzione contabile[55]. Resta, comunque, l'esigenza di pervenire rapidamente ad una regolamentazione definitiva. La legge finanziaria per il 2006 (cfr. art. 1, 50° comma, l. 23 dicembre 2005, n. 266) è intervenuta in materia, prevedendo l'istituzione di un Fondo finalizzato ad estinguere i debiti pregressi contratti dalle amministrazioni centrali dello Stato, con una dotazione finanziaria di 170 milioni di euro per l'esercizio 2006 e di 200 milioni di euro per gli esercizi 2007 e 2008.

Per consentire alle amministrazioni il riscontro, in tempo reale, delle disponibilità di fondi e migliorare in misura sostanziale il supporto conoscitivo per le decisioni dei centri di spesa, l'informatizzazione delle fasi di ordinazione e di pagamento delle spese può svolgere un ruolo cruciale[56]. L'utilizzo di strumenti informatici può, infatti, produrre effetti positivi sia in termini di riduzione del tempo necessario per concludere i processi di acquisto, sia in termini di riduzione della spesa.

In questa prospettiva, andrebbe attentamente vagliata l'opportunità di diffondere tra le amministrazioni l'utilizzo delle c.d. "carte di acquisto" (*purchase card*). Si tratta di carte di pagamento che ripropongono, in ambito pubblico, la formula della carta di pagamento utilizzata dalle imprese per l'approvvigionamento di beni e servizi ricorrenti di basso valore unitario. Questo sistema di

---

53 I crediti devono essere iscritti nel conto dei residui passivi dell'esercizio 2005, ovvero transitati nel conto del patrimonio per effetto della relativa perenzione amministrativa, cioè l'eliminazione dei residui passivi dalla contabilità decorsi i termini previsti.

54 Nella seduta del 6 luglio 2005, n. 651, in risposta ad un'interrogazione, il Ministro per i rapporti con il Parlamento indicava il 30 settembre 2005 come data per l'emanazione del citato decreto.

55 In attesa dell'adozione di tale decreto, "le Amministrazioni effettueranno i pagamenti dei debiti di fornitura seguendo l'ordinaria gestione dei residui passivi" (Ministero dell'Economia e delle Finanze, Circ. 11 febbraio 2005, n. 5). Per quanto concerne i residui passivi dichiarati perenti agli effetti amministrativi, la stessa Circolare prevede che, nelle more dell'adozione del citato decreto ministeriale, il pagamento degli stessi continuerà ad essere effettuato con le modalità previste dal D.P.R. 24 aprile 2001, n. 270, recante "Regolamento di semplificazione delle procedure di reiscrizione nel bilancio dello Stato dei residui passivi perenti (n. 36, all. n. 1, legge n. 50/1999)", *GURI* n. 156, 7 luglio 2001.

56 L'Agenzia del Territorio, a partire dal 26 giugno 2003, ha introdotto l'obbligo di inserire nel sistema informatico SIGMA la data di ricevimento delle fatture. Il sistema, sulla base dei dati relativi ai termini di pagamento concordati, determina così la scadenza del pagamento creando una sorta di anagrafe dei fornitori, consentendo un aggiornamento in occasione di ogni nuovo contratto. Analoga iscrizione nel sistema informatico SIGMA avviene per le procedure di spesa delle Agenzie delle Entrate e delle Dogane.

pagamento, utilizzato negli Stati Uniti fin dagli anni Ottanta, è già stato adottato con successo nelle pubbliche amministrazioni di vari Paesi europei, tra cui Regno Unito, Germania, Francia, Svezia, Norvegia e Spagna[57].

Il ricorso alle "carte d'acquisto" può presentare vantaggi sia per le amministrazioni che per le imprese fornitrici. Le prime possono conseguire una forte riduzione dei costi di transazione e di processo, nonché un migliore controllo delle spese e della situazione finanziaria. Per i fornitori questo strumento, che rende controparte dell'impresa creditrice la banca emittente della carta, comporta una riduzione dei tempi di pagamento ed una maggiore certezza circa la loro effettiva esecuzione.

Non ultimo in ordine di importanza, un'ipotesi non necessariamente alternativa a quella appena prospettata consiste nel mettere a punto meccanismi che consentano alle imprese, che vantino crediti non contestati nei confronti di pubbliche amministrazioni, di *compensarli* con le somme dovute (anche a titolo fiscale) ad altri rami delle amministrazioni dello Stato, ovviando così all'altrimenti necessitata via giudiziaria. Sembra questa la strada imboccata dal p.d.l. n. 165, presentato nella seduta della Camera dei Deputati del 28 aprile 2006, recante "Disposizioni in favore delle imprese che subiscono ritardi di pagamento da parte della pubblica amministrazione", il quale non soltanto prevede in via generale all'art. 2 la compensazione con i debiti fiscali e/o contributivi dell'impresa creditrice verso la P.A., spostando così l'onere della disfunzione finanziaria sullo stesso settore pubblico; ma valorizza all'art 3, 2° comma il ruolo dei Consorzi Fidi, di cui all'art. 13 della legge-quadro 24 novembre 2003, n. 326, consentendo alle imprese, a cui si richiede per legge la prestazione di idonee garanzie ai fini dell'assegnazione della commessa, di utilizzare a tale scopo i crediti scaduti, che costituiscono anche copertura per l'eventuale garanzia collettiva rilasciata da tali organismi e su cui potersi rivalere.

Una strada che può e deve essere percorsa con estrema celerità, contro i danni troppo spesso subìti per le endemiche deficienze del soggetto pubblico e, non di rado, per il trattamento sperequato in situazioni analoghe ancorché invertite (è il caso emblematico degli *interessi moratori* applicabili *automaticamente* dalla legge per l'inutile decorso del termine previsto per il pagamento della cartella esattoriale che, "in quanto partecipanti della stessa natura del debito principale", sono *ex* art. 75, 1° comma, lett. g), D.P.R. n. 554/1999, causa di esclusione dalla commessa già aggiudicata)[58], a scapito delle categorie produttive del sistema-Paese.

---

[57] Sui vantaggi derivanti dall'introduzione delle "carte d'acquisto" per la pubblica amministrazione, cfr. A. DE MARCO, E. MORLEY-FLETCHER, *L'innovazione nei sistemi di pagamento come leva per una razionalizzazione delle procedure di acquisto: le purchase card*, in L. FIORENTINO (a cura di), *Outsourcing, procurement, contratti delle pubbliche amministrazioni: l'acquisto di beni e servizi della pubblica amministrazione tra sprechi e risparmio*, 2006, reperibile *on line* al sito www.astrid-online.it.

[58] È questa la recentissima decisione adottata dal T.A.R. Lazio, Sez. III-*ter*, 18 gennaio 2007, n. 723.

Teresa Russo

Le norme "*anti-deficit*" democratico nell'Unione europea

SOMMARIO: 1. Il dibattito sulla democratizzazione e sulle norme "*anti-deficit*" come criterio di "ri-legittimazione" dell'Unione europea. – 2. Nozione di "*anti-deficit*" come riferibile ad una finalità del processo di revisione. – 3. Il primato delle disposizioni sui principi democratici: dall'art. 6 TUE al progetto di mandato per il "Trattato di riforma". – 4. Norme "*anti-deficit*" nella prassi istituzionale e giurisprudenziale. – 5. Forme di "ri-legittimazione". – 6. *Segue*: "ri-legittimazione" ordinamentale o sistemica. – 7. *Segue*: "ri-legittimazione" normativa o di garanzia. – 8. *Segue*: "ri-legittimazione" istituzionale e di efficienza decisionale. – 9. Riorganizzazione della *membership* statuale e riflessi costituzionali e legislativi sui "livelli" italiani di partecipazione ed esecuzione degli obblighi comunitari.

1. Anche se nella storia dell'integrazione europea le originarie Comunità europee vanno ricondotte ai principi democratici della tradizione occidentale, solo nell'epoca successiva al dopo 1989 è più evidente lo sforzo di motivazione politico-diplomatica sui nuovi fondamenti da assegnare all'Unione europea. Prima di allora non erano mancate altre epoche fortemente interessate a connotare la statualità, in ambito comunitario, con valori ideali più consoni alle tradizioni costituzionali proprie del diritto interno. Si trattava, tuttavia, di impegni rilevanti nei soli preamboli dei Trattati comunitari come una sorta di filosofia o di ideologia propria dei Paesi euro-occidentali[1]. Inoltre, la successiva e progressiva enucleazione di principi democratici nel tessuto ordinamentale e normativo comunitario-unionistico se, da un lato, è sembrata contribuire alla democraticità

[1] Il presente lavoro, aggiornato al Progetto di Trattato che modifica il Trattato sull'Unione europea e il Trattato che istituisce la Comunità europea, Bruxelles, 23 luglio 2007 (13.09, CIG 1/07) (in seguito Progetto di Trattato di riforma), consapevolmente non si occupa della democratizzazione in senso internazionale dell'esposizione, intesa come regime politico costituzionale di autodeterminazione dei popoli e di esercizio dei diritti politici e civili della persona. Sul tema si rinvia, nella bibliografia formatasi dopo il 1989, ad alcune citazioni essenziali: G. PALMISANO, *Nazioni Unite e autodeterminazione interna*, Milano, 1997; A. SINAGRA, *Sovranità contesa. Autodeterminazione e integrità territoriale dello Stato*, Milano, 1999; E. LICITRI, E. ALTVATER, *Il diritto all'autodeterminazione dei popoli alle soglie del 2000*, Roma, 1999; C. OFFE (Hrsg.), *Demokratisierung der Demokratie. Diagnosen und Reformvorschläge*, Frankfurt, 2003.

del sistema[2], dall'altro, non è sembrata sufficiente a ricoprire gli ambiti ed i meccanismi decisionali. Ne è conseguito che qualsiasi ricerca sull'ordinamento comunitario-unionistico non ha potuto esimersi dalla valutazione del suo c.d. *deficit* democratico, come progressivamente delineatosi fino al progettato "Trattato di riforma"[3].

Nel solco della medesima problematica, la nostra indagine prende le mosse dall'analisi di un modello di governo non deficitario o di efficiente organizzazione dei poteri pubblici. Ciò sulla convinzione che dalla comparazione non possono che emergere lacune[4] o carenze, per così dire, anti-democratiche. Sulla falsariga dello Stato nazionale, ed in particolare degli Stati occidentali, un sistema giuridico è considerato "efficiente" se le decisioni pubbliche risultano riconducibili al corpo

[2] L'ordinamento comunitario-unionistico si sarebbe, quindi, progressivamente costituito sulla specificità di principi neo-ordinamentali di vario contenuto (normativo, procedurale, istituzionale, ecc.), espressioni dell'infrastruttura civile, politica, sociale e culturale dell'intera costruzione euro-nazionale; principi idonei a permeare tutti i rapporti ed assolvere ad una funzione di apertura anche ai principi di diritto internazionale onde evitare l'arroccamento su pretese posizioni di onnivalenza (D. L. Bethlehem, *International Law, European Community Law, National Law*: *Three Systems in Search of a Framework*, in M. Koskenniemi (ed.), *International Law Aspects of the European Union*, The Hague-London-Boston, 1998, p. 169 ss., si riferisce all'interazione anche nel senso che "the scope of action originating in one arena may be influenced by principles that emerge from another"). L'idea è quella dell'integrazione comunitario-unionistica come processo di formazione di principi (*PrinzipienBildung*) e di coesione tra *ius vetus* e *ius novum*, così come tra *ius commune* e *ius particolare*, attraverso l'identificazione di c.d. principi costituzionali "fondamentali". Uno degli esponenti di questo orientamento è A. Von Bogdandy, *Doctrine of Principles*, in *European Integration–The New German Scholarship*, *Jean Monnet Working Paper Series*, 9/03.1, NYU School of Law, New York, 2003, pp. 1-50 (www.jeanmonnetprogram.org, reperibile *on line*).

[3] Trattasi dell'ultimo stadio o, viceversa, del primo stadio della ripresa del processo di revisione secondo il quale (Allegato I del Progetto di mandato della CIG delle Conclusioni della Presidenza – Bruxelles, 21/22 giugno 2007, D/07/2) "la CIG è invitata ad elaborare un trattato (in seguito denominato 'trattato di riforma') (...). Il progetto costituzionale (...) è abbandonato. Il trattato di riforma integrerà nei trattati esistenti, che restano in vigore, le innovazioni risultanti dalla CIG del 2004 come indicato dettagliatamente qui di seguito. Il trattato di riforma conterrà due clausole sostanziali che modificano, rispettivamente, il Trattato sull'Unione europea (TUE) e il Trattato che istituisce la Comunità europea (TCE)".

[4] È evidente come il concetto di lacuna richiami la problematica, ben più ampia e già da lungo tempo oggetto di studio, della completezza o incompletezza dell'ordinamento giuridico. Sebbene tale questione fuoriesce dall'oggetto della presente indagine è pur vero che il passaggio dall'astrattezza della norma alla sua applicazione concreta inevitabilmente avviene attraverso una funzione attuativa e, in alcuni casi, integrativa degli operatori giuridici che traduce una forma di controllo sociale nella dialettica tra diritto e società. In questo senso, allora le prospettive (lacuna-*deficit*-efficienza) sembrerebbero riconnettersi in quanto l'ancoraggio dell'organizzazione pubblica a criteri di efficienza si riflette a livello ordinamentale perché incide, sia sul processo di assunzione delle decisioni collettive, sia sulla tutela dei beni costituzionalmente protetti (attuazione collettiva ed individuale delle norme). Viceversa, secondo la prospettiva del presente lavoro, in un sistema giuridico come quello comunitario-unionistico, la fase di accertamento o di scoperta della lacuna, altrimenti non tollerabile, è bilanciata da quella successiva di compensazione del *deficit* risultante anche dal confronto e dalla comparazione operata ai vari livelli di governo.

elettorale e soddisfano il benessere collettivo[5]. Donde il quesito sulla trasferibilità o ricevibilità di tale modello al livello di Unione europea.

Almeno nel primo senso, è innegabile che l'ordinamento comunitario-unionistico è risultato, per lungo tempo (e per certi aspetti risulta ancora ora), deficitario per l'insufficiente coinvolgimento nel processo decisionale del Parlamento europeo, solo progressivamente attenuato e controbilanciato dal rafforzamento del ruolo dei parlamenti nazionali[6]. Così come è, viceversa, innegabile che i Trattati comunitari ed unionistici hanno introdotto ulteriori finalità di benessere collettivo[7] tali da orientare e ridefinire l'assetto degli ordinamenti degli Stati membri o la loro organizzazione costituzionale dei poteri, ampliando il concetto di efficienza pubblica quale "parametro-valvola tra diversi ordinamenti giuridici o tra differenziati livelli ordinamentali"[8].

Né la situazione è risultata migliorata a seguito dell'utilizzo della terminologia di "Trattato che adotta una Costituzione per l'Europa" (in seguito Trattato costituzionale) che ha finito per inasprire le considerazioni sul *vacuum* democratico derivanti dalle implicazioni del concetto di Costituzione (Stato, popolo, potere costituente, ecc.). Ciò ha condotto, da un lato, al rinato fervore del dibattito costituzionale che ha investito l'Unione europea di fronte ad un testo, Trattato costituzionale, che, nell'alternativa tra Trattato e Costituzione[9], è sembrato voler

---

5 In quest'ottica, un sistema giuridico statal-costituzionale non deficitario ovvero efficiente è quello in cui le trasformazioni ordinamentali siano dirette a favorire "le modalità di funzionamento dei poteri pubblici in vista della concreta realizzazione degli specifici interessi di benessere collettivo che sono qualificabili come costituzionalmente propri dell'ordinamento al fine complessivo del perseguimento del bene comune dell'intero assetto costituzionale". Così G. M. Salerno, *L'efficienza dei poteri pubblici nei principi dell'ordinamento costituzionale*, Torino, 1999, p. 51 ss.

6 È in occasione della prima elezione a suffragio universale diretto che emerge un problema di confronto tra democrazia nazionale e democrazia europea, conchiuso a svantaggio di quest'ultima secondo il parametro del c.d. *deficit*. Invero, l'ordinamento comunitario è stato considerato originariamente deficitario in quanto l'esercizio dei suoi poteri non risultava organizzato secondo autonomi criteri di efficienza, ma rimesso all'alternativa tra aumento dei poteri del Parlamento europeo o bilanciamento attraverso il ricorso ai parlamenti nazionali, già N. Ronzitti, *Elezione a suffragio universale e controllo democratico del processo di integrazione europea*, in G. Zagrebelsky, N. Ronzitti, A. Tizzano, A. Giardina, E. Vinci, *Parlamento europeo, forze politiche e diritti dei cittadini*, Milano, 1979, in part. p. 72 ss. ed ancora D. Quinty, G. Joly, *Le rôle des parlements européen et nationaux dans la fonction législative*, in *Revue du Droit Public et de la science politique en France et a l'étranger*, 1991, p. 393 ss., A. Pliakos, *L'Union européenne et le Parlement européen: y a-t-il un déficit démocratique?*, *ivi*, 1995, p. 749 ss.

7 L'idea del benessere collettivo, perseguibile attraverso un'azione comune che ridefinisce la dimensione interno-esterna agli Stati, è rinvenibile sin dal Preambolo del Trattato istitutivo di Roma del 1957 con il riferimento all'unione sempre più stretta tra i popoli d'Europa su cui A. Trabucchi, *Preambolo TCEE*, in R. Quadri, R. Monaco, A. Trabucchi (a cura di), *Commentario CEE*, I, Milano, 1965, p. 17 ss.

8 L'espressione è di G. M. Salerno, *op. cit.*, p. 89 ss.

9 È chiaro che il dibattito non poteva trovare una soluzione soltanto nell'utilizzo della terminologia Trattato-Costituzione. Tuttavia, sulle sue implicazioni sia consentito rinviare a T. Russo, *Treaty-Constitution e Custom-Constitution nell'Unione europea*, in *DCSI*, 2003, p. 791 ss. e la bibliografia ivi contenuta sulla problematica connessa all'alternativa tra Trattato e Costituzione,

"costituzionalizzare" una serie di disposizioni normative spiccatamente "*anti-deficit*" democratico[10]. Dall'altro lato, ha acuito quella tendenza già presente a misurare l'Unione europea con parametri statuali che utilizzati come *standards* democratici hanno finito per esasperarne le carenze normative ed istituzionali dando luogo ad una petizione di principio: l'Unione europea non è uno Stato e, seppur basata su un processo di integrazione sempre più stretto tra i popoli d'Europa, mira a mantenere salda l'identità costituzionale degli Stati membri e l'identità culturale dei suoi popoli[11] all'evidente scopo di non risultare meno democratica se non addirittura anti-democratica rispetto alle sue strutture statali di base.

La prospettiva di indagine, allora, sembra aver senso a patto che si utilizzi come punto di partenza, non lo Stato come modello di comparazione, ma i processi di integrazione costituzionale degli Stati membri come legittimazione o, come si dirà – con terminologia sommessamente introdotta nel presente lavoro –, "ri-legittimazione" costituzionale o di base. L'interazione dei poteri pubblici, non necessariamente ristretti nei confini del solo Stato nazionale, risulta essere, infatti, la caratteristica peculiare del sistema giuridico di vita economica, sociale, civile e politica euro-nazionale, che deve la sua conformazione ad un processo di integrazione istituzionale e normativa degli ordinamenti costituzionali degli Stati membri. Il risultato è un ordinamento, almeno *bi-level (rectius multilevel*) a valenza non solo interstatuale, ma anche interindividuale come *proprium* della democrazia[12].

Viceversa, dal lato opposto del diritto internazionale "regionale" europeo, le revisioni dei Trattati comunitari e di Unione sembrano aver tradotto un progressivo processo di "democratizzazione" interno-esterna[13] (anche in corrispondenza

essendo i due termini riferiti, il primo ad una comunità di Stati, il secondo ad una comunità di popoli legati da obiettivi e principi fondamentali.

10 Trattasi di norme che dovrebbero sopravvivere anche nel testo del progettato Trattato di riforma secondo il mandato del Consiglio europeo di Bruxelles 21/22 giugno 2007: come l'articolo sui valori dell'Unione (nuovo art. 2 TUE), nonché sull'uguaglianza democratica, la democrazia rappresentativa, la democrazia partecipativa e l'iniziativa dei cittadini che dovrebbero essere contenuti nel nuovo titolo II del TUE sulle Disposizioni relative ai principi democratici.

11 A riprova di un diritto uno e molteplice che si esprime anche attraverso la dimensione orizzontale degli ordinamenti degli Stati membri basta confrontare le disposizioni del Trattato di riforma che dovrebbero recepire le innovazioni della CIG 2004 confermando la creazione di uno "espace européen de débat démocratique", v. già R. Toulemon, *Souverainisme ou nationalisme? Pour un espace européen de débat démocratique*, in *RMCUE*, 2000, p. 150 ss. Più in particolare, il binomio identità-diversità trova (o almeno dovrebbe trovare) conferma in diverse disposizioni, tra le quali, il nuovo art. 3 sugli obiettivi dell'Unione, il nuovo art. 4 sulle relazioni tra l'Unione e gli Stati membri, che, richiamando alcune parti dell'art. I-5 del Trattato costituzionale, dovrebbe sancire il rispetto dell'identità nazionale degli Stati membri "insita nella loro struttura fondamentale, politica e costituzionale, compreso il sistema delle autonomie locali e regionali".

12 La natura implicante l'incidenza sui rapporti interindividuali, oltre che interstatuali, si ricava, in particolare, dalla nota ed emblematica sentenza della Corte di giustizia del 5 febbraio 1963, causa 26/62, *Van Gend & Loos c. Amministrazione olandese*, in *Raccolta*, p. 3 ss.

13 Proprio la prospettiva di cui nel testo è quella dell'ordinamento comunitario come la risultante di un più ampio processo di democratizzazione condotto attraverso la revisione dei Trattati. Ciò facendo leva sull'interpretazione polifunzionale di diritto internazionale che assegna anche

all'ingresso di nuovi gruppi di Stati continentali europei caratterizzati da peculiari tradizioni nazionali segnate da marcate differenze), tanto da configurare una immanente, a volta implicita, a volte esplicita, "politica di revisione". Il tutto mediante norme transitorie e finali di passaggio dai progressivi "regimi" intesi come gradualmente modificativi e/o integrativi delle norme precedenti (ne è sintomatica la stessa dicitura di Trattati istitutivi, modificativi ed integrativi). In questa seconda prospettiva, il tanto contestato *deficit* democratico troverebbe una sua autonoma e graduale compensazione nei processi di revisione, finalizzati alla "formalizzazione" di principi e regole sostanziali e procedurali nei Trattati comunitari e di Unione anche sulla base della pratica quotidiana delle istituzioni comunitarie, prime fra tutte il Consiglio europeo e la Corte di giustizia.

Le continue revisioni, infatti, hanno, da un lato, consolidato l'identità dell'Unione, nell'evoluzione dei principi del liberismo economico prima[14], e nel rafforzamento dei principi democratici poi, (primo fra tutti quello dello Stato di diritto), dall'altro lato, hanno progressivamente cristallizzato e messo a punto i principi di collegamento strutturale, procedurale e funzionale di un più complesso sistema giuridico che è per sua natura *bi-level* o euro-nazionale. Il tutto si è tradotto in una "lista" di apposite norme *anti-deficit*, intese come norme di *standards* dirette a configurare le caratteristiche fondamentali dell'ordinamento comunitario-unionistico. Più in generale, se a livello statuale l'efficienza dei poteri pubblici è ancorata a regole di ordine costituzionale che traducono i principi fondanti degli ordinamenti costituzionali democratici, allora si potrebbero ipotizzare analoghe norme di *standards* che individuano i fattori di efficienza di un sistema, questa volta, internazionalmente qualificabile come democratico in quanto diretto al bene comune od al *welfare* collettivo[15].

---

al trattato finalità di revisione "costituzionale", per cui l'istituto della revisione risulta idoneo a mediare tra mantenimento e "rigenerazione" di un ordine costituito ed a garantire la conservazione di una determinata struttura sociale, cfr. G. Guarino, *La revisione dei Trattati*, Napoli, 1971. Acquisiti tali punti fermi resta del tutto impregiudicata la prospettiva della presente ricerca dedicata allo strumento consuetudinario ed al processo politico innestato dagli organi dell'Unione come strumenti di "revisione" preparatori e successivi all'elaborazione dei Trattati, su cui si veda nell'ottica di una "revisione *de facto*", tra gli altri, L. Panella, *Gli emendamenti agli atti istitutivi delle organizzazioni internazionali*, Milano, 1986, p. 127 ss.

[14] Non si creda che "l'insufficienza" del diritto comunitario sia suscettibile di integrazione solo grazie al diritto interno potendo gli stessi *standards* del diritto internazionale in materia di trattamento egualitario dei soggetti individuali servire esattamente a tale scopo. Ci si riferisce ai principi di non discriminazione in base alla nazionalità e di mutuo riconoscimento che dalla dimensione internazionale sono stati adattati alla logica del mercato interno comunitario come luogo privilegiato dello scambio dei fattori produttivi, retto da principi di uguaglianza economica nel senso di essere diretti a garantire un'eguale partecipazione. Sul principio di non discriminazione nell'ottica dell'uguaglianza di trattamento, preferenza e discriminazione si vedano G. Schiavone, *Art. 7 TCEE,* in R. Quadri, R. Monaco, A. Trabucchi (a cura di), *op. cit.*, p. 62 ss.; G. Guillermin, *Le principe communautaire de non-discrimination,* in *Cah. CUREI*, 1993, p. 28 ss.

[15] È fuori discussione e vorrebbe dire fare torto ai Padri fondatori delle Comunità negare l'originario progetto europeo di costruzione della pace e del benessere nell'Europa post-bellica, ma è altrettanto evidente il fenomeno di accelerazione democratica conseguente alla caduta dei regimi

Ne consegue che il dibattito sul *deficit* democratico nell'Unione europea sembrerebbe avere senso solo attraverso un puntuale e rigoroso riscontro del dato normativo o dei dati normativi progressivamente e successivamente intervenuti a definire il sistema giuridico comunitario-unionistico in senso più democratico. In quest'ottica la comparazione tra le norme del Trattato costituzionale come dovrebbero essere recepite nelle norme dei Trattati comunitari e unionistici pregressi, secondo le indicazioni fornite dalle Conclusioni del Consiglio europeo di Bruxelles del 21/22 giugno 2007 e contenute nel Progetto di Trattato di riforma, può consentire di individuare gli *standards* democratici da cui è partito e si è ispirato il processo di revisione per un "nuovo" assetto ordinamentale, normativo ed istituzionale dell'Unione europea. L'ulteriore riferimento alla riorganizzazione della *membership* statuale ed alla revisione costituzionale italiana mirano ad ipotizzare che se il *deficit* democratico esiste, esso "vive" tra le "pieghe o le maglie" di un sistema giuridico *multilevel* e trova compensazione con riferimento, ora all'ordinamento comunitario-unionistico, ora agli ordinamenti degli Stati membri[16].

2. Dando allora per presupposto il *deficit* democratico dell'ordinamento comunitario-unionistico, non resta che valutare le sue opposte tendenze o misure, per così dire, "*anti-deficit*". In primo luogo, non sfugge come l'ordinamento comunitario-unionistico, nato quale prodotto collettivo degli Stati membri *uti socii*, si sia caratterizzato per la sua singolare capacità di "rigenerarsi"[17]

---

socialisti dell'Europa centrale ed orientale del dopo 1989. Sul punto, per tutti S. Milacic (sous la direction de), *La démocratie constitutionnelle en Europe centrale et orientale. Bilans e perspectives*, Bruxelles, 1998 e G. Ziccardi Capaldo (a cura di), *Democratizzazione all'Est e Diritto internazionale*, Napoli, 1998.

16 Analogamente, nella prospettiva complementare alla nostra e propria dell'euro-costituzionalismo, cfr., per tutti, F. Palermo, *Premessa. Verso il diritto costituzionale integrato dell'incompletezza*, in R. Toniatti, F. Palermo (a cura di), *Il processo di costituzionalizzazione dell'Unione europea. Saggi su valori e prescrittività dell'integrazione costituzionale sovranazionale*, Trento, 2004, p. 2 ss. che guarda al "diritto costituzionale multilivello dell'integrazione per sua natura incompleto in quanto basato su fondamenti costituzionali parziali (...), gli ordinamenti costituzionali dell'Unione europea e degli Stati membri, seppur in un processo di imposizione reciproca e circolare di valori che si traducono in prescrizioni normative e giurisprudenziali che pur appartenendo ad ordinamenti diversi incidono sul dover essere dell'altro livello". Inoltre, sempre F. Palermo, *La prescrittività circolare dell'assetto ideologico. Le clausole di omogeneità e integrazione*, *ivi*, p. 115 ss. Nell'ottica internazionalista, è possibile individuare "three basic behavioural models (…) a model of divided sovereignty, (…) [*a model of*] complementary (…) to overcome funciotional deficiens deriving from the partition of competences, [*and a model of*] (…) collective (…)" (il corsivo è nostro). Così E. Cannizzaro, *Fragmented sovereignty? The European Union and its Member States in the International Arena*, in *IYIL*, 2003, p. 35 ss.

17 In questo senso, il processo di revisione dei Trattati comunitari e di Unione rileva in quanto riconducibile a quell'idea della revisione come processo di *law making* ossia di produzione di norme giuridiche dirette a migliorare o perfezionare il sistema o anche come "main instrument of costitutional change in the European Union", così B. de Witte, *Treaty Revision in the European Union: Constitutional Change through International Law*, in *NYIL*, 2004, p. 51 ss. Con specifico riferimento all'Unione europea, J. Erik Fossum, A. J. Menéndez, *The Constitution's Gift? A*

legata ad una forma di revisione, non solo normativamente disciplinata (attuale art. 48 TUE), ma anche temporalmente fissata e scadenzata. Alla regola classica dell'emendamento per accordo fra le parti dei trattati internazionali (parte IV della Convenzione di Vienna del 23 maggio 1969), quelli istitutivi delle Comunità/Unione hanno opposto una clausola di revisione ad *hoc*, oltre le alternative o ulteriori forme di modifica del sistema giuridico istituzionale, normativo, decisionale, ecc. Pertanto, ai disciplinati processi di revisione si sono aggiunti interventi mirati su specifici aspetti[18].

Di conseguenza, la nozione di *deficit* è sembrata essere immanente espressione di un ordinamento "*in progress*" che attraverso la revisione recepisce normativamente le sue evoluzioni e si perfeziona. In questo senso, i singoli processi di revisione si sono da sempre contraddistinti per essere temporanei e recettivi. A ben vedere, la revisione ha assunto nei Trattati comunitario-unionistici una funzione finalistica per così dire di registrazione normativa della costruzione ordinamentale, oltre che di messa a regime del diritto pre- e post-revisione. Cosicché i Trattati che si sono succeduti (AUE, Maastricht, Amsterdam, Nizza) hanno finito per tradurre in termini normativi le caratteristiche di un ordinamento che, in quanto inerente al più ampio processo di integrazione europea, si presenta come non definitivo.

Nel senso sopra descritto, già nell'Atto unico europeo era possibile riscontrare tutti gli elementi di un diritto transitorio, fatto di revisioni continue, alcune

---

Deliberative Democratic Analysis of Constitution Making in the European Union, in *ELJ*, 2005, pp. 380-410 per i quali "procedural changes in constitution-making contribute to rectify the Union's democratic deficit". A ben vedere, un iniziale ottimismo di tipo costituzionale, formato sul presupposto della natura pienamente democratica della Comunità/Unione, insita nella sua stessa "Costituzione formale" propria di un gruppo di Stati portatori dei valori più alti della democrazia nel senso europeo-occidentale, escludeva quel procedimento revisionistico, percepibile nei nuovi linguaggi e nella logica dei Trattati degli anni '90, espressione di sopravvenute esigenze di maggiore trasparenza ed efficienza del sistema.

[18] Senza entrare nel merito dell'ampio dibattito, sono ben note le decisioni sull'elezione a suffragio universale diretto del Parlamento europeo (inserita nell'attuale art. 191 TCE) e sull'introduzione del sistema delle risorse proprie (inserito nell'attuale art. 269 TCE). Nel senso che questi interventi non sono vere e proprie ipotesi di revisione, cfr. S. Bariatti, *Art. 48 TUE*, in A. Tizzano (a cura di), *Trattati dell'Unione europea e della Comunità europea*, Milano, 2004, in part. p. 170. Non si intende richiamare la più ampia dottrina in materia di distinzione "quantitativa" o "qualitativa" tra emendamento e revisione su cui cfr. G. Guarino, *op. cit.*, p. 98 ss. (sul punto anche J. Salmon, *Dictionnaire de Droit International Public*, Bruxelles, 2001, p. 62 e p. 1011 che individua una distinzione terminologica tra emendamento e revisione basata sull'ampiezza delle modificazioni possibili, peraltro non rispettata nella prassi, e, tuttavia, si riferisce all'emendamento come modificazione ed alla revisione come procedura). Né si intende ricondurre all'una o all'altra figura ulteriori interventi come l'esercizio di poteri non previsti, ma necessari per i fini del Trattato (ai sensi dell'odierno art. 308 TCE) tali da determinare un ampliamento delle competenze o ancora l'instaurazione di regimi differenziati fondati sulla cooperazione rafforzata anch'essa in grado di incidere sulla struttura sociale tanto da essere ancorata ad una serie di condizioni (ora art. 43 TUE), oltre all'adesione di nuovi Stati membri (*ex* art. 49 TUE), ma evidenziare come queste ipotesi si svolgono secondo procedure che mirano a garantire il concorso democratico degli Stati.

realizzate, altre solo promesse[19]. Anche il mercato unico è stato realizzato per tappe. Allo stesso modo, il Trattato di Maastricht è stato considerato un *bridge treaty*, o trattato-ponte, o di passaggio e transizione[20]. Esso, infatti, è risultato caratterizzato da una serie di norme scadenzate nel tempo. Si pensi, in particolare, alle fasi temporali e istituzionali per la realizzazione dell'UEM, contraddistinta da una serie di criteri elastici propri del diritto intertemporale finalizzati ad un'integrazione multifase, graduale e differenziata per Stati o gruppi di Stati (c.d. Europa a due o più velocità o Stati a zona euro e non zona euro). Così come alle c.d. norme passerella per consentire la progressiva formazione di un consenso generale ai fini della transizione di alcuni settori della disciplina intergovernativa verso regimi comunitari (c.d. comunitarizzazione del terzo pilastro). Inoltre, l'art. N, par. 2, del Trattato sull'Unione europea (attuale art. 48 TUE) espressamente prevedeva una nuova Conferenza intergovernativa nel 1996 per valutare l'opportunità di ulteriori sviluppi.

Discorso non diverso può farsi in relazione agli altri due Trattati di Amsterdam e di Nizza che, tra l'altro, segnano il contestuale ed ulteriore doppio processo di allargamento dell'Unione europea, a tre e a dieci Stati (ora dodici con l'ingresso il 1° gennaio 2007 di Romania e Bulgaria)[21], con i conseguenti problemi di un riassetto istituzionale. Basti pensare, in particolare, al Protocollo n. 7 sulle istituzioni nella prospettiva dell'allargamento dell'Unione europea che prevedeva espressamente (art. 2) la necessità della convocazione di una CIG per un riesame globale delle disposizioni dei Trattati concernenti la composizione ed il funzionamento delle istituzioni dell'Unione. Similmente è il Trattato di Nizza a segnare l'inizio del lungo *iter* di revisione, non ancora terminato, con la Dichiarazione n. 23 sul futuro dell'Unione europea, adottata dalla Conferenza dei rappresentanti dei governi degli Stati membri, riuniti a Bruxelles il 14 febbraio 2001 e poi allo stesso allegata.

Pertanto, la revisione dei predetti Trattati è apparsa caratterizzata da una finalità che potremmo definire di *work in progress* od a stadi di avanzamento addizionali e successivi tali da condurre ad una stratificazione o consolidamento normativo (c.d. *multilayer overlapping*) con finalità "anti-deficitaria". L'ordinamento giuridico comunitario-unionistico è riuscito, infatti, nel corso di cinquant'anni a conformarsi grazie ad interventi, più o meno incisivi, di etero- ed endo-integrazione o conservazione. Nel primo senso, perché i processi di revisione sono stati da sempre condotti dalle Conferenze dei Capi di Stato o di Governo degli Stati membri, nel secondo senso perché lo stesso ordinamento

19 Cfr. M. Panebianco, *Il nuovo diritto europeo*, Salerno, 1991, in part. p. 26 ss.

20 L'espressione si trova in M. Panebianco, C. Risi, *Il codice di Maastricht*, Roma, 1995, p. 42 ss.

21 Ci si riferisce all'ampliamento da dodici a quindici Stati membri con l'ingresso dell'Austria, Finlandia e Svezia nell'Unione grazie ai Trattati di adesione firmati a Corfù il 24 e 25 giugno 1994 ed all'allora prospettato allargamento, poi perfezionatosi nel Trattato di Atene del 16 aprile 2003, in vigore dal 1° maggio 2004 (in *GUUE* L 236, 23 settembre 2003), ratificato dall'Italia con l. 24 dicembre 2003, n. 380 (in *GURI* n. 17, 22 gennaio 2004) ed agli ultimi Trattati di adesione di Romania e Bulgaria (in *GUUE* L 157, 21 giugno 2006).

giuridico comunitario-unionistico ha sviluppato con il tempo un meccanismo di resistenza endogena in grado di contrapporsi agli Stati membri (c.d. *acquis communautaire*), quale strumento di integrazione giuridica che ha prodotto un diritto irreversibile ed intangibile[22].

In altri termini, l'ordinamento giuridico comunitario, almeno originariamente incapace a legittimarsi o ad auto-legittimarsi in quanto inidoneo a fondarsi su principi autenticamente propri (c.d. legittimazione di rinvio)[23], ha proceduto, anche grazie all'opera di esplicitazione della Corte di giustizia, all'enucleazione e consacrazione formale di principi democratici (art. 6, par. 1 TUE) come esigenza di ancoraggio a parametri o *standards* normativi anti-deficitari.

3. Resta, allora, da valutare se e in che senso l'individuazione di principi democratici, positivizzati nei processi di revisione e consolidati in una sorta di patrimonio giuridico comune, abbia colmato in tutto o in parte la situazione deficitaria dell'ordinamento comunitario-unionistico. Prima dell'attuale ultimo stadio di revisione, l'introduzione di un'apposita previsione normativa aveva consentito di formalizzare una base di omogeneità, che solo a partire dal Trattato di Maastricht era stata timidamente enunciata nel preambolo ed indirettamente prevista all'art. F, par. 1[24]. Diversamente, il Trattato di Amsterdam[25] aveva intro-

---

22 Così, cfr. T. Debard, B. Le Baut-Ferrarèse, C. Nourissat, *Dictionnaire du droit de l'Union Européenne*, Paris, 2002, in part. p. 9.

23 In sostanza, la revisione dei Trattati comunitario-unionistici come procedura di acquisizione dei mutamenti strutturali non è rimessa alla mera libertà discrezionale degli Stati membri, se non nel senso che ogni libera modifica dei Trattati (su cui cfr. L. M. Bentivoglio, *Art. 236 TCEE*, in R. Quadri, R. Monaco, A. Trabucchi (a cura di), *op. cit.*, è vincolata alle esigenze di salvaguardia dei valori democratici comuni, dei fini prefissati, nonché del diritto consolidatosi. Sebbene sia ampia la letteratura in materia, divisa tra sostenitori e non sostenitori della tesi sulla precettività delle procedure di modificazioni previste dai Trattati, resta fermo che i processi di revisione in oggetto sono tutti finalizzati ad un "restauro" conservativo o combinatorio di vecchi e nuovi principi animatori dell'ordinamento comunitario. Analogamente e come già rilevato in apertura del presente lavoro, i risultati della CIG 2004 dovrebbero essere in parte conservati e trasfusi nel "Trattato di riforma".

24 Testualmente il Trattato di Maastricht già prevedeva nel Preambolo la necessità di "confermare l'attaccamento degli Stati membri ai principi di libertà, di democrazia e del rispetto dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, nonché dello stato di diritto". Così come risultava contenuto nell'art. F, par. 1, un riferimento ai principi democratici su cui si fondano i sistemi di governo degli Stati membri e di cui l'Unione rispetta l'identità nazionale.

25 In questo senso, il Trattato di Amsterdam (su cui v. A. J. Mackenzie-Stuart, *The Amsterdam Treaty: Is There Still a "Democratic Deficit"?*, in G. C. Rodríguez Iglesias, O. Due, R. Schintgen, C. Elsen (sous la direction de), *Mélanges en hommage à Fernand Schockweiler,* Baden-Baden, 1999, p. 389 ss.), pur confermando l'impianto unionistico costruito su tre pilastri, si connota per la sua vocazione c.d. euro-nazionale diretta a rafforzare la legittimità democratica dell'Unione. Come è noto, in particolare, esso risultava diretto alla progressiva creazione di un'area di libertà, sicurezza e giustizia, ad ampliare i diritti di cittadinanza dell'Unione con riferimento al lavoro, ambiente, salute, consumatori nel quadro di una maggiore definizione del principio di sussidiarietà, quasi nella ricerca di radici nazionali. A tal proposito, basti ricordare i Protocolli addizionali,

dotto un espresso riferimento ai fondamenti dell'Unione e delineato un quadro di garanzie normative al fine di assicurare la democraticità del sistema comunitario-unionistico.

Come è noto, l'ex art. F, ora art. 6 TUE, prevede al nuovo par. 1 in modo più ampio ed incisivo che i principi di libertà, democrazia, rispetto dei diritti dell'uomo e dello Stato di diritto, principi comuni agli Stati membri, sono fondamento dell'Unione europea. Trattasi di una previsione pattizia di diritto dell'Unione che "vive ed è effettiva" grazie al rinvio ai principi costituzionali comuni agli Stati membri in quanto traduce la volontà di formulare un quadro di riferimento normativo su cui fondare l'intero ordinamento dell'Unione ed al quale vincolare la partecipazione degli Stati[26]. Trattasi, altresì, di una previsione normativa che sembrerebbe funzionare come parametro anti-deficitario in quanto contribuisce alla generale "democratizzazione" dell'ordinamento comunitario-unionistico, senza incidere da sé e per sé solo sui processi decisionali.

Anche in considerazione di quanto già detto in precedenza[27], il disposto dell'art. 6 TUE è risultato essere frutto, rispettivamente o del "perfezionamento" o "auto-correzione" dei Trattati grazie ai procedimenti di revisione o, viceversa, dell'essenza stessa del processo integrativo europeo come progressiva identificazione di un nucleo duro del diritto comunitario-unionistico[28] o, infine, di una

---

in particolare il Protocollo n. 2 sull'integrazione dell'*acquis* di Schengen nell'ambito dell'Unione europea, il Protocollo n. 9 sul ruolo dei parlamenti nazionali nell'Unione europea e quello n. 30 sull'applicazione dei principi di sussidiarietà e proporzionalità. Nella stessa ottica di un sistema comune di garanzie va letta l'introduzione dell'art. 7 TUE, poi modificato con il Trattato di Nizza, così come l'estensione, a norma dell'art. 46 TUE, del controllo giurisdizionale della Corte giustizia alle attività delle istituzioni comunitarie onde verificare il rispetto dei diritti fondamentali di cui l'art. 6, par. 2 (controllo ulteriormente esteso dal Trattato di Nizza alle sole disposizioni di carattere procedurale di cui all'art. 7 TUE), nonché l'ampliamento delle condizioni di adesione di nuovi Stati, ora espressamente subordinata al rispetto dei principi di cui all'art. 6, par. 1 (art. 49 TUE).

[26] Più in generale, sulla teoria dei principi generali di diritto quale forma di "eterointegrazione" degli ordinamenti giuridici, cfr. F. Salerno, *Principi generali di diritto (diritto internazionale)*, in *Dig. disc. pubbl.*, XI, 1996, p. 524 ss. Nello specifico dell'ordinamento comunitario, l'etero-integrazione deriverebbe dal richiamo alle fonti normative costituzionali nazionali e internazionali soprattutto in materia di diritti umani (prima fra tutte la Convezione europea di salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, Roma, 4 novembre 1950). A fronte di una ricostruzione selettiva di alcuni principi ad opera della Corte di giustizia nel senso dell'applicazione della *better rule* (su cui v., fra gli altri, G. Gaja, *Fonti comunitarie*, *ivi*, VI, 1991, in part. p. 477) una base di omogeneità sarebbe, viceversa, rinvenibile in quel nucleo di principi comuni agli Stati membri che sono stati sopraelevati dal rango degli ordinamenti costituzionali nazionali a quello comunitario-unionistico determinando un diritto costituzionale comune, in parte da intendersi come un dato preesistente, in parte come condizione di adesione da conquistarsi per gli Stati membri aspiranti all'adesione. Cfr. anche F. Palermo, *La prescrittività*, cit., pp. 119-120.

[27] V. *supra*, par. 2.

[28] Contrariamente, A. von Bogdandy, *I principi costituzionali dell'Unione europea*, in *DPCE*, 2005, in part. pp. 575-576, nella sua definizione della "*Inbegriff des Primärrechts*" (secondo H. P. Ipsen, *Europaisches Gemeinschaftsrecht*, Tübingen-Mohr, 1972, p. 4 ss.), per il quale ricondurre questi principi alla ristrutturazione dei Trattati o ad un nucleo immodificabile del diritto primario

lettura combinata delle due prospettive da intendersi come consequenziali, consecutive e connesse (c.d. revisione recezionista)[29]. Dare maggiore rilievo agli elementi consuetudinario e giurisprudenziale, vuol dire sottolineare come la Comunità/Unione ha condotto, attraverso la realizzazione "dinamica" delle finalità e degli obiettivi (Preamboli, articoli 1 e 2 TCE e art. 1 TUE) all'integrazione tra sistemi giuridici nazionali, e tra questi e quello comunitario-unionistico nella graduale elaborazione e positiva definizione di principi costituzionali fondamentali. Anzi, la costituzionalizzazione dei Trattati è stata letta come sviluppo di principi costituzionali o strutturazione del diritto primario e di quello derivato secondo principi costituzionali[30].

Si finisce per constatare come i principi fondamentali contenuti nelle Costituzioni nazionali sono stati, grazie all'opera delle istituzioni comunitarie e, prima fra tutte, della Corte di giustizia[31], progressivamente assunti o sussunti nell'ordinamento unionistico attraverso un'opera che potremmo definire di integrazione attiva. Come è noto, infatti, l'art. 6, par. 1 TUE non presenta un contenuto innovativo dal punto di vista dell'elencazione dei principi propri degli Stati democratici (libertà, democrazia, rispetto dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, Stato di diritto). Inoltre, già a partire dalla Dichiarazione di Copenaghen del 1978 sulla democrazia[32], questi risultavano richiamati a livello comunitario.

Eppure, l'aspetto più significativo dell'art. 6, par. 1 TUE è risultato essere l'ulteriore qualificazione di tali principi, rispettivamente come principi comuni agli Stati membri e fondanti l'Unione europea. Esso, cioè, ha acclarato sotto veste normativa l'esistenza di un'uniformità di principi caratterizzanti i sistemi

---

vorrebbe escluderne rilevanza alla stregua di principi strutturali fondamentali ed autonomi. Pur tuttavia, lo stesso a. riconosce a tali principi un'autonomia molto limitata rispetto alle regole concrete in quanto "una dottrina dei principi svincolata dalle norme contenute nei Trattati porterebbe, infatti, a disconoscere contenuti sostanziali del diritto costituzionale dell'Unione", *questo perché* "la Costituzione dell'Unione europea è una costituzione di dettaglio (…). Di ciò bisogna tenere conto quando si vogliano ricavare dai principi conseguenze ulteriori" (il corsivo è nostro).

29 Sul punto si rinvia alle considerazioni contenute *infra*, nel par. 4.

30 Detto in altri termini, l'art. 6, par. 1 TUE, così come altri articoli soprattutto in materia di diritti fondamentali, avrebbero sancito l'immissione di principi costituzionali degli Stati membri dando vita ad un processo di costituzionalizzazione dall'interno. Cfr. F. Schorkopf, *Homogenität in der Europäischen Union – Ausgestaltung und Gewährleistung durch Art. 6 Abs. 1 und 7 EUV*, Berlin, 2000.

31 È appena il caso di ricordare che già prima dell'espressa formalizzazione dell'art. 6 TUE la Corte di giustizia si era avvalsa della tecnica comparatistica dei sistemi giuridici nazionali per definire l'applicabilità dell'art. 288 TCE (già art. 215) in materia di responsabilità extracontrattuale rinviando ai "principi generali comuni ai diritti degli Stati membri".

32 Nella Dichiarazione comune del Parlamento europeo, Commissione e Consiglio si fa espressamente riferimento ai principi della democrazia rappresentativa, della sovranità della legge, della giustizia sociale e del rispetto dei diritti dell'uomo la cui applicazione implica un regime politico di democrazia pluralista che garantisce la libera espressione delle opinioni nell'organizzazione costituzionale dei poteri e che gli stessi Stati si impegnano a rispettare come elementi essenziali di una partecipazione alla Comunità europea. Per il testo cfr. A. Tizzano, *Codice dell'Unione europea*, Milano, 2002, p. 402 ss.

democratici degli Stati europei senza definirne il contenuto concreto, ma rinvenendo il loro nucleo unitario nell'ambito dei diversi ordinamenti nazionali. Inoltre, la particolare collocazione di tali principi nell'art. 6, par. 1 TUE, fa sì che agli stessi si conformino tanto gli Stati membri, quanto l'UE nel suo insieme, e cioè sia nell'ambito del pilastro comunitario, sia nell'ambito dei pilastri intergovernativi. In definitiva, l'art. 6 TUE sembrerebbe aver tradotto il parametro normativo a cui ancorare tutta l'attività legislativa, amministrativa e giurisdizionale tanto delle istituzioni comunitarie, quanto di quelle nazionali nell'attuazione del diritto comunitario.

Non resta allora che riproporre il quesito iniziale e valutare se tale articolo come prodotto del doppio processo di revisione (Maastricht-Amsterdam) e come nucleo acquisito di principi comuni sia stato sufficiente a colmare o a rendere maggiormente democratico l'ordinamento comunitario-unionistico, anche nel senso del diritto alla democraticità delle procedure e delle decisioni comuni. A ben vedere nell'attuale versione dell'art. 6, par. 1 TUE non sembrerebbe sussistere un'assoluta garanzia di democraticità o almeno di quella democraticità connessa ai processi decisionali. Anche a voler far leva sul principio dello Stato di diritto[33] (anch'esso contenuto nell'art. 6), si finisce per constatare come lo stesso non incida sull'efficienza, la trasparenza ed il controllo democratico dei processi decisionali e degli atti prodotti. Peraltro, l'art. 6, par. 1 TUE, pur rappresentando un nucleo consolidato o necessario, rinvia alla successiva "disciplina normativa" (art. 7 TUE, Amsterdam e Nizza) consistente nella creazione di procedure e garanzie senza le quali, anche se confortato dall'inclusione nei Trattati, corre il rischio di sembrare eccessivamente astratto[34].

---

33 Partendo dal presupposto che ogni sistema giuridico per dirsi democratico deve assicurare l'ancoraggio alla regola del diritto (c.d. *rule of law*), la Corte di giustizia nell'emblematica e nota sentenza del 23 aprile 1986, causa 294/83, *Parti ecologiste "Les Verts" c. Parlamento europeo*, *Raccolta*, p. 1339, punto 23, già definiva l'allora Comunità economica europea come "…una comunità di diritto nel senso che né gli Stati che ne fanno parte, né le sue istituzioni sono sottratti al controllo della conformità dei loro atti alla Carta costituzionale di base costituita dal Trattato" ed inoltre sottolineava che "(…) il Trattato ha istituito un sistema completo di rimedi giuridici e di procedimenti inteso ad affidare alla Corte di giustizia il controllo della legittimità degli atti delle istituzioni (…)", distinguendo le ipotesi di ricorso diretto alla Corte di giustizia o indiretto tramite rinvio pregiudiziale ad opera dei giudici nazionali. In questo senso, è fuori discussione il riconnesso diritto di azione per la tutela delle situazioni giuridiche soggettive nel caso di carenza di potere o di illegittimo esercizio del potere dell'istituzione che ha adottato l'atto. Sull'ulteriore accezione della legalità come riconnessa all'interesse complessivo dell'ordinamento comunitario nell'equilibrio tra competenze attribuite e ripartite, cfr. per tutti A. Alì, *Il principio di legalità nell'ordinamento comunitario*, Torino, 2005, in part. p. 27 ss. e p. 70 ss.

34 Ne è la conferma il meccanismo di tutela predisposto dall'art. 7 TUE, nella distinzione tra tutela preventiva (par. 1) e tutela successiva (par. 2), in lettura combinata con l'art. 46, lett. e) e lett. d) TUE su cui v. B. Nascimbene, *Le sanzioni ex art. 7 TUE*, in *DUE*, 2002, p. 192 ss. e L. S. Rossi, R. Mastroianni, *Art. 46 TUE*, in A. Tizzano (a cura di), *op. cit.*, p. 163 ss., nonchè U. Villani, *Osservazioni sulla tutela dei principi di libertà, democrazia, rispetto dei diritti dell'uomo e stato di diritto nell'Unione europea*, in questa *Rivista*, 2007, p. 27 ss.

In altri termini, i principi finora complessivamente intesi sembrerebbero assunti nell'ambito dell'ordinamento comunitario perché costituiscono un comune dover essere degli Stati che l'Unione deve preservare, garantire e promuovere in una dimensione regionale ed ultra-regionale[35]. Il fatto che l'Unione europea rispetti tali principi ritenuti fondamentali o fondanti la sua identità fa dell'art. 6 TUE una norma di *standards* o di parametri a cui rigorosamente attenersi nella sua azione interno-esterna. In sostanza, esso non si presenterebbe come garanzia di democraticità ed efficienza delle decisioni, ma concorrerebbe a determinare una complessiva "democratizzazione" dell'ordinamento comunitario-unionistico.

La chiave di lettura finora esposta sembrerebbe trovare conferma anche nel già citato progetto di Trattato di riforma che segna il primato dei principi democratici in quella che dovrebbe essere la nuova sistematica del titolo II del TUE sulle *Disposizioni relative ai principi democratici*. D'altronde, se il solo art. 6 TUE fosse stato sufficiente non si sarebbero comprese le necessità di rafforzare l'efficienza e la legittimità democratica dell'Unione allargata, necessità, tra l'altro, ribadite nelle Osservazioni generali del Progetto di mandato della CIG (Allegato I delle Conclusioni del Consiglio europeo di Bruxelles, 21-22 giugno 2007). Di conseguenza secondo quanto previsto, i principi di cui all'art. 6, par. 1 dovrebbero diventare i valori dell'Unione, nella più ampia versione già contenuta nell'art. I-2 del Trattato costituzionale in via di recezione nel nuovo art. 2 TUE. Viceversa, per principi democratici dovrebbero intendersi quelli sull'uguaglianza democratica, la democrazia rappresentativa, la democrazia partecipativa e l'iniziativa dei cittadini, contenuti, appunto, in un apposito titolo II, ricomprensivo, inoltre, di un articolo sul ruolo dei parlamenti nazionali e sul controllo rafforzato della sussidiarietà (nuovo art. 8 TUE).

4. Le considerazioni sin qui svolte sulle norme "*anti-deficit*" formalizzate nei Trattati (o in via di formalizzazione) non escludono la prassi anticipatrice dell'attività del Consiglio europeo e delle istituzioni comunitarie. Essa rappresenta una costante del processo di integrazione europea, normalmente recepita dagli Stati membri in sede di Conferenza intergovernativa per la revisione dei Trattati comunitari e di Unione[36]. Ciò anche per effetto della interconnessione tra ordinamento internazionale, ordinamento comunitario-unionistico e ordinamenti

35 Cfr. I. Caracciolo, *La rilevazione dei valori democratici nell'Unione europea. Una proiezione internazionale per l'identità giuridica occidentale*, Napoli, 2003.

36 Ai fini di sottolineare il valore della prassi politica come fattore di innovazione immanente sarebbe irrealistico negare che l'evoluzione dell'ordinamento comunitario-unionistico risulta legata anche a certe manifestazioni di volontà politica espresse dai Capi di Stato e di Governo nelle Conclusioni del Consiglio europeo e poi recepite in sede di Conferenza intergovernativa. V. per tutti C. Reich, *Le développement de l'Union européenne dans le cadre des conférences intergouvernementales*, in *RMCUE*, 1991, p. 704 ss., nonché J. Erik Fossum, A. J. Menéndez, *op. cit.*, in part. p. 389 ss.

nazionali[37]. Anzi, è soprattutto nelle fasi più delicate di edificazione della costruzione europea che l'ordinamento comunitario-unionistico rinsalda le sue basi e fa leva o si appoggia sull'ordinamento internazionale e sugli ordinamenti degli Stati membri, essendo tutti legati da un comune riferimento ai principi e valori propri della democrazia espressione della civiltà giuridica[38].

Si potrebbe, quindi, ipotizzare che, non solo i processi di revisione sono stati, come già detto, anticipati o quasi preannunciati, ma altresì indirizzati dagli orientamenti del Consiglio europeo, dalle consolidate interpretazioni della Corte di giustizia, anche nella sua interazione con le giurisdizioni nazionali, nonché dai diversi atti delle istituzioni comunitarie in comune adesione, come in precedenza accennato, a quei valori democratici condivisi dall'insieme degli Stati membri. In questo senso, sebbene il settore più ampiamente coinvolto sia quello dei diritti umani nella loro accezione di diritto alla democrazia[39], non mancano

[37] Ciò deriverebbe, secondo la teoria della *multilevel governance*, dal connaturato policentrismo politico-istituzionale dell'ordinamento comunitario-unionistico (I. Pernice), retto dal principio di sussidiarietà. Non si ignora, tuttavia, il carattere critico delle affermazioni poste a sostegno del *multilevel* degli ordinamenti, delle istituzioni e dei diritti individuali. Diversamente da molti ordinamenti federali, i parametri e criteri finalizzati a rendere unitario il sistema lungi dall'essere regolati in senso normativo (c.d. *Geregelt*) appaiono forse volutamente affidati a meccanismi non predeterminati e non predeterminabili lasciati a mediazioni politico-istituzionali non suscettibili di regole preventive (c.d. *Ungeregelt*). Questa distinzione richiama la teoria tradizionale dello Stato, inteso come norma e decisione e, viceversa, dello Stato, inteso come fatto o effettività lasciata al buon governo dei detentori delle istituzioni, sia di Stati singoli, sia di Unioni di Stati. Proseguendo nell'analisi critica, le stesse osservazioni devono farsi se il *multilevel* trova i propri punti di sutura nel criterio sempre proclamato della sussidiarietà verticale ed orizzontale fra gli ordinamenti, nelle correlate competenze concorrenti o potenziali e, infine, negli spazi lasciati liberi ai privati. In tale radicale indeterminatezza si misurano, quindi, i coefficienti di elasticità della *governance* e gli spazi molto ampi lasciati all'autonomia singola o collettiva degli Stati, delle istituzioni locali e degli individui singoli ed associati che li assumono a referenti. Cfr. S. Oeter, *Integration und Subsidiarität im deutschen Bundesstaatrecht – Untersuchungen zu Bundesstaatstheorie unter dem Grundgesetz*, Tübingen-Heidelberg, 1998.

[38] Anche volendo prescindere dai meccanismi funzionali di governo e riferirsi ad un "diritto pubblico europeo" (così, R. Monaco, *Primi lineamenti di diritto pubblico europeo*, Milano, 1962), – senza per questo risalire troppo indietro allo *ius publicum europaeum* del 1700 – si può argomentare, come qualche comparatista ha fatto (cfr. M. Cappelletti (ed.), *New Prespectives for a Common Law of Europe/Nouvelles Perspectives d'un Droit commun de l'Europe*, Boston-Firenze, 1978, p. 75 ss.) sulla "éclosion d'un nouveau droit commun européen et son développement se réalisent tantôt par la volonté des gouvernants, tantôt par la sagesse des praticiens" attraverso fattori ideologici, economici e politici.

[39] In tale settore, si tratta per lo più, come è noto, di atti riferibili ad una fonte sussidiaria del diritto internazionale e comunitario, cioè alla categoria del diritto debole (Dichiarazione, Risoluzioni, ecc.), nel senso di un diritto che, sebbene non obbligatorio, è riconducibile alla diversa giuridicità di un diritto persuasivo e monitorio (sul punto, tra gli altri, D. Thürer, *Soft law*, in *EPIL*, 2000, p. 451 ss., in part. p. 455 in cui l'a., riferendosi all'Unione europea, individua diverse tipologie di atti che hanno… a *soft law character.* "What they all have in common is the intention of their authors to establish standards outside the formal sources of law"). Ciononostante è un diritto che ha contribuito, in linea generale, alla costruzione dell'ordinamento comunitario-unionistico e, nello specifico, anche dello statuto europeo dei diritti fondamentali presentandosi sotto forma di *soft law* euro-costituzionale (M. Panebianco, *Soft law euro-costituzionale aperto*, in *Studi in*

norme dei Trattati e Protocolli allegati che hanno finito per recepire in sede di revisione questa generale "attività consuetudinaria e giurisprudenziale di convergenza anti-deficitaria". Basti pensare al principio di sussidiarietà richiamato nel Rapporto del 26 giugno 1975 della Commissione, nella Carta comunitaria dei diritti fondamentali dei lavoratori del 9 dicembre 1989, nella Decisione del Consiglio del 12 marzo 1990, n. 90/141 ed ancora nelle Risoluzioni del Parlamento europeo del 12 luglio e del 21 novembre 1990, che sollecitarono poi la proposta formale del Regno Unito in sede di Conferenza intergovernativa, prima di essere formalizzato nell'art. 3 B (ora art. 5 TCE).

Analogamente, il principio di proporzionalità, anch'esso contenuto nell'art. 5 TCE, è "frutto" giurisprudenziale delle interpretazioni della Corte di giustizia, che ne ha progressivamente definito la "fisionomia". Così come le Conclusioni del Consiglio europeo di Birmingham del 16 ottobre 1992 e quanto convenuto nel Consiglio europeo di Edimburgo del 12 dicembre 1992 sulla portata ed applicazione di entrambi i principi hanno costituito l'oggetto specifico del Protocollo elaborato dalla CIG del 1996 ed allegato al Trattato di Amsterdam (Protocollo n. 30). Gli stessi, infatti, sono stati ritenuti criteri guida della *governance* democratica[40].

Inoltre, il nucleo centrale del Trattato istitutivo di Roma del 1957: il mercato comune, ha ricevuto una più precisa definizione grazie all'interpretazione fornita dalla Corte di giustizia in una sentenza del 1982[41]. A ciò si aggiunge il *Libro bianco sul completamento del mercato interno* presentato dalla Commissione in

---

onore di Gaetano Arangio Ruiz, Napoli, 2004, p. 1362 ss.), confermandosi come diritto in grado di ispirare l'azione delle istituzioni comunitarie e di tradurre il loro impegno al rispetto dei diritti fondamentali. Più genericamente e dal punto di vista dell'individuazione degli strumenti giuridici del *soft law* nell'ordinamento comunitario, rileva l'assoluta eterogeneità degli stessi che non trova rispondenza nell'art. 249 TCE (ex art. 189). Anzi potremmo dire che a tale eterogeneità strumentale corrisponde, viceversa, l'univoco effetto giuridico di non essere vincolanti, ma legittimanti del *law process*. A ben vedere a seconda dell'orientamento dottrinale seguito è possibile definire il *soft law* o come una tipologia di atti, o come una tecnica di regolazione, ovvero come una sintesi di entrambe le impostazioni. Sul punto, cfr. A. Poggi, Soft law *nell'ordinamento comunitario.* Relazione tenuta al convegno annuale dell'Associazione italiana dei costituzionalisti *"L'integrazione dei sistemi costituzionali europeo e nazionali" – Catania 14-15 ottobre 2005.*

40 Analogamente, il libro bianco sulla governance europea, Bruxelles, COM(2001)428 def./2 del 5 agosto 2001, su cui, per tutti, v. A. L. Valvo, *Contributo allo studio della* governance *nell'Unione europea*, Milano, 2005.

41 Limitandosi l'art. 2 TCE a considerare il mercato comune come uno degli strumenti atto a promuovere lo sviluppo armonioso delle attività economiche nell'insieme della Comunità. Ciò derivava dalle particolari caratteristiche di quella che viene definita come prima generazione del regime di liberalizzazione, dominante fino agli anni '80, tradottasi nella dimensione c.d. negativa dell'integrazione. Come è stato giustamente notato, il concetto di mercato comune risultava immanente al Trattato CEE perché richiamato in più disposizioni, ma senza una precisa definizione, tanto da affermare che esso indicasse sinteticamente gli obiettivi economici della Comunità. In questo senso, R. Monaco, *Art. 2 TCEE,* in R. Quadri, R. Monaco, A. Trabucchi (a cura di), *op. cit.*, p. 34 ss. Viceversa, nella sentenza della Corte di giustizia del 5 maggio 1982, causa 15/81, *Gaston Schul Douane Expediteur BV c. Ispettore dei tributi d'importazione e delle imposte di consumo di Roosendaal, Raccolta,* p. 1409, punto 33, risulta che la nozione di mercato comune

occasione del Consiglio europeo di Milano nel giugno 1985, successivamente ripreso e inserito nelle disposizioni comunitarie dall'Atto unico europeo (Dichiarazione n. 3). Considerazioni analoghe possono svolgersi in ordine all'articolo sull'istituzione della cittadinanza europea e del correlato e connesso riconoscimento dei diritti fondamentali dello *status civitatis* europeo, la cui idea, risalente ai Vertici di Parigi del 1972-1974, prende corpo al Vertice di Fontainebleau del 1984 attraverso la creazione del gruppo *ad hoc* "Europa dei cittadini". Ha, poi, dovuto attendere i Consigli europei di Madrid del 1989 e di Dublino del 1990 per essere recepita nell'art. 8 TCE (ora art. 17), ed essere inserita tra gli obiettivi dell'Unione all'art. 2 TUE[42]. Così come la formalizzazione del diritto di accesso ai documenti (attuale art. 255 TCE), è stata preceduta da una "prassi intergovernativa ed interistituzionale", ispirata al più ampio principio di trasparenza e di accesso a tutte le forme di governo democratico[43].

Queste ed ulteriori ipotesi, non suscettibili di essere approfondite in questa sede, potrebbero essere additate come esempi di tale operazione di recezione, esempi peculiari e qualificanti l'oggetto dei processi di revisione. Non da ultimo,

---

"(…) mira ad eliminare ogni intralcio per gli scambi intracomunitari al fine di fondere i mercati nazionali in un mercato il più possibile simile ad un vero e proprio mercato interno".

42 Senza voler ricostruire il processo definitorio della cittadinanza europea e dei relativi diritti, oggetto di una amplissima letteratura (cfr. tra gli altri, G. Cordini, *Le linee evolutive della cittadinanza europea. Profili costituzionali*, in *Studi in onore di Fausto Cuocolo*, Milano, 2005, p. 245 ss. e M. Condinanzi, A. Lang, B. Nascimbene, *Cittadinanza dell'Unione e libera circolazione delle persone*, Milano, 2006, II ed.), sta di fatto che i diversi progetti, atti, proposte, lavori preparatori segnalano la progressiva affermazione democratica della vita istituzionale comunitario-unionistica, che ha preceduto la formalizzazione nel Trattato di Maastricht.

43 In questo senso, il principio di trasparenza si è gradualmente affermato nella prassi attraverso l'adozione di specifiche misure "organizzative", sia intra-, sia extra-istituzionali. Si ricordano la risoluzione del Parlamento europeo sulla pubblicità della gestione comunitaria, *GUCE* C 172, 24 maggio 1984, p. 176, la risoluzione del Parlamento europeo sulla pubblicità delle procedure comunitarie, *GUCE* C 49, 22 gennaio 1988, p. 175 e, con specifico riferimento al diritto di accesso del pubblico ai documenti, la direttiva 90/313/CEE del Consiglio, del 7 giugno 1990 recante la libertà di accesso all'informazione in materia di ambiente, *GUCE* L 158, 23 giugno 1990, p. 56 (abrogata dalla direttiva 2003/4/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 28 gennaio 2003, *GUUE* L 41, 14 febbraio 2003, pp. 26-32). Similmente su questo punto anche le Conclusioni del Consiglio europeo di Birmingham del 16 ottobre 1992 nella Dichiarazione "Una Comunità vicina ai suoi cittadini" (*Boll. CE*, 10-1992, p. 9, Allegato I), e quelle del Consiglio europeo di Edimburgo del 12 dicembre 1992 nella Dichiarazione intitolata "Trasparenza – Applicazione della Dichiarazione di Birmingham" (*Boll. CE*, 12-1992, p. 10, punto I.5). Come è noto, a fronte di tali sollecitazioni la Commissione emana la comunicazione 93/C 156/05, del 5 maggio 1993, recante "accesso del pubblico ai documenti delle istituzioni", *GUCE* C 156, 8 giugno 1993, p. 5 e la comunicazione 93/C 166/04 del 2 giugno 1993 sulla "trasparenza nella Comunità", *GUCE* C 166, 17 giugno 1993, p. 4 a cui fa seguito la "Dichiarazione interistituzionale sulla democrazia, la trasparenza e la sussidiarietà" del Parlamento europeo, del Consiglio e della Commissione concernente la trasparenza del processo decisionale delle istituzioni dell'Unione, *GUCE* C 329, 6 dicembre 1993, p. 132. È in attuazione della anzidetta dichiarazione che con decisione del Consiglio e della Commissione europea, 93/730/CE, del 31 dicembre 1993, viene emanato il "Codice di condotta relativo all'accesso del pubblico ai documenti del Consiglio e della Commissione", *GUCE* L 340, 31 dicembre 1993, pp. 41-42.

il Trattato costituzionale, sebbene abbandonato, aveva, comunque, prodotto l'effetto di "deferire la questione al Consiglio europeo" (v. Dichiarazione n. 30)[44]. Inoltre, le Conclusioni del Consiglio europeo di Bruxelles del 14-15 dicembre 2006 erano nella direzione del prosieguo della riforma (punto 3 delle Conclusioni) per la necessità di confermare cinquant'anni di valori condivisi (v. Dichiarazione di Berlino del 25 marzo 2007). Sempre le Conclusioni del Consiglio europeo di Bruxelles, 21/22 giugno 2007 hanno elaborato il Progetto di mandato che costituirà "(…) la base e il quadro esclusivi dei lavori della CIG", invitata ad elaborare il "trattato di riforma" che "integrerà nei trattati esistenti (…) le innovazioni risultanti dalla CIG del 2004 come indicato dettagliatamente (…)".

Sotto diversi aspetti, quindi, i processi di revisione hanno positivizzato prassi sviluppatesi nell'ottica di un consenso generalmente manifestato nella formazione di regole, osservate in quanto sentite come vincolanti perché necessarie per la crescita democratica del processo di integrazione europea. Ne è derivata, pertanto, la formalizzazione di un *soft law* consuetudinario espressione del potere comunitario di indirizzo politico[45] e di conservazione dell'*acquis* comunitario comprensivo di elementi dinamici di adeguamento alla realtà sociale ed economica sottostante alle esigenze del mercato e della Comunità[46].

5. L'indagine fin qui condotta non esclude, quindi, la possibilità di ritenere che lo stesso ordinamento comunitario-unionistico abbia, anche attraverso i processi di revisione, sviluppato al suo interno forme, per così dire, di "ri-legittimazione", nel senso di introdurre, come già detto, parametri normativi di bilanciamento del *deficit* ovvero di "*anti-deficit*". In realtà così come non sembra possibile parlare di una generalizzata situazione deficitaria della Comunità/Unione allo stesso modo non appare possibile individuare un'univoca nozione di *deficit* proprio in carenza di una sede comunitaria finalizzata all'accertamento negativo dei "difetti" del sistema ovvero di una vera e propria *pars destruens* o demolitoria dei suoi "punti deboli". Più in particolare, le conseguenze naturali dell'integrazione europea, così come altri aspetti alla stessa riconnessi, già a partire dagli anni '70, avevano condotto a coniare la comune terminologia di *deficit* democratico, generalmente riferito alla più volte richiamata marginalità del ruolo del Parlamento europeo. Pur tuttavia, il processo di integrazione europea, sia in sede di revisione, sia in specifici atti ad *hoc*, è sembrato gradualmente diretto ad individuare diversi *standards* di "ri-legittimazione" o "ri-compensativi", almeno, di una triplice tipologia deficitaria: a) *deficit* ordinamentale o di

---

[44] Sulla continuità del Trattato costituzionale di Roma del 29 ottobre 2004 sia consentito rinviare a T. Russo, *La "Costituzione europea" tra revisione e continuità normativa*, in *DCSI*, 2005, p. 573 ss.

[45] Cfr. R. Manfrelotti, *Sistema delle fonti e indirizzo politico nelle dinamiche dell'integrazione europea*, Torino, 2004, p. 192.

[46] Già A. Tizzano, *Lo sviluppo delle competenze materiali delle Comunità europee*, in *RDE*, 1981, p. 139 ss.

legittimazione sistemica; b) *deficit* normativo o di garanzia; c) *deficit* istituzionale e di efficienza decisionale[47].

6. Con l'espressione "ri-legittimazione orizzontale o sistemica" ci si intende riferire al problema della legittimazione dell'ordinamento comunitario-unionistico che secondo le diverse interpretazioni non potrebbe essere valutata prescindendo dagli ordinamenti degli Stati membri. Più specificamente, alcuni hanno fatto riferimento ad una legittimazione indiretta o ad una doppia legittimazione processuale e funzionale[48], altri ancora ad una legittimazione di natura duale. In base a tale ultima visione, l'esperienza unionistica andrebbe letta nell'ottica di un'organizzazione democratica di tutti i cittadini dell'Unione negli Stati e da parte degli Stati. Concorrerebbero, cioè, alla creazione del sistema giuridico comunitario-unionistico, sia i popoli democraticamente organizzati dalle Costituzioni degli Stati membri in forma di società politiche, sia l'insieme dei cittadini dell'Unione[49]. È l'interazione tra i due livelli la causa e l'effetto del delinearsi del sistema giuridico comunitario-unionistico come sistema democratico o di democrazia aperta ed integrata. In questo senso, l'Unione europea sarebbe riconducibile, sia alla volontà degli Stati d'Europa come soggetti pubblici o sovrani, sia alla volontà degli individui come soggetti non sovrani, ma riconosciuti "attori" del processo di integrazione europea[50].

---

47 In un certo senso, appare possibile individuare differenti, seppur connesse, tipologie di *deficit* democratico a seconda che si guardi all'ordinamento comunitario-unionistico *tout court*, alle sue fonti di produzione di norme, anche nel senso di garanzie normative di tutela dei diritti individuali e collettivi, alla sua organizzazione ed esercizio di poteri pubblici nei rapporti con i cittadini. Cfr. R. Vinicio Pastor, *L'analyse critique du "déficit démocratique" dans l'Union Européenne*, in *Boutros Boutros-Ghali Amicorum Discipulorumque Liber*, Bruxelles, 1998, p. 1431 ss., in part. p. 1452.

48 Non si intende dare conto delle diverse teorie in materia che esulano dalla presente indagine, salvo indicare la loro comune appartenenza alla teoria della scienza giuridica e della formazione della decisione in un sistema democratico. In questo settore, gli autori tendono a focalizzare l'attenzione sul comune denominatore di tali teorie e cioè sulla comune ricerca di un "surrogato" di legittimazione dell'Unione europea, in carenza di una vera e propria legittimazione democratica fondata sul "consenso attivo dei cittadini" (cfr. W. Merkel, *Legitimacy and Democracy: Endogenous Limits of European Integration*, in J. J. Anderson (ed.), *Regional Integration and Democracy – Expanding on the European Experience*, New York, 1999). In ogni caso, alla legittimità processuale "che deriva dall'accordo degli Stati membri" (c.d. legittimazione di *input*) ed alla legittimità funzionale "che deriva dalla capacità di assicurare vantaggi collettivi" (c.d. legittimazione di *output*), si riferisce N. Verola, *L'Europa legittima. Principi e processi di legittimazione nella costruzione europea*, Firenze, 2006, in part. p. 79, che individua nei due termini il fondamento originario di un equilibrio duraturo, ormai divenuto sempre più precario a causa di un doppio *deficit* di legittimità del sistema "democratico" e "funzionale" (p. 147 ss.). Anche, M. Nettesheim, *Identity and Democratic Legitimacy in the EU*, in A. Lucarelli, A. Patroni Griffi (a cura di), *Studi sulla Costituzione europea*, Napoli, 2003, p. 89 ss., ritiene: "Like the constitutional theory of the nation state, so too is the theory of the legitimacy of supranational public power a result of *de facto* processes of integration". In senso contrario, A. Moravcsik, *In Defence of the "Democratic Deficit": Reassessing Legitimacy in the European Union*, in *JCMS*, 2002, p. 603 ss.

49 Cfr. A. Von Bogdandy, *I principi costituzionali*, cit., p. 594.

50 A distanza di cinquant'anni dall'inizio dell'ordinamento comunitario, appare sempre più sfuocata l'originaria impostazione autonomista e separatista rispetto agli ordinamenti statali ed

Sebbene il Trattato costituzionale, che formalizzava come base della sua legittimazione tale duplice volontà (e cioè la volontà "sovrana" degli Stati congiunta a quella "democratica" dei cittadini, art. I-1), sia stato abbandonato, è evidente come, in ogni caso, non si trattasse di una vera e propria volontà costitutiva. Pertanto, la problematica è apparsa essere non tanto, o almeno non solo la legittimazione dell'Unione, quanto l'autonomia del suo ordinamento giuridico. Questo anche in considerazione della particolare connessione che esiste tra revisione dei Trattati comunitari e di Unione e ratifica degli Stati membri, tra attività internazionale o interna degli Stati[51].

Senza pensare di poter entrare nel merito di una problematica così complessa, peraltro già oggetto di studi approfonditi, basti rilevare come la stessa ha riacquistato particolare importanza in seguito "all'incidente di percorso", rappresentato dal duplice no dei referendum francese e olandese, che ha condotto ad un'ulteriore fase di riflessione sfociata, da ultimo, nel già citato Progetto di Trattato di riforma. Questo per dire che[52] se, come è e non può non essere, la revisione dei Trattati comunitari e di Unione è legata alla ratifica degli Stati, allora non c'è autonomia, ma dipendenza dagli ordinamenti degli Stati membri. Tuttavia, se nonostante la mancata ratifica da parte del numero di Stati ritenuto necessario, il sistema giuridico comunitario-unionistico continua a funzionare

---

internazionale, ritenuti indipendenti, se non indifferenti rispetto al primo. Invero, la legittimazione dell'Unione europea letta nell'ottica di una pluri-soggettività costitutiva (Stati, Regioni, Province, Città metropolitane, Comuni, *Bund-Lander*, popoli, cittadini, individui, sia singoli, sia associati) è espressione di alcune peculiarità del suo stesso ordinamento giuridico e del suo diritto, quali l'effetto diretto, il riconoscimento di garanzie giurisdizionali alle situazioni giuridiche soggettive dei privati, la diretta rappresentatività negli organi quale il Parlamento europeo e la partecipazione alla vita economica, sociale e politica dell'Unione. In questo senso, anche la Corte di giustizia nella già citata sentenza *Van Gend & Loos* (v. *supra* nota 12) affermava, che la Comunità "costituisce un ordinamento di nuovo genere nel campo del diritto internazionale, a favore del quale gli Stati hanno rinunziato, anche se in settori limitati, ai loro poteri sovrani, ordinamento che riconosce come soggetti non soltanto gli Stati membri, ma anche i loro cittadini". Cfr., per tutti, R. Monaco, *Lo status dell'individuo nell'ordinamento comunitario*, in *Studi in onore di Manlio Udina*, I, Milano, 1975, p. 551 ss. Per altri, invece, tale pluri-soggettività potrebbe spiegarsi con il ricorso alla teoria degli ordinamenti compositi, risalente notoriamente ad uno scritto di S. Pufendorf su cui si veda la traduzione a cura di F. Gardner Moore, *On the Duty of Man and Citizen According to Natural Law in Two Books*, New York, 1927. Con particolare riferimento all'evoluzione degli ordinamenti pubblici compositi in relazione al fenomeno organizzativo dell'Unione europea, cfr. G. Cananea, *L'Unione europea. Un ordinamento composito*, Roma-Bari, 2003.

51 Come è ovvio la problematica della carenza di legittimazione dell'Unione europea porta con sé quella dell'autonomia dell'ordinamento comunitario, che, sebbene sancita nell'ambito di una giurisprudenza consolidata della Corte di giustizia, è messa in discussione al verificarsi di eventi come quelli correnti. Senza voler considerare la ratifica come una condizione sospensiva di un atto già perfetto con la firma (Rivier) o come un elemento di un atto complesso risultante dalle manifestazioni di volontà dei Plenipotenziari e del Capo dello Stato (Balladore Pallieri), teorie peraltro oggetto di critiche (Quadri, Morelli), sta di fatto che è notoriamente da escludere che i Trattati comunitari e di Unione possano entrare in vigore in carenza di ratifica di tutti gli Stati membri, stante inoltre una diversa previsione normativa in tal senso (art. 48 TUE).

52 V. anche *supra*, par. 2.

regolarmente, ciò significa che tale dipendenza non è assoluta, o almeno, seppur originaria, risulta oggi mitigata o controbilanciata da "un'auto-legittimazione" delle istituzioni comunitarie e del Consiglio europeo nella ricerca di una soluzione comune[53].

In definitiva, è in momenti come questo che sembra ingenerarsi una prassi non riconducibile né al diritto interno degli Stati, né al diritto internazionale *tout court*, ma ad un *tertium genus* cioè all'ordinamento comunitario-unionistico, capace di valutare i suoi effetti giuridici e di funzionalizzarsi agli scopi dell'intero processo di revisione. Anzi grazie allo stesso si potrebbe, *a contrario*, ipotizzare un superamento del *deficit* procedurale nazionale nei rapporti tra firma e ratifica e cioè tra fase negoziale e fase di assunzione dell'impegno europeo.

7. Con la predetta terminologia ci si riferisce più in generale alla problematica connessa agli effetti del diritto comunitario ed in particolare alla sua preminenza e diretta applicabilità tale da incidere sulla sfera giuridica soggettiva dei cittadini. Secondo tale visione proprio tali effetti non avrebbero trovato, almeno per il passato, adeguate garanzie normative per la tutela dei diritti fondamentali oggi invece espressamente sancita nell'art. 6, par. 2 TUE e nella Carta dei diritti fondamentali tanto controversa per la sua collocazione *intra*-testo o *extra*-testo[54].

---

53 Si vedano la relazione del Presidente del Parlamento europeo che ha preceduto la riunione del Consiglio europeo di questo giugno, nonché la risoluzione del Parlamento europeo dell'11 luglio 2007 sulla convocazione della Conferenza intergovernativa (CIG): parere del Parlamento europeo (art. 48 TUE) (P6_TA-PROV(2007)0328), la comunicazione della Commissione "Riformare l'Europa per il XXI secolo", oltre al Parere della Banca centrale europea del 5 luglio 2007 (CON/2007/20) ed alle considerazioni già svolte *supra*, par. 4.

54 Niente contribuisce ad esaltare la ricerca di norme *anti-deficit* se non la "costituzionalizzazione" della Carta dei diritti. Nulla, però, imponeva il "*paso doble*" da una Carta non obbligatoria, come quella di Nizza, ad una Parte II del Trattato costituzionale, ponendosi altre possibili soluzioni tecniche, quali l'allegazione in un Protocollo od in una convenzione formale distinta dal Trattato, con simultanea clausola di rinvio, tale da porre in *par condicio* lo "Stato comunitario" della Convenzione di salvaguardia (4 novembre 1950) rispetto alla sopravvenuta Carta comunitaria o, addirittura, la sola "ri-pubblicazione" e "ri-proclamazione" in forma solenne della Carta. Non è questo il luogo per analizzare gli effetti prodotti sul *deficit* di garanzie normative, – peraltro oggetto di un'amplissima bibliografia in materia, v. per tutti, U. Villani, *I diritti fondamentali tra Carta di Nizza, Convenzione europea dei diritti dell'uomo e progetto di Costituzione europea*, in *DUE*, 2004, p. 73 ss. –, ma la salvaguardia europea dei diritti fondamentali, sviluppatasi, come è noto, senza fondamento testuale come salvaguardia in sede giurisprudenziale o di rinvio ad altre fonti normative, aveva bisogno di essere resa trasparente in un nuovo testo di consolidamento in parte innovativo, in parte recettivo. Già dotare l'Unione europea di un proprio catalogo dei diritti appariva opera innovativo-recettiva (M. P. Chiti, *La carta europea dei diritti fondamentali: una carta di carattere funzionale*, in *Riv. trim. dir. pubbl*., 2002, p. 21 ss.). Si aggiungeva, poi, l'ulteriore caratteristica, segnalata dalla dottrina, della tecnica di revisione introdotta come tipica tecnica di *soft law* dei rinvii incrociati a questa o quella fonte normativa e giurisprudenziale mediante *monita et recepta*. Così M. Panebianco, (a cura di), *Repertorio della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea – annotato con i lavori preparatori e la giurisprudenza delle Alte Corti europee e della Corte costituzionale italiana*, Milano, 2001, pp. 3-19. Tutto ciò conferma come il passaggio da uno statuto giudiziale dei diritti fondamentali ad uno "statuto costituzionale" (A. Di Stasi, *Diritti umani e sicurezza regionale. Il sistema europeo*, Napoli, 2000, in part. p. 188 ss.) sia

Proprio la necessità di porre fine alla dialettica sul valore giuridico della Carta e sull'adesione alla Convenzione europea di salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali (4 novembre 1950), nonché di fornire un quadro di garanzie normative ha spinto alla ricerca di differenti soluzioni, come l'inserimento nella Parte II del Trattato costituzionale, superato dalle indicazioni contenute nell'Allegato I delle Conclusioni del Consiglio europeo di Bruxelles (punto 9) e dalle conseguenti disposizioni del Progetto di Trattato di riforma (art. 6 TUE). Pur tuttavia, la previsione normativa della Carta, richiamata dal nuovo art. 6 TUE, è compatibile, ai sensi del mandato della CIG, con una nuova solenne proclamazione da parte dei presidenti delle istituzioni e con una "ri-pubblicazione" sulla Gazzetta Ufficiale dell'Unione europea con effetto "notiziale *erga omnes"* esteso agli attuali 27 Stati membri[55]. Ciò nella direzione del consolidamento di una tutela più flessibile dei diritti e delle libertà, già insita nel rinvio ai rispettivi sistemi di appartenenza (Convenzione europea di Roma del 1950, tradizioni costituzionali comuni, legislazioni e prassi nazionali, ecc.), come tutela multilivello di garanzia in quanto assestata su livelli di protezione o *standards* non regredibili (c.d. clausola di non regressione)[56].

Resta, tuttavia, da considerare che il superamento di tale *deficit* è parziale nella misura in cui convive con una situazione di "semi-*deficit*", ricollegata all'assenza di una tipizzazione esaustiva dell'atto normativo comunitario, alla carenza di un criterio gerarchico di articolazione delle fonti[57], nonché alla pre-

---

avvenuto solo in tempi relativamente recenti ed, altresì, come tale passaggio non sia stato estraneo o del tutto disgiunto dal più ampio dibattito costituzionale (tra gli altri U. Di Fabio, *A European Charter: Towards a Constitution for the Union*, in *Columbia JEL*, 2001, p. 159 ss.; L. S. Rossi, *La Carta dei diritti come strumento di costituzionalizzazione dell'ordinamento dell'UE*, in *Q. cost.*, 2002, pp. 565-575; N. Walker, *The Charter of Fundamental Rights of the EU: Legal, Symbolic and Constitutional Implications*, in P. A. Zervakis, P. J. Cullen (eds.), *The Post Nice Process: Towards a European Constitution?*, Baden-Baden, 2002, p. 119 ss.).

55 In particolare, sembrerebbero ripresentarsi le due distinte, ma logicamente non incompatibili, tendenze di una *Treaty-Constitution* o, viceversa, di una *Custom-Constitution* e cioè di un Trattato costituzionale o dotato di un nucleo costituzionale o, viceversa, di una Costituzione consuetudinaria consolidatasi sulla stratificazione e reiterazione dei diritti. Sul punto sia consentito rinviare a quanto già contenuto in T. Russo, *Treaty-Constitution*, cit., p. 813 ss.

56 Trattasi, come già indicato, di norme di *standards* in quanto riferite alle modalità concrete di esercizio e di tutela dei diritti e delle libertà su cui per un'analitica disamina, v. C. Carletti, *I diritti fondamentali e l'Unione europea tra Carta di Nizza e Trattato-Costituzione*, Milano, 2005, in part. p. 117 ss.

57 Per molti autori nel più ampio *deficit* democratico dell'Unione europea rientrerebbe anche la carenza di un "complesso gerarchicamente ordinato di fonti di diritto derivato e, in particolare, di una vera 'legge'". In tal senso, cfr., fra gli altri, R. Bieber, I. Salomon, *Hierarchy of Norms in European Law*, in *CML Rev.*, 1996, p. 913 ss.; A. Tizzano, *La gerarchia delle norme comunitarie*, in *DUE*, 1996, p. 71 ss.; U. Villani, *Principi democratici e diritti fondamentali nella "Costituzione europea"*, in *CI*, 2005, p. 643 ss. A proposito di tali tendenze gerarchizzanti del diritto comunitario, già le modeste osservazioni critiche svolte nelle note precedenti hanno contribuito ad argomentare in favore di una tendenza "minimalista". Invero, appare netta la distinzione tra la natura fondamentale dei diritti e la natura dell'atto da cui sono garantiti. Ben diverse sono le esigenze del diritto costituzionale rispetto a quelle della Comunità internazionale, dove la promozione degli

senza di molteplici sub-sistemi istituzionali e normativi. Come è stato rilevato la preminenza del criterio delle competenze attribuite, connesso all'altro imprescindibile della scelta della base giuridica dell'atto da adottare, risponde all'assetto politico istituzionale del sistema comunitario. Questo, ben diverso da quello previsto negli ordinamenti degli Stati membri, comporta che ad ogni procedimento decisionale corrisponde un diverso ruolo delle istituzioni comunitarie[58].

Sebbene i termini di "legge" e "legge-quadro" introdotti dal Trattato costituzionale risultano abbandonati, il Progetto di Trattato di riforma ha, tuttavia, previsto una nuova sezione 1 sugli atti giuridici dell'Unione (punti 236, 237, 238, 239). All'interno della stessa l'art. 249 TCE dovrebbe essere seguito da tre articoli rispettivamente sugli atti adottati secondo una procedura legislativa, gli atti delegati e gli atti di esecuzione. Dovrebbero, quindi, essere atti legislativi (art. 249 A), tutti quelli adottati in base alla procedura legislativa (ordinaria o speciale) di modo che è la procedura di adozione dell'atto a qualificarne la natura.

Regolamenti, direttive e decisioni adottate secondo la procedura legislativa dovrebbero essere atti legislativi. Gli stessi, tuttavia, potrebbero essere anche non legislativi quando adottati come atti delegati o attuativi. Ciò come è ovvio non esime dalle già esistenti critiche su un altro aspetto di questa seconda tipologia di *deficit*, e cioè quello della carenza della funzione normativa o di una funzione legislativa non equivalente o parametrabile a quella statale[59].

8. Infine, con la terza tipologia di *deficit* ci si intende riferire alle più volte contestate carenze del sistema istituzionale comunitario-unionistico per mancata separazione o commistione e confusione dei poteri pubblici e conseguente para-

stessi diritti a livello di un testo pattizio quasi non ne accresce l'effettivo coefficiente di rispetto se non sussistono tradizioni comuni ed omogeneità costituzionali tra gli Stati firmatari.

58 Così, E. Cannizzaro, *Gerarchia e competenze nel sistema delle fonti dell'Unione europea*, in *DUE*, 2005, p. 653 ss., per il quale l'introduzione di una nuova nomenclatura e del principio gerarchico delle fonti produce effetti assai limitati proprio a causa della "compartimentazione delle norme dell'Unione in una serie assai ampia di sottosistemi normativi". L'opinione pare condivisibile sotto il profilo di una relatività dei valori giuridici del diritto "europeo", articolato in una pluralità di regimi all'interno dei quali i singoli atti normativi assumono valore molto diverso tra loro, talora massimo in regime di diritto forte e talora minimo in regime di diritto debole. Sul punto, v. anche P. Acconci, *Quale gerarchia delle fonti nel nuovo diritto dell'Unione?*, *ivi*, p. 253 ss.

59 Questo risulta essere il fulcro del *deficit* democratico dell'Unione europea a causa della sottrazione dei poteri legislativi dei parlamenti nazionali non a favore del Parlamento europeo con una conseguente "involuzione democratica" (cfr. U. Villani, *Il* deficit *democratico nella formazione delle norme comunitarie*, in *DCSI*, 1992, p. 599 ss.) o "de-parlamentarizzazione" della funzione legislativa (v. N. Verola, *op. cit.*, p. 151). Altresì, G. Laprat, *Réforme des Traités: le risque du double déficit démocratique. Les Parlements nationaux et l'élaboration de la norme communautaire*, in *RMCUE*, 1991, p. 710 ss.; C. Reich, *Qu'est-ce que… le déficit démocratique?*, *ivi*, p. 14 ss.

lisi del *decision-making* per crescente e progressiva sua inadeguatezza[60]. Nel primo senso, risulta difficilmente confutabile che la funzione legislativa e quella esecutiva sono attribuite, seppur con diverso peso, a più istituzioni o principalmente all'istituzione rappresentativa dei governi e non dei cittadini. Tuttavia, un bilanciamento di tale *deficit* sembrerebbe configurabile a fronte dell'attuale tendenza, registrata anche a livello statuale, verso una generale funzione governativa o di *governance* a prescindere da una distinzione o separazione tra potere legislativo e potere esecutivo[61].

A parte le carenze riconducibili alla struttura istituzionale dei poteri[62], tale *deficit* si sostanzierebbe, anche o in conseguenza, in un *deficit* sull'efficienza decisionale per mancata partecipazione dei cittadini alle decisioni. Sebbene non "compartecipate" le decisioni dovrebbero essere quanto meno controllate dai cittadini per una forma di democrazia che potremmo definire "comunicativa" nel

---

60 Contrariamente, secondo alcuni autori la democratizzazione nei modelli politici dell'Occidente non necessariamente passa attraverso la parlamentarizzazione, ma attraverso più ampi *standards* di *governance* democratica contrassegnati da caratteri ben precisi (imparzialità, indipendenza, rappresentatività). Trattasi di aspetti deficitari genericamente ricondotti all'organizzazione ed all'esercizio dei poteri di produzione normativa (cfr. G. Pasquino, *The Democratic Legitimation of European Institutions*, in *Int. Sp.*, 2002, p. 35 ss.) e di governo nell'Unione europea (erroneamente ricollegati al modello parlamentare v. F. E. Bignami, *The Democratic Deficit in European Community Rulemaking: A Call for Notice and Comment in Comitology*, in *Harvard ILJ*, 1999, p. 451 ss, per cui "…government powers are shared among different institutions and a vision of democracy that rests on parliamentary supremacy defies the Community's basic constitutional structure").

61 Sul punto si v. M. Troper, *La nuova separazione dei poteri*, Napoli, 2007.

62 Ciononostante si è registrata una notoria e crescente tendenza in favore della "parlamentarizzazione delle strutture di governo comunitarie" così, S. Ninatti, *La formula parlamentare europea dagli esordi al Trattato costituzionale*, in *RIDPC*, 2004, p. 1395 ss. Sull'idea della parlamentarizzazione del sistema come strumento di legittimazione democratica, cfr., già per il passato, M. Zuleeg, *Die Anwendbarkeit des parlamentarischen System auf die europäischen Gemeinschaften*, in *EuR*, 1972, p. 2. Più di recente, P.C. Schmitter, *Come democratizzare l'Unione europea e perché*, Bologna, 2000, si riferisce "all'*Europolity* (sistema costituzionale e di governo dell'Europa) che non ha ancora acquisito il suo definitivo *proprium* istituzionale in termini di limitazione territoriale, di partizione funzionale o di livello di autorità politica". Viceversa (v. anche *ante* nota 60), si potrebbe dire che, per certi aspetti, la parlamentarizzazione del modello comunitario non risolve il problema dell'esautoramento del ruolo dei Parlamenti statali, presupponendo un trasferimento verso l'alto di poteri sovrani nazionali con conseguente "trasloco" privativo delle loro più antiche e tradizionali funzioni. Di tale operazione si trova traccia nella l. cost. 3 aprile 1989, n. 2 (recante "Indizione di un referendum di indirizzo sul conferimento di un mandato costituente al Parlamento europeo eletto nel 1989"), abilitativa di un *referendum* consultivo avente tenore filo-parlamentare a livello europeo ed anti-parlamentare a livello nazionale. Valutato alla stregua di una tipologia inusuale di *referendum* di legittimazione democratica della costruzione comunitaria, conferma l'analisi di effetti per così dire riflessi tra livelli ordinamentali per cui un *referendum* non previsto ed anzi escluso dalla Costituzione italiana (art. 75, comma 2) viene indetto con legge costituzionale avente oggetto unico ed effetti circoscritti ed implicante una singolare modifica temporanea della Costituzione italiana. Cfr., fra gli altri, F. Zampini, *L'exemple italien, du dualisme à l'acceptation du pouvoir constituant du Parlement européen*, in *Les procédures de révision des traités communautaires: du droit international au droit constitutionnel*, Bruxelles, 2001, p. 127 ss.

senso di dare maggiore spazio e di rafforzare gli strumenti di formazione dell'opinione pubblica attraverso il dialogo civile[63]. Almeno questa sembrava essere la *ratio* delle disposizioni del titolo VI (vita democratica dell'Unione) del Trattato costituzionale, che, come già detto in precedenza, risultano in parte mantenute, secondo le indicazioni dell'Allegato I delle Conclusioni di Bruxelles e contenute nel Progetto di Trattato di riforma che le anticipa al titolo II del TUE sulle *Disposizioni relative ai principi democratici.*

Nulla esclude che i due aspetti, in quanto facce della stessa medaglia, vengano ricondotti, come è stato fatto, ad un più generale *deficit* di funzionamento eccessivamente tecnocratico e burocratico dell'Unione europea[64]. Pur tuttavia, la complessità del processo decisionale comunitario deriva dal suo sistema di organizzazione dei poteri, integrato tra diritto internazionale e costituzional-nazionale e fondato sui principi di c.d. *link* o collegamento tra Stati membri ed Unione. In primo luogo, il principio che lega gli Stati membri e l'Unione ad un c.d. dovere reciproco di lealtà, cioè il principio di leale cooperazione[65] ed ancora i principi regolatori della delimitazione e dell'esercizio delle competenze, cioè i principi di attribuzione, sussidiarietà e proporzionalità (art. 5 TCE).

Essi, complessivamente considerati sembrerebbero delineare un sistema istituzionale democraticamente organizzato sull'interazione "leale, circoscritta, sussidiaria e proporzionata" tra le istituzioni nazionali e quelle comunitario-

---

63 La democraticità del sistema dipenderebbe, quindi, dal potere riconosciuto ai cittadini, non tanto di partecipare all'operato dei pubblici poteri, quanto di controllarlo manifestando la propria approvazione o disapprovazione. La sua democraticità interna dipenderebbe dalla rappresentanza e controllo, non solo degli Stati, ma anche dei cittadini grazie alla predisposizione di garanzie di informazione e trasparenza. Già N. Moussis, *La construction européenne et le citoyen: déficit démocratique ou déficit d'information?*, in *RMCUE*, 2000, p. 153 ss. ed ancora più specificamente sul punto, M. Mascia, *La società civile nell'Unione europea. Nuovo orizzonte democratico*, Venezia, 2004. Inoltre, come è stato giustamente rilevato l'efficienza del processo decisionale comunitario dipende dal fatto che le decisioni siano adottate allorché sono necessarie ed il più rapidamente possibile, che le stesse siano effettivamente attuate e diano risultati positivi, ma soprattutto siano accettate dai cittadini in quanto informati, ascoltati e posti in grado di controllare. Così J. C. Piris, *Dopo Maastricht, le istituzioni comunitarie sono divenute più efficaci, più democratiche, più trasparenti?*, in *RDE*, 1994, in part. p. 9 ss.

64 Trattasi di una terminologia ormai entrata nel gergo comune e da qualcuno riferita come "paradigma tecnocratico-funzionalista" delle dinamiche europee che conduce alla ricerca di soluzione "tecniche", le quali, in quanto dirette a massimizzare le funzioni di utilità dell'Europa, si impongono da sole perché più vantaggiose. Così N. Verola, *op. cit.*, p. 78 ss. che, tuttavia, riconduce la complessità dei meccanismi di funzionamento dell'Unione, non alla patologia, ma alla "fisiologia di un organismo che trae la propria legittimità, da un lato, dal carattere consensuale delle sue procedure decisionali e, dall'altro, dalla natura prettamente funzionale delle sue competenze". Detto in altri termini, è il c.d. quarto potere federativo o integrazionista tipico delle strutture complesse a dover garantire piena rappresentatività e leale cooperazione tra i vari livelli delle strutture.

65 I riferimenti normativi al principio di leale cooperazione sono l'art. 10 TCE (ex art. 5 TCE) e la Dichiarazione n. 3 allegata al Trattato di Nizza del 2001.

unionistiche[66]. Tale interazione dovrebbe, inoltre, essere rafforzata, secondo quanto previsto nel Progetto di Trattato di riforma, attraverso la previsione di una più rigorosa procedimentalizzazione del controllo sul rispetto del principio di sussidiarietà, nonché attraverso il riconoscimento di un espresso *status* dei parlamenti nazionali nel testo dei Trattati (nel già citato art. 8 del titolo II). Anche questa prospettiva, come si dirà meglio tra breve, consente di recuperare o "ri-legittimare", questa volta dal basso, l'Unione europea come modello "avanzato" di esercizio dei poteri di partecipazione ed esecuzione statale costituzionalmente previsti negli ordinamenti nazionali.

9. A questo punto diventa finalmente possibile compiere un'inversione di indagine per valutare come, nel contesto della cinquantennale esperienza dell'ordinamento comunitario-unionistico, l'organizzazione statale ha subito un processo progressivo di disarticolazione secondo uno schema più o meno componibile di unità e pluralità istituzionale. Il tema delle trasformazioni della forma di organizzazione del potere statale ha ormai da lungo tempo riempito le pagine di letteratura lungo il duplice versante delle modificazioni interne e delle sue proiezioni esterne, ossia delle sue proiezioni al di fuori dei confini nazionali. In questo senso, la possibilità riconosciuta costituzionalmente agli Stati di partecipare a forme organizzate sovrastatali, seppur viste in un'accezione negativa di erosione della sovranità, ha finito, viceversa, per rafforzarne l'esistenza in un'ottica di corrispondenza se non addirittura di equivalenza. In altri termini, sono gli Stati membri dell'Unione nell'esercizio della loro principale funzione di integrazione ad "autodeterminarsi" secondo processi di re-distribuzione dei propri poteri interni ed esterni ai rispettivi ordinamenti[67].

---

[66] Cfr. A. von Bogdandy, *Links between National and Supra-national Institutions: A Legal View of a New Communicative Universe*, in B. Kohler-Koch (ed.), *Linking EU and National Governance*, Oxford, 2003, p. 24 ss. Va ribadito che le caratteristiche peculiari di un simile sistema risiedono nel rapporto tra istituzioni nazionali e comunitario-unionistiche nell'ottica di una reciproca integrazione e interazione. In altri termini, come è stato rilevato, si è determinata una "composizione-integrazione fra istituzioni 'parziali' per cui il livello istituzionale nazionale si compone con quello dell'Unione europea in un rapporto organicamente bi-direzionale". L'espressione è di M. Panebianco, *Quale leadership democratica nel nuovo Trattato di Roma?*, in *DCSI*, 2005, p. 435.

[67] Pur non essendo questo il luogo per richiamare le principali teorie in materia sta di fatto che i tentativi di superamento del c.d. *deficit* democratico, ancor di più nell'Unione allargata da 15 a 27 Stati membri, si sono diretti verso l'ampliamento e l'approfondimento, su più ampia scala, della democrazia costituzionale e dello stato di diritto. Sempre nell'ottica di tale lavoro, l'integrazione democratica dell'Europa, implicitamente e non esplicitamente federale, risulta legata ad uno *standard* comune di democrazia europea ed alla salvaguardia di *standards* nazionali e locali di democrazia decentrata o diffusa nel più ampio contesto comunitario e unionistico. Secondo questa via, il modo per risolvere l'antagonismo storico tra statalismo sovrano (positivismo giuridico) e universalismo non statuale (normativismo kelseniano) consiste nella sperimentazione di organizzazioni internazionali e sovranazionali europee e non europee, come parte di un generale modello di federalismo internazionale. Si veda, in particolare, R. Smend, *Verfassungs und Verfassungsrecht*, Berlin, 1928. Inoltre, sul processo "federativo" internazionale ed interno dello Stato,

Si configura, pertanto, l'ipotesi del sistema giuridico comunitario-unionistico come un fenomeno di aggregazione internazionale mediante la dislocazione esterna o "esternalizzazione" di poteri statali integrati o unificati a livello unionistico[68]. Così come si configura l'ipotesi dell'ordinamento giuridico comunitario-unionistico come un ordinamento nato dalla somma dei procedimenti di integrazione nazionale. Ciò anche a conferma dell'orientamento dottrinale sul diritto dell'integrazione impegnato da oltre mezzo secolo nella comparazione, "compenetrazione" e compatibilità tra ordinamenti giuridici ai tre livelli: nazionale, europeo e internazionale[69]. Quello che ne fuoriesce è un rapporto binario "comunicativo ed integrativo" tra istituzioni nazionali e comunitario-unionistiche, così come un rapporto "gerarchico" tra atti normativi nazionali e comunitari con la conseguenza che non sussiste un'alternativa tra ordinamento dell'UE e ordinamenti degli Stati membri, ma una visione congiunta dei poteri esercitati dagli Stati membri e dalle Comunità/Unione o meglio un esercizio inclusivo di poteri fra più ordinamenti espressione di una "sovranità solidale"[70].

Si spiega allora anche il progressivo processo di adeguamento tra "sovrastrutture" comunitarie e "strutture" nazionali[71], nonché l'articolazione funzio-

---

C. J. Friedrich, *Trend of Federalism in Theory and Practice*, London, 1968; Id., *Europe: An Emergent Nation?*, New York, 1969. Senza alcuna pretesa di citazioni sulla teoria dell'integrazione costituzionale, sia consentito il solo rinvio alla trattazione del tema nell'ottica della c.d. "universalizzazione" del diritto statale, per tutti, di recente, v. M. Panebianco, A. Di Stasi, *L'Euro-G8. Contributo alla teoria dello Stato euro-globale*, Torino, 2006.

68 A tali conclusioni la dottrina di lingua inglese perviene utilizzando i suoi presupposti culturali grazie ai quali è possibile verificare come le procedure comunitario-unionistiche sperimentano comportamenti, linguaggi e prassi giuridiche realmente integrate tra gli Stati membri. Dà conto di questa visione dinamica della sovranità N. Walker, *Sovereignty in Transaction*, Oxford-Portland, 2003.

69 Cfr. per tutti, P. Pescatore, *Le droit de l'intégration*, Leiden-Genève, 1972, dedicato al neologismo diritto dell'integrazione come sinonimo ed equivalente del diritto comunitario.

70 Sul punto, v. E. Cannizzaro, *Esercizio di competenze e sovranità nell'esperienza giuridica dell'integrazione europea*, in *Riv. dir. cost.*, 1996, p. 75 ss. È opportuno sottolineare come le nozioni predette trovino la loro combinazione nel *law making* dell'ordinamento comunitario fino a divenire un "abito" consuetudinario comune rilevabile dalla prassi delle istituzioni medesime (cfr. O. Elias, *General International Law in the European Court of Justice: From Hypothesis to Reality?*, in *NYIL*, 2000, p. 3 ss. e sul ruolo della consuetudine nel diritto comunitario, v. il volume di A. Gianelli, *Unione europea e diritto internazionale consuetudinario*, Torino, 2004; Id., *Il rapporto tra diritto internazionale e diritto comunitario secondo il Tribunale di primo grado delle Comunità europee*, in *RDI*, 2006, p. 131 ss.).

71 Come è stato già da tempo sostenuto, in virtù di un principio di partecipazione euro-costituzionale e di un ulteriore principio di fedeltà, rispetto ed esecuzione euro-nazionale, "il ruolo comunitario degli Stati si manifesta mediante i due poteri, che corrispondono ai due livelli dell'integrazione accentrata e decentrata", e cioè i poteri di partecipazione e di esecuzione comunitaria. Essi risulterebbero essere espressione rispettivamente, il primo della partecipazione statale nelle istituzioni comunitarie tramite un coinvolgimento organico e funzionale (invio di rappresentanti, attività dell'organo, manifestazioni di volontà, esercizio del diritto di voto), il secondo della sottoposizione all'obbligo di esecuzione del diritto comunitario nelle materie di competenza nazionale, sia tramite il riconoscimento dell'efficacia diretta, sia attraverso apposite misure di esecuzione nazionale. In questo senso, v. ampiamente M. Panebianco, *Integrazione comunitaria dell'Italia e*

nale attraverso centri concentrici di poteri in un contesto accentrato a livello unionistico-comunitario e decentrato o diffuso a livello nazionale. Così come si spiega la specificità dell'Unione europea da alcuni ricondotta ad un sistema di governo a tre livelli in cui gli Stati costituzionali sono, allo stesso tempo, al livello più basso e più alto. L'Unione si trova ad occupare il livello centrale, in quanto "è tra il centro e la periferia che si instaura il livello della decisione precondizione per il configurarsi di un sistema di governo democratico"[72].

Pertanto, l'Unione europea risulta anche quale espressione dei processi decisionali di natura istituzionale attraverso i quali gli Stati membri hanno determinato un riordinamento dei loro poteri costituzionali. Il risultato è una struttura ordinamentale integrata e retta dai citati principi "bilanciati" o di "bilanciamento" (leale cooperazione, sussidiarietà e proporzionalità) che assicurano la partecipazione ed il controllo democratico degli Stati, oltre all'equilibrio tra l'unità e la diversità di un sistema di governo *multilevel*. Al confronto con una simile *membership* di poteri partecipativi ed attuativi, per così dire, "*extra-ordinem*", hanno fatto da compensazione gli interventi di "revisione" costituzionale e legislativa per un rafforzamento complessivo del sistema attraverso una maggiore "democraticità dal basso".

Questo spiega l'interesse della presente ricerca a concludersi con la constatazione di come il legislatore italiano, proprio nelle sedi parlamentare e governativa competenti, abbia avviato nell'ottica dell'auto-revisione costituzionale il superamento dei *deficit* democratici di livello comunitario opportunamente compensati da paralleli meccanismi immaginati e congegnati a livello nazionale italiano. In un certo senso, è sembrato ipotizzabile che le carenze del sistema comunitario-unionistico trovassero una qualche forma di compensazione o l'intero sistema trovasse una forma di "ri-legittimazione" anche nell'ambito dei grandi capitoli di revisione costituzionale nazionale. D'altronde, l'ampliamento della legalità parlamentare e governativa italiana con riferimento alla componente comunitario-unionistica, così come l'affermazione giurisprudenziale del primato del diritto comunitario hanno ingenerato, *bon gré mal gré*, una produ-

---

riordinamento dei poteri costituzionali, in *Studi di diritto europeo in onore di Riccardo Monaco*, Milano, 1977, p. 535 ss.

72 L'espressione è di V. Röben, *Constitutionalism of the European Union after the Draft Constitutional Treaty: How much hierarchy?*, in *Columbia JEL*, 2005, p. 339 ss. In particolare, gli Stati si troverebbero ad operare, tanto a livello più alto grazie ai Capi di Stato e di Governo nel Consiglio europeo, le loro Corti costituzionali ed i parlamenti nazionali, tanto a livello più basso attraverso gli organi esecutivi e le autorità giudiziarie. Anzi, si sarebbe verificata un'inversione gerarchica in quanto gli Stati membri, operanti in una prima fase del processo di integrazione a livello più basso per la necessità di estendere l'azione della Comunità, si sarebbero trovati ad agire, poi, a livello più alto in un rapporto, quindi, invertito di preminenza della periferia rispetto al centro. Tale visione collegata alla "coralità" della comunicazione giuridico-istituzionale del mondo globalizzato, malgrado il suo forte carattere di aderenza alla realtà del mondo contemporaneo, rappresenta anch'essa nient'altro se non un modo figurato per esprimere il rispecchiamento reciproco dei valori tra i vari livelli di un ordinamento complesso a strutture interdipendenti.

zione legislativa nazionale di tale portata da poter configurare un vero e proprio "diritto parallelo" o "diritto comunitario interno"[73].

Nel suo processo di adattamento strutturale al sistema giuridico comunitario-unionistico, la Repubblica italiana ha conosciuto un'opera di revisione e di riordinamento del suo sistema giuridico senza precedenti. Nella sua "proiezione interna", lo Stato italiano da un sistema fortemente accentrato si è mosso lungo le linee direttrici di un percorso di c.d. *devolution*[74]. Mentre, nella sua "proiezione esterna", il riordinamento dei poteri costituzionali italiani intorno ai poteri di partecipazione e di esecuzione comunitaria è avvenuto attraverso una periodizzazione in diverse fasi, ciascuna di esse contraddistinta da alcune tendenze salienti[75].

In particolare nel pregresso cinquantennio diversi interventi esclusivamente legislativi avevano inciso sull'assetto ordinamentale e normativo italiano attraverso la creazione di una struttura istituzionale nazionale competente all'indirizzo, coordinamento e attuazione nella partecipazione ed esecuzione comunita-

---

73 Questa la terminologia utilizzata da M. Panebianco (a cura di), *Il codice delle leggi comunitarie 1957-2007*, Napoli, 2007, in cui è rinvenibile una storia giuridica europea degli italiani di cinquant'anni di provvedimenti legislativi nazionali di partecipazione ed esecuzione comunitaria, oltre che di riorganizzazione costituzionale. Sul punto anche AA.VV., *L'ordinamento italiano dopo 50 anni di integrazione europea*, Torino, 2004. Nel medesimo filone si inserisce anche l'opera di L. Daniele (a cura di), *La dimensione internazionale ed europea del diritto nell'esperienza della Corte Costituzionale*, Napoli, 2007.

74 Esulano dalla presente indagine gli aspetti di decentramento interno il cui inizio si lega all'emanazione della legge 15 marzo 1997, n. 59 (c.d. Bassanini uno) ed ai decreti legislativi di attuazione su cui, tra gli altri, v. A. Azon, *Federalismo interno e processo di integrazione europea*, in *Scritti in onore di Serio Galeotti*, Milano, 1998, p. 53 ss.; E. Gianfrancesco, *Il federalismo a costituzione invariata: profili problematici del conferimento di funzioni e compiti a Regioni ed enti locali previsto dalla l. 59/*97, *ivi*, p. 627 ss.; G. Falcon (a cura di), *Lo Stato autonomista. Funzioni statali, regionali e locali nel decreto legislativo n. 112 del 1998 di attuazione della Bassanini n. 59 del 1997*, Bologna, 1998. Tuttavia, nell'ottica di un cammino comune, non privo di reciproche "contaminazioni", cfr. F. Pizzetti, *L'evoluzione del sistema italiano fra "prove tecniche di governance" e nuovi elementi unificanti. Le interconnessioni con la riforma dell'Unione europea*, in *Le Regioni*, 2002, p. 653 ss.

75 In particolare si individuano due periodi: a) dal 1957, anno di ratifica dei Trattati CEE ed Euratom, agli inizi degli anni '70; b) dal 1971, data di approvazione dei nuovi regolamenti parlamentari del Senato e della Camera (17 febbraio 1971), fino alla fine degli anni '80. Periodo, quest'ultimo, contrassegnato dall'emanazione di numerosi atti legislativi che hanno inciso sull'assetto dell'organizzazione dei poteri nel nostro ordinamento giuridico e che potremmo ritenere chiuso, con la promulgazione della Legge 9 marzo 1989, n. 86 (c.d. Legge La Pergola, in G.U. n. 58 del 10 marzo 1989, recante "Norme generali sulla partecipazione dell'Italia al processo normativo comunitario e sulle procedure di esecuzione degli obblighi comunitari"). Per una più ampia disamina di queste due fasi sia consentito rinviare alla distinzione tra potere di partecipazione comunitaria, articolato in: a) formazione delle delegazioni; b) indirizzo parlamentare; c) indirizzo governativo, e potere di esecuzione comunitario, strutturato in: a) delega legislativa al Governo; b) esecuzione regionale concorrente, contenuta nel lavoro di M. Panebianco, *L'integrazione*, cit., p. 542 e ss. Ovviamente, va, altresì, considerato il periodo dagli anni '90 ad oggi, su cui v. le note successive.

ria[76], nonché attraverso la predisposizione di diverse procedure di esecuzione in via legislativa, in via regolamentare amministrativa, regionale ed in via giurisdizionale. Tra queste, ovviamente, spiccava la predisposizione di un meccanismo annuale di esecuzione, la c.d. legge comunitaria diretta a garantire il continuo e sistematico adeguamento dell'ordinamento nazionale a quello comunitario ai sensi dell'art. 2 della ben nota legge 29 marzo 1989, n. 86[77], c.d. Legge La Pergola. Pur tuttavia, la manifestata insufficienza di una revisione puramente legislativa[78] dei provvedimenti emanati nei periodi temporali esaminati, rendeva

[76] Ciò in particolare attraverso la l. 16 aprile 1987, n. 183, c.d. Legge Fabbri, che formalizzava gli organi per il coordinamento delle politiche comunitarie con l'istituzione di un Dipartimento e di un ministro *ad hoc* e realizzava un maggior coinvolgimento degli organi nazionali nel circuito comunitario mediante la previsione della comunicazione degli atti comunitari alle Camere, Regioni ed alle Province autonome. Pur tuttavia, la fase ascendente restava nelle mani dell'esecutivo e la fase discendente risultava rimessa ancora allo strumento della delega legislativa seppur con alcune introduzioni maggiormente garantiste del dettato costituzionale. Cfr., per tutti, A. Tizzano, *Sull'attuazione della normativa comunitaria in Italia: la legge 183/87,* in *Foro it.*, 1988, IV, p. 217 ss. Essa, inoltre, includeva le Regioni a statuto speciale e le province autonome di Trento e Bolzano tra i soggetti istituzionali chiamati, nelle materie di competenza esclusiva, a dare immediata attuazione alle direttive comunitarie (art. 13 l. 183/87). Si ricorda, inoltre, che, ancora prima il D.P.R. 24 luglio 1977, n. 616 sull'attuazione della delega di cui alla L. 22 luglio 1975, n. 382 recante "Norme sull'ordinamento regionale e sull'organizzazione della pubblica amministrazione" aveva trasferito alle Regioni le funzioni amministrative relative all'applicazione degli atti normativi comunitari anche se subordinati al previo recepimento con legge dello Stato indicante le norme di principio (art. 6).

[77] In particolare, le principali innovazioni della legge La Pergola (v. anche *antea* nota 75) si muovevano verso una maggiore democratizzazione dei poteri di partecipazione ed attuazione "istituzionale e normativa" italiana. Essa rappresenta, il primo intervento del legislatore italiano in materia comunitaria con cui si provvede *tout court* all'attuazione di un certo numero di direttive e si disciplinano gli strumenti di recepimento delle disposizioni comunitarie: si tratta cioè non di una legge di produzione, ma di una legge sulla produzione (V. Guizzi, *La legge La Pergola n. 86/89: una impostazione nuova del circuito decisionale e operativo Italia-Comunità*, in *RDE*, 1990, p. 3 ss). Inoltre, il Parlamento viene maggiormente coinvolto, sia nella fase discendente attraverso, appunto, la c.d. legge comunitaria (su cui, v. per tutti, A. Cellotto, *Legge comunitaria*, in *EG*, 1995), nonché nella fase di formazione del diritto comunitario con l'accentuazione dei doveri informativi del Governo (art. 2, comma 3 e art. 7, *contra* S. Bartole, *Novità e problemi applicativi del disegno di legge La Pergola per l'attuazione delle direttive comunitarie,* in *Foro it.*, 1988, IV, p. 494 ss. per il quale si tratterebbe di un controllo delle forme attuative). Inoltre, la suddetta legge introduce un più ampio esercizio della funzione regolamentare nell'attuazione del diritto comunitario (cfr. A. Tizzano, *Note introduttive della "legge La Pergola", ivi*, IV, 1989, p. 321) ed il rafforzamento delle competenze regionali di esecuzione degli atti normativi comunitari, seppur distinguendo tra Regioni a Statuto speciale e Regioni a Statuto ordinario. È inutile dire che gli entusiasmi sottesi all'emanazione della legge non hanno consentito di superare alcuni suoi limiti (v. A. Tizzano, *I meccanismi della "legge La Pergola": una radiografia dei problemi di funzionamento*, *ivi*, V, 1999, p. 303 ss.) oltre al fatto che rispetto ad un'iniziale funzionamento del meccanismo predisposto dalla legge La Pergola (cfr. E. Cannizzaro, *La legge comunitaria per il 1990 e il disegno di legge per il 1991*, *ivi*, 1991, V, p. 337 ss.) si sono verificate diverse devianze dal modello delineato.

[78] Come è noto, la legge La Pergola è stata oggetto di modifiche parziali, ma sostanziali da parte delle successive leggi comunitarie annuali secondo tre direttrici fondamentali: 1) valorizzazione del Parlamento tanto nella fase discendente, quanto in quella ascendente attraverso l'art. 13

indispensabile una più coraggiosa iniziativa revisionistica collocata a livello della Costituzione in senso formale.

È esattamente quanto è accaduto con la l. cost. 18 ottobre 2001, n. 3 (in *GURI* n. 248 del 24 ottobre 2001), che ha, notoriamente, determinato una "riorganizzazione territoriale" dei poteri di governo nel riparto di competenze tra lo Stato e le Regioni chiamate adesso dalla Costituzione a partecipare alle decisioni dirette alla formazione degli atti normativi comunitari (c.d. fase ascendente) ed a provvedere all'attuazione ed all'esecuzione del diritto comunitario (c.d. fase discendente). Così come ha esplicitato la subordinazione della potestà legislativa statale e regionale al rispetto "(…) dei vincoli derivanti dall'ordinamento comunitario" (art. 3 l. cost. n. 3/01, che ha modificato l'art. 117 Cost.). Tale processo di revisione costituzionale è passato attraverso l'attuazione della legge 5 giugno 2003, n. 131, c.d. Legge La Loggia, (in *GURI* n. 132 del 10 giugno 2003) che, in particolare, all'art. 5 ha dato attuazione alla partecipazione delle regioni in materia comunitaria sancendo un potere di "ricorso indiretto" alla Corte di giustizia comunitaria[79].

A seguito della legge costituzionale 3/2001 risultava inevitabile una riforma organica della disciplina sulla partecipazione al processo formativo ed attuativo del diritto comunitario della Repubblica italiana (costituita da Comuni, Province, Città metropolitane, Regioni e Stato ai sensi del nuovo art. 114 Cost., come modificato dall'art. 1 della l. cost. 3/01), privilegiando il livello della c.d. democrazia di "base". Analogamente, dalla espressa indicazione di una fase ascendente e discendente del processo normativo comunitario, risultava necessario un

---

della legge 24 aprile 1998, n. 128 (legge comunitaria 1995-1997) e l'art. 10 della legge 5 febbraio 1999, n. 25 (legge comunitaria 1998); 2) definizione di un ruolo più significativo delle Regioni grazie all'art. 13 della già citata l. 128/1998 che ha consentito anche alle Regioni a statuto ordinario, nelle materie di competenza concorrente, di dare attuazione immediata alle direttive comunitarie; 3) rafforzamento degli strumenti correlati alla legge comunitaria ai sensi della legge 29 dicembre 2000, n. 422 (legge comunitaria 2000) che ha consentito alle Regioni di dare esecuzione alle direttive comunitarie anche in via amministrativa attraverso l'adozione di regolamenti. A ciò si aggiunge, inoltre, la previsione (l. 25/99) che la relazione al disegno di legge comunitaria sulla conformità dell'ordinamento italiano a quello comunitario deve dar conto anche della giurisprudenza della Corte di giustizia.

[79] Invero, la l. cost. n. 3/01, allo stesso tempo, conclude un ulteriore periodo iniziato negli anni '90 e caratterizzato da diverse predisposizioni normative dirette ad una progressiva dislocazione delle funzioni dello Stato, ma apre quello dell'attualità costituzionale attraverso la riforma del Titolo V, Parte seconda della Costituzione con evidenti riflessi, sia sull'organizzazione costituzionale dei poteri (cfr. tra gli altri, U. Leanza, *Le Regioni nei rapporti internazionali e con l'Unione europea a seguito della riforma del Titolo V della Costituzione*, in *CI*, 2003, p. 211 ss.; F. Mucci, *«Potere estero», diritto internazionale e riforma del Titolo V della Costituzione*, in A. D'Atena, P. Grossi, *Diritto, diritti e autonomia tra Unione europea e riforme costituzionali*, Milano, 2003, p. 45 ss.; E. Sciso, *I "nuovi" poteri esterni delle regioni*, in *CI*, 2004, p. 659 ss.; U. Villani, *I rapporti delle regioni con l'Unione europea*, in M. Buquicchio (a cura di), *Studi sui rapporti internazionali e comunitari delle Regioni*, Bari, 2004, p. 39 ss.; L. Daniele (a cura di), *Regioni e Autonomie territoriali nel diritto internazionale ed europeo*, Napoli, 2006), sia sul rapporto tra le fonti (cfr., per tutti, B. Conforti, *Sulle recenti modifiche della Costituzione italiana in tema di rispetto degli obblighi internazionali e comunitari*, in *Foro It.*, 2002, V, p. 229).

"riequilibrio democratico" delle due fasi. Ciò ha condotto all'abrogazione della Legge La Pergola, sostituita dalla legge 4 febbraio 2005, n. 11, c.d. legge Buttiglione che ha bilanciato il rapporto tra partecipazione ed esecuzione, in quanto finalizzata a disciplinare "il processo di formazione della posizione italiana nella predisposizione degli atti comunitari e dell'Unione ed a garantire l'adempimento degli obblighi derivanti dall'appartenenza dell'Italia all'Unione europea" (art. 1)[80].

In definitiva, siffatta legge ha confermato la linea delle scelte legislative verso la "democratizzazione" dal basso attraverso l'ampliamento dei soggetti istituzionali chiamati a partecipare al processo di formazione delle decisioni comunitarie e dell'Unione europea, nonché attraverso l'introduzione della riserva di esame parlamentare (art. 4). Il tutto sulla base dei principi di sussidiarietà, proporzionalità, efficienza, trasparenza e partecipazione democratica (art. 1) che confermano come il processo di integrazione europea si regge sulla base di un valore condiviso e unificante di "comunicabilità" all'interno del complessivo sistema mirato all'eliminazione reciproca delle "deficienze" più volte evidenziate.

[80] In questo senso, la legge 11/05, recante "Norme generali sulla partecipazione dell'Italia al processo normativo dell'Unione europea e sulle procedure di esecuzione degli obblighi comunitari" (in G.U. n. 37 del 15 febbraio 2005), che ha espressamente previsto, all'art. 22, l'abrogazione della l. 9 marzo 1989, n. 86 e successive modificazioni, appare organicamente equilibrata tra fase ascendente e fase discendente. Gli articoli, infatti, da 1 a 7 riguardano espressamente la partecipazione degli organi nazionali alle decisioni dirette alla formazione delle norme comunitarie, includendo anche le Regioni e le Province autonome (art. 5), gli enti locali (art. 6), le parti sociali e le categorie produttive (art. 7), mentre gli articoli da 8 a 18 riguardano invece la legge comunitaria e gli altri meccanismi di attuazione delle norme comunitarie. Inoltre la legge ha introdotto anche l'attuazione degli obblighi che conseguono all'emanazione di decisioni-quadro e di decisioni adottate nell'ambito della cooperazione di polizia e giudiziaria in materia penale (art. 1, comma 2, lett. c)). Per il testo della legge ed i relativi commenti, v. *Guida al diritto,* 5 marzo 2005, n. 9.

Note e Commenti

Gianpaolo Maria Ruotolo

Gioco, diritto, diritto al gioco: libertà fondamentali dell'ordinamento comunitario e disciplina delle scommesse in Italia

Perché il gioco dovrebbe essere peggiore di qualsiasi altro mezzo per far quattrini come, per esempio, del commercio? Vero è che, su cento, uno solo vince, ma come avrebbe potuto interessarmi questo dettaglio, se mi sentivo predestinato a vincere?
(F. Dostoevskij, *Il Giocatore*, Milano, 1985, p. 15)

Sommario: 1. La progressiva rilevanza internazionale dei servizi di raccolta delle scommesse. – 2. Il recente orientamento del Consiglio di Stato sulla proroga delle concessioni nell'ordinamento italiano e i principi generali di diritto comunitario come parametro di legittimità dell'azione amministrativa. – 3. La sentenza *Placanica* della Corte di giustizia comunitaria. – 4. Il regime giuridico delle scommesse in Italia tra concessioni, autorizzazioni e norme penali incriminatici. – 5. Il *gambling* nell'ordinamento comunitario e il mercato unico delle scommesse. – 6. Il *proportionality test* delle misure nazionali restrittive delle libertà fondamentali come strumento di verifica complessiva del rispetto dei principi generali del diritto comunitario e la giurisprudenza *post Placanica*.

1. Il gioco, come espressione peculiare delle abilità dell'uomo[1], è un fenomeno che può assumere caratteristiche differenti a seconda degli obiettivi che i partecipanti allo stesso si prefiggono: si distinguono così il gioco per il puro piacere ludico[2], le competizioni sportive, in cui i partecipanti desiderano primeggiare sugli altri concorrenti per dimostrare la loro superiorità atletica, le forme di gioco che comportano un vantaggio economico per il vincitore[3]. In quest'ultimo caso, quando è svolto in esclusiva funzione della vincita di somme di

1 Sul tema v. J. Huizinga, *Homo ludens*, Torino, 1973, p. 8, per il quale addirittura la cultura stessa, "nelle sue fasi originarie, porta il carattere di un gioco".

2 Sul "gioco per il gioco" come strumento per incanalare l'aggressività si veda R. Fine, *La psicologia del giocatore di scacchi*, Milano, 1976, *passim*.

3 G. Lavanco, M. Croce, T. Lo Re, L. Varveri, R. Zerbetto, *Psicologia del gioco d'azzardo*, Milano, 2001, *passim*. Per una interessante analisi parallela di alcuni profili giuridici del gioco sportivo e di quello d'azzardo si veda A. Di Martino, *Giuoco corrotto, giuoco corruttore: due*

denaro, il gioco diviene generalmente "d'azzardo", caratterizzandosi cioè per il fatto che il risultato della giocata è legato essenzialmente all'esito di un evento del tutto casuale.

Evidentemente gli ordinamenti nazionali non possono disinteressarsi di queste ultime tipologie di gioco, che producono implicazioni di natura giuridica[4]: si pensi, ad esempio, alla necessità di disciplinarne le conseguenze sui patrimoni dei partecipanti, oppure, in considerazione dei rischi connessi alla c.d. ludopatia[5], di tutelare la loro salute psico-fisica.

La massiccia espansione di Internet verificatasi a partire dalla seconda metà degli anni Novanta ha peraltro favorito la promozione e una più capillare diffusione di giochi d'azzardo e scommesse da parte delle imprese di *bookmaking*, consentendo a queste ultime di aumentare i loro introiti soprattutto grazie alla possibilità di accettazione delle giocate c.d. transfrontaliere, effettuate cioè da giocatori stabiliti in Stati diversi rispetto a quello dell'allibratore. Ciò ha sollevato problemi di disciplina giuridica fino a quel momento del tutto inediti per il settore e in genere legati all'assenza di discipline statali che tenessero opportunamente in conto, da un lato le esigenze di liberalizzazione internazionale espresse dalle *lobbies* degli operatori del settore, e, dall'altro, la necessità di tutelare l'ordine pubblico e i soggetti più deboli.

A causa di tali problemi gli ordinamenti dei Paesi industrializzati stanno vivendo, nel settore in esame, fasi di incertezza che hanno prodotto implicazioni anche nell'ordinamento internazionale: l'Organizzazione per la cooperazione e lo sviluppo economico (OECD) ha così di recente riconosciuto la crescente rilevanza economica del gioco, che lo rende particolarmente appetibile per gli operatori privati, nonché la peculiare complessità delle questioni giuridiche ad esso connesse[6]. A conferma delle difficoltà di raggiungere orientamenti uniformi in

---

*problemi penali dell'*homo ludens, in *Scritti in onore di Antonio Cristiani – Omaggio della Facoltà di Giurisprudenza dell'Università di Pisa*, Torino, 2001, p. 239 ss.

4 Va detto come anche il gioco sportivo, la cui analisi esula però dal presente lavoro, sia ormai caratterizzato da una diffusa regolamentazione giuridica. Per la prospettiva internazionalistica si vedano, per tutti, E. Greppi, M. Vellano (a cura di), *Diritto internazionale dello sport*, Torino, 2005.

5 Viene così definita la dipendenza dal gioco d'azzardo, negli ultimi anni in forte crescita. Una lettura patologica del gioco d'azzardo risale agli inizi del XX secolo; tuttavia solo nel 1980 il medesimo è stato riconosciuto come autonomo disturbo psicopatologico e inserito fra le malattie legate al mancato controllo degli impulsi. Per limitarci ai dati raccolti in Italia, si stima siano oltre 35 milioni gli italiani che scommettono regolarmente e quasi un milione quelli che manifestano problemi di dipendenza, con le donne che rappresentano oltre il 50% dei malati di gioco. L'Italia, peraltro, si conferma il Paese europeo che spende di più per scommesse e lotterie in rapporto al reddito *pro capite*: 270 euro annui, contro i 230 della Spagna e i 151 del Regno Unito. Il giro d'affari annuo è di oltre 1.750 milioni di euro e ha fatto registrare un aumento negli ultimi due anni di più del 25% (dati Eurispes 2005).

6 Per un'ampia disamina dei vari profili giuridico-economici collegati al *gambling*, si veda il rapporto redatto dal Working Party on the Information Economy intitolato "Digital Broadband Content: Mobile Content New Content For New Platforms" (doc. DSTI/ICCP/IE(2004)14/FINAL del 3 maggio 2005, reperibile *on line* all'indirizzo www.oecd.org), ove, a p. 50, si afferma che

materia, basti segnalare, ad esempio, come una recente decisione adottata dagli organi contenziosi dell'Organizzazione mondiale del commercio (OMC) – che hanno dichiarato alcune misure nazionali statunitensi incompatibili con gli obblighi internazionali in materia di liberalizzazione dei servizi di raccolta delle scommesse – abbia offerto l'occasione per numerose critiche da parte di molti Stati membri e della dottrina[7].

Dal generale atteggiamento di resistenza all'apertura dei mercati nazionali delle scommesse alla concorrenza internazionale non si discostano neppure i Paesi membri dell'Unione europea[8]: basti pensare a come, nel 2004, i governi di Finlandia, Danimarca e Svezia abbiano deciso di non rilasciare agli operatori stranieri alcuna licenza per la raccolta di scommesse sul proprio territorio[9], riservando tale attività alle sole società nazionali[10], nonché alla recente pronuncia del

"significant market opportunities also seem to exist in the case of gambling. For example, in the United Kingdom, where gambling laws are more relaxed than for example in the United States, mobile gambling is developing rapidly. As with the Internet, gambling and adult entertainment services have proven popular on mobile devices through some mobile operator portals. Mobile gambling involves the ability of a user to bet money. Manufacturers are also exploring mobile betting capabilities. Sporting events present likely candidates for mobile gambling. Both mobile gambling and adult entertainment implicate a variety of government policies and regulations targeted to protection of minors and restrictions on gambling".

7 La controversia, promossa da Antigua e Barbuda, è stata decisa con il rapporto dell'Organo d'appello dell'Organizzazione mondiale del commercio del 7 aprile 2005, WT/DS285/ABR *United States – Measures affecting the cross-border supply of gambling and betting services*, reperibile *on line* in www.wto.org. Sia consentito al riguardo un rinvio a G. M. Ruotolo, *La disciplina delle scommesse* on-line *negli Stati Uniti e nella Comunità europea alla luce delle recenti pronunce dell'Organizzazione mondiale del commercio*, in *DPCE*, 2006, p. 434 ss. *Adde*, da ultimo, P. Delimatsis, *Don't Gamble with GATS – The Interaction Between Articles VI, XVI, XVII and XVIII GATS in the Light of the* US – Gambling *Case*, in *JWT*, 2006, p. 1059 ss. Segnaliamo che, di recente, gli organi contenziosi OMC sono tornati sulla questione, aditi nuovamente da Antigua la quale, lamentando la mancata ottemperanza statunitense ai *dicta* dell'Organo d'appello, ha agito ai sensi dell'art. 21, par. 5 dell'Intesa sulla soluzione delle controversie dell'OMC, che consente di pretendere la corretta esecuzione, da parte del soccombente in un procedimento contenzioso, delle decisioni ivi assunte. Il relativo rapporto, doc. WT/DS285/RW, depositato il 30 marzo 2007 e adottato dall'Organo di soluzione delle controversie (*Dispute settlement body*, DSB) il 22 maggio 2007 conferma che, a tutt'oggi, la legislazione statunitense non è compatibile con le norme dell'Accordo generale sugli scambi di servizi (GATS) dell'OMC. Pochi giorni dopo l'adozione di quest'ultimo rapporto gli Stati Uniti, peraltro, hanno dichiarato che intendono modificare gli impegni specifici già assunti in seno all'OMC, al fine di escludervi proprio il settore del *gambling*. In generale sul sistema multilaterale degli scambi di servizi e, in particolare, sul meccanismo degli impegni specifici nel GATS si vedano, per tutti, P. Picone, A. Ligustro, *Diritto dell'Organizzazione mondiale del commercio*, Padova, 2002, p. 361 ss.

8 Per una comparazione tra i regimi giuridici delle scommesse nei vari Paesi dell'UE si veda lo studio condotto dallo Swiss Institute of Comparative Law, *Study of Gambling Services in the Internal Market of the European Union*, reperibile *on line* all'indirizzo www.isdc.ch.

9 Specificamente sul punto si veda B. Mitrovic, *The Swedish Gambling Monopoly in Perspective of EC-Law, Department of Law – School of Economics and Commercial Law – Gotenburg University*, December 2005, reperibile *on line* all'indirizzo www.handels.gu.se.

10 Va però detto che una Corte finlandese, la *District Court of Arnhem*, ha dichiarato la riserva a favore degli operatori nazionali incompatibile con gli obblighi di diritto comunitario: cfr. la de-

Tribunal de Grande Instance de Paris che, in seguito ad un ricorso governativo, ha ingiunto agli operatori stranieri di cessare ogni attività di raccolta in Francia delle scommesse sulle corse ippiche che vi si svolgono[11], e, da ultimo, al progetto di legge federale tedesca, che prevede una riserva statale in materia di scommesse[12].

Anche la disciplina prevista in Italia per i giochi d'azzardo impone numerose restrizioni all'attività di raccolta delle scommesse sia *on line* sia *land-based*[13] da parte degli operatori stranieri, molti dei quali ne hanno infatti a più riprese lamentato dinanzi ai giudici italiani l'incompatibilità con le libertà fondamentali riconosciute dal diritto comunitario, contribuendo così alla creazione di un *corpus* giurisprudenziale eterogeneo che impone un approfondimento delle questioni giuridiche sottese.

L'occasione per un riesame complessivo del regime esistente in Italia in materia di scommesse e gioco d'azzardo ci viene offerta da una serie di sentenze di giudici sia interni sia internazionali che, a vario titolo, si sono pronunciati in merito alla compatibilità del medesimo con il diritto comunitario.

---

cisione interlocutoria del 2 giugno 2004, reperibile *on line* all'indirizzo www.gamblinglicenses.com.

[11] Si veda al riguardo la decisione del 2 novembre 2005, successivamente confermata dalla *Cour d'appel de Paris* con la sentenza del 4 gennaio 2006; cfr. T. Verbiest, *Paris hippiques en ligne: la Cour d'appel de Paris confirme la condamnation de Zeturf*, in *Droit et Nouvelles Technologies*, reperibile *on line* all'indirizzo www.droit-technologie.org. Per una analisi del sistema regolatorio del *gambling* in Francia si veda T. Verbiest, *French and Belgian Views of the European Gambling Regulation*, in A. Littler, C. Fijnaut (eds.), *The Regulation of Gambling – European and National Perspectives*, Leiden-Boston, 2007, p. 127 ss.

[12] Facendo seguito ad una decisione del 28 marzo 2006 (1 BvR 1054/01, reperibile *on line* all'indirizzo www.bundesverfassungsgericht.de), in cui la Corte costituzionale federale ha dichiarato incostituzionale il monopolio statale previsto dalla previgente disciplina delle lotterie (*Lotteriestaatsvertrag)*, la conferenza dei capi dei Länder (*Ministerpräsidentenkonferenz*) riunitasi il 13 dicembre 2006 ha approvato la bozza di un nuovo testo di legge (*Glücksspielstaatsvertrag*) che dovrebbe disciplinare non solo le lotterie nazionali, ma anche il gioco d'azzardo nel suo complesso, con particolare riguardo alle scommesse su eventi sportivi. Il progetto fa però salvo il monopolio statale nel *gambling* almeno fino al 2011, con la possibilità di prevederne addirittura un ulteriore prolungamento, subordinato al voto favorevole di almeno 13 Länder. La legge, che sostanzialmente conferma l'approccio protezionistico stigmatizzato invece dal *Bundesverfassungsgericht*, dovrebbe entrare in vigore il 1° gennaio 2008, a condizione di essere ratificata da almeno 13 dei 16 Stati federati entro il 31 dicembre 2007. Ad un primo esame non pare che il testo proposto sia compatibile con l'approccio adottato dalla Corte di giustizia in materia di misure nazionali restrittive delle libertà fondamentali, che esamineremo nel prosieguo.

[13] La raccolta *on line* di scommesse avviene per il tramite di mezzi di comunicazione, come ad esempio Internet o il telefono, tra soggetti che, quindi, potrebbero essere anche stabiliti in ordinamenti diversi, con tutti i problemi giuridici, anche di diritto internazionale privato, che ciò potrebbe comportare; per i profili internazionalprivatistici, che esulano dalla presente trattazione, cfr. A. Bonomi, *Litigation Arising from the Non-Payment of E-Gambling Debts*, in AA. VV., *Publications de l'Institut suisse de droit comparé, Cross-Border Gambling on the Internet, Challenging National and International Law*, Zurigo-Basilea-Ginevra, 2004, p. 181 ss. La modalità *land-based* si verifica invece tra persone che entrano in contatto diretto tra loro sul territorio di uno Stato.

2. La nostra analisi prende le mosse da una recente pronuncia del Consiglio di Stato che ha ritenuto illegittima la proroga delle concessioni già rilasciate dal Governo italiano per la raccolta delle giocate relative al concorso-pronostico "Enalotto"[14]. La decisione del Consiglio di Stato originava da un ricorso in appello – presentato dalla *Stanley Betting Ltd.*, uno dei maggiori *bookmaker* inglesi, autorizzato alla raccolta di scommesse nel Regno Unito ai sensi del *Betting Gaming and Lotteries Act* del 1963[15] – avverso una sentenza del Tribunale amministrativo regionale del Lazio, per l'annullamento del comunicato (*rectius*: della delibera alla quale il comunicato faceva riferimento) con il quale l'Amministrazione autonoma dei Monopoli di Stato (AAMS) aveva provveduto a prorogare la concessione relativa al concorso pronostici "Enalotto" precedentemente rilasciata alla SISAL[16]. Il T.A.R. Lazio, adito in prime cure, aveva dichiarato il ricorso inammissibile e, anche se solo in un *obiter dictum*, aveva fatto intendere di ritenerlo comunque infondato[17].

È il caso di ricordare che l'AAMS costituisce il ramo del Ministero dell'economia e delle finanze che, pur conservando alcuni dei compiti di cui è tradizionalmente titolare in merito alla commercializzazione dei prodotti derivanti dalla

---

14 Consiglio di Stato, sez. IV, 5 dicembre 2006, n. 7113, reperibile *on line* all'indirizzo www.giustizia-amministrativa.it.

15 *Betting, Gaming and Lotteries Act 1963*, Ch. 2, s. 1 (Eng.), adottato "to consolidate certain enactments relating to betting, gaming, lotteries and connected matters" e successivamente sostituito dal *Gambling Act 2005*, s 356(3)(f), (4), Sch 17. Ricordiamo che, ai sensi della legislazione vigente nel Regno Unito, l'attività di *bookmaking* è subordinata al rilascio di un'autorizzazione da parte del *Betting Licensing Commitee* territorialmente competente, oltre che di una licenza per aprire agenzie di scommesse (così che, in definitiva, nel Regno Unito, il controllo pubblico riguarda sia l'aspetto soggettivo, cioè l'idoneità professionale e morale dei *bookmaker*, sia quello oggettivo, in relazione all'idoneità dei locali sotto i profili di ordine pubblico e congruità dei punti di accettazione rispetto alla domanda diffusa sul territorio). In dottrina, per una analisi del sistema normativo che disciplina la raccolta di scommesse nel Regno Unito e dei suoi rapporti con il diritto comunitario si veda D. Miers, *A British View of European Gambling Regulation*, in A. Littler, C. Fijnaut (eds.), *op. cit.*, p. 81 ss.

16 La SISAL S.p.a. è un'azienda privata italiana che, da oltre cinquant'anni, opera in Italia nel campo della gestione di giochi e scommesse; si tratta della società che nel 1946 ha dato vita in Italia al mercato moderno dei giochi, con il concorso a pronostici sulle partite di calcio "schedina Sisal", poi divenuta "Totocalcio" e che successivamente, nel 1948, ha inventato il "Totip", concorso a pronostici collegato alle gare ippiche. Attualmente l'attività della società, oligopolista sul mercato italiano, copre il ciclo completo delle operazioni necessarie alla raccolta delle scommesse, dall'organizzazione dell'attività commerciale e tecnologica alla gestione amministrativa e finanziaria dei giochi. È interessante sottolineare come la società sia attualmente soggetta al controllo di Giochi Holding S.p.a., che è a sua volta posseduta per il 97% da fondi di *private equity.* Ricordiamo che il *private equity* è uno strumento di finanziamento mediante il quale un investitore apporta nuovi capitali all'interno di una società *target*, in genere non quotata in Borsa, che gli garantisce un'elevata capacità di generare flussi di cassa costanti e altamente prevedibili. Le caratteristiche descritte rendono particolarmente difficoltosa la ricostruzione degli assetti proprietari delle società così finanziate. In dottrina si vedano S. Caselli, S. Gatti, *Venture Capital. A Euro-System Approach*, Berlin-New York, 2005, II ed.

17 T.A.R. Lazio, sez. II, 26 luglio 2005, n. 5943, reperibile *on line* sul sito www.giustizia-amministrativa.it.

lavorazione del tabacco, alla luce di recenti modifiche normative ha assunto soprattutto la competenza a regolare e controllare il comparto del gioco pubblico[18]; a tali fini l'Amministrazione ha sia il compito di disegnare le linee-guida per lo sviluppo del settore, sia quello di procedere alla verifica della regolarità del comportamento degli operatori e, quindi, del rispetto delle disposizioni nazionali pertinenti al fine di contrastare ogni fenomeno illegale e agire per garantire il gettito erariale.

La società ricorrente chiedeva quindi al supremo organo di giustizia amministrativa di accertare la violazione dell'obbligo gravante sull'Italia di indire una procedura aperta di gara per l'individuazione del gestore del gioco, definito ai sensi dell'art. 23 del D.P.R. 581/1951[19], e invocava a tal fine l'avvenuta violazione e la falsa applicazione dei principi costituzionali di imparzialità e buon andamento della pubblica amministrazione, nonché dei principi comunitari di non discriminazione e di parità di trattamento nell'affidamento dei pubblici servizi, dell'obbligo di trasparenza e del principio di proporzionalità oltre che, ancora, di alcune disposizioni a tutela della concorrenza.

Più in dettaglio, la ricorrente sosteneva che l'atto di proroga avesse violato l'art. 43 TCE, relativo al diritto di stabilimento[20], l'art. 49 TCE sulla libera pre-

---

[18] L'art. 4 del D. l. 8 luglio 2002, n. 183, poi convertito in legge con modificazioni dall'art. 1 della l. 8 agosto 2002, n. 178, *GURI* n. 187, 10 agosto 2002, S.O., prevede che "al fine di assicurare la gestione unitaria prevista dall'articolo 12 della legge 18 ottobre 2001, n. 383, nonché di eliminare sovrapposizioni di competenze, di razionalizzare i sistemi informatici esistenti e di ottimizzare il gettito erariale, l'Amministrazione autonoma dei monopoli di Stato svolge tutte le funzioni in materia di organizzazione ed esercizio dei giochi, scommesse e concorsi pronostici"; in particolare il succitato art. 12 prevede la riorganizzazione delle funzioni statali in materia di gestione dei giochi, delle scommesse e dei concorsi a premi, e soprattutto l'eliminazione di duplicazioni e sovrapposizione di competenze, con attribuzione delle predette funzioni ad una struttura unitaria, "al fine di ottimizzare il gettito erariale derivante dal settore". Evidentemente, quindi, funzione precipua del monopolio statale italiano nel settore del *gambling* risulta essere la massimizzazione dei vantaggi per le finanze pubbliche. In merito alle conseguenze giuridiche di questa considerazione si rinvia *infra*, al par. 3.

[19] L'art. 23 del D.P.R. 18 aprile 1951, n. 581 (Norme regolamentari per l'applicazione e l'esecuzione del D. lgs. 14 aprile 1948, n. 496, sulla disciplina delle attività di giuoco), *GURI* n. 173, 31 luglio 1951, prevede che "deve intendersi per gestore la persona fisica o giuridica che provvede con propria organizzazione allo svolgimento delle operazioni del giuoco o del concorso. Acquistano la qualifica di gestori lo Stato e gli enti indicati nel decreto legislativo 14 aprile 1948, n. 496, se assumono direttamente l'organizzazione e l'esercizio delle attività di giuoco". Ricordiamo anche che il D. lgs. da ultimo citato, *GURI* n. 118, 22 maggio 1948, all'art. 1 prevede che "l'organizzazione e l'esercizio di giuochi di abilità e di concorsi pronostici, per i quali si corrisponda una ricompensa di qualsiasi natura e per la cui partecipazione sia richiesto il pagamento di una posta in denaro, sono riservati allo Stato", facendo però nel contempo salva, ai sensi del successivo art. 6 la competenza del Comitato olimpico nazionale italiano (CONI) e dell'Unione nazionale incremento razze equine (UNIRE) a raccogliere le scommesse "connesse con manifestazioni sportive organizzate o svolte" sotto il loro controllo.

[20] Inserito nel titolo III (Libera circolazione delle persone, dei servizi e dei capitali), nel capo 2 relativo al diritto di stabilimento, l'art. 43 TCE prevede che "nel quadro delle disposizioni che seguono, le restrizioni alla libertà di stabilimento dei cittadini di uno Stato membro nel territorio di un altro Stato membro vengono vietate. Tale divieto si estende altresì alle restrizioni relative

stazione dei servizi[21] e l'art. 86 TCE, che riguarda le imprese pubbliche o titolari di diritti speciali od esclusivi[22] in relazione al quale affermava l'inapplicabilità dell'ipotesi derogatoria prevista al 2° comma dello stesso articolo[23].

L'Avvocatura dello Stato asseriva invece la piena legittimità della proroga dal momento che l'aggio richiesto dalla SISAL per l'espletamento dei servizi concessi sarebbe stato tra i più bassi d'Europa, e quindi particolarmente conveniente per lo Stato italiano, e gli eventuali altri concorrenti non sarebbero stati in grado di garantire condizioni di raccolta equiparabili a quelle offerte dalla SISAL stessa, che, sempre secondo le posizioni della difesa dello Stato, poteva godere di un apparato di accettazione delle scommesse ben radicato sul territorio nazionale[24]; inoltre, l'Avvocatura affermava la prevalenza di un interesse pubblico al mantenimento dello *status quo ante* – e quindi alla proroga – legato all'esigenza di salvaguardare il gettito erariale oltre che l'esistenza, in materia di scommesse, di una riserva esclusiva a favore dello Stato tale da giustificare addi-

---

all'apertura di agenzie, succursali o filiali, da parte dei cittadini di uno Stato membro stabiliti sul territorio di un altro Stato membro. La libertà di stabilimento importa l'accesso alle attività non salariate e al loro esercizio, nonché la costituzione e la gestione di imprese e in particolare di società ai sensi dell'articolo 48, secondo comma, alle condizioni definite dalla legislazione del paese di stabilimento nei confronti dei propri cittadini, fatte salve le disposizioni del capo relativo ai capitali".

21 L'art. 49 TCE, che apre il capo 3 del titolo III, relativo ai servizi, prevede che "nel quadro delle disposizioni seguenti, le restrizioni alla libera prestazione dei servizi all'interno della Comunità sono vietate nei confronti dei cittadini degli Stati membri stabiliti in un paese della Comunità che non sia quello del destinatario della prestazione. Il Consiglio, deliberando a maggioranza qualificata su proposta della Commissione, può estendere il beneficio delle disposizioni del presente capo ai prestatori di servizi, cittadini di un paese terzo e stabiliti all'interno della Comunità".

22 L'art. 86 TCE, che rientra nel titolo VI del TCE, il quale contiene le "norme comuni sulla concorrenza, sulla fiscalità e sul ravvicinamento delle legislazioni" e al capo I, sezione prima, le regole di concorrenza applicabili alle imprese, prevede che "gli Stati membri non emanano né mantengono, nei confronti delle imprese pubbliche e delle imprese cui riconoscono diritti speciali o esclusivi, alcuna misura contraria alle norme del presente trattato, specialmente a quelle contemplate dagli articoli 12 e da 81 a 89 inclusi".

23 "Le imprese incaricate della gestione di servizi di interesse economico generale o aventi carattere di monopolio fiscale sono sottoposte alle norme del presente trattato, e in particolare alle regole di concorrenza, nei limiti in cui l'applicazione di tali norme non osti all'adempimento, in linea di diritto e di fatto, della specifica missione loro affidata. Lo sviluppo degli scambi non deve essere compromesso in misura contraria agli interessi della Comunità".

24 In pratica il Governo italiano, seppur non esplicitamente, ammetteva l'esistenza di una barriera all'ingresso sul mercato della raccolta delle giocate dell'Enalotto; sul concetto, particolarmente sviluppato nel diritto comunitario *antitrust*, di barriera all'ingresso di un mercato, si vedano, da ultimo, la sentenza del Tribunale di primo grado del 2 maggio 2006, causa T-328/03, *O2 (Germany) Gmbh & Co. OHG c. Commissione*, nonché la comunicazione della Commissione al Consiglio e al Parlamento europeo COM/2002/0610 def., Un ambiente migliore per le imprese, SEC (2002) 1212 e il rapporto dell'Organisation for Economic Co-operation and Development, *Antitrust and Market Access: The Scope and Coverage of Competition Laws and Implications for Trade*, Paris, 1996.

rittura la "disapplicazione" delle norme comunitarie relative alla libera circolazione dei servizi e al diritto di stabilimento[25].

Il Consiglio di Stato, ritenendo fondate le doglianze della ricorrente, ha riformato integralmente la sentenza di primo grado e, dopo aver dichiarato il ricorso ammissibile e disatteso tutte le difese erariali, ritenute in contrasto addirittura con "i principi cardine del nostro ordinamento", ha annullato la proroga della concessione rilasciata in favore della SISAL.

Secondo i giudici di Palazzo Spada, che nelle motivazioni hanno anche tenuto in considerazione il regime comunitario degli appalti pubblici[26], nella fase di scelta del soggetto al quale rilasciare concessioni lo Stato italiano sarebbe tenuto a rispettare i principi comunitari di non discriminazione, di parità di trattamento, di mutuo riconoscimento e di proporzionalità come risultanti dalla costante giurisprudenza della Corte di giustizia, e a garantire così una trasparente procedura di aggiudicazione.

Ricordiamo come, sebbene la decisione non vi faccia esplicito riferimento, l'utilizzazione dei principi generali di diritto comunitario[27] come parametro di legittimità dell'operato della pubblica amministrazione sia finalmente consentita al giudice italiano da una recente modifica dell'art. 1 della l. 241/1990[28], che fa oggi riferimento proprio ai suddetti "principi dell'ordinamento comunitario" come a quelli che determinano le modalità di esercizio dell'attività amministrativa[29]. Il richiamo in parola, che costituisce un procedimento normativo mediante

---

25 Curioso notare come a tal fine la difesa erariale avesse invocato l'art. 1 del D. lgs. n. 496/1948, cit., il quale prevede che "l'organizzazione e l'esercizio di giuochi di abilità e di concorsi pronostici, per i quali si corrisponda una ricompensa di qualsiasi natura e per la cui partecipazione sia richiesto il pagamento di una posta in denaro, sono riservati allo Stato". Evidentemente, però, il fine di questa norma, stilata addirittura prima dell'istituzione delle Comunità europee, è quello di impedire l'esercizio *privato* di giochi siffatti e non già quello di attribuire in materia una competenza esclusiva statale nel senso di escludere aprioristicamente ogni possibile competenza comunitaria.

26 In particolare la decisione richiama la direttiva 92/50/CEE del Consiglio del 18 giugno 1992 che coordina le procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di servizi, *GUCE* L 209, 24 luglio 1992, e la relativa Circolare della Presidenza del Consiglio dei Ministri del 6 giugno 2002 riguardante gli appalti pubblici nel settore dei servizi aventi un importo inferiore alla soglia di applicazione prevista dalla legislazione comunitaria, *GURI* n. 178, 31 luglio 2002. Per una disamina della direttiva 92/50, con particolare riguardo alle conseguenze su di essa prodotte dall'ingresso della CE nell'OMC si veda D. Del Vescovo, *Gli appalti pubblici nel diritto internazionale e comunitario*, Bari, 2006, p. 97.

27 Sulla categoria dei principi generali del diritto comunitario si vedano A. Adinolfi, *I principi generali nella giurisprudenza comunitaria e la loro influenza sugli ordinamenti degli Stati membri*, in *RIDPC*, 1994, p. 521 ss.; C. Marinelli, *I principi generali del diritto comunitario*, *ivi*, p. 957 ss.

28 Si veda la l. 11 febbraio 2005 n. 15, Modifiche ed integrazioni alla L. 7 agosto 1990, n. 241, concernenti norme generali sull'azione amministrativa, *GURI* n. 42, 21 febbraio 2005.

29 Cfr. V. Cerulli Irelli, *Osservazioni generali sulla legge di modifica della L. 241/90*, in *Giust. amm.*, 2005, p. 9 ss. E. Picozza, *La nuova legge sull'azione e sul procedimento amministrativo. Considerazioni generali. I principi di diritto comunitario e nazionale*, in *Cons. St.*, 2005, p. 1419 ss.

rinvio, impone così alla P.A. di rispettare i principi generali del diritto comunitario non già, come avveniva in precedenza, in quanto coincidenti con principi seguiti nell'ordinamento nazionale (come ad esempio, quello di imparzialità di cui all'art. 97 Cost.), ma in base alla loro natura comunitaria e alla luce dell'elaborazione fattane dalla Corte di giustizia. Il descritto procedimento di rinvio, quindi, ha prodotto un duplice effetto: da un lato, introducendo i principi generali di diritto comunitario nel novero di quelli la cui osservanza è esplicitamente imposta alla pubblica amministrazione dall'ordinamento italiano, ha contribuito ad incrementare il grado di conformità di quest'ultimo con il diritto comunitario e in particolare con la giurisprudenza della Corte, cui è in gran parte dovuta l'elaborazione dei principi in parola; dall'altro, ha elevato i medesimi a "cardine"[30] dell'ordinamento amministrativo italiano[31].

Come vedremo, tra i principi così recepiti ha assunto una importanza centrale quello di proporzionalità[32], che, sebbene già presente nel nostro ordinamento come una delle manifestazioni del principio di ragionevolezza dell'operato dei poteri pubblici[33], nell'elaborazione comunitaria si atteggia in modo particolare come strumento di tutela delle posizioni giuridiche dei privati contro invasioni dei poteri statali che non siano motivate da comprovate esigenze di natura pubblicistica.

3. La proroga delle concessioni di raccolta delle scommesse in Italia è stata oggetto di esame anche da parte della Corte di giustizia comunitaria nella sentenza *Placanica*[34], che si impone oggi come il *leading case* della materia che ci occupa.

La Corte era stata adita in via pregiudiziale dai Tribunali di Teramo e Larino i quali, ai sensi dell'art. 234 TCE, avevano chiesto di acclarare se il regime comunitario di libertà di stabilimento e di prestazione di servizi contemplasse la possibilità per gli Stati di derogarvi, seppur temporaneamente, mediante la conferma, o la mancata revoca, di concessioni per la raccolta di scommesse già

30 L'espressione è utilizzata dallo stesso Consiglio di Stato in un passaggio della sentenza.

31 È il caso di ricordare che l'art. 20, 8° comma, lett. c) della l. 15 marzo 1997 n. 59 (la c.d. legge "Bassanini", *GURI* n. 63, 17 marzo 1997) aveva già provveduto ad eliminare dall'ordinamento amministrativo italiano tutti i procedimenti "in contrasto con i principi generali dell'ordinamento giuridico nazionale o comunitario".

32 Il principio di proporzionalità, oggetto di una lunga elaborazione giurisprudenziale, risulta oggi formalizzato nell'art. 5 TCE, il cui 3° comma prevede che "l'azione della Comunità non va al di là di quanto necessario per il raggiungimento degli obiettivi del presente Trattato". Per una ricostruzione della giurisprudenza della Corte di giustizia si vedano M. C. Ciciriello, *Il principio di proporzionalità nel diritto comunitario*, Napoli, 1999; L. Daniele, *Diritto dell'Unione europea*, Milano, 2007, II ed., p. 310 ss.; P. P. Craig, *Administrative Law*, London, 2003, p. 625 ss. Più in generale si veda E. Cannizzaro, *Il principio di proporzionalità nell'ordinamento internazionale*, Milano, 2000.

33 Cfr. V. Cerulli Irelli, *op. cit.*, p. 10.

34 Sentenza 6 marzo 2007, cause riunite C-338/04, C-359/04 e C-360/04, *Procuratore della Repubblica contro Massimiliano Placanica, Christian Palazzese e Angelo Sorrichio*.

rilasciate in applicazione di norme interne poi dichiarate incompatibili col diritto comunitario.

I giudici remittenti, in particolare, facevano riferimento alle numerose restrizioni originariamente previste nell'ordinamento italiano in ordine alla partecipazione delle persone giuridiche alle procedure di assegnazione delle concessioni, partecipazione che era subordinata alla "trasparenza" degli aspiranti concessionari e in particolare alla possibilità di ricostruirne gli assetti proprietari: a tal fine, con riguardo alle società di capitali, era richiesto che le azioni aventi diritto di voto – di cui era vietato finanche il trasferimento mediante la mera girata – fossero intestate a persone fisiche, società in nome collettivo o in accomandita semplice[35]. Tali restrizioni venivano successivamente rimosse dall'art. 22, 11° comma della legge finanziaria per il 2003[36], che consente da allora a qualsiasi persona giuridica, senza alcuna limitazione quanto alla forma, di partecipare alle gare per l'attribuzione delle concessioni.

Se i requisiti previsti dalle norme abrogate avevano condotto alla totale esclusione delle imprese quotate in borsa dalle gare già svoltesi, in palese violazione di numerosi principi generali di diritto comunitario, neppure la modifica appena descritta era sufficiente a ricondurre l'ordinamento italiano nell'alveo della legalità comunitaria, a causa dell'avvenuta proroga, fino al 2011, delle concessioni già rilasciate in applicazione del precedente regime, il quale ha continuato così a condizionare fortemente l'effettività delle libertà fondamentali previste dal TCE. La previsione di un rinnovo automatico delle concessioni già rilasciate, in combinato disposto col divieto – per di più, come vedremo meglio *infra*, sanzionato penalmente – di raccogliere scommesse per i *bookmakers* titolari di concessioni straniere, comporta infatti, evidentemente, la perdurante chiusura del mercato italiano delle scommesse agli operatori stranieri.

La Corte di giustizia, con la sentenza *Placanica*, ha finalmente fatto chiarezza nella materia e, superando le incertezze della sua giurisprudenza pregressa, ha stabilito con decisione che il diritto comunitario vieta agli Stati membri di dotarsi di una normativa nazionale che escluda dal settore dei giochi di azzardo gli allibratori costituiti sotto forma di società di capitali le cui azioni siano quotate nei mercati regolamentati. La Corte ha altresì sancito l'incompatibilità con il diritto comunitario delle norme italiane che comminano sanzioni penali a coloro che esercitano un'attività organizzata di raccolta di scommesse in difetto di concessione governativa o di autorizzazione di polizia, allorché costoro, pur

35 Cfr. l'art. 2, n. 1, lett. a), del decreto del Ministero delle Finanze 2 giugno 1998, n. 174, *GURI* n. 129, 5 giugno 1998 nonché l'art. 2, n. 1, lett. a), e l'art. 8 del D.P.R. 8 aprile 1998, n. 169, *GURI* n. 125, 1° giugno 1998.

36 L'art. 22, 11° comma della l. 27 dicembre 2002, n. 289, *GURI* n. 305, 31 dicembre 2002, prevede infatti che "alle procedure concorrenziali di affidamento delle concessioni di cui al comma 8, nonché a quelle disciplinate dal regolamento di cui al decreto del Ministro delle finanze 31 gennaio 2000, n. 29, possono partecipare anche le società di capitali". È il caso di precisare che il citato 8° comma riguarda la "raccolta delle scommesse ippiche e sportive", mentre il regolamento 29/2000 concerne l'istituzione del gioco "Bingo".

avendole richieste, non abbiano ottenuto la concessione o l'autorizzazione proprio a causa dell'applicazione di norme interne incompatibili con il diritto comunitario.

4. Per comprendere appieno la portata delle decisioni appena richiamate è necessario procedere ora alla ricostruzione della complessa disciplina prevista per la raccolta delle scommesse nell'ordinamento italiano, per poi passare all'esame del diritto comunitario pertinente, prestando particolare attenzione alle decisioni dei giudici italiani e della Corte di giustizia che ne hanno fatto applicazione.

Con l'espressione scommesse e giochi d'azzardo si fa generalmente riferimento a differenti tipologie di giochi, tutti comunque incentrati sulla possibilità di perdere o vincere una somma di denaro in base al verificarsi di un evento incerto[37]: *a)* i c.d. concorsi-pronostico, nei quali il giocatore cerca di indovinare l'esito di un evento al quale non prende parte, ma sul quale gli è possibile avanzare qualche previsione, come ad esempio le scommesse su eventi sportivi o sulle corse di cavalli (si pensi, per fare riferimenti noti nel nostro ordinamento, al Totocalcio o al Totip)[38]; *b)* i giochi che, comportando la partecipazione attiva del giocatore, consentono di modificare la propria strategia e le proprie puntate, e quindi la percentuale di rischio che si è disposti ad accettare (si pensi, ad esempio, ai giochi di carte come il *poker*, il *black-jack*, lo *chemin-de-fer*); *c)* i giochi di azzardo "puro", incentrati sulla generazione *random* di numeri o sequenze di numeri, effettuata elettronicamente o mediante altri strumenti (come avviene nel caso del *bingo*, del *keno*, delle lotterie, della *roulette*, delle *slot-machines*, dei c.d. *scratch-card-games*, in Italia denominati "gratta-e-vinci", e ancora, dei più famosi Lotto e Superenalotto).

Ora, per l'ordinamento italiano, mentre sotto il profilo giusprivatistico la singola scommessa si sostanzia in un contratto tipico aleatorio, disciplinato dagli

---

37 "Almost everyone knows intuitively what gambling is – buying the chance of making money; taking a calculated risk because of the potential reward; engaging in an action or series of actions resulting in a favourable, unfavourable or neutral outcome; and so on"; cfr. *Final Report of the Royal Commission on Gambling*, London, 1978, par.1.2, reperibile *on line* su www.blackwell.synergy.com. In dottrina si veda E. Moran, *An Assesment on the Report of the Royal Commission on Gambling*, in *British Journal of Addiction*, 1979, p. 3 ss. Sul concetto di "rischio" come elemento caratterizzante la società contemporanea nel suo complesso, si veda l'affascinante lavoro di N. Luhmann, *Sociologia del rischio*, traduzione di G. Corsi, Milano, 1996.

38 Evidentemente in questi casi la maggiore o minore probabilità di indovinare l'esito dell'evento è influenzata anche dalle competenze del giocatore, dalla sua abilità nell'avanzare previsioni. La presenza di una certa percentuale di abilità, pur escludendo le scommesse sulle competizioni sportive dal novero dei giochi di azzardo "puro", non consente però di assoggettarle ad un regime differente, "tenuto conto della rilevanza delle somme che esse consentono di raccogliere e dei profitti che possono offrire agli scommettitori" e del fatto che le medesime "comportano gli stessi rischi di criminalità e di frode e possono avere le stesse conseguenze individuali e sociali dannose" del gioco d'azzardo "puro"; cfr. la sentenza della Corte di giustizia del 21 ottobre 1998, causa C-67/98, *Zenatti*, *Raccolta*, p. 7289 ss., punto 18.

articoli 1933 e seguenti del codice civile[39], sotto quello pubblicistico la relativa attività di raccolta delle giocate – indipendentemente dalla modalità, di persona o a distanza, con la quale la medesima viene effettuata – è in linea di principio riservata allo Stato e può quindi essere legittimamente esercitata esclusivamente da coloro i quali siano titolari di un'apposita concessione governativa e abbiano altresì ottenuto una licenza di polizia ai sensi del Testo unico delle leggi di pubblica sicurezza (TULPS)[40].

La concessione viene rilasciata all'esito di un procedimento ad evidenza pubblica il quale mira ad accertare requisiti di affidabilità e capacità economica in capo all'aspirante, senza però procedere ad alcuna verifica in merito alla sua personalità[41]. Ad un vero e proprio controllo di ordine pubblico fa invece seguito il rilascio della licenza di polizia, la quale può essere accordata, ai sensi dell'art.

---

39 Come noto, l'art. 1933 c.c. esclude la possibilità di agire al fine di ottenere il pagamento di un debito di gioco o di scommessa, anche se non proibiti, prevedendo la sola irripetibilità di quanto spontaneamente corrisposto a tale titolo; le disposizioni contenute nei successivi articoli 1934 e 1935 però escludono dal descritto regime i "giuochi che addestrano al maneggio delle armi, le corse di ogni specie e ogni altra competizione sportiva" e le lotterie legalmente autorizzate. Ricordiamo anche che la Cassazione ha escluso la riconducibilità delle ricevute rilasciate dalle agenzie ippiche, della bolletta del lotto e del biglietto della lotteria al novero dei "titoli di credito ex art. 1992 cod. civ., perché non dotati dei requisiti di letteralità e di autonomia che connotano i predetti titoli. Essi valendo solo ad attestare la giocata del possessore, cui pagare la vincita, costituiscono titolo di legittimazione in senso ampio, ai sensi dell'art. 2002 cod. civ., cioè documenti atti ad individuare l'avente diritto alla prestazione, con la conseguenza che la relativa efficacia probatoria resta neutralizzata dall'accertamento in concreto della nullità del rapporto fondamentale in base al quale sono stati emessi" (cfr. Cass. civ., sez. III, n. 11924 del 2 dicembre 1993, *Di Feo c. Agenzia Ippica di Firenze*. Per una approfondita ricostruzione dogmatica di giochi e scommesse sotto il profilo essenzialmente giusprivatistico si veda E. Valsecchi, *Giuoco e scommessa*, in A. Cicu, F. Messineo, *Trattato di diritto civile e commerciale*, XXVII, t. 2, Milano, 1954. Più specificamente sulla distinzione tra concorsi-pronostico e scommesse cfr. M. Coccia, M. Granieri, *Le scommesse sulle manifestazioni sportive all'estero*, in *Riv. dir. sport.*, 1999, p. 5 ss., part. p. 14 ss.

40 Regio decreto 18 giugno 1931, n. 773, *Gazzetta Ufficiale del Regno d'Italia* n. 146, 26 giugno 1931, come novellato dall'art. 37 della legge finanziaria per il 2001 del 23 dicembre 2000, n. 388, *GURI* n. 302, 29 dicembre 2000.

41 Si veda al riguardo il D.M. 2 giugno 1998 n. 174, Regolamento recante norme per l'organizzazione e l'esercizio delle scommesse a totalizzatore e a quota fissa su competizioni sportive organizzate dal CONI, adottato ai sensi dell'art. 3, 230° comma, della l. 28 dicembre 1995, n. 549, *GURI* n. 129, 5 giugno 1998. L'art. 2 di tale decreto riconosce esplicitamente la rilevanza comunitaria del fenomeno di raccolta delle scommesse e la necessità di rispettare le norme a tutela della concorrenza, e afferma quindi che "il CONI può attribuire, con gara da espletare secondo la normativa nazionale e comunitaria, le concessioni per l'esercizio delle scommesse sportive al totalizzatore nazionale e a quota fissa a persone fisiche, società e altri enti con idonei e comprovati requisiti anche in ordine alla solidità finanziaria, sulla base dei seguenti criteri: a) trasparenza dell'assetto proprietario ed efficienza della gestione dei singoli punti di accettazione delle scommesse; b) potenziamento della rete di raccolta ed accettazione delle scommesse; razionale e bilanciata distribuzione sul territorio secondo parametri programmati e controllabili; c) omogeneità ed equilibrio della remunerazione stabilita per le varie categorie di concessionari; d) eventuale previsione di scaglioni retributivi decrescenti che consentano maggiori ricavi iniziali per il concessionario in funzione dei costi di avviamento; e) garanzia della libertà di concorrenza e di mercato mediante la previsione di parametri volti ad impedire l'abuso di posizioni dominanti, determinati tenendo

88 del TULPS[42], dall'autorità di pubblica sicurezza nella persona del Questore, esclusivamente ai soggetti già titolari di concessione in seguito alla verifica del rispetto dei requisiti generali di cui all'art. 11 del TUPLS, finalizzati ad accertare l'assenza di precedenti penali e di condanne per determinati tipi di reati[43].

Al fine di garantire effettività al sistema concessorio illustrato, l'art. 4 della l. 13 dicembre 1989, n. 401[44] prevede distinte ipotesi di reato variamente punite con la detenzione, l'arresto o più lievi pene pecuniarie, per una serie di condotte abusive – cioè poste in essere in difetto di concessione o di licenza – come l'organizzazione di giochi d'azzardo, scommesse, concorsi pronostici nonché la relativa pubblicità e finanche la semplice partecipazione a tali giochi nella veste di scommettitore; fa poi specificamente riferimento alla raccolta *on line* di scommesse il 4° comma *ter* del medesimo articolo, che prevede sanzioni penali per coloro i quali esercitino in assenza di concessione o di licenza "qualsiasi attività organizzata al fine di accettare o raccogliere o comunque favorire l'accettazione o in qualsiasi modo la raccolta, anche per via telefonica o telematica, di scommesse di qualsiasi genere da chiunque accettate in Italia o all'estero".

Insomma, il legislatore italiano ha ritenuto l'attività di *bookmaking* socialmente pericolosa, e quindi, oltre a sottoporla ad un ampio controllo governativo, ha fatto ricorso alla *extrema ratio* della tutela penale.

Va detto che in senso parzialmente contrario a questo atteggiamento restrittivo della fornitura dei servizi di *gambling* si pone, di recente, il D. l. 4 luglio

---

anche conto del numero delle concessioni attribuite a ciascuna persona fisica, società o altri enti e del volume di scommesse raccoglibili da ciascun concessionario".

42 L'art. 88 del TULPS, prima modificato dall'art. 9, l. 13 dicembre 1989, n. 401 e poi integralmente sostituito dall'art. 37, 4° comma, l. 23 dicembre 2000, n. 388, prevede che "la licenza per l'esercizio delle scommesse può essere concessa esclusivamente a soggetti concessionari o autorizzati da parte di Ministeri o di altri enti ai quali la legge riserva la facoltà di organizzazione e gestione delle scommesse, nonché a soggetti incaricati dal concessionario o dal titolare di autorizzazione in forza della stessa concessione o autorizzazione".

43 L'art. 11 del TULPS, che contiene la disciplina generale circa i requisiti soggettivi delle persone richiedenti il rilascio di autorizzazioni di polizia, prevede che, fatte salve particolari condizioni eventualmente stabilite dalla legge per casi specifici, "le autorizzazioni di polizia debbono essere negate: 1) a chi ha riportato una condanna a pena restrittiva della libertà personale superiore a tre anni per delitto non colposo e non ha ottenuto la riabilitazione; 2) a chi è sottoposto all'ammonizione o a misura di sicurezza personale o è stato dichiarato delinquente abituale, professionale o per tendenza. Le autorizzazioni di polizia possono essere negate a chi ha riportato condanna per delitti contro la personalità dello Stato o contro l'ordine pubblico, ovvero per delitti contro le persone commessi con violenza, o per furto, rapina, estorsione, sequestro di persona a scopo di rapina o di estorsione, o per violenza o resistenza all'autorità, e a chi non può provare la sua buona condotta. Le autorizzazioni devono essere revocate quando nella persona autorizzata vengono a mancare, in tutto o in parte, le condizioni alle quali sono subordinate, e possono essere revocate quando sopraggiungono o vengono a risultare circostanze che avrebbero imposto o consentito il diniego della autorizzazione".

44 "Interventi nel settore del giuoco e delle scommesse clandestine e tutela della correttezza nello svolgimento di competizioni agonistiche", *GURI* n. 294, 18 dicembre 1989, poi modificata dall'art. 37, 5° comma, della l. n. 388/2000.

2006 n. 223 (il c.d. decreto "Bersani", dal nome del ministro promotore)[45] il quale, al 2° comma dell'art. 38, rubricato "Misure di contrasto del gioco illegale", riconosce la possibilità che con provvedimenti dell'AAMS vengano stabilite le nuove modalità di distribuzione del gioco su eventi diversi dalle corse dei cavalli, e in particolare, alla lett. b), autorizza l'attività "degli operatori che esercitano la raccolta di gioco presso uno Stato membro dell'Unione europea, degli operatori di Stati membri dell'Associazione europea per il libero scambio e anche degli operatori di altri Stati, solo se in possesso dei requisiti di affidabilità definiti dall'Amministrazione autonoma dei monopoli di Stato".

Come si comprende già da una prima lettura, questa disposizione avrebbe potuto rappresentare un importante passo verso la concreta liberalizzazione del mercato italiano delle scommesse, garantendone la fattiva apertura alla concorrenza internazionale, ma i suoi effetti sono stati fortemente limitati dall'apposizione della clausola che attribuisce ad un organo nazionale il compito di definire i requisiti di affidabilità degli operatori stranieri. Una clausola siffatta, a nostro parere, pone un importante *vulnus* al principio comunitario del Paese di origine[46], in base al quale, come noto, un prestatore di servizi è soggetto unicamente alla legge dello Stato membro in cui è domiciliato, la quale è quindi la sola legittimata a fissare le condizioni di esercizio della sua attività, anche qualora questa dovesse aver luogo in un altro Paese comunitario. Attraverso tale principio, in pratica, il diritto comunitario consente al diritto interno di uno Stato membro di regolare anche situazioni giuridiche che si verifichino in altri Stati membri, in una sorta di applicazione extraterritoriale del diritto nazionale finalizzata alla rimozione di alcune barriere commerciali e in grado di aggirare nel contempo la necessità di procedere all'armonizzazione delle legislazioni nazionali.

Anche la giurisprudenza italiana è partecipe delle incertezze del nostro ordinamento, combattuto tra tendenze protezionistiche e aneliti di liberalizzazione: ad un approccio sostanzialmente "internista", che ritiene che tutte le norme italiane di restrizione del gioco d'azzardo siano pienamente legittime sotto il profilo comunitario, se ne è opposto difatti un altro più "comunitaristico", che conclude invece per la disapplicazione delle stesse norme in quanto incompatibili con le libertà fondamentali garantite dal TCE.

Nel primo filone, più risalente nel tempo ma che ha trovato condivisione da parte di numerose Corti italiane, è possibile annoverare innanzitutto l'orienta-

[45] Disposizioni urgenti per il rilancio economico e sociale, per il contenimento e la razionalizzazione della spesa pubblica, nonché interventi in materia di entrate e di contrasto all'evasione fiscale, *GURI* n. 153, 4 luglio 2006, successivamente convertito in legge con modificazioni dalla l. 4 agosto 2006 n. 248, *GURI* n. 186, 11 agosto 2006, S.O.

[46] La Corte ha individuato il fondamento di tale principio nell'art. 49 TCE. *Ex multis*, da ultimo, si veda la sentenza 29 aprile 2004, causa C-171/02, *Commissione c. Portogallo*, *Raccolta*, p. 5645. Sul principio in parola si vedano L. Radicati di Brozolo, *L'ambito di applicazione della legge del Paese di origine nella libera prestazione dei servizi bancari nella Cee*, in *Foro it.*, 1990, IV, c. 454 ss.; I. Viarengo, *Lavoratori distaccati, principio dello Stato di origine e libera prestazione dei servizi:* much ado about nothing?, in *DPCE*, 2007, p. 412 ss.

mento delle Sezioni unite della Cassazione penale, che per lungo tempo hanno ritenuto le disposizioni italiane, in particolare quelle incriminatici dell'attività di raccolta delle scommesse esercitata in difetto di concessione o licenza, compatibili con le libertà fondamentali di stabilimento e di prestazione dei servizi all'interno dell'Unione europea, "atteso che la normativa nazionale persegue finalità di controllo per motivi di ordine pubblico idonee a giustificare, ai sensi dell'art. 46 del TCE, le restrizioni nazionali ai citati principi comunitari"[47].

Anche una parte della giurisprudenza amministrativa ha concluso per la compatibilità del diritto italiano con il diritto comunitario, laddove il primo "conferma e disciplina il controllo statale sotto forma di autorizzazione in ordine all'organizzazione di lotterie, concorsi pronostici, giochi e scommesse, al fine di tutelare l'ordine pubblico e la sicurezza. Senza trascurare che il principio comunitario della libera prestazione dei servizi, di cui all'art. 49 del Trattato istitutivo, può essere legittimamente derogato attraverso riserve a favore dello Stato o attraverso limiti e controlli pubblici, per preoccupazioni di politica sociale e di prevenzione delle frodi"[48].

Più di recente però si è assistito al consolidarsi di un orientamento maggiormente liberale che ha visto altri giudici riconoscere l'illegittimità comunitaria

---

47 Cass., SS. UU. pen., 26 aprile 2004, n. 111, *Gesualdi*, in *Cass. pen*., 2004, p. 1040 ss. In dottrina cfr. A. Natalini, *Gli irrisolti contrasti tra penalità interna e diritto comunitario: l'abusiva raccolta di scommesse e gli "arroccamenti" delle sezioni unite*, *ivi*, p. 3121 ss.; G. Colangelo, *Foro it*., 2004, II, c. 393 ss. Conformemente, *ex multis*, si vedano anche Cass., SS. UU. pen., 18 maggio 2004, n. 9, in *St. I.*, 2004, p. 1582 ss. e Cass. pen., sez. III, 23 giugno 2004, n. 36038, in *Giur. it.*, 2005, p. 1260 ss.

48 Consiglio di Stato, 25 settembre 2002, n. 4905, reperibile *on line* sul sito web www.giustizia-amministrativa.it e, da ultimo, 26 novembre 2006, n. 6909, la quale, pochi giorni prima del *revirement* contentuto nella sentenza *Stanley Betting*¸ aveva affermato che "la vigente normativa in materia di scommesse non si pone in contrasto con alcuno dei principi comunitari di libertà di stabilimento e di libera prestazione dei servizi all'interno dell'Unione Europea, né con i principi costituzionali sanciti degli art. 3, 10, 11, 15 e 41 della Costituzione, oltre che con il principio della proporzionalità. La legislazione italiana, infatti, volta com'è a sottoporre a controllo preventivo e successivo la gestione delle lotterie, delle scommesse e dei giuochi d'azzardo, si propone non già di contenere la domanda e l'offerta del gioco, ma di canalizzarla in circuiti controllabili al fine di prevenire la possibile degenerazione criminale. Non vi è, dunque, alcun dubbio sull'adeguatezza e proporzionalità di un sistema così articolato, essenzialmente basato sulla riserva pubblica e la possibilità di concessione ad altri soggetti, nonché sulla soggezione dei concessionari ad autorizzazione di polizia". In maniera sostanzialmente analoga si era già orientato il T.A.R. Puglia, sez. II, 13 aprile 2005, n. 1508; T.A.R. Puglia, sez. II, 2 novembre 2005, n. 4632, in *Le Corti pugliesi*, 2006, p. 343 ss., su cui v. L. Pontrelli, *La compatibilità del monopolio statale sulle scommesse con i principi comunitari di libertà di stabilimento e libera prestazione di servizi: l'orientamento del giudice amministrativo*, *ivi*, p. 346 ss. Da ultimo il T.A.R. Lazio, sez. II, 5 giugno 2007, n. 5185, del tutto inedita, ha dichiarato improcedibile il ricorso proposto da alcuni totoricevitori avverso il bando di gara AAMS per l'affidamento in concessione dei giochi pubblici su "eventi diversi dalle corse di cavalli" pubblicato in *GURI* n. 199, 18 gennaio 2006; in un *obiter dictum* il Tribunale ha dichiarato che, anche qualora non improcedibile, il ricorso sarebbe stato comunque inammissibile per non avere i ricorrenti preventivamente presentato domanda di partecipazione alla gara. In realtà le previsioni del bando erano tali da escludere determinate categorie di soggetti, tra cui i ricorrenti stessi, dalla gara.

della disciplina italiana restrittiva del *gambling*, e quindi optare per la sua disapplicazione. Tra le numerose pronunce che hanno deciso in quest'ultimo senso[49], è di particolare interesse una sentenza del T.A.R. Abruzzo che ha negato coerenza e sistematicità alle restrizioni previste dal diritto italiano, le quali sono state dichiarate incompatibili finanche con "l'indirizzo politico-normativo espresso dallo Stato Italiano (…), ove si tenga conto della politica di espansione del giuoco perseguita nei tempi più recenti dal legislatore"; il Tribunale, ritenendo "la politica di proliferazione delle scommesse e dei giuochi pronostici" perseguita dal Governo in contraddizione sia "con lo scopo sociale di limitare la propensione al gioco" sia con quello "di evitare infiltrazioni criminali"[50], ha finanche effettuato una critica radicale dell'opposto orientamento giurisprudenziale, da noi appena esaminato, che aveva invece considerato le limitazioni alla raccolta di scommesse previste dal sistema normativo italiano compatibili con il diritto comunitario.

Nel medesimo filone di liberalizzazione si può poi annoverare anche una recente ordinanza cautelare pronunciata dal Tribunale civile di Roma, il quale, adito da una società maltese di *bookmaking*, ha dichiarato l'illegittimità dell'oscuramento del sito *web* della medesima posto in essere dall'Amministrazione dei monopoli di Stato, ritenendo che il potere di controllo di cui quest'ultima è titolare non fosse esercitabile nei confronti di siti ospitati su *server* situati al di fuori dei confini nazionali, e ha conseguentemente condannato l'Amministrazione a consentire l'accesso a tali siti anche dall'Italia[51].

---

[49] Particolarmente inclini alla disapplicazione delle norme penali contenute nella l. 401/1989 si sono dimostrati i Tribunali del riesame: cfr. *ex multis* Tribunale di Mantova, sez. GIP/GUP, ordinanza 17 novembre 2004, n. 332; Tribunale di Catania, sez. V, 7 luglio 2004, n. 127; Tribunale del riesame di Napoli, ordinanza 26 aprile 2004; Tribunale del riesame di S. Maria Capua Vetere, ordinanza 24 aprile 2004; Tribunale del riesame di Pistoia, ordinanza 19 febbraio 2004; Tribunale del riesame di Campobasso, ordinanza 12 febbraio 2004; Tribunale del riesame di Pisa, ordinanza 29 dicembre 2003; G.I.P. presso il Tribunale di Nicosia, ordinanza 18 febbraio 2004; G.I.P. presso il Tribunale di Pisa, ordinanza 12 febbraio 2004; G.I.P. presso il Tribunale di Catania, ordinanza 9 febbraio 2004; G.I.P. presso il Tribunale di Pescara, ordinanza 4 febbraio 2004; Procura della repubblica presso il Tribunale di Chieti, ordinanza 17 febbraio 2004; Procura della repubblica presso il Tribunale di Lamezia Terme, ordinanza 12 febbraio 2004; Procura della repubblica presso il Tribunale di Reggio Calabria, ordinanza 2 febbraio 22004; Procura della repubblica presso il Tribunale di Avellino, ordinanza 23 gennaio 2004.

[50] T.A.R. Abruzzo, L'Aquila, sez. I, 22 maggio 2005, n. 661; nel medesimo senso cfr. T.A.R. Sardegna, sez. I, 26 gennaio 2001, n. 28, reperibile *on line* sul sito www.giustizia-amministrativa.it.

[51] Cfr. Tribunale di Roma, ordinanza 10 aprile 2006, in *Diritto dell'internet*, 2006, p. 337 ss. con commento di F. Buffa, *ivi*, p. 431 ss., nonché in *Foro it.*, 2006, I, c. 2529 ss. con nota di A. Palmieri. L'ordinanza, che è interessante anche sotto il profilo internazionalprivatistico, è stata pronunciata in sede di ricorso *ex* art. 669 *octies* c.p.c., e ha ritenuto illegittimo l'esercizio, nei confronti di siti *web* ospitati su server stranieri, del potere di oscuramento di cui al decreto 2006/4249/GIOCHI/UD adottato il 7 febbraio 2006 dal Direttore generale dell'AAMS. Va ricordato che il 533° comma dell'art. 1 della l. 23 dicembre 2005 n. 266, Disposizioni per la formazione del bilancio annuale e pluriennale dello Stato (legge finanziaria 2006), pubblicata in *GURI* n. 302, 29 dicembre 2005, S.O., ha attribuito all'AAMS il compito di definire, entro il 31 dicembre 2006, "i requisiti che devono possedere i terzi eventualmente incaricati della raccolta delle giocate

La tendenza a dubitare della legittimità dell'approccio "internistico" della giurisprudenza è confermata anche dall'avvenuta proposizione di alcune questioni di costituzionalità delle norme esaminate, in merito alle quali però, a tutt'oggi, la Consulta ha adottato un atteggiamento di *self restraint*. Nella prima ordinanza pronunciata in materia, la Corte costituzionale ha infatti ritenuto che la questione sollevata implicasse "insieme a profili di diritto interno, questioni pregiudiziali di compatibilità della disciplina censurata con disposizioni di diritto comunitario" e, dopo aver preso atto del fatto che il giudice *a quo* aveva proposto "contemporaneamente 'questione pregiudiziale' interpretativa dei principi del trattato CE avanti alla Corte di giustizia", ritenendo che il compito di fare chiarezza spettasse a quest'ultima, ha dichiarato manifestamente inammissibile la questione di legittimità costituzionale[52].

In maniera analoga è stata decisa, con l'ordinanza 454 del 2006[53], una questione incidentale di costituzionalità sollevata nel 2004 dal Tribunale di Teramo[54], a giudizio del quale, mentre l'illustrato procedimento per il rilascio della licenza di cui al TULPS perseguirebbe effettivamente finalità di tutela dell'ordine pubblico idonee a giustificare alcune restrizioni alle libertà fondamentali comunitarie, la normativa che disciplina le gare per l'affidamento delle concessioni – il cui possesso, lo ricordiamo, costituisce un presupposto indefettibile per il rilascio della predetta licenza – prescinderebbe invece "da ogni verifica sui requisiti soggettivi rilevanti per l'ordine e la sicurezza pubblica, prevalendo, in tale fase, il controllo sui requisiti di solidità finanziaria degli aspiranti" e sarebbe quindi incompatibile con gli obblighi comunitari. Il Tribunale, quindi, dopo aver disapplicato per contrasto con il TCE l'art. 4, 4° comma *bis* della l. n. 401/1989 nella parte in cui prevede sanzioni penali per coloro che esercitano l'attività di raccolta delle scommesse in difetto di concessione, ha constatato la perdurante rilevanza penalistica della mancanza della licenza di cui all'art. 88 TULPS; quest'ultima previsione, a parere del Collegio remittente, violerebbe però tanto il principio di uguaglianza di

dai concessionari della rete telematica". In applicazione del detto comma l'Amministrazione ha adottato il Decreto direttoriale 17 maggio 2006, recante Requisiti dei terzi incaricati della raccolta delle giocate mediante apparecchi con vincite in denaro, *GURI* n. 156, 7 luglio 2006. In seguito alla pronuncia dell'ordinanza l'Amministrazione dei Monopoli ha però reiterato i controlli sui siti stranieri con il recentissimo decreto del D. G. prot. 1034/CGV del 2 gennaio 2007. Ricordiamo che l'*European Betting Association* (EBA) aveva già lamentato l'illegittimità delle disposizioni contenute nella l. 266/2005 con il comunicato del 26 gennaio 2006, reperibile *on line* sul sito ww.eu-ba.org.

52 Cfr. l'ordinanza n. 85 del 1°-21 marzo 2002, pubblicata in *GURI* n. 13, 27 marzo 2002,(anche reperibile *on line* in www.cortecostituzionale.it), che ha deciso la questione di legittimità costituzionale dell'art. 4 della l. 13 dicembre 1989, n. 401 – che "sanziona penalmente anche la condotta di chi favorisce nel territorio dello Stato l'accettazione e la raccolta di scommesse da parte di una impresa comunitaria debitamente autorizzata nel paese di appartenenza" – in riferimento agli articoli 3, 10, 2° comma, 11 e 41 della Costituzione sollevata dal Tribunale di Ascoli Piceno con l'ordinanza 600/2001.

53 Cfr. l'ordinanza n. 454 del 13-28 dicembre 2006 marzo 2002, pres. Bile, rel. Tesauro, reperibile *on line* in www.cortecostituzionale.it.

54 Cfr. Tribunale di Teramo, sezione per il riesame, ordinanze da 69/2004 a 81/2004.

cui all'art. 3 Cost. quanto la libertà di iniziativa economica tutelata dall'art. 41 Cost., dal momento che i titolari delle concessioni rilasciate dagli altri Stati dell'UE, anche se in possesso di tutti gli altri requisiti per ottenere la licenza di polizia, non potrebbero in concreto esserne titolari soltanto perché la loro concessione non è stata rilasciata dallo Stato italiano.

La Corte costituzionale, dopo aver rilevato che i giudici remittenti avevano evidenziato, oltre ai profili di incostituzionalità, anche problemi di compatibilità comunitaria delle norme denunciate, e aver valutato che la soluzione della questione di rilevanza comunitaria assumeva priorità logica e giuridica rispetto all'incidente di costituzionalità, ha dichiarato nuovamente la manifesta inammissibilità delle questioni proposte, ribadendo così il proprio *stand by* nell'attesa di chiarimenti da parte della Corte di giustizia[55].

5. Dal canto suo la Comunità europea ha più volte cercato di dotarsi di una disciplina comune dei servizi di raccolta delle scommesse. Il primo tentativo risale addirittura al 1991, quando la Commissione, alla luce del rapporto "Gambling in the single market: a study of the current legal and market situation"[56], suggerì al Consiglio di assoggettare il gioco d'azzardo al regime del mercato comune attraverso strumenti di diritto derivato; l'auspicio però cadde nel vuoto a causa di forti reticenze degli Stati membri, dettate sia da motivi di interesse fiscale (è infatti noto che una parte importante del ricavato di lotterie e giochi analoghi finisce nelle casse dello Stato) sia dalla percezione del settore come intimamente legato a questioni di ordine pubblico, e quindi opportunamente riservato all'esclusiva competenza statale.

In seguito il settore è stato escluso anche dall'ambito di applicazione della direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio dell'8 giugno 2000, 2000/31/CE, relativa a taluni aspetti giuridici dei servizi della società dell'informazione, in particolare al c.d. commercio elettronico[57] e, da ultimo, seppure dopo qualche

[55] L'ordinanza – che con un tacito riferimento alla causa *Placanica* sottolinea che molte delle questioni di legittimità portate alla sue attenzione erano, al momento della pronuncia, già pendenti innanzi alla Corte di giustizia – contribuisce a delineare il quadro dei rapporti tra Corte costituzionale e Corte di giustizia e cerca, a nostro giudizio condivisibilmente, di evitare sovrapposizioni di competenza e conflitti di decisioni. Sull'influenza esercitata sul diritto costituzionale dal diritto internazionale in genere, e da quello comunitario e della Convenzione europea dei diritti dell'uomo in particolare, cfr. G. de Búrca, O. Gestenberg, *The Denationalization of Constitutional Law*, in *Harvard ILJ*, 2006, p. 243 ss.

[56] Il rapporto, ancora oggi utile per comprendere il settore, si compone di tre volumi: il primo contiene una "pan-European Community market review" del settore delle scommesse e del gioco d'azzardo, il secondo esamina in dettaglio le legislazioni di Belgio, Danimarca, Francia, Germania, Grecia e Irlanda, mentre il terzo volume si sofferma su Italia, Lussemburgo, Paesi Bassi, Portogallo, Spagna e Regno Unito.

[57] Cfr. *GUCE* L 178, 23 ottobre 2002, p. 1. L'art. 1, n. 5, lett. d), terzo trattino, della direttiva esclude esplicitamente dal suo ambito di applicazione "i giochi d'azzardo che implicano una posta pecuniaria in giochi di fortuna, comprese le lotterie e le scommesse". In dottrina sulla direttiva si veda T. Vinje, *The Emerging European Regime on ISP Liability: Member States Make Progress Implementing E-commerce Directive*, in *Computer und Recht International*, n. 5/2001, p. 137 ss.

titubanza (l'esclusione non era infatti prevista in alcune stesure preliminari del testo), finanche dalla direttiva 2006/122/CE, la c.d. direttiva Bolkestein, relativa ai servizi nel mercato interno[58], il cui 25° "considerando" ritiene difatti opportuno escludere dal campo d'applicazione della stessa "i giochi con denaro, ivi comprese le lotterie e le scommesse, tenuto conto della natura specifica di tali attività che comportano da parte degli Stati membri l'attuazione di politiche di ordine pubblico e di tutela dei consumatori"; alla luce di una premessa siffatta, l'art. 2 della direttiva, alla lett. h), prevede che la stessa non si applichi a tutte "le attività di azzardo che implicano una posta di valore pecuniario in giochi di fortuna, comprese le lotterie, i giochi d'azzardo nei casinò e le scommesse".

In assenza di una normativa specifica, il diritto comunitario applicabile ai servizi in esame è quindi rappresentato dalle norme del TCE che tutelano la libertà di stabilimento dei cittadini di uno Stato membro nel territorio di un altro Stato membro, assieme a quelle sulla fornitura dei servizi[59].

Per una completa ricostruzione del quadro giuridico precedente alla sentenza *Placanica*, bisogna anche ricordare come la Corte di giustizia avesse già avuto diverse occasioni per pronunciarsi su rapporti tra le normative nazionali in materia di scommesse e il diritto comunitario: nel caso *Schindler*, uno dei primi in cui ebbe modo di occuparsi esplicitamente della liberalizzazione del *gambling* nel mercato interno, la Corte chiarì da subito che, vista la loro rilevanza economica, le lotterie e altri giochi simili rientravano certamente nell'ambito di applicazione

---

nonché, più in generale, U. Draetta, *Internet e commercio elettronico: nel diritto internazionale dei privati*, Milano, 2005.

58 Direttiva 2006/123/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 12 dicembre 2006, relativa ai servizi nel mercato interno, *GUUE* L 376, 27 dicembre 2006, p. 36 ss. In dottrina, per una analisi dei rapporti tra la direttiva e il regime del *gambling* si veda T. Veenstra, *State Licensed Lotteries and Toto Companies in the Legal and Political Debate in the European Union*, in A. Littler, C. Fijnaut (eds.), *op. cit.*, p. 60 ss.; più in generale sulla direttiva Bolkestein v. O. De Schutter, S. Francq, *La proposition de directive relative aux services dans le marché intérieur: reconaissance mutuelle, harmonisation et conflicts de lois dans l'Europe élargie*, in *CDE*, 2005, p. 603 ss. Ricordiamo come l'originaria previsione del principio del Paese d'origine (su cui cfr. *supra*, il par. precedente) come criterio base della regolamentazione degli scambi di servizi, abbia costituito uno dei maggiori elementi di contestazione nei confronti della direttiva in parola da parte di alcuni Paesi membri, i quali temevano che in seguito all'allargamento ad Est e al conseguente arrivo dei cittadini neocomunitari (che avrebbero così potuto pretendere di essere assoggettati esclusivamente al proprio diritto nazionale, certamente meno evoluto di quello comunitario quanto meno per quanto concerne i profili sociali) ne potesse derivare un generale abbassamento della soglia di tutela dei lavoratori nel mercato comune; sul punto v., da ultimo, M. Pallini, *Liberalizzazione dei servizi e rischi (veri o presunti) di* dumping *sociale nell'Unione europea*, in *DPCE*, 2007, p. 379 ss.; I. Viarengo, *op. cit.*, p. 412 ss. Per una analisi delle problematiche che l'allargamento ha portato con sé sia consentito un rinvio a G. M. Ruotolo, *L'immigrazione in Italia tra ordinamento comunitario e diritto interno*, in D. Curtotti, C. Novi, G. Rizzelli (a cura di), *Donne, civiltà e sistemi giuridici. Raccolta di testi dal Master internazionale congiunto "Femmes, civilisation et systèmes juridiques"*, Milano, 2007, p. 201 ss.

59 Per un esame complessivo delle disposizioni in parola cfr. L. Hansen, *Full Circle: Is There a Difference Between the Freedom of Establishment and the Freedom to Provide Services?*, in *EBLR*, 2000, p. 83 ss.

delle norme sulla libera prestazione dei servizi, e in particolare dell'art. 49 TCE, ma, in considerazione della loro particolare natura, era legittimo che gli Stati membri adottassero delle misure di restrizione, se non addirittura di divieto assoluto della fornitura di servizi siffatti indistintamente applicabili a cittadini e stranieri. Tali misure, che non avrebbero dovuto favorire surrettiziamente gli operatori nazionali, avrebbero però potuto essere giustificate solo in presenza di un dimostrato interesse pubblico, di rilevanza tale da poter essere considerato prevalente sulle libertà fondamentali del diritto comunitario[60].

Le decisioni relative ai casi *Zenatti*[61] e *Läärä*[62] contribuirono successivamente a chiarire che le considerazioni elaborate nella sentenza *Schindler* con riguardo alle lotterie erano applicabili a praticamente ogni forma di scommesse, ivi comprese quelle su eventi sportivi, nonché alle *slot machines*. In particolare, nel secondo dei due casi citati, relativo alla legittimità del monopolio statale finlandese proprio sulle *slot machines*, la Corte chiarì come la concessione o la conservazione di diritti esclusivi in capo ad un ente pubblico non potesse essere considerata, in quanto tale, una violazione delle norme sulla libera circolazione dei servizi, sempre che i medesimi diritti fossero stati concessi ad un soggetto pubblico, con la conseguente esclusione dei privati, al fine precipuo di perseguire un migliore controllo del gioco d'azzardo e quindi di ridurre i rischi ad esso legati.

Successivamente, nel settembre 2003, la Corte, adita dall'associazione nazionale portoghese degli operatori di macchine da gioco, si pronunciava in merito alla legittimità comunitaria di un decreto col quale il Governo portoghese si era riservato la gestione dei giochi d'azzardo da svolgersi tramite tali macchine[63]: in quell'occasione i giudici di Lussemburgo chiarivano come una legislazione nazionale che, prevedendo la riserva statale, imponga nel contempo ai privati la necessaria acquisizione di licenze per l'esercizio di attività di gioco e sanzioni altresì penalmente le attività effettuate in assenza delle stesse, costituendo indubitabilmente una barriera alla libera fornitura di servizi sul territorio comunitario, avrebbe potuto essere considerata compatibile con il TCE solo a condizione di perseguire fini di utilità sociale e di essere indistintamente applicabile tanto ai fornitori nazionali quanto a quelli esteri.

La Corte, d'altro canto, in quell'occasione riconosceva anche che il TCE, attraverso la clausola di cui all'art. 46, lascia un ampio margine di discrezionalità ai Paesi membri, ai quali è così riservata la scelta dei mezzi per attuare le politiche ritenute più opportune. Tale discrezionalità si atteggia come facoltà sovrana dello Stato di scegliere, in seguito ad una ponderazione comparativa tra più comportamenti, tutti ugualmente leciti sotto il profilo comunitario, quello più idoneo al soddisfacimento di un interesse primario normativamente fissato dal diritto

60 Sentenza 24 marzo 1994, causa C-275/92, *Schindler*, *Raccolta*, p. 1039 ss.

61 Sentenza *Zenatti*, cit.

62 Sentenza 21 settembre 1999, causa C-124/97, *Läärä*, *Raccolta*, p. 6067 ss.

63 Sentenza 11 settembre 2003, causa C-6/01, *Associação Nacional de Operadores de Máquinas Recreativas (Anomar)*, *Raccolta*, p. 8621 ss.

interno[64]; ovviamente un potere siffatto, per quanto ampio, non è privo di limiti che ne condizionano l'esercizio e, nel contempo, ne influenzano la legittimità che, dunque, deve essere valutata in base ad un *test di proporzionalità*[65].

Tale test è volto ad accertare sia l'esistenza di un nesso causale tra la misura adottata e l'interesse che mediante la medesima lo Stato intende dichiaratamente tutelare, sia a riscontrare l'inesistenza di misure alternative meno restrittive rispetto a quella prescelta[66]. La dottrina, nel ricostruire l'*iter* logico del test applicato in questa materia dai giudici comunitari, aveva individuato tre momenti distinti in cui il medesimo andrebbe scisso: esso dovrebbe infatti tendere a verificare che la misura sottoposta ad esame sia: *a)* idonea al raggiungimento degli obiettivi che si prefigge o a tutelare gli interessi che intende proteggere; *b)* strettamente necessaria, cioè coincidente con quella meno restrittiva delle libertà fondamentali comunitarie tra le misure parimenti idonee al raggiungimento degli scopi voluti; *c)* non eccessiva, quanto agli effetti prodotti, rispetto ai suoi obiettivi (c.d. test di proporzionalità in senso stretto)[67].

È quindi evidente come, secondo questa costruzione dottrinale che potremmo definire "allargata", il test, al di là del nome attribuitogli, tenda a verificare la *complessiva* tenuta comunitaria delle misure nazionali di restrizione delle libertà fondamentali e non già il mero rispetto del principio di proporzionalità, essendo riservata a quest'ultimo aspetto solo la fase finale dell'esame. Sotto questo profilo il test in parola ci sembra per molti versi analogo a quello cui conduce, nelle esperienze costituzionali di molti Paesi, il richiamo al principio di ragionevolezza come valore idoneo a riassorbire "in un tutto indistinto l'applicazione di qualsivoglia clausola costituzionale elastica, tale da comportare l'uso di tecniche

64 È tuttavia evidente come una previsione normativa siffatta sia preceduta da una valutazione di opportunità che, nella maggior parte dei casi, è effettuata alla luce di previsioni non giuridiche; cfr. C. Mortati, *Note sul potere discrezionale*, Roma, 1936.

65 Cfr. A. Littler, *Has the ECJ's Jurisprudence in the Field of Gambling Become More Restricitve When Applying the Proportionality Principle?*, in A. Littler, C. Fijnaut (eds.), *op. cit.*, p. 15, il quale parla di "margin of discretion".

66 Sul punto si vedano le considerazioni effettuate dall'Avvocato generale Van Gerwen nelle conclusioni della causa C-169/89, *Gourmetterie Van den Burg*, *Raccolta*, p. 2143 ss.

67 In particolare, in merito alla scansione del test, cfr. J. H. Jans, *Proportionality Revisited*, in *LIEI*, 2000, p. 239 ss. Dal canto suo la Corte di giustizia differenziava invece *ratione materiae* il modo di effettuare il test in parola, procedendo ad un controllo meno approfondito delle misure nazionali restrittive delle libertà fondamentali relative a settori in cui il margine di manovra lasciato agli Stati membri è più ampio. Emblematico, al riguardo, ci pare il modo in cui la Corte ha verificato la legittimità delle misure nazionali adottate ai sensi dell'art. 296 TCE che, come noto, consente ai Membri l'adozione di misure restrittive degli scambi volte a tutelare gli interessi nazionali in materia di produzione e vendita di armi, munizioni e materiale bellico. In questo caso, in cui il margine di discrezionalità statale era particolarmente ampio infatti, la Corte si limitava ad un test di proporzionalità scisso in due sole due fasi (le lettere *a* e *b* descritte nel testo) senza procedere, quindi al controllo di proporzionalità "in senso stretto", relativo alla "non eccessività" degli effetti concretamente prodotti dalle misure contestate. Cfr. 16 settembre 1999, causa C-414/97, *Commissione c. Spagna*, *Raccolta*, p. 5585 ss.; sul punto in dottrina si veda C. Novi, *La politica di sicurezza esterna dell'Unione europea*, Padova, 2005, p. 250 ss., part. p. 255.

giurisdizionali non sillogistiche"[68]: in entrambi i casi ci troviamo infatti al cospetto di meccanismi di controllo volti ad individuare, mediante argomentazioni di tipo più retorico che strettamente logico-giuridico, tra le tante soluzioni possibili quella più "equa, ragionevole e accettabile", e quindi più idonea ad inserirsi nell'ordinamento giuridico in modo "socialmente e moralmente accettabile"[69].

D'altro canto, meccanismi ermeneutici di questo tipo, comportando il rischio dell'affermazione di orientamenti giurisprudenziali "eccessivamente liberi nell'argomentazione e imprevedibili nei risultati"[70], rendono necessaria la previsione, da parte degli organi competenti a vigilare sulla tenuta complessiva del sistema (Corti costituzionali e, nel nostro caso, Corte di giustizia) di tecniche argomentative piuttosto rigide, al fine di limitare i rischi di soluzioni giurisprudenziali tra loro eccessivamente eterogenee[71].

Ad ogni modo, nel novembre 2003 la Corte, in una decisione spesso sottovalutata dalla dottrina che si è occupata di *gambling* nel mercato interno, si è trovata ad affrontare, per la prima volta e ancor prima dell'emersione del fenomeno del gioco *on line*, i problemi legati alla raccolta transfrontaliera di scommesse, quella cioè effettuata in uno Stato membro diverso da quello di residenza del giocatore: nel caso *Lindman*[72] una cittadina finlandese aveva acquistato, durante un soggiorno in Svezia, un biglietto della lotteria locale risultato vincente in seguito al suo ritorno in patria; il governo finlandese aveva deciso di tassare la vincita, pur essendo tutte le vincite alle lotterie nazionali finlandesi esenti da ogni prelievo fiscale.

La Corte, nell'occasione, dichiarando l'illegittimità di ogni regime nazionale, anche di natura fiscale, che discrimini i fornitori di scommesse sulla base della nazionalità, e applicando "in blocco" al *gambling* tutti i divieti previsti dal diritto comunitario indipendentemente dal luogo di stabilimento di giocatore e allibratore, giungeva ad affermare l'esistenza di un mercato comunitario delle

---

68 Cosi L. Paladin, *Ragionevolezza (principio di)*, in *EdD*, (Aggiornamento I), Milano, 1997, p. 899 ss., part. p. 901.

69 C. Perelman, *Logica giuridica, nuova retorica*, Milano, 1979, p. 205.

70 A. A. Cervati, *In tema di interpretazione della Costituzione, nuove tecniche argomentative e "bilanciamento" tra valori costituzionali (a proposito di alcune riflessioni della dottrina austriaca e tedesca)*, in *Il principio di ragionevolezza nella giurisprudenza della Corte costituzionale – Riferimenti comparativistici*, Milano, 1994, p. 59.

71 Intorno agli anni '30 del secolo scorso la Corte suprema degli Stati Uniti aveva elaborato il criterio dell'*unreasonable burden* come parametro di valutazione della legittimità delle misure limitative della *Interstate Commerce Clause* (art. 1 sez. 8 della Cost. USA) adottate dai singoli Stati. L'applicazione di un criterio siffatto dava però luogo ad una giurisprudenza molto eterogenea e ondivaga la quale, per la sua frammentarietà, si era attirata le critiche della dottrina, che richiedeva proprio la fissazione di criteri più specifici e precisi al fine di limitare il potere di bilanciamento discrezionale dei singoli giudici. Sul punto si veda G. Bognetti, *Il principio di ragionevolezza e la giurisprudenza della Corte suprema degli Stati Uniti*, in *Il principio di ragionevolezza*, cit. p. 52.

72 Sentenza 13 novembre 2003, causa C-42/02, *Lindman*, *Raccolta*, p. 13519 ss.

scommesse[73], disciplinato da un regime unico; tale unitarietà, a nostro giudizio, vale oggi anche con riguardo alle differenti modalità di raccolta delle scommesse attualmente offerte dalla tecnologia (*on line* o *ground based*), le quali devono quindi ritenersi assoggettate alla medesima disciplina.

A causa di alcune ambiguità che caratterizzavano le pronunce sin qui esaminate, una parte della dottrina[74] auspicava però un approccio ancora più esplicitamente liberale da parte della Corte di giustizia che, tuttavia, ne deludeva le aspettative. Nella sentenza *Gambelli*[75], emessa nel 2005 in seguito al rinvio pregiudiziale di un giudice penale italiano che chiedeva ragguagli circa la compatibilità con l'ordinamento comunitario delle norme penali incriminatrici contenute nella già esaminata l. 401/1989, la Corte, dopo aver ribadito quanto già affermato nel caso *Anomar* (cioè che una normativa nazionale che sanzioni penalmente la raccolta, l'accettazione e la trasmissione di scommesse da parte di soggetti privi di una licenza rilasciata dallo Stato membro interessato costituisce una restrizione alla libertà di stabilimento e alla libera prestazione dei servizi) e, quindi, dopo aver sostanzialmente condannato la normativa italiana, lasciava però ai giudici nazionali il compito di verificare se tale normativa, alla luce delle sue concrete modalità di applicazione, rispondesse ai requisiti previsti dall'art. 46, par. 1 TCE, se fosse cioè giustificata da motivi di ordine pubblico, di pubblica sicurezza e di sanità pubblica, e potesse dunque superare indenne il *proportionality test.*

Al riguardo abbiamo però gia sottolineato l'eterogeneità delle soluzioni adottate dalla giurisprudenza italiana, a nostro giudizio conseguenza dell'eccessivo margine di manovra consentito dal test in parola come precedentemente delineato dalla Corte, il quale permetteva ai giudici nazionali di spingersi ben oltre la mera operazione interpretativa, fino ai margini del vero e proprio bilanciamento arbitrario tra gli opposti interessi di tutela dell'ordine pubblico, da un lato, e di garanzia del rispetto delle libertà fondamentali comunitarie, dall'altro[76].

---

73 Sulla definizione di mercato c.d. rilevante, elaborata soprattutto nel diritto comunitario della concorrenza, si vedano, per tutti I. Van Bael, J. F. Bellis, *Competition Law of the European Community*, The Hague, 2005.

74 Cfr., ad esempio, S. M. F. Geeroms, *Cross-Border Gambling on the Internet under the WTO/GATS and EC Rules Compared: A Justified Restriction on the Freedom to Provide Services?*, in European Association for the Study of Gambling, *op. cit.*, p. 180.

75 Sentenza della Corte di giustizia del 6 novembre 2003, causa C-243/01, *Piergiorgio Gambelli e altri*, *Raccolta*, p. I-13031. In dottrina si vedano C. Campegiani, C. Pati, *Il sistema di monopolio statale delle scommesse e la sua compatibilità con la normativa comunitaria in materia di libertà di stabilimento e di libera prestazione di servizi*, in *Giust. civ.*, 2004, I, p. 2529 ss.; S. Korte, *Das Gambelli-Urteil des EuGH*, in *Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht*, 2004, p. 1449; C. I. Mignone, *La Corte di giustizia si pronuncia sul gioco d'azzardo nell'era di internet*, in *DPCE*, 2004, p. 397 ss.; L. Zagato, *Caso Gambelli: la Corte di Giustizia riformula il proprio giudizio sulla normativa italiana in materia di scommesse*, in *EDP*, 2005, p. 205 ss.

76 Sulle differenze esistenti tra le operazioni giurisprudenziali di interpretazione e quelle di bilanciamento si vedano L. Paladin, *op. cit.*, p. 899 ss. e, da ultimo, A. Tancredi, *L'emersione dei diritti fondamentali "assoluti" nella giurisprudenza comunitaria*, in *RDI*, 2006, p. 644 ss., part. p. 677 ss.

6. Uno dei punti di forza della sentenza *Placanica* ci sembra riposare proprio su una costruzione finalmente più dettagliata del test di proporzionalità – la cui concreta applicazione resta però ancora oggi delegata ai giudici nazionali – che ha portato la Corte a delimitare meglio il margine di discrezionalità fino ad oggi ampiamente garantito, nella materia che ci occupa, agli Stati membri e che aveva giocato un ruolo tanto cruciale nella giurisprudenza pregressa[77].

Superando l'eccesso di prudenza che, come abbiamo visto, l'aveva portata a non pronunciarsi esplicitamente in merito alla violazione del divieto di discriminazione da parte della normativa italiana e che era stato criticato finanche dall'Avvocato generale nelle sue conclusioni[78], la Corte per la prima volta ha sottoposto ad un vaglio complessivo il regime italiano del *gambling* con riguardo sia alla disciplina delle concessioni sia al profilo sanzionatorio in campo penale[79], giungendo così finalmente a chiarire come il medesimo rappresenti, nel suo complesso, un ostacolo alla libertà di prestazione dei servizi e di stabilimento delle società straniere che intendono effettuare in Italia l'attività di raccolta di scommesse, anche per il tramite di intermediari[80].

La Corte ha quindi ritenuto che le legislazioni nazionali restrittive delle libertà fondamentali dovranno essere sottoposte ad un approfondito controllo, con particolare riguardo alla fase del *proportionality test* relativa all'idoneità delle medesime a raggiungere i loro obiettivi dichiarati – nel caso italiano evitare infiltrazioni criminali nel settore del gioco d'azzardo – nonché a quello che

---

77 Gli operatori del settore nutrivano una grossa fiducia nella sentenza in parola, attribuendole rilevanza finanche per profili del tutto estranei all'oggetto del giudizio della Corte: su alcuni siti web dedicati agli allibratori si leggeva infatti addirittura che "da questa sentenza si potrà sapere se in futuro i *bookmakers* esteri appartenenti alla Comunità europea e legalmente riconosciuti nel proprio Stato di appartenenza potranno essere ritenuti legali a tutti gli effetti e raggiungibili *on line* da ogni Paese europeo (...) in pratica sarà chiarito se per tali *bookmakers* potrà essere tolto l'oscuramento imposto in Italia dalla AAMS". Cfr. *on line* www.pronostitalia.com.

78 Cfr. le conclusioni dell'Avvocato generale Dámaso Ruiz-Jarabo Colomer del 16 maggio 2006, causa *Placanica*, cit., punto 106.

79 Ricordiamo anche che è ancora pendente un'altra questione pregiudiziale analoga, sollevata dal Tribunale di Viterbo con ordinanza del 25 ottobre 2005, pubblicata in *Diritto dell'internet*, 2006, p. 163, con nota di F. Resta. È curioso notare come il medesimo Tribunale avesse già sollevato in precedenza una questione di interpretazione simile; la Corte, con l'ordinanza 22 febbraio 2005, pronunciata in relazione al procedimento C-480/04, ne aveva però dichiarato la manifesta irricevibilità, dal momento che l'ordinanza di rinvio era priva di ogni "descrizione del contesto fattuale e normativo entro il quale si inserisce la domanda di pronuncia pregiudiziale", ciò che non le consentiva di rendere un'interpretazione utile del diritto comunitario. Ricordiamo infatti come la Corte di giustizia ritenga indispensabile che il giudice nazionale fornisca almeno una minima spiegazione dei motivi che lo hanno indotto a chiedere l'interpretazione di determinate disposizioni comunitarie e del nesso intercorrente tra le disposizioni medesime e la normativa nazionale applicabile alla controversia; sulle condizioni di ricevibilità delle questioni pregiudiziali di interpretazione cfr. *ex multis* l'ordinanza 7 aprile 1995, causa C 167/94, *Grau Gomis ed a.*, *Raccolta*, p. 1023, punto 9.

80 Si tratta, come noto, dei c.d. centri di trasmissione dati (CTD), società giuridicamente autonome dal *bookmaker* le quali si limitano a raccogliere le giocate e a trasmetterle, generalmente via Internet, a quest'ultimo. Cfr. sentenza *Placanica*, cit., punto 43.

abbiamo già definito "test di proporzionalità in senso stretto" [81]; così facendo, insomma, la Corte ha dettagliatamente scandito le varie fasi interpretative attraverso le quali i giudici interni dovranno effettuare il controllo di compatibilità comunitaria delle misure in parola[82].

Vista la chiarezza della verifica che i giudici nazionali sono chiamati ad effettuare, un'eventuale deviazione dal percorso ermeneutico così delineato potrebbe costituire una violazione degli obblighi comunitari, con la conseguente applicabilità della giurisprudenza *Traghetti del Mediterraneo* la quale, come noto, ha chiarito che il principio per il quale uno Stato membro è tenuto a risarcire i danni arrecati alle persone per le violazioni del diritto comunitario ad esso imputabili si applica qualunque sia l'organo statale la cui azione od omissione ha dato origine alla violazione, ivi compreso il caso in cui la medesima sia imputabile ad un'operazione interpretativa di norme di diritto comunitario contenuta in una decisione di un organo giurisdizionale[83].

Peraltro la sentenza *Placanica*, pur confermando l'esistenza di una competenza nazionale ad adottare le disposizioni che regolano, sotto il profilo procedurale, le modalità di gara per l'aggiudicazione delle concessioni di raccolta delle scommesse, ha ribadito come tale competenza debba essere sempre esercitata nel rispetto del diritto comunitario, imponendo così agli Stati di dettare norme *procedurali* compatibili con i principi generali *sostanziali* di diritto comunitario, e in particolare con i principi di equivalenza – secondo il quale le modalità di assegnazione devono essere non meno favorevoli di quelle che riguardano situazioni analoghe di natura esclusivamente interna – e effettività – nel senso che le medesime norme non possono rendere in concreto eccessivamente oneroso o addirittura impossibile l'esercizio dei diritti conferiti dall'ordinamento giuridico comunitario[84], tra i quali, *in primis*, le libertà fondamentali[85].

---

81 Sentenza *Placanica*, cit., punti 57-58.

82 Al riguardo si veda anche il punto 134 delle conclusioni dell'Avvocato generale. Era già stata affermata la sindacabilità in sede giurisdizionale interna di eventuali misure di restrizione, dal momento che "la loro adeguatezza alle esigenze di pubblico interesse è, infatti, suscettibile di controllo da parte del giudice nazionale chiamato ad applicarle, il quale dovrà nello svolgimento di tale indagine riferirsi ai canoni di giustificazione – incluso quello della proporzionalità – elaborati dalla giurisprudenza comunitaria con riguardo ai limiti che possano legalmente circondare l'esercizio di diritti e libertà scaturenti dal Trattato". Così l'Avvocato generale La Pergola nelle conclusioni della causa *Läärä*, punto 34; il passo citato è riportato anche nella nota 104 delle conclusioni relative alla causa *Placanica*.

83 Cfr. sentenza del 13 giugno 2006, *Traghetti del Mediterraneo S.p.a. c. Repubblica Italiana*, causa C-173/03, pubblicato anche in *RDI*, 2006, p. 1155 ss. La Corte ha peraltro chiarito che una responsabilità siffatta esiste solo nel caso di violazione "manifesta" del diritto comunitario.

84 Il principio di effettività è stato spesso utilizzato come strumento limitativo della c.d. *autonomia processuale degli Stati membri*; cfr. Corte di giustizia, 20 settembre 2001, causa C-453/99, *Courage e Crehan*, *Raccolta*, p. 6297 ss., punto 29, nonché 19 settembre 2006, cause riunite C-392/04 e C-422/04, *i-21 Germany e Arcor*, punto 57. In dottrina cfr. L. Daniele, *op. cit.*, p. 213 ss.

85 Sul punto si veda anche la sentenza del 19 gennaio 1999, causa C-348/96, *Calfa*, *Raccolta*, p. 11, punto 17. Anche a giudizio dell'Avvocato generale il sistema italiano che prevedeva il divieto per le società quotate in borsa di prendere parte alle gare per l'affidamento delle concessioni di

Assai rilevante, poi, è l'applicazione fatta nella sentenza *Placanica* dei principi elaborati nella giurisprudenza *Rienks*[86], secondo i quali uno Stato membro non può applicare una sanzione penale per il mancato espletamento di una formalità amministrativa, allorché l'adempimento di tale formalità viene rifiutato o è reso impossibile dallo stesso Stato membro in violazione del diritto comunitario: la Corte ha quindi ritenuto incompatibile con gli obblighi comunitari ogni previsione di sanzioni penali nei confronti di soggetti che abbiano esercitato l'attività di raccolta di scommesse in difetto di concessione o di autorizzazione di polizia necessarie per la normativa nazionale, allorché costoro, pur avendole richieste, non abbiano potuto ottenere le dette autorizzazioni a causa di un rifiuto opposto in violazione del diritto comunitario[87].

Insomma, senza mai mettere in discussione lo *ius puniendi* dello Stato, al quale spetta il compito di valutare potenzialità, adeguatezza e validità di ogni reazione repressiva, la Corte ha chiarito che in tutti i casi in cui una reazione siffatta, accompagnata da sanzioni penali, si dimostrasse contraria alle libertà fondamentali del diritto comunitario, resterebbe riservato alla Corte di giustizia il compito di "verificare che la scelta sia compatibile con il diritto comunitario"[88].

Qualche dubbio, a nostro giudizio, solleva invece la parte della decisione che ritiene applicabile in concreto alla fattispecie in esame il diritto di stabilimento, reputandone titolari finanche i *bookmakers* stranieri che operavano in Italia tramite i c.d. Centri di trasmissione dati (CTD): la circostanza che questi ultimi fossero giuridicamente e economicamente autonomi rispetto agli allibratori ai quali facevano riferimento[89], per i quali si limitavano a fare da intermediari, a

raccolta delle scommesse, poi rimosso, comporta una perdurante violazione delle diritto di stabilimento a causa della avvenuta proroga delle concessioni rilasciate sotto il precedente regime: il legislatore italiano, infatti, avrebbe potuto adottare altre misure, meno restrittive di un divieto assoluto, al fine di evitare l'infiltrazione criminale nelle società di *bookmaking* (si pensi, ad esempio, alla raccolta di informazioni sui rappresentanti delle stesse o sui loro maggiori azionisti).

86 Sentenza del 15 dicembre 1983, causa 5/83, *Rienks*, *Raccolta*, p. 4233, punti 10-11.

87 Sentenza *Placanica*, cit., punti 69-71.

88 Si noti come nel ragionamento della Corte sia implicito il riferimento alla differenza esistente tra un'operazione di bilanciamento (la quale implica una scelta, di competenza statale e quindi delegata correttamente al giudice nazionale) e una di interpretazione. Nel medesimo senso già il punto 135 delle conclusioni dell'Avvocato generale nella causa *Placanica*. I rapporti tra diritto comunitario e diritto penale sono stati oggetto di ampio dibattito, specie nella dottrina penalistica; sul tema, e sui suoi recenti sviluppi, specialmente in seguito alla sentenza della Corte di giustizia del 13 settembre 2005, causa C-176/03, *Commissione c. Consilgio*, sui c.d. reati ambientali, si veda, da ultimo, C. Honorati, *La comunitarizzazione della tutela penale e il principio di legalità nell'ordinamento comunitario*, in *RDIPP*, 2006, p. 941 ss.

89 Nella maggior parte dei casi i CTD sono legati ai *bookmakers* di riferimento da contratti di *franchising*, i quali si caratterizzano per l'autonomia giuridica ed economica tra le due parti. Va detto che la Corte di giustizia si è occupata dell'applicabilità del diritto di stabilimento nel caso di reti di *franchising* raggiungendo una soluzione affermativa, ma in presenza di condizioni del tutto differenti rispetto al caso che ci occupa; cfr. sentenza 13 dicembre 2005, causa C-446/03, *Marks & Spencer plc c. David Halsey (Her Majesty's Inspector of Taxes)*.

nostro giudizio avrebbe invece dovuto indurre la Corte al riconoscimento del solo diritto alla libera circolazione dei servizi, dal momento che gli allibratori in questione non avevano mai inteso stabilirsi in un Paese diverso da quello di origine, accontentandosi di operare in Italia per il tramite di soggetti da loro autonomi.

Anche la Commissione europea, da ultimo, ha ritenuto i limiti previsti in Italia alla libera circolazione dei servizi di scommesse incompatibili con il diritto comunitario, e ha quindi convenuto la Repubblica italiana dinanzi alla Corte di giustizia nel corso di un procedimento di infrazione, avviato ai sensi dell'art. 226 TCE, relativo al rinnovo, ancora una volta senza alcuna gara di appalto, di altre 329 concessioni per l'esercizio delle scommesse ippiche[90]; la relativa causa ha visto il 29 marzo 2007 il deposito delle conclusioni dell'Avvocato generale, che ha suggerito alla Corte di condannare l'Italia per violazione degli articoli 43, 49 e seguenti del TCE.

Peraltro la sentenza *Placanica* ha immediatamente prodotto le sue conseguenze sull'orientamento dei giudici italiani: con due decisioni depositate il 4 maggio 2007[91], infatti, la Corte di Cassazione ha compiuto il tanto auspicato *revirement* rispetto al proprio orientamento "internistico" e ha così finalmente riconosciuto l'incompatibilità comunitaria del regime italiano del *gambling*; in particolare la Corte ha sancito l'illegittimità comunitaria delle norme che puniscono con sanzioni penali l'attività organizzata di accettazione e raccolta delle scommesse operata da soggetti originariamente esclusi dal rilascio delle autorizzazioni di cui all'art. 88 del TULPS, per conto di società quotate nei mercati regolamentati e aventi sede in altro Stato membro le quali non hanno potuto partecipare alle gare per l'attribuzione delle licenze pur essendo in possesso delle necessarie autorizzazioni per la gestione organizzata di scommesse in altro Stato membro. La Cassazione, procedendo alla valutazione complessiva del regime italiano alla luce dei principi generali del diritto comunitario, si è allineata con le conclusioni della Corte di giustizia: a nostro giudizio un ruolo determinante nel mutamento di giurisprudenza è stato giocato dalla sentenza *Placanica* soprattutto sotto il profilo metodologico-argomentativo, cioè con riferimento al modo di procedere all'esame delle misure nazionali limitative delle libertà fondamentali. La Suprema Corte italiana ha infatti ritenuto di dover verificare la compatibilità del regime italiano delle scommesse alla luce dei principi di "coerenza e sistematicità", di "non discriminazione" e di "proporzionalità" in senso stretto, recependo così *in toto* la metodica della Corte di giustizia.

Non si può che prendere atto con soddisfazione del rafforzamento dell'orientamento "comunitaristico" della giurisprudenza italiana di cui era già stata espressione la sentenza del Consiglio di Stato analizzata sopra[92], e in particolare del più corretto modo di concepire il test di cui all'art. 46 TCE, come strumento

90 *Commissione c. Italia*, causa C-260/04, attualmente pendente dinanzi alla Corte di giustizia.

91 Cass. pen., sez. III, sentenze del 28 marzo e del 4 maggio 2007, n. 16928 e n. 16969, inedite.

92 Ricordiamo infatti che il Consiglio di Stato, sez. IV, sentenza n. 7113, cit., ha annullato le proroghe delle concessioni Enalotto in quanto ritenute incompatibili con i "principi cardine" del-

di verifica *complessiva* del rispetto dei principi di diritto comunitario da parte delle misure nazionali restrittive delle libertà fondamentali e segnalare anche come l'approccio ermeneutico della Corte di giustizia abbia avuto finanche un impatto all'esterno del sistema comunitario. In una recentissima sentenza la Corte dell'European Free Trade Agreement (EFTA)[93], chiamata a verificare la compatibilità del monopolio statale introdotto dalla Norvegia in materia di macchine da gioco[94], ha fatto uso di un test dichiaratamente derivato dalla giurisprudenza comunitaria[95]. La Corte EFTA, infatti, ha sottoposto la legislazione interna norvegese ad un esame scandito proprio sulle indicazioni della Corte di giustizia comunitaria, procedendo ad una valutazione tripartita volta a verificarne dapprima la legittimità degli scopi (punti 30-41), quindi l'idoneità al raggiungimento di tali scopi (punti 42-46), e infine la rispondenza a criteri di necessità e di proporzionalità in senso stretto (punti 47-53) [96].

La circostanza che l'art. 6 dell'Accordo sullo Spazio Economico Europeo (SEE)[97] imponga alla Corte EFTA, nella sua opera di interpretazione delle norme del proprio sistema, di seguire i pertinenti orientamenti giurisprudenziali della Corte di giustizia comunitaria, non deve indurci a sminuire l'importanza dell'influenza esercitata dalla sentenza *Placanica* nel caso di specie: fino ad oggi, infatti, le due Corti, pur applicando sistemi normativi sostanzialmente analoghi, non si erano mai allineate sotto il profilo metodologico delle tecniche di

---

l'ordinamento italiano e del diritto comunitario, esplicitando così l'avvenuto controllo *complessivo* della conformità delle misure adottate al sistema del Trattato.

93 Tre Paesi membri dell'EFTA (Islanda, Liechtenstein e Norvegia, con la sola esclusione, quindi, della Svizzera) aderiscono anche all'accordo per l'Area Economica Europea (Agreement on the European Economic Area, AEEA), entrato in vigore il 1° gennaio 1994 e che prevede il libero scambio commerciale tra i Paesi partecipanti all'EFTA e quelli che fanno parte dell'Unione europea. Cfr. www.efta.int. In dottrina si vedano M. Sheridan, J. Cameron, J. Toulmin (eds.), *EFTA Legal Systems: An Introductory Guide*, London, 1993.

94 È il caso di sottolineare come la Corte abbia ritenuto, alla fine della sua analisi, le misure adottate dalla Norvegia pienamente compatibili con le norme del Trattato EFTA.

95 Sui rapporti tra la Corte EFTA e la Corte di giustizia comunitaria si vedano C. Baudenbacher, *The EFTA Court: An Actor in the European Judicial Dialogue*, in *Fordham ILJ*, 2005, p. 353 ss.; H. P. Graver, *The EFTA Court and the Court of Justice of the EC: Legal Homogeneity at Stake?*, in P. C. Müller-Graff, E. Selvig (eds.), *EEA-EU Relations*, Berlin, 1999, p. 31 ss.

96 Si veda la sentenza del 14 marzo 2007, causa E-1/06, *EFTA Surveillance Authority v. Kingdom of Norway*, reperibile *on line* sul sito www.eftacourt.lu, in cui l'Autorità di sorveglianza contestava alla Norvegia la violazione degli articoli 31 e 36 del Trattato EFTA, che vietano ogni restrizione al diritto di stabilimento di cittadini di un Paese membro sul territorio di un altro e garantiscono la libera circolazione dei servizi.

97 L'art. 6 dell'Accordo SEE (*GURI* n. 1, 3 gennaio 1994) prevede che "fatti salvi futuri sviluppi legislativi, le disposizioni del presente accordo, nella misura in cui sono identiche nella sostanza alle corrispondenti norme del trattato che istituisce la Comunità economica europea e del trattato che istituisce la Comunità europea del carbone e dell'acciaio e degli atti adottati in applicazione di questi due trattati, devono essere interpretate, nella loro attuazione e applicazione, in conformità delle pertinenti sentenze pronunciate dalla Corte di giustizia delle Comunità europee prima della data della firma del presente accordo".

esame della legittimità delle misure nazionali restrittive delle libertà economiche fondamentali.

Tutto il discorso compiuto, in ultima analisi, consente di apprezzare il consolidarsi di quel *trend* al quale facevamo riferimento in apertura, che vede numerose organizzazioni internazionali di stampo economico promuovere la liberalizzazione internazionale (delle scommesse, ma il meccanismo è stato utilizzato anche per settori differenti) mediante la progressiva restrizione giurisprudenziale – diretta, attraverso decisioni di giudici internazionali, o indiretta, mediante l'influenza esercitata sui giudici interni – del margine di manovra lasciato agli Stati in merito all'adozione di misure restrittive dell'accesso ai mercati nazionali.

Giovanni Pàstina

La "comunitarizzazione" del diritto delle obbligazioni alimentari nella proposta di regolamento presentata dalla Commissione

Sommario: 1. I motivi a fondamento dell'adozione di uno strumento comunitario in materia di obbligazioni alimentari. – 2. L'àmbito di applicazione della proposta: la nozione di credito alimentare. – 3. *Segue*: la nozione di creditore alimentare. – 4. La disciplina relativa alla individuazione del giudice competente a giudicare in materia di obbligazioni alimentari. – 5. *Segue*: la disciplina prevista per la proroga di competenza e le competenze residuali. – 6. La legge applicabile alle obbligazioni alimentari. – 7. *Segue*: il problema del rinvio, il limite dell'ordine pubblico ed il richiamo di ordinamenti plurilegislativi. – 8. Riconoscimento ed esecuzione delle decisioni straniere in materia di obbligazioni alimentari. – 9. La cooperazione internazionale in materia di obbligazioni alimentari.

1. Nell'àmbito del processo di "comunitarizzazione" del diritto internazionale privato[1], uno dei settori attualmente oggetto di attenzione da parte del legislatore comunitario è quello delle obbligazioni alimentari[2]. La creazione di un nuovo strumento comunitario in tale materia è reso necessario dalla esistenza di un quadro giuridico di riferimento estremamente frammentato il quale pregiu-

[1] Sulla "comunitarizzazione" del diritto internazionale privato e processuale, vedi, nella dottrina italiana, ad esempio, F. Pocar, *La comunitarizzazione del diritto internazionale privato: una* "European Conflict of Laws Revolution", in *RDIPP*, 2000, p. 873 ss.; R. Clerici, *Art. 65*, in F. Pocar (a cura di), *Commentario breve ai trattati della Comunità e dell'Unione europea*, Padova, 2001, p. 308 ss.; S. Bariatti, *Le competenze comunitarie in materia di diritto internazionale privato e processuale*, in *Casi e materiali di diritto internazionale privato comunitario*, Milano, 2003, p. 3 ss. Sull'azione delle Comunità europee in materia di diritto internazionale privato prima dell'approvazione del Trattato di Amsterdam, v. U. Villani, *L'azione comunitaria in materia di diritto internazionale privato*, in *RDE*, 1981, p. 373 ss.

[2] Sulle obbligazioni alimentari, in generale, v. P. De Cesari, *Alimenti (Diritto internazionale Privato)*, in *N.mo DI*, Appendice I, Torino, 1980, p. 238 s.; Id., *Le nuove convenzioni dell'Aja in materia di obbligazioni alimentari*, in *RDIPP*, 1983, p. 43 ss.; AA. VV., *L'obligation alimentaire en droit international privé*, Paris, 1983; F. Pocar, S. Bariatti, *Italie*, in AA. VV., *L'obligation alimentaire en droit international privé*, Paris, 1984, p. 267 ss.; F. Herzfelder, *Les obligations alimentaires en droit international privé conventionnel*, Paris, 1985; C. Biscaretti Di Ruffia, *Le obbligazioni alimentari nel diritto internazionale privato convenzionale*, Padova, 1989; G. Badiali, *La disciplina convenzionale degli obblighi alimentari*, Napoli, 1994.

dica, nell'Unione europea, la creazione di uno spazio di libertà, di sicurezza e di giustizia in cui venga garantita quella libera circolazione delle persone, essenziale per il buon funzionamento del mercato interno.

Tanto a livello comunitario, quanto a livello di diritto internazionale convenzionale, infatti, non si rinviene uno strumento volto a regolamentare la materia delle obbligazioni alimentari in tutti i suoi molteplici aspetti relativi sia alla individuazione del giudice competente che alla legge applicabile; ovvero al riconoscimento ed esecuzione delle sentenze straniere o, infine, alla esigenza della cooperazione.

Ed invero, attualmente, l'individuazione della legge applicabile è regolata dalla Convenzione dell'Aja del 24 ottobre 1956 sulla legge applicabile alle obbligazioni alimentari verso i figli[3] e dalla Convenzione dell'Aja del 2 ottobre 1973 sulla legge applicabile alle obbligazioni alimentari[4]; il riconoscimento e l'esecuzione delle decisioni straniere sono oggetto della Convenzione dell'Aja del 15 aprile 1958, concernente il riconoscimento e l'esecuzione delle decisioni in materia di obbligazioni alimentari verso i figli[5] e della Convenzione dell'Aja del 2 ottobre 1973, concernente il riconoscimento e l'esecuzione delle decisioni in materia di obbligazioni alimentari[6]; la cooperazione internazionale è disciplinata dalla Convenzione di New York del 20 giugno 1956 sull'esazione delle prestazioni alimentari all'estero, conclusa nel quadro dell'Organizzazione delle Nazioni Unite[7].

A tali Convenzioni, di cui sono parti molti degli Stati membri dell'Unione europea, vanno aggiunti alcuni strumenti comunitari tesi a disciplinare singoli

---

3 La Convenzione, ratificata da Germania, Austria, Belgio, Spagna, Francia, Italia, Lussemburgo, Paesi Bassi e Portogallo, è reperibile *on line*, sul sito internet www.hcch.net.

4 La Convenzione, ratificata da Germania, Spagna, Francia, Finlandia, Italia, Lussemburgo, Paesi Bassi e Portogallo, è riprodotta in R. Clerici, F. Mosconi, F. Pocar, *Legge di riforma del diritto internazionale privato e testi collegati*, Torino, 2002, p. 101 ss. La Convenzione riveste, peraltro, particolare rilievo nel nostro ordinamento giuridico se si considera che l'art. 45 della legge di riforma del diritto internazionale privato n. 218 del 1995, riprodotto in R. Clerici, F. Mosconi, F. Pocar, *op. cit.*, p. 15, la richiama espressamente, disponendo che: "le obbligazioni alimentari nella famiglia sono in ogni caso regolate dalla Convenzione dell'Aja del 1973". Per un attento studio dell'istituto delle obbligazioni alimentari nella legge n. 218 del 1995 v. M. C. Baruffi, *Art. 45*, in S. Bariatti (a cura di), *Legge 31 maggio 1995. Riforma del sistema italiano di diritto internazionale privato*, in *Le nuove leggi civili commentate*, Padova, 1996, p. 1273 ss.; C. Honorati, *Art. 45*, in F. Pocar, T. Treves, S. M. Carbone, A. Giardina, R. Luzzatto, F. Mosconi, R. Clerici, *Commentario del nuovo diritto internazionale privato*, Padova, 1996, p. 223 ss.; F. Pocar, *Il nuovo diritto internazionale privato*, Milano, 2002, p. 56; G. Cian, A. Trabucchi, *Commentario breve al Codice civile. Volume complementare: "Diritto internazionale privato" e "Diritto societario prima della riforma"*, Padova, 2004, p. 45 ss.

5 La Convenzione, ratificata da Germania, Austria, Belgio, Danimarca, Spagna, Francia, Finlandia, Italia, Paesi Bassi, Portogallo e Svezia, è reperibile *on line*, sul sito internet www.hcch.net.

6 La Convenzione, ratificata da Germania, Danimarca, Spagna, Francia, Finlandia, Italia, Lussemburgo, Paesi Bassi, Portogallo, Regno Unito e Svezia, è reperibile *on line*, sul sito internet www.hcch.net.

7 La Convenzione, consultabile *on line*, sul sito internet untreaty.un.org, è stata ratificata da tutti gli Stati membri dell'Unione europea ad eccezione di Malta, Lituania, Lettonia e Bulgaria.

aspetti delle obbligazioni alimentari. Ci si riferisce, in particolare, al regolamento 44/2001, concernente la competenza giurisdizionale, il riconoscimento e l'esecuzione delle decisioni in materia civile e commerciale[8] ed al regolamento 805/2004, che istituisce il titolo esecutivo europeo per i crediti non contestati[9]. Il primo pone un criterio speciale di giurisdizione per la individuazione del giudice competente in materia di crediti alimentari[10] e si applica altresì al riconoscimento delle sentenze emesse sulla materia, mentre il secondo istituisce una forma di riconoscimento automatico e di soppressione dell'*exequatur*, creando un titolo esecutivo europeo anche relativamente ai crediti alimentari non contestati[11].

Risulta pertanto evidente come, fra gli Stati membri dell'Unione europea, il quadro normativo esistente sia insufficiente ed inidoneo a realizzare quella libera circolazione delle decisioni straniere in materia di obbligazioni alimentari, essenziale per la creazione di uno spazio giudiziario europeo. Sebbene, come si è avuto modo di constatare, sussistano norme uniformi relative alla competenza giurisdizionale e al riconoscimento ed esecuzione delle decisioni in materia di obbligazioni alimentari, non va dimenticato come la libera circolazione delle decisioni straniere venga inevitabilmente compromessa dalla mancanza di quella certezza del diritto che solo una armonizzazione delle norme di diritto internazionale privato sulla legge applicabile potrebbe garantire[12]. Va aggiunto che la situazione attuale può favorire il verificarsi di fenomeni di *forum shopping* dato che, proprio in ragione della differente regolamentazione normativa sussistente all'interno dei vari Stati membri dell'Unione europea, si potrebbe pervenire alla individuazione di diverse leggi applicabili ad uno stesso rapporto giuridico a seconda della giurisdizione adita.

L'esigenza di una regolamentazione uniforme nella complessiva materia delle obbligazioni alimentari si è peraltro fatta strada anche in seno alla Conferenza dell'Aja di diritto internazionale privato[13] la quale ha avviato i lavori

---

8 Regolamento (CE) n. 44/2001 del Consiglio, del 22 dicembre 2000, concernente la competenza giurisdizionale, il riconoscimento e l'esecuzione delle decisioni in materia civile e commerciale, *GUCE* L 12, 16 gennaio 2001, p. 1 ss.

9 Regolamento (CE) n. 805/2004 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 21 aprile 2004, che istituisce il titolo esecutivo europeo per i crediti non contestati, *GUUE* L 143, 30 aprile 2004, p. 15 ss.

10 Cfr. art. 5.2 del regolamento 44/2001, cit.

11 V. in tal senso M. Petegás Sender, *La responsabilité parentale, l'enlèvement d'enfants et les obligations alimentaires*, in P. Wautelet (sous la direction de), *Actualités du contentieux familial international*, Bruxelles, 2005, p. 217 s.; I. Viarengo, *Le obbligazioni alimentari nel diritto internazionale privato comunitario*, in S. Bariatti (a cura di), *La famiglia nel diritto internazionale privato comunitario*, Milano, 2007, p. 228.

12 È utile a tal riguardo ricordare che la Convenzione di Roma sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali del 19 giugno 1980, entrata in vigore il 1° aprile 1991, esclude dal suo campo di applicazione la materia delle obbligazioni alimentari: v. U. Villani, *La Convenzione di Roma sulla legge applicabile ai contratti*, Bari, 2002, II ed., p. 39 s.

13 Sulla necessità di un unico strumento convenzionale generale che disciplini l'intera materia delle obbligazioni alimentari v. l'opinione espressa dal *Permanent Bureau of the Hague Conferen-*

per aggiornare le Convenzioni esistenti in materia dedicando tre riunioni di una Commissione speciale all'elaborazione di una Convenzione generale sulle obbligazioni alimentari[14].

La possibile futura adozione di una Convenzione generale dell'Aja tuttavia non deve indurre a pensare che uno strumento comunitario in materia di obbligazioni alimentari sia inutile. Deve infatti ricordarsi come l'elevato livello di integrazione degli Stati membri dell'Unione europea e la portata degli obiettivi perseguiti in seno a quest'ultima rendono indispensabile la ricerca di soluzioni comunitarie particolari. Il livello di cooperazione fra gli Stati membri, che possono usufruire di un sistema più coerente e completo di norme di competenza diretta e di riconoscimento delle decisioni oltre che di una rete giudiziaria europea pienamente operativa, deve essere infatti più elevato di quanto richiesto nei rapporti con gli Stati terzi[15].

Deve pertanto accogliersi favorevolmente l'avvio, all'interno della Comunità europea, di un processo teso alla elaborazione, in materia di obbligazioni alimentari, di specifiche norme di conflitto e procedurali al preciso scopo di semplificare ed accelerare la risoluzione delle controversie transfrontaliere e di sopprimere le misure intermedie richieste per permettere il riconoscimento e l'esecuzione, nello Stato richiesto, di una decisione emessa in un altro Stato membro. Tale processo, avviatosi con la riunione del Consiglio europeo tenutasi a Tampere il 15 e 16 ottobre 1999, ha visto, in un primo momento, l'elaborazione di un Programma di riconoscimento reciproco delle decisioni in materia civile e commerciale, comune alla Commissione e al Consiglio, adottato il 30 novembre 2000[16], e successivamente l'adozione, da parte del Consiglio europeo, nella riunione tenutasi a Bruxelles il 4 e 5 novembre 2004, di un secondo Programma dal titolo "rafforzare la libertà, la sicurezza e la giustizia nell'Unione europea", meglio conosciuto come Progetto dell'Aja. Esso è stato tradotto in un Piano d'azione adottato dal Consiglio e dalla Commissione il 2 e 3 giugno 2005, che individua azioni concrete e che menziona la necessità di adottare proposte sulle obbligazioni alimentari. Si è così giunti alla elaborazione di una proposta di regolamento del Consiglio relativo alla competenza, alla legge applicabile, al riconoscimento e all'esecuzione delle decisioni e alla cooperazione in materia di obbligazioni alimentari, presentato dalla Commissione il 15 dicembre 2005[17] (d'ora innanzi proposta) che ci accingiamo ad esaminare nella trattazione che segue.

---

ce on Private International Law nel *Preliminary Document No 2 of January 1999 for the attention of the Special Commission of April 1999* sulle *Maintenance Obligations*, reperibile *on line*, sul sito internet www.hcch.net (cfr. par. 44).

14 Le riunioni della Commissione speciale hanno avuto luogo nel maggio 2003, giugno 2004, aprile 2005 e giugno 2006, nella prospettiva di una eventuale sessione diplomatica nel 2007.

15 Cfr. in tal senso p. 9 s., del libro verde della Commissione, del 15 aprile 2004, obbligazioni alimentari, COM(2004)254 def., reperibile *on line*, sul sito internet eur-lex.europa.eu.

16 Cfr. *GUCE* C 12, 15 gennaio 2001.

17 Cfr. il 3° "considerando" della proposta di regolamento del Consiglio relativo alla competenza, alla legge applicabile, al riconoscimento e all'esecuzione delle decisioni e alla cooperazione

2. Con riferimento all'àmbito di applicazione della proposta è possibile distinguere due profili inerenti rispettivamente alla natura del credito cui lo strumento in analisi dovrebbe applicarsi ed alle categorie di persone che esso dovrebbe interessare.

Quanto al primo profilo, l'art. 1.1 della proposta chiarisce che "il presente regolamento si applica alle obbligazioni alimentari derivanti dai rapporti familiari o dai rapporti che, in forza della legge ad essi applicabile, producono effetti simili". Si tratta, per vero, di una definizione alquanto generica che rivela la difficoltà incontrata nell'operare una enumerazione dei tipi di rapporti disciplinati dal regolamento. Il legislatore comunitario ha così perso l'occasione di fornire una precisa e puntuale nozione comunitaria di obbligazione alimentare, tanto più auspicabile in quanto vi è una certa disomogeneità in materia all'interno dei vari Stati membri dell'Unione europea. Le suddette obbligazioni possono infatti riferirsi a crediti a favore dei figli, dei coniugi, inclusi i coniugi divorziati, degli ascendenti, dei collaterali e degli enti pubblici. L'eterogeneo inquadramento delle obbligazioni alimentari trova riscontro anche nella proposta in esame che, in alcune disposizioni, fa riferimento ai crediti alimentari nei confronti dei minori di diciotto anni[18], in altre a quelli nei confronti di adulti vulnerabili, coniugi, ex coniugi[19] ed in altre ancora ai crediti alimentari vantati da enti pubblici[20].

Al fine di ricostruire una nozione autonoma di obbligazione alimentare occorrerà pertanto fare riferimento alla giurisprudenza della Corte di giustizia delle Comunità europee. Essa ha, per vero, adottato, in diverse sentenze che hanno avuto ad oggetto l'interpretazione della Convenzione di Bruxelles del 1968, una accezione ampia di obbligazione alimentare, tesa a ricomprendere ogni credito alimentare indipendentemente dalla diversa denominazione che esso assuma all'interno dei vari ordinamenti nazionali[21] e, nel caso di rapporti tra coniugi, a prescindere dalla circostanza che esso sia corrisposto prima o dopo lo scioglimento del matrimonio o che sia imposto *ex lege* o, nel corso di un processo, con provvedimento del giudice[22].

---

in materia di obbligazioni alimentari, del 15 dicembre 2005, COM(2005)649 def., consultabile *on line*, sul sito internet eur-lex.europa.eu.

18 Cfr. 11° "considerando" ed art. 4, par. 4 della proposta, cit.

19 Cfr. 17° "considerando" ed art. 15 della proposta, cit.

20 Cfr. art. 16 della proposta, cit.

21 Si pensi ad esempio all'ordinamento giuridico italiano in cui gli articoli 433 e ss. c.c., definiscono alimenti le prestazioni fra coniugi e l'art. 5 della legge n. 898/1970, fa riferimento agli assegni per le prestazioni successive allo scioglimento del matrimonio. V. in tal senso I. Viarengo, *op. cit.*, p. 233 s. V. altresì F. Marongiu Bonaiuti, *Obbligazioni alimentari, rapporti patrimoniali tra coniugi e litispendenza tra i regolamenti «Bruxelles I» e «Bruxelles II»*, in *RDIPP*, 2005, p. 711.

22 In tal senso si è espressa la Corte di giustizia nella sentenza 6 marzo 1980, causa 120/79, *de Cavell c. de Cavel*, in *RDIPP*, 1980, p. 475 ss. La Corte, in particolare, ha avuto modo di precisare come: "risulta che il campo di applicazione della Convenzione si estende anche (…) alle

Dalla lettura delle più importanti sentenze sul punto si desume chiaramente che gli elementi caratterizzanti di una obbligazione alimentare son costituiti dallo scopo, anche parziale[23], del mantenimento del soggetto bisognoso e dalla commisurazione della prestazione alle esigenze ed alle risorse di ciascun soggetto. Nella sentenza *van den Boogaard c. Laumen*[24], la Corte ha infatti affermato che, "se (…) risulta che una determinata prestazione è diretta a garantire il sostentamento di un coniuge bisognoso o se le esigenze e le risorse di ciascun coniuge sono prese in considerazione per stabilirne l'ammontare, la decisione riguarda un'obbligazione alimentare"[25] e che quando, tuttavia, "la prestazione attiene unicamente alla ripartizione dei beni tra i coniugi, la decisione concerne il regime patrimoniale e quindi non può essere resa esecutiva in base alla Convenzione di Bruxelles"[26].

Deve, peraltro, ricordarsi come, a giudizio della Corte, la nozione di obbligazione alimentare è indipendente dal carattere provvisorio o meno della misura o dal modo di pagamento della stessa e, pertanto, anche "un provvedimento provvisorio emesso da un giudice francese in un procedimento per lo scioglimento del matrimonio e con il quale si attribuisce ad una delle parti un assegno mensile per alimenti" o "una prestazione compensativa provvisoria da pagarsi mensilmente, attribuita ad una delle parti in una sentenza francese di divorzio ai sensi degli artt. 270 e segg. del codice civile francese", possa considerarsi come una obbligazione alimentare[27].

---

obbligazioni alimentari imposte ai coniugi, dalla legge o dal giudice, per il periodo successivo al divorzio" (cfr. p. 482).

23 V. in tal senso A. Huet, *Chronique de jurisprudence du Tribunal et de la Cour de justice de Communautés européennes*, in *JDI*, 1997, p. 570, a giudizio del quale "on peut aller au-delà de ce que dit expressément l'arrêt commenté. Il nous semble d'abord qu'une prestation doit être qualifiée d'obligation alimentaire même si elle n'a que partiellement pour objet d'assurer la subsistance d'une personne dans le besoin".

24 Sentenza 27 febbraio 1997, causa C-220/95, *van den Boogaard c. Lumen*, consultabile *on line*, sul sito internet eur-lex.europa.eu. Per un commento alla suddetta sentenza v. G. A. L. Droz, in *Rev. cr. DIP*, 1997, p. 472 ss.; A. Huet, *op. cit.*, p. 568 ss.; F. Monéger, *L'obligation alimentaire*, in A. Fulchiron, C. Nourissat (sous la direction de), *Le nouveau droit communautaire du divorce et de la responsabilité parentale*, Paris, 2005, p. 171.

25 Cfr. 22° "considerando" della sentenza *van den Boogaard c. Lumen*, cit. È utile ricordare come nel caso di specie si trattava di un divorzio avvenuto fra due coniugi olandesi sposatisi in Olanda nel 1957 e soggetti, dapprima, ad un regime di comunione dei beni e, successivamente, di separazione dei beni. I due coniugi si erano poi trasferiti in Gran Bretagna. L'autorità giurisdizionale di tale ultimo Paese aveva, successivamente, sciolto il matrimonio e si era pronunciata su di una domanda accessoria di liquidazione totale proposta dalla Sig.ra P. Lumen. Il giudice inglese aveva poi assegnato alla stessa un capitale al fine di rendere superfluo il versamento periodico di un assegno alimentare. Si trattava pertanto di stabilire ciò che, nella regolamentazione degli interessi fra degli sposi rientrava nella liquidazione del loro regime matrimoniale e ciò che era ascrivibile ad una obbligazione alimentare rientrante nel campo di applicazione dell'art. 5.2 della Convenzione di Bruxelles del 1968.

26 Cfr. 22° "considerando" della sentenza *van den Boogaard c. Lumen*, cit.

27 Cfr. sentenza *de Cavell c. de Cavel*, cit., p. 482 Si comprende allora che, nonostante la prestazione compensativa prevista dal diritto francese dopo il divorzio non abbia natura puramente

Una nota di incertezza deriva invece dal fatto che la Corte nulla ha statuito in merito alle obbligazioni alimentari di carattere successorio, una tipologia di obbligazioni cui la proposta non fa alcuno specifico riferimento ma che, a giudizio di una parte della dottrina, andrebbero escluse, insieme alle obbligazioni volontarie derivanti da negozio giuridico (contratto, donazione, legato) e ai crediti alimentari derivanti da fatto illecito, dalla nozione comunitaria di obbligazione alimentare[28].

Una delle più significative novità della proposta, è costituita poi dal fatto che essa equipara i crediti alimentari derivanti dai rapporti familiari a quelli che, in forza della legge ad essi applicabile, producono effetti simili[29], estendendo, per tal via, il proprio àmbito di applicazione alle unioni personali di nuovo tipo, oggi disciplinate in alcuni Stati membri dell'Unione europea, inclusive delle *partnership* registrate, delle convivenze e dei matrimoni fra persone dello stesso sesso[30]. La Commissione affari legali del Parlamento europeo ha, infatti, presentato due emendamenti alla proposta i quali chiariscono come l'espressione "rapporti a effetti simili" debba essere intesa nel senso di ricomprendere ogni rapporto di "relationships between couples of the same sex, which have comparable effects, such as civil partnerships"[31].

Peraltro, in un momento storico in cui solo taluni Stati membri dell'Unione europea attribuiscono a tali unioni personali effetti giuridici simili a quelli derivati da un rapporto familiare, l'estensione, o meno, dell'àmbito di applicazione del futuro regolamento ai suddetti rapporti dipenderà dalla legge ad essi applicabile. Non può tuttavia ignorarsi che l'effetto di tale equiparazione in alcuni degli Stati membri, non potrà che avere delle ripercussioni su tutto il territorio comunitario dato che la proposta garantisce un certo grado di effettività dei diritti

---

alimentare, essendo destinata, ai sensi dell'art. 270 del codice civile francese, a compensare le disparità che la rottura del matrimonio viene a creare fra gli sposi, la Corte di giustizia ha ritenuto che essa sia assimilabile ad una obbligazione alimentare proprio perché è commisurata alle necessità del coniuge che la riceve ed alle risorse di colui che la versa. V. F. Monéger, *op. cit.*, p. 171. Cfr. altresì p. 10 del libro verde della Commissione, del 15 aprile 2004, obbligazioni alimentari, cit.

28 V. in tal senso I. Viarengo, *op. cit.*, p. 235.

29 Cfr. art. 1, par. 1 e 9° "considerando" della proposta, cit. L'equiparazione dei rapporti di famiglia a quelli che producono effetti simili si desume anche dalla disciplina della scelta della legge applicabile dalle parti del rapporto. È infatti previsto che il creditore e il debitore di alimenti possano accordarsi in qualsiasi momento per iscritto sulla legge applicabile a condizione che designino, fra le altre, "la legge applicabile ai loro rapporti patrimoniali al momento della designazione quando si tratta di una obbligazione alimentare tra due persone che sono state sposate o che hanno avuto una relazione che secondo la legge applicabile produca effetti simili" (cfr. art. 14, lett. b), punto iii) della proposta, cit.).

30 Cfr. in tal senso L. Tomasi, *La nozione di famiglia negli atti dell'Unione e della Comunità europea*, in S. Bariatti (a cura di), *op. cit.*, p. 83; I. Viarengo, *op. cit.*, p. 237.

31 Cfr. emendamento n. 4 al 9° "considerando" della proposta, cit., ed emendamento n. 15 all'art. 1.1 della proposta, cit., contenuti nella *Draft Opinion* presentata dalla Commissione affari legali del Parlamento europeo l'undici aprile 2007, 2005/0259 (CNS), reperibile *on line*, sul sito internet www.europarl.europa.eu.

derivanti da unioni di *partnerships* che non siano riconosciute in tutti gli Stati membri[32]. Ai sensi dell'art. 20 della proposta infatti non viene consentito ad alcun giudice comunitario di invocare l'eccezione di ordine pubblico per evitare l'applicazione di una disposizione della legge di uno Stato membro designata in base al regolamento[33] né è possibile, in alcun caso, ostacolare il riconoscimento automatico o l'esecuzione delle decisioni sulle obbligazioni alimentari emesse in uno Stato membro invocando la contrarietà all'ordine pubblico dello Stato in cui è richiesto il riconoscimento o l'esecuzione[34].

3. Anche con riguardo alla nozione di creditore alimentare la Corte di giustizia si è pronunciata in favore di una interpretazione autonoma. Chiamata a giudicare se l'espressione "creditore alimentare"[35], contenuta nell'art. 5.2 della Convenzione di Bruxelles del 1968, dovesse essere interpretata nel senso che essa si riferisca a ogni creditore di alimenti, compreso colui che intenta per la prima volta una azione in materia di alimenti, o riguardi solo le persone titolari di un diritto agli alimenti riconosciuto da una decisione di una autorità giudiziaria anteriore, la Corte ha statuito che "le terme 'créancier d'aliments' vise tout demandeur d'aliments, y compris celui qui intente pour la première fois une action en matière d'aliments"[36]. Appare infatti evidente che, avendo l'art. 5.2 della Convenzione lo scopo di offrire alla parte debole del rapporto alimentare un foro alternativo di competenza, esso si riferisca ad ogni creditore alimentare senza alcuna limitazione di sorta[37].

Un altro problema interpretativo consiste poi nel valutare se ed in che termini un ente pubblico che si sia surrogato al debitore nel pagamento del debito alimentare possa essere ricompreso nella nozione di creditore alimentare.

Giova ricordare come, anche a tal riguardo, la Corte di giustizia, nel persistente intento di fornire una interpretazione autonoma dell'espressione "creditore alimentare"[38] contenuta nell'art. 5.2 della Convenzione di Bruxelles del 1968, si è pronunciata nel senso di scartare l'ipotesi che tale termine possa riferirsi agli enti pubblici che abbiano pagato un sussidio ad una persona in stato di bisogno, surrogandosi nella pretesa alimentare che questa persona vantava nei confronti di un terzo. I suddetti enti pubblici, ove avessero voluto far valere la propria pretesa, in via di regresso, nei confronti del terzo debitore di alimenti, non avrebbero potuto, pertanto, invocare la competenza speciale di cui all'art. 5.2 della Convenzione di Bruxelles[39]. La Corte di giustizia, ripercorrendo una

---

32 V. in tal senso L. Tomasi, *op. cit.*, p. 83.

33 Cfr. art. 20 della proposta, cit.

34 Cfr. art. 25 della proposta, cit.

35 Cfr. punto 12 della sentenza 20 marzo 1997, causa C-295/95, *Farrell c. Long*, in *Rev. cr. DIP*, 1997, p. 594 ss.

36 Cfr. punto 27 della sentenza *Farrell c. Long*, cit.

37 Cfr. punto 19 della sentenza *Farrell c. Long*, cit.

38 Cfr. punto 24 della sentenza 15 gennaio 2004 , causa C-433/01, *Freistaat Bayern c. Blijdenstein*, consultabile *on line*, sul sito internet eur-lex.europa.eu.

39 Cfr. punto 34 della sentenza *Freistaat Bayern c. Blijdenstein*, cit.

interpretazione già prospettata nella relazione Schlosser sulla Convenzione di adesione del Regno di Danimarca, dell'Irlanda e del Regno Unito[40], perviene così ad una conclusione giustificata dal fatto che la specifica finalità dell'art. 5.2 della Convenzione di Bruxelles, che è quella di accordare un foro alternativo alla parte debole del rapporto alimentare, viene meno nel caso di un ente pubblico che eserciti un'azione di regresso contro un debitore di alimenti dato che esso non si trova in una situazione di inferiorità nei confronti della parte debitrice[41].

Si tratta tuttavia di una motivazione che è stata criticata da taluna parte della dottrina internazionalistica in ragione del fatto che, per tal via, si incoraggerebbe il debitore domiciliato in un altro Stato membro a non pagare la propria obbligazione alimentare, data la maggiore difficoltà ad intentare una azione alimentare da parte di un ente pubblico che si sia surrogato nel pagamento di un debito di mantenimento nei confronti del creditore[42].

Seguendo quest'ultimo orientamento, e distaccandosi dalla interpretazione fornita dalla Corte di giustizia, la Commissione delle Comunità europee, nella elaborazione della proposta, ispirandosi ad una soluzione già adottata nella Convenzione dell'Aja del 2 ottobre 1973 sulla legge applicabile alle obbligazioni alimentari[43], ha previsto che "il diritto di una istituzione pubblica di chiedere il rimborso della prestazione fornita al creditore è subordinato alla legge che disciplina l'istituzione"[44]. Occorrerà pertanto fare riferimento ai vari ordinamenti giuridici degli Stati membri per valutare se l'istituzione pubblica possa o meno surrogarsi al creditore alimentare nella pretesa avanzata verso il debitore. La soluzione adottata dal legislatore comunitario può essere, a nostro avviso, accolta positivamente. L'allargamento dell'àmbito di applicazione del futuro regolamento sulle obbligazioni alimentari agli enti pubblici sembra infatti favorire quella politica di solidarietà sociale posta in essere negli Stati membri in cui più ingente è l'aiuto fornito ai creditori di alimenti da parte di istituzioni pubbliche, evitando che le somme da essi versate restino definitivamente a carico degli Stati.

---

40 Cfr. *GUCE* C 59, 5 marzo 1979, p. 71, punto 97. Nella relazione si legge infatti che "con la particolare disposizione in materia di competenza di cui all'art. 5.2 non si intende (…) che anche in caso di domanda di rivalsa la competenza del giudice sia determinata dal luogo in cui il creditore degli alimenti ha il proprio domicilio o, addirittura, in cui si trova la sede dell'autorità, indipendentemente da quale delle tecniche l'ordinamento abbia scelto".

41 Cfr. punto 30 della sentenza *Freistaat Bayern c. Blijdenstein*, cit.

42 V. in tal senso H. Gaudemet Tallon, *Compétence et exécution des jugements en Europe. Règlement n. 44/2001, Conventions de Bruxelles et de Lugano*, Paris, 2002, III éd., p. 165 ss. Analoghe considerazioni sono state peraltro presentate dalla Commissione delle Comunità europee nel libro verde, del 15 aprile 2004, obbligazioni alimentari, cit. (cfr. p. 12). Sul punto v. altresì F. Monéger, *op. cit.*, p. 175; I. Viarengo, *op. cit.*, p. 239.

43 Cfr. l'art. 9 della Convenzione dell'Aja del 2 ottobre 1973, cit., ai sensi del quale: "il diritto di un Ente pubblico ad ottenere il rimborso della prestazione fornita al creditore è sottoposto alla legge che regola l'Ente".

44 Cfr. art. 16 della proposta, cit.

4. La proposta riprende, completandola, la disciplina relativa all'individuazione del foro competente in materia di obbligazioni alimentari prevista dal regolamento 44/2001. Come è noto, tale ultimo regolamento consente al creditore di alimenti di convenire il debitore che sia, eventualmente, domiciliato in uno degli Stati membri innanzi al foro generale del domicilio del convenuto oppure, in via alternativa, davanti al foro del proprio domicilio o residenza abituale[45]. La *ratio* dell'art. 5.2 del regolamento 44/2001 è quella di favorire la parte debole del rapporto alimentare fornendo a questa un foro alternativo di competenza più vicino alle proprie esigenze e che, in via di principio, dovrebbe tutelarla maggiormente[46].

Allo stesso *favor* nei confronti del creditore alimentare si ispira la proposta la quale però presenta elementi di novità rispetto alla disciplina prevista nel regolamento 44/2001.

Anzitutto, l'operare della disciplina prevista per l'individuazione del giudice competente non è più subordinata alla circostanza che il convenuto abbia o meno la propria residenza abituale in uno degli Stati comunitari. Ne deriva pertanto che si elimina, per tal via, ogni possibile residuale applicazione delle norme interne sulla delimitazione della competenza giurisdizionale[47].

Inoltre, seguendo un orientamento già affermatosi nel regolamento 2201/2003, relativo alla competenza, al riconoscimento e all'esecuzione delle decisioni in materia matrimoniale e in materia di responsabilità genitoriale[48], viene eliminato ogni riferimento al domicilio del convenuto o dell'attore dato che, ai sensi dell'art. 3 della proposta, i giudici competenti a pronunciarsi in materia di obbligazioni alimentari saranno o "l'autorità giurisdizionale del luogo ove il convenuto risiede abitualmente" oppure "l'autorità giurisdizionale del luogo ove il creditore risiede abitualmente"[49].

Con riferimento poi al caso in cui la domanda relativa all'obbligazione alimentare sia accessoria ad un'azione concernente lo stato delle persone, la proposta individua una soluzione simile a quella prevista all'art. 5.2 del regolamento 44/2001, stabilendo la competenza del giudice della causa principale, ad eccezione del caso in cui tale competenza sia fondata sulla nazionalità di una delle parti[50].

---

45 Cfr. art. 5.2 del regolamento 44/2001, cit.

46 V. Jenard, Relazione sulla Convenzione concernente la competenza giurisdizionale e l'esecuzione delle decisioni in materia civile e commerciale (Bruxelles 1968), in *GUCE* C 59, 5 marzo 1979, par. 396. Nello stesso senso si è, di recente, espressa la Corte di giustizia delle Comunità europee nella sentenza *Freistaat Bayern c. Blijdenstein*, cit., par. 23. Sugli aspetti generali della tutela della parte debole nel diritto internazionale privato v. F. Pocar, *La protection de la partie faible en droit international privé*, in *RCADI*, V, 1984, p. 339 ss.

47 V. in tal senso I. Viarengo, *op. cit.*, p. 244.

48 Regolamento (CE) n. 2201/2003 del Consiglio, del 27 novembre 2003, relativo alla competenza, al riconoscimento e all'esecuzione delle decisioni in materia matrimoniale e di responsabilità genitoriale, *GUUE* L 338, 23 dicembre 2003, p. 1 ss.

49 Cfr. art. 3 della proposta, cit.

50 Cfr. art. 3, lett. c) della proposta, cit.

La proposta perviene poi ad analoga soluzione nel caso in cui il rapporto di accessorietà sussista fra la domanda inerente alla obbligazione alimentare ed un'azione concernente la responsabilità genitoriale. Anche in tal caso, infatti, il giudice competente a giudicare sulla domanda accessoria sarà quello competente a conoscere della causa principale[51]. Si tratta di un criterio importante che, sebbene non contenuto nel regolamento 44/2001, veniva tuttavia già desunto dalla lettura del regolamento 2201/2003 che, al suo 11° "considerando", precisa come "i giudici competenti ai sensi del presente regolamento saranno in genere competenti a statuire in materia di obbligazioni alimentari in applicazione dell'articolo 5, paragrafo 2, del regolamento n. 44/2001".

Un problema a parte riguarda poi l'individuazione del giudice competente a giudicare sulle richieste di misure provvisorie o conservative. La proposta, riproducendo una norma già contenuta nell'art. 31 del regolamento 44/2001, dispone che il giudice competente a giudicare sulle richieste di misure provvisorie o conservative previste dalla legge di uno Stato membro sarà l'autorità giudiziaria di tale ultimo Stato, anche se, in forza del regolamento, sarebbe competente a giudicare, nel merito, l'autorità giudiziaria di un altro Stato membro[52]. Per tal via la proposta si ispira ad un modello generale, di norma, caratterizzante la giurisdizione cautelare, il quale si basa su di una ripartizione fra competenza di principio del giudice del merito e competenza sussidiaria di un altro giudice che meglio potrebbe garantire l'attuazione delle suddette misure[53].

5. La disciplina della proroga di competenza contenuta nella proposta, anch'essa sostanzialmente analoga a quella contenuta nell'art. 23 del regolamento 44/2001, contempla due importanti novità. Da un lato, si richiedono più stringenti condizioni formali per gli accordi con cui le parti scelgono il giudice competente a giudicare in tema di obbligazioni alimentari, prevedendo che essi siano necessariamente redatti per iscritto. Dall'altro lato, viene ristretto l'àmbito di applicazione delle clausole attributive di competenza dato che, al fine specifico di assicurare una più efficace protezione della parte debole del rapporto alimentare, se ne vieta la conclusione nelle controversie riguardanti l'obbligazione alimentare di un minorenne.

Un giudizio distinto merita infine la previsione di una specifica norma, contenuta nell'art. 6 della proposta, tesa ad individuare i criteri residuali di competenza nel caso in cui nessuna autorità giurisdizionale di uno Stato membro sia competente a giudicare sulla base degli articoli 3, 4 e 5 della proposta stessa e, in particolare, nei casi in cui nessuna delle parti sia residente nell'Unione europea, non sia comparsa volontariamente dinanzi ad un giudice di uno Stato membro o non siano stati conclusi accordi sulla scelta del giudice competente. In tal caso, saranno competenti a giudicare "le autorità giurisdizionali dello Stato

51 Cfr. art. 3, lett. d) della proposta, cit.

52 Cfr. art. 10 della proposta, cit.

53 V. in tal senso P. Picone, *Misure provvisorie in materia familiare e diritto internazionale privato*, in *RDI*, 1995, p. 27.

membro della nazionalità comune del creditore e del debitore" o "quando si tratta di obbligazioni alimentari tra coniugi o ex-coniugi, le autorità giurisdizionali dello Stato membro sul cui territorio si trova l'ultima residenza abituale comune dei coniugi, qualora tale residenza abituale sia stata stabilita meno di un anno prima dell'introduzione della domanda"[54]. La proposta adotta, per tal via, una soluzione diversa da quella di rimandare ai singoli ordinamenti nazionali la regolamentazione delle ipotesi in cui non fosse possibile individuare il giudice competente sulla base del regolamento. Contemplando la totalità delle situazioni in cui è legittimo stabilire un collegamento tra le parti del rapporto alimentare e la Comunità europea, la proposta garantisce così un maggior grado di prevedibilità e certezza dei criteri di giurisdizione[55].

6. La proposta assolve, efficacemente, al compito di armonizzare le norme di diritto internazionale privato sulla legge applicabile alle obbligazioni alimentari fra gli Stati membri, ma limita a tale obiettivo la portata delle proprie disposizioni. Come precisa il disposto dell'art. 12 infatti "le disposizioni del presente capo stabiliscono soltanto la legge applicabile alle obbligazioni alimentari" e non pregiudicano la legge applicabile ai rapporti familiari e a quelli che, in forza della legge applicabile, producono effetti simili. Si comprende pertanto come esuli dall'obiettivo della proposta di influire in alcun modo sulla determinazione della legge applicabile all'accertamento dei rapporti familiari sui quali si fondano le obbligazioni alimentari.

Quanto all'individuazione della legge applicabile, l'art. 13 della proposta utilizza il metodo delle norme di conflitto a carattere materiale, indicando una serie di criteri di collegamento in via sussidiaria allo specifico scopo di facilitare per la parte debole del rapporto alimentare la realizzazione del proprio credito[56]. La legge applicabile alle obbligazioni alimentari sarà infatti quella della residenza abituale del creditore di alimenti[57] ma, ove in base a quest'ultima il creditore non possa ottenere i propri alimenti dal debitore, si potrà fare ricorso, in via sussidiaria, in *primis*, alla *lex fori*[58] e, ove neanche tale legge consenta il raggiun-

54 Cfr. art. 6, lett. a) e b) della proposta, cit.

55 Cfr. in tal senso p. 2 della comunicazione della Commissione al Consiglio e al Parlamento europeo – Commento agli articoli della proposta di regolamento del Consiglio relativo alla competenza, alla legge applicabile, al riconoscimento e all'esecuzione delle decisioni e alla cooperazione in materia di obbligazioni alimentari, consultabile *on line*, sul sito internet eur-lex.europa.eu. V. altresì I. Viarengo, *op. cit.*, p. 244.

56 Per una chiara descrizione del metodo materiale dei conflitti di leggi v. P. M. Patocchi, *Règles de rattachement localisatrices et règles de rattachement à caractère substantiel: de quelques aspects récentes de la diversification de la méthode conflictuelle en Europe*, Genève, 1985; P. Picone, *Le norme di conflitto alternative italiane in materia di filiazione*, in P. Picone, *La riforma italiana del diritto internazionale privato*, Padova, 1998, p. 303 ss.; G. Carella, *Norme di conflitto a carattere materiale e scelta di legge*, in *Studi in onore di Francesco Capotorti: divenire sociale e adeguamento del diritto*, Milano, 1999, p. 593 ss.

57 Cfr. art. 13, par. 1 della proposta, cit.

58 Cfr. art. 13, par. 2, lett. a) della proposta, cit.

gimento dell'obiettivo prefissato, alla legge con cui l'obbligazione alimentare presenta il collegamento più stretto, la quale potrebbe coincidere con quella della nazionalità comune del creditore e del debitore ma potrebbe anche essere diversa[59].

Il chiaro ed evidente *favor* nei confronti della parte più debole del rapporto alimentare, cui si ispira la disciplina relativa alla individuazione della legge applicabile alle obbligazioni alimentari, si riscontra altresì nella possibilità accordata, ai sensi dell'art. 13, par. 2, lett. b) della proposta, al creditore alimentare di richiedere, in alternativa alla legge della propria residenza abituale, l'applicazione della *lex fori*. Tale richiesta avrà luogo, evidentemente, quando consenta di ottenere maggiori vantaggi consistenti, ad esempio, nell'attribuzione di una più congrua somma di denaro a titolo di credito alimentare; nel caso in cui invece la legge della residenza abituale del consumatore non consentisse di ottenere gli alimenti, all'applicazione della *lex fori* perverrebbe già il giudice d'ufficio, in base all'art. 13, par. 2, lett. a) della proposta.

Deve peraltro aggiungersi che la possibilità prevista dall'art. 13, par. 2, lett. b) è limitata al caso in cui la *lex fori* coincida con la legge della residenza abituale del debitore. Solo nel caso in cui si sia adottato quale criterio di giurisdizione quello della residenza abituale del convenuto[60] potrà pertanto soddisfarsi la condizione prevista dall'art. 13, par. 2, lett. b). Si realizza pertanto un contemperamento tra la tutela del creditore, al quale viene assicurata la massima soddisfazione della sua pretesa, e quella del debitore che viene garantito dalla possibilità di essere esposto a pretese che non poteva prevedere perché previste da una legge diversa dalla propria.

Oltre ai criteri di collegamento sin qui descritti, trova applicazione altresì il criterio della scelta delle parti. In deroga all'art. 13 della proposta, è previsto, ai sensi della lett. a) dell'art. 14, che il creditore e il debitore degli alimenti si accordino nel senso di scegliere, per esigenze della procedura ed al momento della presentazione della domanda, che il proprio rapporto giuridico venga regolato in base alla *lex fori*. È tuttavia necessario che la scelta sia esplicita o quanto meno non ambigua.

Degna di nota è altresì la circostanza che entrambe le parti possano convenire, in anticipo, la legge applicabile; tale scelta peraltro non è illimitata, ma è ristretta a determinate leggi collegate al rapporto. Essa è inoltre subordinata alla condizione che non si tratti di una obbligazione alimentare a favore di un minore di diciotto anni o di un adulto che, a causa di una alterazione o di una insufficienza delle facoltà personali, non sia in grado di curare i propri interessi[61]. Si evidenzia così l'obiettivo di una particolare tutela nei confronti dei soggetti la cui capacità d'agire è limitata (adulti vulnerabili).

---

59 Cfr. art. 13, par. 3 della proposta, cit.

60 Cfr. art. 3, lett. a) della proposta, cit.

61 Cfr. art. 14 della proposta, cit.

La particolare tutela rivolta nei confronti delle suddette categorie di soggetti si riscontra altresì nell'art. 15 della proposta il quale, riproducendo una soluzione già accolta nell'art. 7 della Convenzione dell'Aja del 1973[62], sebbene prevede che, quando il rapporto alimentare non sia unanimemente considerato degno di essere privilegiato – come ad esempio nel caso in cui si tratti di rapporti alimentari tra collaterali o affini, o delle obbligazioni alimentari dei discendenti rispetto agli ascendenti – il debitore possa "opporre alla pretesa del creditore l'assenza di obbligazione alimentare nei suoi confronti ai sensi della legge nazionale comune o, in difetto di nazionalità comune, secondo la legge del Paese nel quale risiede abitualmente", esclude tuttavia tale possibilità quando il creditore degli alimenti sia un minore di diciotto anni, un adulto vulnerabile o in caso di obbligazioni alimentari esistenti fra due coniugi o ex coniugi[63].

Una considerazione a parte merita invece l'individuazione della legge applicabile ai rapporti in cui sono coinvolte le istituzioni pubbliche. L'art. 16 della proposta, ispirandosi all'art. 9 della Convenzione dell'Aja del 1973[64], prevede, a tal riguardo, che il diritto di una istituzione pubblica di chiedere il rimborso della prestazione fornita al creditore sia subordinato alla legge che disciplina l'istituzione. Il rimborso propriamente detto soggiacerà invece alla legge designata secondo le altre norme di conflitto del regolamento.

Quanto alle questioni rientranti sotto la disciplina della legge applicabile, un preciso chiarimento è contenuto nell'art. 17 della proposta in cui si indica specificamente che "la legge applicabile a una obbligazione alimentare stabilisce, in particolare: "a) l'esistenza e la portata dei diritti del creditore, e nei confronti di chi può esercitarli; b) in qual misura il creditore può chiedere alimenti retroattivamente; c) il metodo di calcolo e di indicizzazione dell'obbligazione alimentare; d) la prescrizione e i termini per avviare un'azione; e) il diritto dell'istituzione pubblica che ha fornito alimenti al creditore di ottenere il rimborso della sua prestazione e i limiti dell'obbligazione del debitore" [65]. Il secondo par. dell'art. 17 poi, ispirandosi alla Convenzione dell'Aja del 1973, impone all'au-

[62] Ai sensi dell'art. 7 della Convenzione dell'Aja del 1973, cit., "nelle obbligazioni alimentari tra collaterali e affini, il debitore può contestare una richiesta del creditore basandosi sul fatto che non esiste tale obbligazione secondo la legge nazionale comune oppure, in mancanza di una nazionalità comune, secondo la legge interna della residenza abituale".

[63] Cfr. art. 15, par. 1 della proposta, cit. È opportuno inoltre ricordare come, con specifico riferimento alle obbligazioni alimentari tra coniugi ed ex coniugi, la proposta preveda che il debitore possa opporre alla pretesa del creditore l'assenza di obbligazioni alimentari nei suoi confronti secondo la legge del Paese con il quale il matrimonio presenta il collegamento più stretto (cfr. art. 15.2 della proposta, cit.).

[64] V. sopra nota n. 43.

[65] Si tratta, per vero, di una definizione che, sebbene non esauriente, si ispira, evidentemente, alla Convenzione dell'Aja del 2 ottobre 1973, cit., ai sensi della quale: "la legge applicabile all'obbligazione alimentare stabilisce in particolare: 1) se, in quale misura ed a chi il creditore può richiedere gli alimenti; 2) chi ha diritto ad intentare una azione per ottenere gli alimenti e i termini per la instaurazione di tale azione; 3) i limiti dell'obbligazione del debitore, quando l'Ente pubblico che ha fornito gli alimenti al creditore richiede il rimborso della sua prestazione" (cfr. art. 10).

torità competente degli Stati membri di tener conto delle risorse del debitore e delle esigenze del creditore nel fissare la pensione alimentare, a prescindere dal contenuto della legge designata dalla norma di conflitto[66].

7. Un problema strettamente connesso all'individuazione della legge applicabile alle obbligazioni alimentari è poi quello del rinvio. La proposta adotta a tal riguardo una soluzione tesa ad escludere l'ammissibilità del rinvio nel caso in cui la legge applicabile alle obbligazioni alimentari sia quella di uno degli Stati membri[67]. Il legislatore comunitario perviene così ad una soluzione coerente che ben si concilia con l'adozione del metodo delle norme di conflitto a carattere materiale utilizzato dall'art. 13 della proposta. Come ribadito da autorevole parte della dottrina internazionalistica infatti "le molteplici leggi dichiarate applicabili da una norma di conflitto di carattere materiale sono prese in considerazione in partenza dal legislatore come le uniche potenzialmente idonee a produrre il richiesto effetto di carattere materiale"[68]. Il possibile rinvio alla legge di uno Stato terzo, diversa da quella designata dal legislatore, potrebbe infatti condurre all'applicazione di una legge che non consentirebbe di raggiungere l'obiettivo prefissato dal legislatore il quale, nel caso di specie, consiste nel consentire alla parte debole del rapporto alimentare di ottenere il proprio credito.

La proposta adotta invece una diversa soluzione, tesa ad ammettere il rinvio, quando l'applicazione delle norme di conflitto previste dal regolamento conducano all'applicazione della legge di uno Stato non membro della Comunità europea[69]. In tal caso si prevede che l'autorità giurisdizionale adita applicherà la "legge nazionale"[70]. Al legislatore comunitario non è sembrato opportuno applicare, ad una controversia in materia di alimenti instaurata innanzi ad un'autorità giurisdizionale di uno Stato membro, la legge di un Paese terzo che, nella situazione speculare – cioè dinanzi al giudice straniero – non sarebbe applicata. In tal caso, peraltro, non si è attuato un vero e proprio rinvio ma si è disposta direttamente l'applicazione della *lex fori*, semplificando la tecnica di determinazione della legge applicabile.

Con riferimento poi al limite dell'ordine pubblico la proposta prevede che l'applicazione di una disposizione della legge designata dal regolamento possa

---

66 Cfr. art. 11 della Convenzione dell'Aja del 2 ottobre 1973, cit., ai sensi del quale: "l'applicazione della legge indicata dalla presente Convenzione può essere negata solo se manifestamente incompatibile con l'ordine pubblico. Tuttavia, anche se la legge applicabile prevede altrimenti, si deve tenere conto dei bisogni del creditore e dei beni del debitore nella determinazione dell'ammontare della prestazione alimentare".

67 Cfr. art. 19, par. 1 della proposta, cit.

68 P. Picone, *I metodi di coordinamento tra ordinamenti nel progetto di riforma del diritto internazionale privato italiano,* in P. Picone, *op. cit.*, p. 43.

69 È utile ricordare come una caratteristica della proposta sia quella di applicarsi *erga omnes* indipendentemente dal fatto che venga richiamata la legge di uno Stato membro o non membro della CE (cfr. in tal senso l'art. 18 della proposta, cit.).

70 Cfr. art. 19, par. 2 della proposta, cit.

essere esclusa solo se manifestamente incompatibile con l'ordine pubblico del foro. Tale limite all'applicazione delle legge straniera viene tuttavia eliminato totalmente ove la norma di conflitto contenuta nel regolamento conduca all'applicazione della legge di uno degli Stati membri[71]. Per tal via la proposta perviene però ad una soluzione di dubbia efficacia.

Da un lato, infatti, essa non impedisce al debitore di alimenti di ottenere un risultato analogo a quello che produrrebbe l'applicazione della clausola di ordine pubblico. Ai sensi dell'art. 15 della proposta, infatti, il debitore potrebbe opporre, per le obbligazioni alimentari diverse da quelle nei confronti di minori e adulti vulnerabili e tra coniugi ed ex coniugi, "l'assenza di obbligazione alimentare nei suoi confronti ai sensi della legge nazionale comune o, in difetto di nazionalità comune, secondo la legge del Paese nel quale risiede abitualmente"[72].

Dall'altro, la disciplina prevista per l'ordine pubblico non tutela sufficientemente gli interessi dei minori di età nei confronti dei quali venga accordato un credito alimentare. Tale ultima considerazione sembra aver indotto la Commissione affari legali del Parlamento europeo a presentare due emendamenti alla proposta. Con un primo emendamento si propone di aggiungere un richiamo esplicito al rispetto degli articoli 3 e 27 della Convenzione sui diritti del fanciullo del 20 novembre 1989 al 22° "considerando" della proposta[73] e, con un secondo emendamento, che pare strettamente connesso al primo, si propone di eliminare proprio quella parte dell'art. 20 della proposta, in cui si esclude l'ammissibilità del ricorso al limite dell'ordine pubblico in caso di applicazione della legge di uno degli Stati membri[74].

Una ultima considerazione merita infine il problema del richiamo agli ordinamenti plurilegislativi. La proposta prevede a tal riguardo che, quando uno Stato comprenda più unità territoriali ciascuna con una propria normativa in materia di obbligazioni alimentari, ogni unità territoriale verrà considerata come

---

71 Cfr. art. 20 della proposta, cit.

72 V. in tal senso L. Tomasi, *op. cit.*, p. 84.

73 Cfr. emendamento n. 12 al 22° "considerando" della proposta, cit., contenuto nella *Draft Opinion* presentata dalla Commissione affari legali del Parlamento europeo, l'11 aprile 2007, cit. Ai sensi dell'emendamento in questione: "in applying this Regulation, regard should be had to Articles 3 and 27 of the United Nations Conventions on the Rights of the Child of 20 November 1989, which provide that: – in all actions concerning children the best interests of the child shall be a primary consideration, – every child has the right to a standard of living adequate for the child's physical, mental, spiritual, moral and social development, – the parent(s) or others responsible for the child have the primary responsibility to secure, within their abilities and financial capacities, the conditions of living necessary for the child's development, and – States should take appropriate measures, including the conclusion of international agreements, to secure the recovery of maintenance for the child from the parent(s) or other responsible persons, in particular where such persons live in a State different from that of the child". L'esigenza di tutelare i monori di età è presente, peraltro, anche nelle Convenzioni internazionali dell'Aja. V. sul punto A. Cannone, *L'interesse del fanciullo nelle convenzioni internazionali dell'Aja*, in *Studi in onore di Francesco Capotorti*, cit., p. 549 ss.

74 Cfr. emendamento n. 29 all'art. 20 della proposta, cit., contenuto nella *Draft Opinion* presentata dalla Commissione affari legali del Parlamento europeo, l'11 aprile 2007, cit.

un Paese ai fini della determinazione delle legge applicabile sulla base del regolamento[75]. Consentendo così la diretta applicazione della legge del sott'ordinamento cui il criterio di collegamento faccia riferimento, la proposta perviene ad una soluzione analoga a quella prospettata dalla Convenzione di Roma del 19 giugno 1980 sulla legge applicabile alle obbligazioni alimentari[76] evidenziando un orientamento comunitario unitario sulla questione.

8. Il legislatore comunitario, guidato dalla necessità di garantire la circolazione delle decisioni in materia di obbligazioni alimentari in tutti gli Stati membri e ispirandosi al principio di fiducia reciproca su cui deve poggiare il riconoscimento e l'esecuzione delle decisioni pronunciate dai giudici degli Stati membri, nel presentare la proposta oggetto del presente studio, si è orientato verso un meccanismo di riconoscimento automatico e di soppressione dell'*exequatur*, disponendo che "la decisione emessa in uno Stato membro e in quello esecutiva è riconosciuta ed è esecutiva in un altro Stato membro senza che sia necessaria alcuna dichiarazione che riconosca l'esecutività e senza che sia possibile opporsi al suo riconoscimento"[77].

La libera circolazione delle decisioni in materia civile e commerciale realizza così la sua massima attuazione e sviluppo rispetto agli strumenti normativi precedentemente emanati a livello comunitario. È utile infatti ricordare come nelle norme relative alla procedura di *exequatur* contenute nei regolamenti n. 1347 del 2000 e n. 44/2001, il convenuto, nel procedimento principale, può opporsi al riconoscimento e all'esecuzione di una decisione emessa in un altro Stato membro ove essa sia, manifestamente, contraria all'ordine pubblico dello Stato richiesto o se i diritti della difesa non siano rispettati[78]. I regolamenti n. 2201 del 2003 e n. 805 del 2004 inoltre, pur sopprimendo l'*exequatur* per decisioni relative, rispettivamente, al diritto di visita e ai crediti non contestati, non eliminano *in toto* i controlli relativi all'esistenza delle condizioni richieste perché la decisione possa essere esecutiva in tutti gli Stati membri, ed in particolare quello relativo al rispetto dei diritti della difesa, ma ne spostano solo a monte, dallo Stato di esecuzione a quello di origine, l'attuazione. L'abolizione dell'*exequatur* è infatti condizionata alla circostanza che la decisione sia certificata dallo Stato di origine[79].

Rispetto ai succitati atti normativi comunitari invece, nella proposta, il riconoscimento e l'esecuzione automatica delle decisioni in materia di obbligazioni

---

75 Cfr. art. 21 della proposta, cit.

76 Cfr. art. 19 della Convenzione di Roma del 19 giugno 1980 sulla legge applicabile alle obbligazioni alimentari, riprodotta in R. Clerici, F. Mosconi, F. Pocar, *op. cit.*, p. 111 ss.

77 Cfr. art. 25 della proposta, cit.

78 Cfr. art. 15 del regolamento (CE) n. 1347/2000 del Consiglio, del 29 maggio 2000, relativo alla competenza, al riconoscimento e all'esecuzione delle decisioni in materia matrimoniale e in materia di potestà dei genitori sui figli di entrambi i coniugi, *GUCE* L 130, 30 giugno 2000, p. 19 ss., e l'art. 34 del regolamento 44/2001, cit.

79 Cfr. art. 41 de regolamento 2201/2003, cit., e articoli 5 e 6 del regolamento 805/2004, cit.

alimentari sono del tutto incondizionati dato che il rispetto del requisito di un processo equo è garantito attraverso una armonizzazione delle norme processuali presenti all'interno dei vari Stati membri[80] e non è fatto alcun riferimento al limite dell'ordine pubblico.

Con più specifico riferimento al primo aspetto, la proposta provvede essa stessa ad una armonizzazione delle norme procedurali minime che possano garantire, *ab origine*, il rispetto dei requisiti di un processo equo secondo norme comuni in tutti gli Stati membri e tutto ciò al fine di consentire una completa abolizione della procedura di *exequatur*.

Innanzitutto vengono adottate rigidissime norme sulla notifica dell'atto introduttivo del giudizio, o di atto equivalente, al convenuto. Si prevedono infatti modalità di notifica che garantiscano una prova di ricevimento da parte del debitore di alimenti[81]; la proposta fa in tal modo un passo in avanti rispetto al regolamento 805/2004 che include forme di notifica le quali apprestano un minor grado di garanzia processuale al convenuto[82].

La proposta si preoccupa, peraltro, di garantire un certo grado di effettività delle norme sulla notificazione in essa contenute ponendo a carico degli Stati un obbligo di informazione alla Commissione, entro sei mesi dall'entrata in vigore del regolamento, delle forme di notifica e comunicazioni applicabili al proprio interno[83]. Si tratta di un vincolo che appare utile a realizzare un sufficiente livello di armonizzazione delle norme processuali se si considera che le forme di notificazione previste dalla proposta sono solo quattro e che gli Stati membri dovranno garantire, al proprio interno, almeno l'esistenza di una di esse.

L'esigenza di apprestare una adeguata garanzia processuale al convenuto si manifesta altresì nella disciplina dettata nel caso in cui lo stesso non compaia in giudizio. Ai sensi dell'art. 23 della proposta viene infatti previsto che, in tal caso, l'autorità giurisdizionale sarà obbligata a sospendere il giudizio fino al momento in cui non sia accertato che il convenuto sia stato messo nelle condizioni di ricevere l'atto introduttivo, o atto equivalente, conformemente all'art. 22 della proposta, se il convenuto risiede abitualmente in uno Stato membro, o, comunque, in tempo utile per proporre la difesa, se esso risieda in uno Stato non membro[84].

---

80 Cfr. 18° "considerando" della proposta, cit.

81 Cfr. art. 22, par. 1 della proposta, cit.

82 Il regolamento 805/2004, cit., prevede espressamente la possibilità di forme di notifica senza prova di ricevimento da parte del debitore (cfr. art. 14). Per un attento studio del regolamento 805/2004 v. L. Fumagalli, *Il titolo esecutivo europeo per i crediti non contestati nel regolamento comunitario n. 805/2004*, in *RDIPP*, 2006, p. 23 ss.; A. M. Romito, *Il titolo esecutivo europeo per i crediti non contestati e l'effettività della tutela giurisdizionale*, in questa *Rivista*, 2006, p. 119 ss.; G. Carella, *Il titolo esecutivo europeo per i crediti non contestati*, in G. Carella (a cura di), *Cooperazione giudiziaria ed efficacia delle sentenze straniere: problematiche di diritto internazionale ed europeo*. *Quaderni del Dottorato 2006*, Bari, 2007, p. 27 ss.

83 Cfr. art. 22, par. 3 della proposta, cit.

84 Cfr. art. 23 della proposta, cit.

Al convenuto viene infine accordato un vero e proprio diritto di richiedere, all'autorità giurisdizionale d'origine, il riesame della decisione nel caso in cui egli non sia comparso e non si sia accertato che abbia ricevuto l'atto introduttivo, o atto equivalente, o non abbia potuto contestare il credito alimentare per causa di forza maggiore o per circostanze straordinarie indipendenti dalla sua volontà[85]. La domanda di riesame avrà l'effetto di sospendere tutte le misure esecutive avviate in uno Stato membro[86].

Anche per la disciplina del riesame la proposta accorda al convenuto una più efficace tutela rispetto al regolamento 805/2004. Innanzitutto il legislatore comunitario cambia prospettiva dettando direttamente la disciplina del riesame, senza rinviare alla legislazione interna degli Stati membri[87]; in secondo luogo, esso accorda al convenuto un diritto di richiedere il riesame della decisione, nel caso in cui non sia accertata la ricezione dell'atto introduttivo, o atto equivalente, anche se la notificazione è avvenuta con prova di ricevimento da parte del debitore. Tale eventualità è invece esclusa dal regolamento 805/2004 il quale prevede il possibile riesame della decisione solo nel caso in cui i suddetti atti siano stati notificati senza prova di ricevimento da parte del debitore[88].

Come si è avuto modo di constatare la proposta prevede una disciplina delle norme processuali comuni più rigida e maggiormente garantista dei diritti della difesa rispetto al regolamento 805/2004. La ragione di tale soluzione adottata dal legislatore comunitario è dovuta, probabilmente, al fatto che la proposta sopprime l'*exequatur*, eliminando totalmente, tanto nello Stato dell'esecuzione che in quello di origine, ogni tipo di controllo necessario per l'esecuzione delle decisioni straniere in materia di obbligazioni alimentari negli Stati membri. La garanzia apprestata da una così dettagliata armonizzazione delle norme procedurali comuni appare connessa altresì alla eliminazione di ogni riferimento al limite dell'ordine pubblico quale requisito per il riconoscimento e l'esecuzione delle decisioni straniere in materia di obbligazioni alimentari. Le suddette norme processuali garantiscono infatti il rispetto del diritto ad un equo processo; uno dei principî fondamentali sanciti dalla Convenzione europea sulla salvaguardia dei diritti dell'uomo e dalle libertà fondamentali[89] e dalla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea[90]. La Corte di giustizia, nella sentenza *Krombach*,

---

85 Cfr. art. 24, par. 1 della proposta, cit.

86 Cfr. art. 24, par. 3 della proposta, cit.

87 Cfr. art. 19, par. 1 del regolamento 805/2004, cit., ai sensi del quale: "una decisione giudiziaria può essere certificata come titolo esecutivo europeo solo se il debitore, conformemente alla legislazione nazionale dello Stato membro di origine, è legittimato a chiedere il riesame della decisione".

88 Cfr. art. 19, par. 1, lett. a) e i) del regolamento 805/2004, cit.

89 Cfr. art. 6 della Convenzione per la salvaguardia dei Diritti dell'uomo e delle Libertà fondamentali del 4 novembre 1950, riprodotta in R. Luzzatto, F. Pocar, *Codice di diritto internazionale pubblico*, Torino, 2001, p. 181 ss.

90 Cfr. art. 47 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, 2000/C 364/01, reperibile *on line*, sul sito internet www.europarl.europa.eu.

ha infatti riconosciuto che il rispetto di tale diritto costituisce uno dei parametri essenziali utili a valutare il possibile ricorso alla clausola di ordine pubblico[91].

Con riferimento poi al procedimento attraverso cui, in concreto, avviene l'esecuzione delle decisioni straniere in materia di obbligazioni alimentari, la proposta prevede, innanzitutto, l'esecuzione provvisoria della decisione emessa in uno Stato membro, indipendentemente dalle possibilità di ricorso previste dal diritto nazionale[92]. La scelta del legislatore comunitario pare, per vero, essere stata determinata dallo stesso scopo che motiva una decisione che concede degli alimenti, ossia quello di consentire al creditore di provvedere ai suoi bisogni di vita fondamentali. È infatti evidente che la possibilità di disporre, per il tramite di una decisione provvisoria, il pagamento di un assegno per tutta la durata del procedimento e fino al momento in cui la sentenza di merito diverrà definitiva, consente alla parte bisognosa di soddisfare i propri bisogni di vita fondamentali.

Quanto al procedimento di esecuzione in senso stretto poi, la disciplina prevista dalla proposta è improntata a garantire una accelerazione nella esecuzione della sentenza. È noto infatti che possibili cause di ritardo possono derivare dalla necessità di intraprendere un procedimento giudiziario speciale per l'esecuzione nonché dalla esistenza di mezzi d'impugnazione e ricorsi di cui il convenuto dispone e che possono determinare la sospensione dell'esecuzione nel corso del procedimento ed una maggiore durata dei procedimenti giudiziari. Ebbene, proprio allo scopo di evitare le suddette lungaggini del procedimento, la proposta dispone che la sospensione dell'esecuzione possa essere concessa, unicamente, ad istanza del debitore degli alimenti ed, in via eccezionale, solo quando: "a) il debitore eccepisce nuove circostanze sconosciute all'autorità giurisdizionale d'origine quando quest'ultima ha emesso la decisione; b) il debitore ha chiesto il riesame della decisione dell'autorità giurisdizionale d'origine conformemente all'articolo 24 e non è stata ancora adottata un'ulteriore decisione; c) il debitore ha già saldato il debito; d) il diritto di ottenere l'esecuzione della decisione dell'autorità giurisdizionale d'origine è del tutto o in parte prescritto; e) la decisione dell'autorità giurisdizionale d'origine è incompatibile con una decisione emessa nello Stato membro dell'esecuzione o che ha i requisiti necessari al suo riconoscimento nello Stato membro dell'esecuzione"[93].

Deve rilevarsi infine la innovativa portata della proposta nella parte in cui, allo specifico scopo di garantire una effettiva esazione dei crediti alimentari, prevede la possibilità di un ordine di prelievo automatico mensile e di un ordine di sequestro temporaneo di un conto corrente. Si tratta, per vero, di una disposi-

---

91 Cfr. punto 44 della sentenza 28 marzo 2000, causa C-7/98, *Krombach c. Bamberski*, in *RDIPP*, 2000, p. 803 ss., in cui la Corte di giustizia ha affermato che "il ricorso alla clausola dell'ordine pubblico deve essere considerato possibile nei casi eccezionali in cui le garanzie previste dall'ordinamento dello Stato di origine e dalla Convenzione [europea dei diritti dell'uomo] (…) non sono bastate a proteggere il convenuto da una violazione manifesta del suo diritto di difendersi dinanzi al giudice di origine".

92 Cfr. art. 26 della proposta, cit.

93 Cfr. art. 33 della proposta, cit.

zione estremamente importante, anzitutto, perché è certo che questo tipo di provvedimento di esecuzione sarà disponibile ovunque nell'Unione europea ed altresì perché il creditore di alimenti potrà ottenere dall'autorità giurisdizionale d'origine un titolo che sarà esecutivo in tutti gli Stati membri. Con il primo istituto, si vuole infatti consentire all'autorità giurisdizionale di origine, sempre e solo su richiesta del creditore, di emettere un ordine di prelievo automatico mensile, che abbia carattere esecutivo, destinato, in un altro Stato membro, al datore di lavoro del debitore o all'istituto bancario nel quale il debitore è titolare di un conto[94]. Con il secondo istituto, invece, si consente al creditore di "chiedere all'autorità giurisdizionale adita nel merito di emettere un ordine di sequestro temporaneo di un conto bancario destinato, in un altro Stato membro, all'istituto bancario nel quale il debitore è titolare di un conto bancario"[95]. Tale rapido procedimento, che non prevede alcun intervento del debitore nella prima fase, permette pertanto all'autorità giurisdizionale adita nel merito di ovviare all'eventuale dissimulazione dei beni. La suddetta misura di prevenzione, potendo essere, in qualsiasi momento, revocata su richiesta del debitore[96] o, automaticamente, nel caso in cui venga emessa una decisione nel merito[97], ha natura provvisoria.

Delineata la disciplina del riconoscimento e dell'esecuzione delle decisioni emanate dalle autorità giudiziarie dei vari Stati membri non può che constatarsi la portata innovatrice della proposta la quale realizza efficacemente quella libera circolazione delle decisioni in materia di obbligazioni alimentari essenziale per la costruzione di uno spazio giudiziario europeo in materia di diritto di famiglia.

9. Un aspetto particolarmente rilevante della proposta presentata dalla Commissione consiste nel prevedere un efficace sistema di cooperazione fra i vari Stati membri dell'Unione europea per il tramite della designazione di specifiche autorità centrali nazionali, create allo scopo di consentire un più facile recupero dei crediti alimentari.

La proposta utilizza in tal modo un modello già previsto dalla Convenzione di New York del 20 giugno 1956 sulla esazione delle prestazioni di alimenti all'estero la quale prevede la creazione di autorità centrali, denominate autorità speditrice e istituzione intermediaria[98], incaricate di prendere, in nome del creditore, tutti i provvedimenti atti a garantire il recupero degli alimenti all'estero[99].

Il meccanismo previsto dalla suddetta Convenzione si è rilevato tuttavia inadeguato e ha mostrato un grosso limite di operatività. Deve infatti ricordarsi che molti degli Stati parti della Convenzione non hanno istituito strutture amministrative adeguate al fine di consentire l'esazione delle obbligazioni alimentari

94 Cfr. art. 34 della proposta, cit.
95 Cfr. art. 35, par. 1 della proposta, cit.
96 Cfr. art. 35, par. 5 della proposta, cit.
97 Cfr. art. 35, par. 6 della proposta, cit.
98 Cfr. art. 2 della Convenzione di New York, cit.
99 Cfr. art. 6, par. 1 della Convenzione di New York, cit.

da parte dei creditori[100]. A ciò si aggiunga che il suddetto strumento convenzionale non attribuisce alle autorità centrali alcune funzioni essenziali, necessarie a ottenere il recupero degli alimenti. Si pensi ad esempio al potere di informativa su alcuni dati personali del debitore quali potrebbero essere anche il semplice reperimento del suo indirizzo o la richiesta di informazioni relative al suo patrimonio[101].

Con riferimento alla disciplina della cooperazione internazionale prevista dalla proposta è possibile sin da ora rilevare come essa si informi al regolamento 2201/2003 (articoli 53-58), nella parte in cui si riferisce alla designazione delle autorità centrali e alle loro funzioni generali. Viene, in particolare, previsto che ogni Stato membro designi una o più autorità centrali col compito di assisterlo nell'applicazione del regolamento[102]. Il creditore alimentare potrà quindi rivolgersi all'autorità centrale richiedente dello Stato membro nel quale risiede abitualmente, per il tramite dell'autorità giurisdizionale del luogo della residenza abituale, la quale trasmetterà la domanda, ove la ritenga conforme alle condizioni previste. L'autorità centrale provvederà poi ad inviare la domanda alle autorità centrali dello Stato membro richiesto[103].

Tra le funzioni generali delle suddette autorità viene prevista quella di comunicare informazioni sulle legislazioni e sulle procedure nazionali in materia di obbligazioni alimentari e di adottare tutte le misure utili a migliorare l'applicazione del regolamento e a rafforzare la cooperazione, anche per il tramite della rete giudiziaria europea in materia civile e commerciale istituita con la decisione 2001/470/CE[104].

A tale funzione generale deve poi aggiungersi l'attività di cooperazione che le autorità centrali svolgono allo scopo di realizzare gli obiettivi del regolamento. Esse, infatti, prendono, direttamente o per il tramite dei poteri pubblici o altri organismi, tutte le misure utili a: "a) raccogliere e scambiare informazioni: (i) sulla situazione del creditore e del debitore (…) (ii) su qualsiasi procedimento in corso, o (iii) su qualsiasi decisione emessa; b) fornire informazioni o assistenza ai creditori parti in causa in un procedimento sul loro territorio; c) facilitare la conclusione di accordi fra creditori e debitori, ricorrendo alla mediazione o ad altri mezzi, e facilitare a tal fine la cooperazione transfrontaliera"[105].

All'autorità viene, inoltre, consentito di rappresentare il creditore che risieda abitualmente in uno Stato membro se lo stesso lo richieda[106] e, gratuitamente,

---

100 Cfr. in tal senso par. 44 del *Preliminary Document No 2 of January 1999 for the attention of the Special Commission of April 1999* sulle *Maintenance Obligations*, cit.

101 Cfr. p. 37 del libro verde della Commissione, del 15 aprile 2004, obbligazioni alimentari, cit.

102 Cfr. art. 39 della proposta, cit.

103 Cfr. art. 45, par. 1 della proposta, cit.

104 Cfr. art. 40 della proposta, cit.

105 Cfr. art. 41, par.1 della proposta, cit.

106 In tal caso il potere di rappresentanza potrà essere esercitato dall'autorità centrale dello Stato membro sul cui territorio si trovi l'autorità giurisdizionale adita per una domanda in materia di obbligazioni alimentari o dall'autorità centrale dello Stato membro dell'esecuzione (cfr. art. 41, par. 2 della proposta, cit.).

ove il creditore, ai sensi del diritto interno, si trovi nelle condizioni per poter usufruire dell'assistenza giudiziaria[107].

Un particolare rilievo riveste poi la disciplina relativa all'accesso alle informazioni utili a consentire il recupero dei crediti alimentari da parte del creditore, per il tramite delle autorità centrali. La proposta cerca infatti di mediare fra i due opposti interessi della necessità di facilitare il recupero dei crediti alimentari transfrontalieri e del diritto fondamentale alla protezione dei dati personali del debitore, nel pieno rispetto della direttiva 95/46/CE, relativa alla tutela delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati personali e alla libera circolazione dei dati[108]. A tale specifico scopo la proposta indica puntualmente le finalità per cui potranno essere utilizzati i dati personali raccolti dalle autorità centrali. All'art. 44 si prevede infatti che le autorità centrali daranno accesso alle informazioni che consentono di facilitare il recupero dei crediti alimentari solo ed unicamente allo scopo di "a) localizzare il debitore; b) stimare il patrimonio del debitore, in particolare l'importo e la natura del suo reddito; c) identificare il datore di lavoro del debitore; d) identificare i conti bancari di cui il debitore è titolare"[109]. Si tratta, per vero, di un elenco abbastanza completo anche se non va dimenticato che, come sostenuto dal Garante europeo della protezione dei dati (GEPD), vi sono espressioni che necessitano di ulteriori chiarimenti. Ci si riferisce in particolare alla finalità di "localizzare il debitore" che andrebbe intesa nel senso di una dislocazione del debitore che abbia un certo livello di stabilità, come, ad esempio, il luogo di residenza, il centro di interessi, il domicilio o il luogo di lavoro, e non piuttosto di una dislocazione in uno specifico arco temporale, come, ad esempio, una localizzazione temporanea ottenuta tramite geolocalizzazione o dati GPRS[110]. L'impiego di tali dati sarebbe infatti particolarmente invasivo della *privacy* del debitore e non proporzionato alla finalità perseguita dalla proposta.

Un ulteriore chiarimento circa lo scopo cui la raccolta dei dati deve tendere è poi riscontrabile nel successivo art. 46, par. 2 in cui si ha modo di specificare come le informazioni comunicate dalle autorità centrali possano essere utilizzate soltanto da una autorità giurisdizionale all'unico scopo di consentire un più facile recupero dei crediti alimentari[111].

Con riferimento poi all'individuazione del quantitativo minimo di informazioni cui le autorità centrali potranno accedere, la proposta fornisce un elenco

---

107 Cfr. art. 42, par. 4 della proposta, cit.

108 Direttiva 95/46/CE, del Parlamento europeo e del Consiglio, del 24 ottobre 1995, relativa alla tutela delle persone fisiche, con riguardo al trattamento dei dati personali, nonché alla libera circolazione di tali dati, *GUCE* L 281, 30 ottobre 1995, p. 31 ss. La proposta, cit., opera un esplicito riferimento al rispetto della suddetta direttiva (cfr. 21° "considerando").

109 Cfr. art. 44, par. 1 della proposta, cit.

110 Cfr. p. 5 del parere del Garante della protezione dei dati (GEPD) sulla proposta di regolamento del Consiglio relativo alla competenza, alla legge applicabile, al riconoscimento e all'esecuzione delle decisioni e alla cooperazione in materia di obbligazioni alimentari, consultabile *on line*, sul sito internet eur-lex.europa.eu.

111 Cfr. art. 46, par. 2 della proposta, cit.

dei settori di competenza delle amministrazioni ed autorità in possesso dei dati che potranno essere messi a disposizione delle autorità centrali, annoverando, in particolare, quello delle: "a) imposte e tasse; b) previdenza sociale, compresa la riscossione dei contributi previdenziali dei datori di lavoro per i lavoratori dipendenti; c) registri dell'anagrafe; d) registri di conservatoria; e) immatricolazione dei veicoli a motore; f) banche centrali"[112]. L'elencazione avrebbe potuto, tuttavia, essere meglio precisata se si considera che la proposta fa riferimento ad un quantitativo minimo e non esaustivo di informazioni poste a disposizione delle autorità centrali da parte degli enti nazionali su indicati[113]. Deve poi aggiungersi che i dati personali in possesso dalle amministrazioni ed autorità cui vien fatto riferimento possono variare da Stato a Stato e che talvolta esse possono detenere dati particolarmente sensibili (appartenenza ad organizzazioni sindacali, condizioni di salute, dati biometrici, come impronte digitali o informazioni relative al DNA) il cui utilizzo dovrebbe essere escluso o quanto meno limitato in ragione della eccessiva sproporzione esistente fra la necessità di tutelare i dati personali del debitore e quella di consentire il recupero degli alimenti all'estero[114].

Una necessità di proporzionalità sussiste, peraltro, anche in riferimento al periodo di conservazione dei dati personali; a tale esigenza si ispira l'art. 46 della proposta nella parte in cui prevede che "l'autorità centrale richiedente distrugge l'informazione dopo averla comunicata all'autorità centrale" e che ad una autorità giurisdizionale è consentito di conservare una informazione comunicata conformemente al regolamento solo per il tempo che le occorre per agevolare il recupero del credito alimentare[115].

Deve infine aggiungersi che, a garantire un sufficiente grado di tutela dei dati personali del debitore, è predisposta altresì la norma contenuta nell'art. 47, lett. a) della proposta la quale prevede un obbligo di informativa al debitore da parte dell'autorità centrale, relativamente alle informazioni trasmesse ed al modo in cui sono state ottenute[116].

L'intera disciplina della cooperazione internazionale prevista dalla proposta appare, nel suo complesso, positiva, in quanto prevede un elevato livello di cooperazione fra le autorità centrali che dovranno essere designate dai vari Stati membri e raggiunge un ragionevole livello di compromesso far i due interessi di garantire al creditore l'esazione del proprio credito alimentare e di preservare il debitore da una eccessiva invasione della propria *privacy*.

---

112 Cfr. art. 44, par. 2 della proposta, cit.

113 Cfr. in tal senso p. 7 della comunicazione della Commissione al Consiglio e al Parlamento europeo – Commento agli articoli della proposta di regolamento del Consiglio relativo alla competenza, alla legge applicabile, al riconoscimento e all'esecuzione delle decisioni e alla cooperazione in materia di obbligazioni alimentari, cit.

114 Cfr. p. 6 s., del parere del Garante della protezione dei dati (GEPD), cit.

115 Cfr. art. 46, paragrafi 1 e 3 della proposta, cit.

116 Cfr. art. 47, lett. a) della proposta, cit.

Convegni e Dibattiti

La tutela della concorrenza tra poteri regolativi delle Autorità indipendenti e controlli giurisdizionali

(Università LUISS "Guido Carli", Roma, 19 gennaio 2007)

Angela Del Vecchio

Introduzione

Occorre, come è noto, attendere il 2001 perché nell'ordinamento italiano la "tutela della concorrenza" divenga un principio espressamente garantito a livello costituzionale nell'art. 117, 2° comma, lett. e).

Fino a quel momento, tale garanzia costituzionale poteva essere ricavata, sia pure in via interpretativa e giurisprudenziale, dai limiti imposti dall'art. 41 all'iniziativa economica privata ed in particolare dal limite della "utilità sociale", anche se non risulta chiaramente che i Costituenti abbiano avuto piena consapevolezza della necessità di tutelare specificamente con quella norma la libertà di concorrenza, così come non risulta sostanzialmente emanata fino al 1990 alcuna normativa d'attuazione. Ed infatti è soltanto con la legge 10 ottobre 1990 n. 287 che si dettano disposizioni espressamente attuative "dell'art. 41 della Costituzione a tutela e garanzia del diritto di iniziativa economica", anche se con la stessa legge, che come è noto disciplina la tutela della concorrenza e del mercato, istituendo la relativa Autorità, si stabilisce che l'interpretazione dei concetti-chiave della normativa debba essere effettuata "in base ai principi dell'ordinamento delle Comunità europee in materia di disciplina della concorrenza". Quindi nella stessa legge esiste un duplice riferimento a due distinte fonti di legittimazione: la Costituzione e l'ordinamento comunitario.

In realtà, l'ambiguità di questo richiamo, il lungo decorso del tempo tra il 1948 ed il 1990 e soprattutto la creazione, a parte l'istituzione nel 1974 della CONSOB, specialmente negli anni Novanta di numerose Autorità indipendenti di garanzia inducono piuttosto a condividere quelle opinioni, secondo cui molte di esse ed anche il modello di libera concorrenza previsto in particolare dalla legge n. 287 trovino una "copertura" normativa non tanto nell'art. 41 della Costituzione, quanto piuttosto nel principio, introdotto nel nostro ordinamento con il Trattato CEE del 1957, di tutela della concorrenza e degli altri valori connessi, quali la trasparenza, la completezza dell'informazione societaria e così via. È dunque "l'incidenza comunitaria" a giustificare, se non ad imporre, l'affidamento di certi settori delicati, quali, in particolare, quelli della concorrenza, dei mercati finanziari, della *privacy*, delle comunicazioni e dell'energia, a soggetti non politicamente responsabili.

L'"irrompere", come è stato detto in dottrina, negli anni Novanta sempre più incalzante e disordinato, di nuove figure di Autorità indipendenti nel nostro ordinamento non è tanto la conseguenza di precedenti esperienze americane ed europee, quanto della crisi del sistema politico-partitico di quegli anni e soprattutto del passaggio dal modello dello Stato "gestore" a quello dello Stato "regolatore", indotto anche dai processi comunitari di liberalizzazione e di creazione di mercati concorrenziali in diversi settori.

Ma tutto questo ormai è "storia". La "cronaca" ci dice invece come, in tempi recenti, anche per l'emergere di alcuni scandali economici, si sia in una fase di ripensamento dell'attuale assetto e funzionamento delle Autorità e siano pertanto allo studio diversi progetti di una legge di sistema, che introduca forme di riordino e di razionalizzazione nel sistema delle *Authority*. Forme di razionalizzazione, peraltro, indotte, e in molti casi imposte, dalla necessità di adeguarsi in modo più efficiente ai vincoli comunitari**,** giacché tali soggetti agiscono, spesso collegati in apposite "reti" europee per il coordinamento e lo scambio di informazioni reciproche, in un quadro normativo europeo, precipuamente dando attuazione ad atti e regole comunitari per immetterli poi, con le forme e modalità previste, nei rispettivi ordinamenti nazionali.

Valga per tutti l'esempio del regolamento (CE) n. 1/2003, che ha configurato le Autorità nazionali preposte alla tutela della concorrenza come strumenti operativi della Commissione nell'attuazione degli articoli 81 e 82 del Trattato CE. Si realizzano così forme di integrazione comunitaria delle autorità nazionali della concorrenza – ma anche di altre Autorità – sempre crescenti, perché spesso il diritto comunitario non solo definisce il quadro normativo, ma detta perfino regole organizzative e funzionali delle Autorità, così da delineare una sorta di sistema "misto" in cui organi comunitari e nazionali cooperano in base ad apposite procedure.

Si possono così individuare i tratti di un nuovo diritto europeo "ancora allo stato nascente", ma la sottolineatura europea forse non basta, poiché le Autorità costituiscono espressione, come è stato detto, di un'economia sempre più globalizzata, che postula organizzazioni amministrative ad alta competenza tecnica, autonome ed indipendenti dai rispettivi sistemi statali e collegate in reti, che operano a livello transnazionale. In realtà, il modello organizzativo di questi soggetti non è predeterminato nel diritto comunitario, che ne indica solo gli obiettivi da perseguire, cosicché la scelta degli assetti organizzativi delle Autorità deriva essenzialmente dalla discrezionalità del legislatore nazionale, oltre che, naturalmente, dall'influenza di altre legislazioni.

Ma questa pluridimensionalità delle principali Autorità indipendenti e di garanzia pone il problema dell'incidenza dei loro provvedimenti e soprattutto dei rimedi giurisdizionali rispetto ad essi. In proposito è già da rilevare una certa eterogeneità, tra le varie *Authority*, in ordine al rispettivo regime dei ricorsi giurisdizionali, ma le cose divengono ancor più complesse in riferimento al delicato riparto tra giurisdizione comunitaria e giurisdizione nazionale – nel cui ambito, con riferimento all'applicabilità delle regole antitrust, basta ricordare per tutte la sentenza della Corte di giustizia del 9 settembre 2003, causa C-198-01, *Consorzio italiano fiammiferi* (ma queste cose le spiegheranno Moavero e de Lise) –.

Quello però che è essenziale è che gli interessi, spesso colossali, connessi a queste nuove forme di economia trovino una sede adeguata di tutela giurisdizionale. Vero è che la giurisprudenza comunitaria, basandosi su canoni interpretativi molto più sostanzialistici che formalistici, ha notevolmente ampliato l'ambito dei legittimati a ricorrere contro atti delle *Authority*, così come ha ampliato sensibilmente la tutela giurisdizionale in materia di appalti pubblici, attraverso un'interpretazione estensiva della figura di "organismo pubblico".

Ed è altresì vero che la giurisprudenza italiana si è mossa prontamente su queste impostazioni, adattandole al proprio ordinamento interno. Si è aperta quindi una collaborazione feconda tra giudici comunitari e giudici nazionali, nell'intento di offrire una tutela più adeguata al cittadino italiano ed europeo.

Corrado Calabrò

Il ruolo dell'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni

1. L'argomento di questo Convegno è sempre di attualità e interesse: la libera concorrenza. Libero mercato e democrazia sono, in certo senso, dogmi della religione laica del moderno Stato anglosassone.

Oggi, dire più concorrenza appare quindi quasi scontato, anche se non del tutto inutile, considerate le resistenze ancora presenti nel nostro Paese.

Come affermava Luigi Einaudi, la concorrenza è una pianta delicata che va curata contro il rischio rappresentato dai Governi e dalla loro "tendenza ad imbrigliare la naturale e spontanea creatività umana".

Ma c'è anche un rischio di eccesso di regolamentazione da parte dei Regolatori?

In Europa, siamo giunti ad uno stadio del processo di liberalizzazione in cui ci si domanda se sia ancora il caso di dettare regole *ex ante* o se non sia preferibile affidare il mercato al solo intervento *ex post* della disciplina antitrust.

Un'azione di tutela della concorrenza si esplica sia in un'attività di regolamentazione del mercato sia in una di controllo antitrust.

La prima, che definisce *ex-ante* alcune norme che regolano il funzionamento del mercato (ora va di moda il termine *level playing field*), è specialistica perché si applica ad alcuni settori da poco liberalizzati (energia, gas, acqua, trasporti, telecomunicazioni), dove esistono segmenti in cui sono presenti colli di bottiglia e monopoli naturali; la seconda che valuta *ex post* i comportamenti delle imprese (anche se esiste l'eccezione della valutazione, *ex-ante*, delle concentrazioni), è più generale, perché si applica a tutti i settori economici, ma risulta sufficiente solo nei mercati competitivi, cioè dove la concorrenza si è ormai affermata.

Tutela *ex ante* e tutela *ex post* si integrano quindi utilmente, e a volte necessariamente, nell'ambito oramai di un medesimo consolidato bagaglio di strumenti, economici e giuridici, concorrenziali.

Circa la competenza a esercitare gli interventi in base ai principi a tutela della concorrenza può notarsi che nel mondo esistono le più svariate esperienze con, di norma, una separazione tra l'Autorità di regolamentazione, che detiene specifiche competenze tecnico-settoriali (economiche ed ingegneristiche), e l'Autorità antitrust, che applica una medesima metodologia, economico-giuridica, a tutti i mercati.

In altri casi, come nel Regno Unito – informato da sempre alla cultura generale antitrust e più di recente focalizzato anche sulla cultura della regolazione preventiva – nell'ambito del settore regolato, la vigilanza, *ex ante* ed *ex-post*, spetta integralmente all'Autorità regolatrice.

In Italia, si è scelto il primo assetto istituzionale, con un rapporto di interazione e di collaborazione tra le due Autorità – l'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni e l'Autorità garante della concorrenza e del mercato – che in concreto funziona egregiamente grazie

all'ottimo rapporto di interazione istituzionale intercorrente tra le relative strutture e all'eccellente relazione personale che c'è tra i rispettivi vertici.

Ma qual è propriamente il compito della regolamentazione?

Come aveva acutamente sottolineato il compianto Presidente Vincenzo Caianiello, la regolamentazione non può essere concepita come rivolta a dettare regole in funzione di direzione del mercato, perché se così fosse verremmo a ricadere in un sistema "amministrato", la cui politica, anziché dal Governo, sarebbe dettata da un organismo indipendente.

La regolamentazione non si deve quindi sostituire al mercato, ma ne deve guidare il processo di apertura, per poi cedere il posto al libero gioco della concorrenza, affinché dia luogo ad un assetto dinamicamente e strutturalmente efficiente.

Una volta, poi, che un mercato risulti stabilmente aperto alla concorrenza la ragione di una regolazione preventiva viene evidentemente meno.

2. Nell'ambito di questa cornice teorica si inquadra la regolamentazione comunitaria del comparto delle telecomunicazioni, o meglio, come ora vengono chiamate, delle comunicazioni elettroniche.

Sottolineo *comunitaria*, per varie ragioni.

Se c'è un settore che non tollera barriere geografiche e amministrative esso è quello delle telecomunicazioni. È fondamentale quindi che le imprese possano dimensionarsi in un bacino naturale, quello europeo, sottostando a regole il più possibile omogenee, senza ingiustificati particolarismi.

L'europeizzazione dei mercati delle comunicazioni ha richiesto l'avvio di un processo di armonizzazione dei contesti regolamentari nazionali, caratterizzato dal coordinamento della Commissione europea e della cooperazione tra gli Stati membri. Si è quindi definito un insieme di regole del gioco comuni (da ultimo, attraverso il quadro regolamentare del 2002, ora soggetto ad un'attività di revisione) stabilite sul presupposto che senza un sistema di comunicazioni efficiente e di alta qualità, l'industria europea si sarebbe trovata in una posizione di grande svantaggio nel nuovo assetto competitivo internazionale.

Questo processo di avvicinamento delle regolamentazioni dei singoli Stati europei trova la sua istituzionale fucina nell'ERG (il Gruppo dei Regolatori Europei, composto dalle Autorità regolatrici indipendenti di 34 Paesi) dove sistematicamente si affina la valutazione comune delle questioni tecniche e giuridiche ricercando la progressiva armonizzazione delle regolamentazioni e la conformazione delle stesse alle *best practices.*

È questo il metodo anglosassone di procedere *step by step*, verificando costantemente se e come le statuizioni astratte funzionino nel confronto con la realtà. L'opposto del metodo propugnato da qualche studioso, il quale pretenderebbe che la realtà si adegui alla sua intelligenza, anziché viceversa…

Se questo è – come riteniamo – il giusto modo di procedere, occorre stare in guardia contro intromissioni eteronome dei Governi – sia di quelli nazionali che di quello comunitario – che dettino autoritativamente regole che alterino l'assetto che faticosamente – ma proficuamente – si va ricercando a livello di Autorità indipendenti.

La revisione del quadro regolamentare comunitario porterà secondo l'orientamento della Commissione europea, a una sensibile riduzione degli ambiti regolamentati (l'attuale proposta comporta una diminuzione da 18 a 11 mercati soggetti a regolamentazione).

Tuttavia – come ha rilevato in più occasioni la stessa Commissione – esistono, nel settore delle comunicazioni, ambiti di mercato caratterizzati da una struttura ancora monopoli-

stica in cui la regolamentazione deve agire se si vogliono evitare rischi di monopolizzazione dei nuovi mercati innovativi (come la larga banda),

Come ho rilevato in Parlamento nell'estate del 2006, presentando i risultati del primo anno di attività del nuovo Collegio, non è ancora tempo di vacanze per il Regolatore (*regulatory holidays*).

3. Le stelle polari del nuovo quadro regolamentare sono:

- la concorrenza: ossia l'essere fondato sui principi e sulle metodologie adottate per la tutela della concorrenza e l'essere preposto alla tutela della concorrenza;
- evitare il rischio delle autoreferenzialità, ricorrendo, ogni qualvolta è possibile, alla preliminare consultazione degli operatori: ciò, ovviamente, in perfetta trasparenza ed evitando di essere "catturati" dalle imprese regolate ma anche di agire sotto suggestioni demagogiche ingigantite dai *mass-media*;
- la minima regolamentazione: la regolamentazione, cioè, va contenuta al minimo indispensabile in ragione inversamente proporzionale al crescere delle dinamiche competitive. In altri termini, noi dobbiamo stabilire, quando necessario, le regole del gioco; non dobbiamo giocare al gioco delle regole;
- la certezza del diritto: l'essere basato su un *corpus* di regole stabile, sul presupposto che la certezza del diritto costituisce un requisito indispensabile per un mercato dinamico ed efficiente;
- la neutralità tecnologica: il non imporre né favorire l'uso di un particolare tipo di tecnologia;
- l'armonizzazione: la regolamentazione deve avere contenuti il più omogenei possibili e deve essere fatta osservare nella maniera più armonica possibile in tutti gli Stati membri.

4. Ma come funziona in concreto, da noi, il sistema misto di regolamentazione *ex ante* e di controllo antitrust *ex post*?

Allo stato attuale, il settore è caratterizzato da:

- un mercato mobile piuttosto concorrenziale (anche se esistono segmenti – la terminazione, il servizio di ricarica, le telefonate verso i servizi di informazione – ancora sottratti al gioco concorrenziale);
- un mercato di servizi da rete fissa in cui, sebbene Telecom Italia detenga ancora una posizione ampiamente dominante, la quota di mercato dei nuovi operatori concorrenti, quali Fastweb e Wind, è in continua e strutturale ascesa sia nei settori tradizionali (quelli vocali), sia soprattutto in quelli innovativi (la larga banda).

Inoltre, la liberalizzazione ha determinato un deciso aumento della dimensione del mercato il quale deve assicurare che vi sia spazio per più operatori in un contesto di competizione sostenibile perché di lungo periodo[1].

Cosa più importante per i consumatori, la concorrenza ha portato un vistoso calo delle tariffe ed un incessante processo di introduzione di innovazioni di processo e di prodotto.

A partire dal 1998, anno in cui ha cominciato ad operare l'Autorità, i prezzi dei servizi di telefonia hanno avuto una riduzione media annua del 2,2%, a fronte di una crescita del-

[1] In Italia il settore delle telecomunicazioni è caratterizzato dalla presenza di:
- un operatore storico (gruppo Telecom Italia);
- svariati gestori internazionali (di tutti i Paesi: Wind-Egitto, BT Albacom-Regno Unito, H3G-Cina);
- alcune nuove importanti realtà nazionali (Fastweb e Tiscali).

l'indice generale dell'inflazione del 2,3% (nel complesso, nel settennio trascorso, i prezzi della telefonia sono diminuiti del 15%, a fronte di un aumento dell'inflazione del 17% e a un incremento dei servizi di pubblica utilità del 15%).

Quanto all'innovazione (a fine 2006), l'Italia:

- è all'avanguardia nel mondo per diffusione dei servizi mobili di terza generazione (l'UMTS), avendo superato i 14,5 milioni di linee (siamo i primi in Europa e i secondi nel mondo, dopo il Giappone);

- è ai primi posti al mondo per l'avvio della televisione in mobilità (il cosiddetto DVB-H);

- sta recuperando uno storico *gap* nella larga banda (anche se permangono problemi strutturali – dipendenza da un'unica rete in rame, ritardo nelle nuove tecnologie trasmissive *wireline* e *wireless*, carenze dal lato della domande dovute al basso livello di alfabetizzazione informatica degli italiani – che ho più volte sottolineato nei miei interventi in tutte le opportune sedi) e siamo arrivati ad essere il quarto mercato in Europa, con 8 milioni di linee attivate;

- anche nella televisione digitale abbiamo fatto grandi progressi: attualmente, il 42% delle famiglie italiane ha un accesso digitale alla televisione (sia esso satellitare, in tecnica digitale terrestre o tramite l'IPTV).

Dal recente rapporto dell'OFCOM (il Regolatore inglese) sullo stato del settore delle comunicazioni emerge inoltre che l'Italia è il sesto mercato mondiale delle comunicazioni e il quinto nel sub-settore delle telecomunicazioni; sub-settore nel quale l'Italia presenta un quadro di eccellenza. Infatti a fronte di una crescita del 5,9% del settore delle comunicazioni in ambito mondiale, in Italia, sotto l'impulso della liberalizzazione, la crescita è stata del 7% per le telecomunicazioni (e del 6% per la televisione). Il fatturato del mercato nazionale supera sia quello del Regno Unito che quello della Francia e in termini di fatturato pro-capite, poi, l'Italia è addirittura seconda solo al Giappone, superando anche gli USA.

L'Italia presenta la più alta percentuale di penetrazione della telefonia mobile e il più alto fatturato pro-capite al mondo per quanto riguarda i servizi voce di telefonia mobile.

La ricerca dell'OFCM evidenzia infine come nei primi sei posti al mondo ben quattro paesi abbiano un modello di regolazione convergente (USA, Giappone, Regno Unito e Italia); sono cioè Paesi nei quali un'unica Autorità include nel suo perimetro di attività regolamentare tutti i mercati del settore delle comunicazioni.

Non meno importanti infine le notazioni fatte dall'ETCA (European Competitive Telecommunications Association); la quale colloca l'azione dell'Autorità italiana ai primi posti in Europa per trasparenza, evidenziando la correlazione positiva tra le *performances* della regolamentazione e gli investimenti delle imprese private nei mercati delle comunicazioni elettroniche.

Ma la concorrenza ha dato anche qualche effetto indesiderato: mi riferisco all'esplosione del "nervosismo" degli operatori. In tutta Europa si è registrato un deciso incremento del contenzioso tra operatori e tra questi ed Autorità nazionali di regolamentazione. Nella precedente fase in cui il gioco era a somma positiva, ossia in cui tutti gli operatori hanno potuto beneficiare di ricavi e profitti in crescita, la conflittualità è rimasta entro livelli di guardia; ora che il gioco è diventato a somma zero, in cui c'è chi vince ma c'è anche chi perde (e parecchi soldi), i nervi sono scoperti.

Pur dando atto di tali fibrillazioni, senza presunzione e senza autocompiacimenti possiamo concludere che in Italia, per quanto riguarda il settore delle comunicazioni, il sistema nel complesso funziona.

Ma quali sono i rapporti con il controllo giurisdizionale sui provvedimenti da noi adottati?

Tommaso Moro, nella sua *Utopia*, auspicava che le regole fossero così chiare di non aver bisogno di interpretazione.

Utopia, appunto.

Nella realtà, uno degli aspetti del nervosismo cui accennavo è stato l'inasprimento e l'accrescimento del contenzioso che si è registrato, in Italia, non solo verso e presso quest'Autorità e l'Autorità Antitrust, ma anche tra gli operatori, sia in sede di giustizia amministrativa sia in sede di giustizia ordinaria, con cause pendenti presso i Tribunali e le Corti d'appello che hanno dato luogo all'emissione di ripetute pronunzie cautelari. È bene che si discuta, anche in questa sede, di questi nuovi sviluppi del contenzioso.

Peraltro, senza anticipare conclusioni, voglio dare atto che il buon funzionamento della giustizia (almeno di quella amministrativa) è stato determinate per il *rating* raggiunto, nel contesto internazionale, dall'Autorità italiana per le garanzie nelle comunicazioni.

Così come è stato importante per il declassamento della Svezia. Questo Stato ha un'ottima attività di regolazione; ma la giustizia svedese impiega in media 7 anni per giudicare sui provvedimenti di quell'Autorità.

In Italia, invece, abbiamo le pronunce cautelari del TAR del Lazio entro un paio di settimane; il relativo giudizio di merito spesso entro 3-4 mesi; il giudizio definitivo del Consiglio di Stato per lo più entro sei-sette mesi.

Ancora più importanti – anche se l'argomento fuoriesce dall'oggetto di questo Convegno – sono state le pronunce del Giudice amministrativo a tutela della *par condicio* – e quindi, in definitiva, per il funzionamento della democrazia in Italia – nella scorsa e infiammata stagione elettorale. I provvedimenti adottati dell' Autorità per le garanzie nelle comunicazioni hanno retto al vaglio della giurisdizione di legittimità del Giudice amministrativo, malgrado alcune veementi contestazioni.

5. I risultati che vi ho esposto per il settore delle telecomunicazioni non possono essere estesi a tutti gli altri settori. Una recente indagine di Roland Berger sullo stato delle liberalizzazioni ha evidenziato come l'Italia sia il quinto mercato liberalizzato al mondo. È stato stimato che la spinta liberalizzatrice potrebbe far aumentare la crescita del prodotto interno lordo sino al 3,5%: in altri termini, le liberalizzazioni renderebbero 2.197 euro all'anno a famiglia!

In questo contesto, Rolando Berger sottolinea che ci sono settori che non sono ancora sufficientemente aperti alla concorrenza (in particolare le professioni, il credito e la distribuzione), ambiti in cui le liberalizzazioni non hanno prodotto i risultati sperati (energia, acqua, trasporti), ed infine comparti dove la competizione ha portato rilevanti benefici per il Paese (le telecomunicazioni).

Grandi, pertanto, sono i meriti dell'Autorità presieduta da Antonio Catricalà, che nel campo delle banche, delle assicurazioni, delle imprese elettriche e del gas, in quello delle professioni presidiate dagli albi e dalle tariffe, nel campo degli enti locali, ha dato spallate che hanno scosso assetti di privilegio e di miope conservatorismo.

Il settore delle telecomunicazioni è in effetti un settore privilegiato: è l'unico settore che "tira" nel panorama complessivamente stagnante dell'economia italiana; è il settore nel quale la ricerca è all'avanguardia in Europa e nel mondo, laddove, nel complesso, per la ricerca siamo agli ultimi posti tra i Paesi dell'OCSE.

Il merito è naturalmente degli imprenditori che hanno saputo fare scelte coraggiose – a volte vincenti, altre meno – sul piano dell'innovazione tecnologica e su quello dell'innovazione dei servizi.

L'Autorità per le garanzie delle comunicazioni ha fatto la sua parte.

Quello che mi interessa qui sottolineare è che tale Autorità non si è fatta contagiare dalla malattia tanto paventata da Einaudi, cioè (come ricordavo) della "tendenza dei Governi ad imbrigliare la naturale e spontanea creatività umana".

Il che non significa che ci si possa affidare, puramente e semplicemente, a un'unica regola, quella della autoregolamentazione.

Era questo l'auspicio di Tommaso Campanella, il quale sognava una comunità fondata su una singola regola interiore a ciascun essere umano, non contaminata da indebite interferenze nel mondo esterno.

Un auspicio che si colloca sul piano delle utopie, come quello di Tommaso Moro.

Ma una legge finanziaria di un articolo in 1364 commi contraddice non solo gli auspici dei filosofi, ma anche le naturali esigenze di conoscenza, di stabilità e di applicabilità della legge proprie di qualsiasi società civile.

O è anche questa un'utopia?

Lamberto Cardia

Il ruolo della CONSOB

1. La tutela della concorrenza trova una ragion d'essere in mercati liberi o liberalizzati nei quali è necessario, da un lato garantire adeguati standard e presidi a tutela dei consumatori e, dall'altro, eliminare le regole che creano barriere all'entrata e rendite di posizione ingiustificate.

La CONSOB opera in un mercato, quello finanziario, che è stato nel tempo caratterizzato alternativamente da una iper-regolamentazione, ovvero da una totale assenza di regole.

La regolamentazione è infatti intervenuta in questo settore, nel ventennio che va dagli anni '70 agli anni '90, "a singhiozzo", affrontando un problema alla volta (prima le borse, poi la sollecitazione, poi i fondi comuni, poi le imprese di investimento, poi l'OPA, poi l'*insider trading* e così via) fino ad arrivare, con due testi fondamentali (il Testo Unico della finanza del '98 e le Legge sul risparmio del 2005), a considerare il mercato come un *unicum* le cui regole devono rispondere ad un disegno unitario di tutela del risparmio in tutte le sue forme, in un contesto di concorrenza tra società, operatori e mercati.

Parallelamente ha visto la luce la legge che ha istituito l'Antitrust affidandole competenze trasversali di tutela della concorrenza e dei consumatori in tutti i settore della vita economica.

In altre parole, si è compiuto un processo di "liberalizzazione" pervasivo che ha interessato tutta la storia del dopoguerra e che ha portato all'eliminazione di una serie di riserve di attività e di barriere all'ingresso.

Nel settore bancario, solo per citare alcuni esempi, è stata eliminata la separazione fra credito a breve e medio-lungo termine, sono stati aboliti i vincoli amministrativi agli impieghi, sono stati rimossi i vincoli ai movimenti di capitale e agli impieghi sull'estero, è stata liberalizzata l'apertura degli sportelli. La stessa privatizzazione del settore bancario (quasi interamente pubblico fino all'inizio degli anni novanta) è da annoverare fra le liberalizzazioni (ed è forse la più importante), poiché la proprietà pubblica è in realtà la forma più "estrema" di regolamentazione di un settore industriale.

Nel settore dell'intermediazione mobiliare l'intervento di liberalizzazione più eclatante è stata l'eliminazione della riserva di attività per le negoziazioni in borsa in favore degli agenti di cambio, riserva istituita con una legge del 1913, con il risultato di ridurre drasticamente le commissioni di negoziazione.

Nel campo dei servizi finanziari, in particolare nei servizi di investimento e nella sollecitazione del pubblico risparmio, è facile intravedere nelle nuove direttive europee (MIFID, prospetto, trasparenza, OPA) un disegno "liberalizzatore" teso ad eliminare previgenti vincoli e restrizioni e a favorire una maggiore competizione. Ad esempio, è previsto che le borse siano in competizione con sistemi alternativi di negoziazione, inclusi quelli "interni" organizzati dagli stessi intermediari, e che l'accesso in borsa non sia più riservato ai soli intermediari, ma anche ad alcune tipologie di investitori istituzionali (assicurazioni e fondi comuni); un'impresa italiana potrà raccogliere capitali in altri Paesi europei utilizzando il prospetto approvato dalla CONSOB senza soggiacere ad altri controlli (lo stesso vale naturalmente per un'impresa estera che voglia raccogliere risorse in Italia). Si tratta di previsioni che aumentano la competizione fra borse, intermediari ed emittenti e allo stesso tempo creano i presupposti per una maggiore integrazione del mercato finanziario su scala europea.

Vorrei sottolineare che, considerato che ormai tutte le principali aree della disciplina dei valori mobiliari sono state oggetto di una profonda rivisitazione culminata con l'approvazione di nuove direttive, per il futuro la Commissione Europea ha esplicitamente dichiarato che la propria strategia sarà quella di non avviare ulteriori iniziative di regolamentazione a meno che ciò non sia motivato da un'attenta analisi costi-benefici.

2. Un intervento di regolazione pubblica è in via generale ritenuto giustificabile solo quando vi è un "fallimento del mercato".

L'elemento aggiuntivo introdotto dall'analisi costi-benefici è dato dal fatto che si richiede un confronto esplicito fra i benefici (per i consumatori) derivanti dalla correzione o eliminazione di un "fallimento del mercato" e i costi (per le imprese) derivanti dalla necessità di adeguarsi ad un nuovo quadro regolamentare. Il limite di questo approccio è dato dalla intrinseca difficoltà di quantificare in termini monetari costi e benefici, se non in maniera approssimativa e dunque puramente indicativa, al fine di metterli a confronto. Un altro limite è legato al fatto che non vengono scontate valutazioni di tipo "politico" per cui, a seconda dei diversi settori industriali o della situazione congiunturale, i responsabili di Governo potrebbero assegnare, ad esempio, un peso maggiore alla protezione dei consumatori rispetto a quello assegnato alla competitività delle imprese.

La riforma sul risparmio accoglie in via generale quest'impostazione, prevedendo, all'art. 23, una specifica disciplina del procedimento per l'adozione di atti regolamentari e generali da parte delle Autorità. In particolare, viene previsto quanto segue:

- i provvedimenti regolamentari o di contenuto generale, fatta eccezione per quelli attinenti all'organizzazione interna, devono essere motivati con riferimento alle scelte di regolazione adottate;
- i predetti atti devono essere corredati di una relazione illustrativa delle conseguenze sulla regolamentazione, sull'attività delle imprese e degli operatori e sugli interessi dei risparmiatori ed investitori;
- sono poste in essere consultazioni con gli organismi rappresentativi dei soggetti vigilati e degli investitori;

- gli atti di regolazione sono sottoposti ad una revisione periodica, almeno triennale, al fine di adeguarli all'evoluzione del mercato e degli interessi dei risparmiatori ed investitori;

- le Autorità disciplinano con regolamento l'applicazione dei suddetti principi, indicando anche i casi di necessità ed urgenza per i quali è ammesso derogarvi.

La CONSOB, in occasione della riforma organizzativa in corso, ha ritenuto di dar seguito a tale previsione, istituendo un'unità organizzativa *ad hoc* che si occuperà proprio dell'impatto economico delle regole.

3. La filosofia dell'analisi costi-benefici introduce tuttavia un elemento importante che spesso emerge nel dibattito politico sulle liberalizzazioni. La questione è quella legata alla preoccupazione di preservare la capacità competitiva delle imprese di un dato Paese, rinunciando ad introdurre regole che le pongono in una situazione di evidente svantaggio rispetto a imprese operanti in altri Paesi e soggette a discipline diverse. Questo obiettivo è esplicitamente indicato, ad esempio, nella legge inglese sul mercato finanziario (equivalente in sostanza al nostro Testo Unico della Finanza) quale vincolo da rispettare nell'attività di regolamentazione secondaria.

È giusto che la competitività della piazza finanziaria nazionale sia un obiettivo in sé e un vincolo all'attività di regolamentazione, come esplicitamente riconosciuto nell'ordinamento inglese. Questo punto evoca il tema della possibilità di "sopravvivenza" di banche "italiane" e di una borsa "italiana" nel processo di consolidamento su scala europea che sta interessando l'industria finanziaria.

I termini "liberalizzazione" e "tutela della concorrenza" sono infatti spesso associati a processi di globalizzazione economica e finanziaria e di eliminazione delle barriere alla mobilità internazionale dei capitali. Ciò vuol dire–tra l'altro–piena apertura degli assetti proprietari delle imprese e delle banche domestiche agli investitori esteri.

È un tema del quale si è dibattuto a lungo lo scorso anno in occasione dei tentativi di scalata alla Banca Antonventa e alla BNL. L'"italianità" del sistema bancario non è naturalmente un obiettivo codificato in alcuna norma; tuttavia, anche nell'ottica di un mercato unico dei capitali, le acquisizioni *cross-border* sollevano alcune preoccupazioni che possono essere legittime sul piano della politica economica e industriale.

In primo luogo, vi è la preoccupazione di un razionamento o di una maggiore difficoltà nell'accesso al credito da parte delle imprese medio-piccole. Le fusioni bancarie possono portare ad un cambiamento delle strategie e dei piani industriali che implicano, ad esempio, la focalizzazione su clienti più grandi o una maggiore diversificazione verso settori di attività diversi dal credito. All'estremo, la banca acquisita potrebbe divenire un semplice canale di raccolta del risparmio che verrebbe impiegato prevalentemente in altri Paesi. Le implicazioni negative di questi cambiamenti possono essere più sentite dai Paesi, come l'Italia, in cui le piccole e medie imprese hanno un peso maggiore sulla struttura produttiva è dove maggiore è l'incidenza del credito bancario rispetto ad altre forme di raccolta.

Una seconda preoccupazione deriva dal fatto che la forte presenza di grandi istituzioni finanziarie internazionali può contribuire a generare fenomeni di instabilità sistemica, poiché gli *shock* che si originano in un dato Paese o settore di attività si possono facilmente trasmettere in altri Paesi o settori. Sul fronte delle borse e dei servizi di negoziazione, un esempio di rilievo è rappresentato dal caso *Citigroup*, in cui tale intermediario ha venduto titoli di Stato per importi elevatissimi e li ha ricomprati nel giro di pochi minuti lucrando una plusvalenza dovuta alla forte pressione al ribasso sui prezzi che proprio le citate vendite ave-

vano generato. Si tratta di un caso estremo di manipolazione dei prezzi di strumenti finanziari quotati su di una piattaforma di negoziazione pan-europea che mette in evidenza come gli *shock* legati all'operatività di un singolo soggetto attivo su scala globale si possono propagare rapidamente condizionando l'integrità dei mercati e l'operatività di tutti i soggetti vi operano.

Vi è infine la preoccupazione che le grandi istituzioni operative su scala internazionale, in particolare i conglomerati finanziari attivi nel settore bancario e assicurativo, commercializzino prodotti complessi e sofisticati, spesso concepiti per gli investitori professionali, secondo modalità e tecniche del tutto innovative per i risparmiatori del Paese della banca acquisita. Si possono porre dunque con maggiore enfasi problemi vigilanza sulle regole di condotta degli intermediari, in particolare per ciò che riguarda la valutazione dell'adeguatezza dei prodotti e la corretta valutazione delle caratteristiche dei singoli clienti. Le Autorità di Vigilanza del Paese in cui tali prodotti sono commercializzati potrebbero ritenere in alcuni casi di avere poteri di vigilanza o sanzionatori insufficienti per garantire un adeguato livello di protezione dei risparmiatori.

In definitiva, bisogna ammettere che esistono alcuni settori che sono in qualche maniera "speciali", quale appunto il settore degli intermediari finanziari o quello delle imprese di pubblica utilità, dove la piena liberalizzazione degli assetti proprietari in relazione alla nazionalità degli azionisti è una questione che travalica le argomentazioni prima svolte sulle ragioni dell'intervento regolatore dello Stato. La questione non è quella di proteggere i consumatori o di favorire la competizione – elementi che potrebbero essere addirittura rafforzati da una piena liberalizzazione degli asseti proprietari – quanto quella di valutare i rischi per l'intero sistema economico e produttivo derivanti da una de-localizzazione dei centri decisionali delle imprese maggiori. Vi è in ciò un interesse pubblico più generale che trascende il corretto funzionamento di uno specifico settore industriale, poiché quel settore è strategico per lo sviluppo dell'intero sistema economico.

Su un piano più pragmatico, la questione si pone anche in termini di dimensioni. I casi BNL e Antonveneta sono forse i primi esempi di acquisizione totale del controllo di una banca italiana da parte di soggetti esteri dal dopoguerra ad oggi. Ciò segnala che mentre nei Paesi europei la dimensione media delle banche è cresciuta molto, grazie a fusioni e acquisizioni interne, in Italia questo processo è stato fortemente condizionato dall'approccio delle Autorità di Vigilanza. Il risultato è che la dimensione media dei primi 5 gruppi italiani è circa la metà di quella delle prime 5 banche inglesi e 2/3 di quella delle prime 5 banche francesi.

Come ho avuto modo di sottolineare nel discorso al mercato finanziario il 3 luglio 2006, per il sistema bancario italiano la crescita e le fusioni domestiche sono una necessità; il rischio è altrimenti la "colonizzazione" da parte di gruppi stranieri che hanno la massa critica per scalare le banche italiane. È, in altre parole, con logiche e strumenti di mercato – la crescita dimensionale e l'aumento dell'efficienza – che si raggiungono e si preservano adeguati livelli di competitività nel rispetto delle regole di funzionamento del mercato.

Appaiono, in questa prospettiva, condivisibili le iniziative intraprese dalle istituzioni comunitarie, volte a restringere gli spazi di discrezionalità nell'esercizio dei poteri autorizzatori e a ridurre la conseguente incertezza sull'esito delle operazioni. Va nella stessa direzione l'abolizione da parte della Banca d'Italia dell'obbligo di comunicare all'organo di vigilanza il progetto di acquisizione di una partecipazione di controllo in una banca, ancor prima che esso venga proposto al consiglio di amministrazione.

Il prossimo recepimento della direttiva sulle OPA potrebbe essere anche l'occasione per introdurre nell'ordinamento italiano forme di coordinamento normativo e procedurale che favoriscano la sincronia e la tempestività dei provvedimenti delle diverse Autorità coinvolte.

4. In termini ancor più generali, oggi è sul tavolo la questione del grado di apertura dei mercati nazionali del controllo proprietario.

È infatti in fase di recepimento la direttiva sulle OPA (Direttiva 2004/109/CE il cui termine di recepimento è scaduto il 20 maggio 2006), che pone le istituzioni politiche nazionali di fronte a scelte di notevole complessità e delicatezza.

La direttiva OPA ha avuto una storia molto travagliata. Il progetto iniziale, che puntava a creare condizioni il più possibile omogenee per le società europee, è stato ridimensionato, raggiungendo alla fine una posizione di compromesso che consente il mantenimento di notevoli livelli di disomogeneità tra i diversi ordinamenti.

Ampi spazi di discrezionalità sono stati lasciati agli Stati membri che in fase di recepimento potranno adottare diverse soluzioni. In particolare, decisioni particolarmente rilevanti dovranno essere prese per quanto riguarda:

- la determinazione della soglia, al superamento della quale si presume si raggiunga il controllo di una società quotata e quindi scattano gli obblighi di OPA (oggi in Italia il 30%);

- la individuazione del periodo (compreso tra sei mesi e un anno) nel quale gli acquisti effettuati dall'offerente diventano rilevanti per la determinazione del prezzo dell'offerta;

- l'individuazione delle condizioni nelle quali si potrà derogare al principio del prezzo massimo per l'offerta;

- la possibilità di dispensare le società italiane dall'adottare le norme che impongono l'autorizzazione assembleare per predisporre misure difensive in caso di OPA;

- la possibilità di dispensare le società italiane dall'adottare la c.d. regola di neutralizzazione che sterilizza una serie di strumenti che possono ostacolare un'offerta pubblica d'acquisto (patti di sindacato, restrizioni statutarie al diritto di voto, etc.);

- la possibilità di istituire una clausola di reciprocità che consente alle società che hanno adottato le disposizioni di cui ai due punti precedenti di disapplicarle qualora siano oggetto di OPA da parte di una società che non le applichi.

Dalle scelte che saranno effettuate dipenderà in misura considerevole il grado di apertura delle società italiane alla contendibilità del controllo e la probabilità che gli azionisti ricevano le migliori condizioni in occasioni di potenziali fenomeni di cambiamenti del controllo.

Si tratta di scelte difficili, che potrebbero mutare l'attuale quadro normativo italiano che già prevede un forte orientamento alla tutela della contendibilità del controllo attraverso la disciplina delle misure di difesa e la decadenza dei patti di sindacato in caso di OPA, che elimina uno degli ostacoli più rilevanti nella realtà italiana al successo di una scalata. Questa impostazione ha rappresentato un elemento importante di maturazione del mercato italiano in linea con gli obiettivi di tutela degli investitori e di trasparenza e efficienza del mercato del controllo che il TUF ha posto all'attività della Consob e che costituiscono il fondamento della normativa sugli emittenti quotati, tra cui rientra la disciplina delle OPA.

Non c'è dubbio che sia necessario fare presto per recepire la direttiva al fine di evitare dubbi interpretativi che possono creare condizioni di incertezza sul mercato e aprire spazi a costosi contenziosi.

Ma oltre a fare presto occorre fare bene. La disciplina dei trasferimenti del controllo è infatti rilevante per:

- la tutela degli interessi degli azionisti di minoranza, in quanto il trasferimento del controllo è uno dei momenti in cui "emerge" il valore reale della società che nei prezzi di mercato può essere "alterato" dall'andamento ciclico del mercato;

- per le società, perché le acquisizioni sono uno strumento importante per realizzare "salti" dimensionali e strategici;

- per l'evoluzione degli assetti proprietari e di controllo delle società quotate (ad esempio nell'esperienza dei Paesi anglosassoni è stata proprio la dinamicità del mercato delle acquisizioni a favorire il passaggio dal modello di controllo familiare alle *public company*).

Su queste questioni, che incidono sugli assetti strutturali di apertura al mercato delle società quotate, è difficile identificare un "modello" che sia pregiudizialmente migliore degli altri, come insegna l'esperienza estremamente diversificata che caratterizza la storia e l'evoluzione in corso nei diversi Paesi.

È evidente che si tratta di scelte che coinvolgono una pluralità di interessi di natura pubblica e che quindi richiedono che siano assunte dai soggetti titolari delle funzioni di rappresentatività e di indirizzo politico.

Appare però importante che nella formulazione di tali scelte si tenga conto della coerenza generale del sistema di regolazione verso l'obiettivo di favorire lo sviluppo del mercato finanziario italiano, e del mercato azionario in particolare, come strumento indispensabile per la crescita dell'economia del Paese e per la competitività delle nostre imprese.

Il timore è infatti che il principio dell'ampia autonomia decisionale che la direttiva europea lascia sia agli Stati membri (che possono optare tra diversi sistemi normativi) sia ai soggetti che controllano la società (che possono adottare diversi modelli di apertura alla contendibilità) penalizzi gli investitori che si troverebbero esclusivamente a "subire" tali scelte.

La disciplina definita dal TUF, fortemente orientata alla tutela degli investitori e della contendibilità delle società quotate, ha contribuito a rendere il mercato italiano più dinamico e aperto ai cambiamenti. La Consob ha pertanto suggerito, già in più occasioni, l'opportunità di mantenere una linea di continuità con l'impostazione del TUF.

Coerente con questo approccio sarebbe la scelta di mantenere l'obbligatorietà dell'approvazione assembleare per l'adozione di strumenti di difesa e la possibilità di recesso *ad nutum* dai patti parasociali in caso di OPA.

Si tratta di due misure che l'ordinamento italiano conosce da quasi 10 anni e apprezzate dagli investitori anche internazionali. In particolare, la possibilità di recesso dai patti di sindacato, che il legislatore comunitario ha mutuato proprio dalla disciplina italiana, rappresenta un elemento importante per garantire la contendibilità del controllo alla luce della crescente importanza di tali forme di controllo coalizionale nelle società quotate.

Anche l'eventuale introduzione, consentita dalla direttiva, del principio di reciprocità, merita attenta valutazione. L'adozione del principio potrebbe determinare una riduzione della tutela degli interessi degli azionisti delle società italiane oggetto di un'offerta pubblica, ai cui fini non assume rilevanza il grado di apertura alla contendibilità del soggetto offerente.

Peraltro, dalle scelte operate nei principali Paesi europei sta emergendo un quadro caratterizzato da una generale riduzione dell'apertura alla contendibilità del controllo delle società quotate in particolar modo su base transfrontaliera.

Vanno in questo senso le scelte adottate sulle principali opzioni lasciate dalla direttiva ai singoli Stati: con l'eccezione del Regno Unito, tutti i principali Paesi europei hanno adottato la clausola di reciprocità e molti di essi hanno adottato solo parzialmente la disciplina europea sulle misure di difesa e di neutralizzazione.

Ma oltre a queste scelte, in qualche misura prevedibili considerato il fallimento che i compromessi politici realizzati nella direttiva sulle OPA hanno comportato rispetto all'obiet-

tivo di creare un mercato del controllo societario aperto e competitivo su scala continentale, sembrano emergere ulteriori spinte verso la protezione delle società nazionali da potenziali scalatori esteri.

Recenti casi che hanno coinvolto emittenti italiani nella veste di possibili "scalatori" di società quotate francesi, hanno evidenziato come anche altri aspetti della disciplina delle OPA, soprattutto laddove questa preveda ampi margini di discrezionalità nella loro applicazione, possano di fatto ostacolare la realizzazione di operazioni di aggregazione su base transfrontaliera. Operazioni di aggregazione che da più parti sono ritenute necessarie per la creazione di soggetti in grado di competere efficacemente nel mercato unico europeo e su scala internazionale, ma che difficilmente i singoli Paesi accettano siano guidate da società estere, benchè europee, soprattutto se coinvolgono settori di interesse strategico per l'economia nazionale.

Nell'ordinamento francese è stato previsto ad esempio che l'autorità competente possa, in particolare ma non necessariamente in presenza di variazioni anomale dei prezzi o dei volumi delle azioni di un emittente, chiedere a chiunque si ritiene stia preparando il lancio di un'OPA su tale emittente, di informare il pubblico delle proprie intenzioni al riguardo, stabilendo obblighi e sanzioni conseguenti alle dichiarazioni effettuate. In particolare, qualora il soggetto dichiari di avere l'intenzione di lanciare l'offerta, l'autorità francese stabilisce i termini per formalizzare il lancio dell'offerta, mentre qualora il soggetto dichiari di non avere questa intenzione, è previsto il divieto, per un periodo di sei mesi, di depositare un progetto di offerta e di porsi nelle condizioni di dover lanciare un'offerta superando la soglia rilevante per l'OPA obbligatoria.

Sono evidenti gli effetti che tali misure possono avere sulla contendibilità delle società, esponendo i potenziali scalatori all'obbligo di una dichiarazione di intenzione prematura e fortemente condizionante sui comportamenti futuri. Inoltre, nonostante la norma prescinda dalla nazionalità del potenziale scalatore, è possibile che essa possa essere utilizzata in particolare a difesa di interessi nazionali, per scoraggiare le acquisizioni "ostili" da parte di soggetti esteri, riducendo ulteriormente i già ridotti spazi per un mercato del controllo societario su scala europea.

In tale contesto, la definizione di un sistema normativo che, mantenendo gli attuali presidi in materia di misure di difesa e recesso dai patti di indicato, consenta alle singole società italiane l'applicazione della regola della reciprocità può rappresentare una comprensibile e realistica reazione alle disomogeneità normative che si vanno determinando in ambito continentale.

Il sistema delineato garantirebbe alle società italiane che scegliessero l'opzione statutaria della reciprocità, la possibilità di difendersi da un offerente estero che non applicasse le medesime norme in materia di *passivity rule* e neutralizzazione, ma permetterebbe alle società che non effettuassero tale scelta di mantenere un regime di apertura completa anche nei confronti di chi non applica il medesimo regime.

Verrebbe così assicurata la sempre considerata esigenza di tutela degli azionisti i quali, con la possibilità di adozione statutaria della regola della reciprocità verrebbero coinvolti, attraverso la partecipazione all'assemblea straordinaria di modifica statutaria, nella decisione di applicazione del suddetto regime e si garantirebbe piena trasparenza sulle scelte degli emittenti in ordine alla riduzione della contendibilità e alle ragioni di tali scelte.

5. La struttura del mercato e l'attività di regolamentazione e vigilanza subiranno un notevole cambiamento a seguito del necessario recepimento della c.d. Direttiva MIFID (direttiva 2004/39/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 21 aprile 2004, relativa ai

mercati degli strumenti finanziari che modifica le direttive 85/611/CEE e 93/6/CE del Consiglio e la direttiva 2000/12/CE del Parlamento europeo e del Consiglio e che abroga la direttiva 93/22/CEE del Consiglio), che doveva avvenire entro il 30 aprile 2006, ma è ancora in corso di definizione.

La nuova direttiva su intermediari e mercati innova profondamente la previgente disciplina in particolare:

- estende il passaporto europeo a nuovi servizi e strumenti finanziari, quali il servizio di pura consulenza;

- prevede forme di concorrenza tra mercati regolamentati, sistemi multilaterali di negoziazione ed intermediari c.d. internalizzatori, eliminando la possibilità di introdurre l'obbligo di concentrazione delle transazioni su mercati regolamentati;

- contiene precise indicazioni quanto al diverso trattamento da attribuirsi agli investitori professionali e all'investitore al dettaglio, nell'assunto che a diverse esigenze di protezione debbano corrispondere diverse regole;

- legittima e regola il c.d. servizio di "*execution only*", ritenendo che l'investitore al dettaglio che non desideri pagare il costo del servizio di consulenza da parte dell'intermediario debba assumere il rischio pieno della scelta di investimento.

Le conseguenze delle innovazioni che saranno indotte sul mercato nazionale in attuazione della nuova direttiva non sono di facile valutazione, in particolare per quanto attiene alle nuove regole di condotta per gli intermediari e alla frammentazione della liquidità derivante dal nuovo sistema di concorrenza tra mercati e altri sistemi di contrattazione.

Inoltre, le borse stanno vivendo una fase di profonda trasformazione, che potrebbe inevitabilmente interessare anche il nostro mercato.

I contorni che assumeranno le nuove borse non sono ancora chiari (un'unica società che gestisce diverse borse basate a livello nazionale–modello cosiddetto "federativo"- oppure una vera e propria borsa pan-europea).

La contrattazione privata può portare ad assetti in cui probabilmente l'obiettivo primario è quello di sfruttare le grandi economie di scala presenti nel settore, ma nulla garantisce che i risparmi di costo che saranno ottenuti da eventuali fusioni o aggregazioni siano "trasferiti" agli utenti e agli investitori finali sotto forma di minori tariffe.

Sarà quindi necessario prevedere precise regole di *governance* delle borse, vigilando sui possibili abusi di posizioni dominanti.

Le modificazioni nella struttura proprietaria delle borse che possono scaturire sia dalla prevista facoltà di quotazione delle società di gestione del mercato sia da eventuali fusioni e integrazioni rendono necessario considerare il tema della "qualità" degli assetti proprietari di tali società, oltre che della loro stabilità e della loro funzionalità a garantire una continuità nella gestione ed una visone strategica di ampio respiro.

Al riguardo, il recepimento della direttiva MIFID dovrebbe dare alla CONSOB poteri di vigilanza più pervasivi sugli assetti proprietari e di controllo delle borse, simili a quelli previsti nel settore bancario. In particolare, al fine di assicurare la sana e prudente gestione del mercato, la CONSOB dovrebbe avere il potere di approvare le disposizioni statutarie delle società di gestione in materia di partecipazioni azionarie e di governo societario e dovrebbe avere il potere di rifiutare, con provvedimento motivato, l'approvazione di eventuali cambiamenti che si ritengono in contrasto con l'obiettivo della sana e prudente gestione. È un ulteriore esempio di come la globalizzazione e la liberalizzazione di importanti settori pongono nuove sfide alla regolamentazione e richiedano sforzi ancor maggiori in termini di vigilanza e controllo sul rispetto delle regole.

Antonio Catricalà

Il ruolo della Autorità garante della concorrenza e del mercato

1. Se oggi potessi usare una frase ad effetto, mi piacerebbe dire che siamo all'alba di un nuovo diritto antitrust.

Non lo dico perché presiedo un'Autorità troppo giovane per avere una nuova alba. Azzardo che si sta completando un quadro che è iniziato diciassette anni fa. Siamo ancora minorenni, anche se più anziani dell'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni.

In questi due anni di mia permanenza all'Antitrust si sono verificati una serie di circostanze che io ritengo fortunate. La riforma Bersani che ci ha dotato di strumenti nuovi. Prima di tutto la possibilità di ritenere la nostra attività sanzionatoria come un'attività residuale, il che non è facile neanche da immaginare per un'Autorità che conquista le prime pagine dei giornali quando multa il monopolista, scopre il cartello e sanziona i cartellisti.

Oggi, prima di arrivare alla sanzione, occorre sperimentare la possibilità di "pentimenti" o dissociazioni e valutare la possibilità di far assumere impegni che evitino all'Antitrust di dover accertare l'illiceità della condotta. Queste novità perché sono importanti? Prima di tutto perché gli impegni devono essere adeguati a riportare la situazione di mercato in una condizione quale sarebbe stata se non ci fosse stato l'illecito; quindi costituiscono una riduzione in pristino che non avremmo avuto con la semplice sanzione; e sono a favore del mercato, perché si impone attraverso l'accettazione degli impegni ad una azienda che ha sbagliato e che con ogni probabilità continuerà a sbagliare, un comportamento virtuoso con la speranza che s'inneschi nel sistema una vera e propria concorrenza.

Questo è successo con Enel: non abbiamo concluso il procedimento perché Enel ha presentato impegni che il Collegio ha ritenuto adeguati a farle perdere dominanza di mercato, a farle perdere *pivotalità*. Gli impegni attenuano il potere di determinare il prezzo in borsa e fuori della borsa. Ovviamente abbiamo agito in accordo con l'Autorità di settore, perché non ci comportiamo mai in maniera soverchiante le autorità di regolazione.

Anche i veterinari, anziché incorrere in una sanzione, si sono impegnati ad assumere iniziative reali per la concorrenza.

Questo modo di procedere comporta una sia pur modesta finalizzazione dell'attività antitrust, un po' come accade negli Stati Uniti.

2. L'altro strumento giuridico che abbiamo da poco acquisito è il potere cautelare: l'intervento immediato non appena l'illecito si verifica può impedire che si producano effetti irreversibili. Noi l'abbiamo già utilizzato due volte con successo, una volta con le banche perché ABI aveva emanato una circolare elusiva dell'ultimo decreto legge poi convertito in legge; abbiamo poi adottato misure cautelari nei confronti dei grossisti di farmaci che, essendo consorzi formati prevalentemente da farmacisti, tendevano a non rifornire le parafarmacie, così vanificando l'attività legislativa di liberalizzazione della vendita di farmaci da banco che si era appena conclusa favorevolmente.

Si tratta di un nuovo diritto.

Molte volte ci interroghiamo su quale sia il giusto procedimento. Dobbiamo sentire le parti prima del provvedimento o è sufficiente che li si senta dopo, se è importante provvedere subito ad evitare che si verifichi un danno concorrenziale poi non più riparabile?

Non sono stati decisi ricorsi sui nostri provvedimenti *inaudita altera parte*. Quindi non abbiamo oggi una certezza di come andrà a finire. Però le altre Amministrazioni, quelle che

non sono Autorità, hanno la possibilità di intervenire cautelativamente e noi ci auguriamo che ci sia anche da parte del Tribunale, da parte dei giudici, una considerazione, una equiparazione dell'Autorità antitrust alle altre Amministrazioni dello Stato, che hanno i poteri cautelari tra le loro legittime prerogative.

3. Un altro aspetto che sta caratterizzando questo momento si evidenzia con la decisione Terna. Quando sono entrato in Antitrust mi sono accorto che il conflitto di interessi nel Paese è considerato un peccato veniale.

Ma in più decisioni ho notato che è un nodo, un ostacolo alla concretizzazione dei principi di libera concorrenza. Gli intrecci azionari fanno parte del tessuto del capitalismo italiano.

L'Antitrust non ha la possibilità di recidere tutti i nodi. Ma quando il nodo arriva al pettine si può cercare di allentarlo. Quando l'Autorità lo esamina può cercare di scioglierlo.

È quello che abbiamo fatto con Terna, un po' fuori dagli schemi tipici dell'attività antitrust perché Cassa Depositi e Prestiti non ha una posizione di dominanza nel mercato dell'energia e del dispacciamento della produzione dell'energia elettrica. Noi le abbiamo imposto di dismettere azioni perché abbiamo ritenuto che comunque comportasse un grave danno per la concorrenza, derivante dal conflitto di interessi rappresentato dalla sommatoria in unico soggetto delle figure di proprietario e gestore della rete e di proprietario di un'azienda dominante che la utilizza.

Non è stata un'operazione poco sofferta e priva di preoccupazioni. La prima era che di fronte al nostro ordine Terna, Cassa Depositi e Prestiti, dicesse: "La rete rimane ad Enel, il gestore continua a stare in affitto". E questo sarebbe stato gravissimo per la Nazione e noi eravamo i primi a dire che bisognava unire la proprietà della rete con la gestione. Chi di noi spende più di tanto per una casa che ha in affitto? Se invece è proprietario investe perché sa che, se non lui, i suoi figli o i suoi nipoti ne avranno comunque un beneficio. Questa era la prima preoccupazione.

La seconda preoccupazione era costituita dal TAR del Lazio, il quale però ci ha assecondato e dopo poco tempo il Consiglio di Stato ha confermato l'impostazione. Prima ancora che il nostro ordine di vendere diventasse esecutivo TAR e Consiglio di Stato ci hanno dato ragione. Ciò significa che avevamo visto giusto nell'intervenire già sul conflitto di interessi inteso come danno potenziale.

È questa l'ispirazione delle nostre decisioni sugli intrecci azionari come ostacoli alla libera concorrenza sia nelle decisioni sulle fusioni bancarie, sia sulle ultime acquisizioni assicurative. Io spero che sia confermato questo orientamento che garantisce alla fine l'attuazione concreta della legge e una libertà di mercato che in questo momento in Italia è molto lontana.

Un aiuto ci viene dal Consiglio di Stato e dai giudici ordinari, sia penali che civili. Ma un aiuto ci viene finalmente anche dalla Corte dei Conti. In un articolo apparso su *Italia Oggi* proprio il 19 gennaio 2007 si dà notizia di una sentenza della sezione giurisdizionale della Corte dei Conti dell'Umbria secondo la quale il sistema delle società pubbliche *in house* può dar luogo a responsabilità gestionali.

Seppure articolato e variegato (e noi sappiamo quanto), questo sistema non può non comportare il conseguimento di economie per l'amministratore che le ha costituite e la Corte ha accertato profili di responsabilità amministrativa cagionati dai pubblici amministratori

che persistono nel mantenere partecipazioni pubbliche in società che non producono vantaggi per l'amministrazione.

Un'altra sentenza della Corte dei Conti, Sezione Regionale Lombardia, del luglio 2006, afferma che la violazione di parametri e buon andamento sussumibili nel principio di concorrenza che deve presiedere le scelte dell'amministrazione e avente ad oggetto qualsiasi commessa pubblica di lavori, forniture e servizi, può comportare un nuovo tipo di danno erariale, il cosiddetto danno alla concorrenza.

4. Infine una nota di preoccupazione: mentre noi crediamo nella concorrenza, mentre il sistema Paese finalmente comincia ad accogliere istituti competitivi, si registrano in Francia, in Spagna, in Germania nuovi nazionalismi, nuovi protezionismi.

La nuova direttiva sui servizi, che nasce come direttiva Bolkenstein, sarebbe assolutamente disconosciuta dal suo ispiratore.

Problemi possono derivare anche dalla direttiva sull'OPA, che potrebbe rendere più difficile la libera circolazione di capitali. Certo, anche gli italiani si devono proteggere; pertanto, dobbiamo recepirla come la recepiscono gli altri Paesi. In virtù della clausola di reciprocità, se gli altri Paesi possono inserire *poison pills* per difendere le aziende che ritengono strategiche, anche le aziende nazionali possono essere protette. Però non vorrei che si estendesse troppo la tutela e che ci fossero sconfinamenti, che per esempio si attenuasse la *passivity rule*, che attualmente garantisce in qualche modo la competitività dei mercati.

Non è un'operazione semplice condurre una battaglia per la concorrenza, perché concorrere significa competere; competere significa addestrarsi, significa migliorare, sacrificarsi e questa non è un'Italia che vuole fare molti sacrifici. Vedete cosa è successo solo perché il Governo ha accolto una nostra segnalazione nel settore delle benzine: si minaccia uno sciopero.

Ma noi dobbiamo insistere, non dobbiamo fare marcia indietro perché noi che abbiamo creduto nella concorrenza, non possiamo fare tanti distinguo. Dobbiamo tenere alto il vessillo perché l'Europa si fonda soprattutto sui principi di libertà e, quindi, di competizione, di concorrenza. Questi principi non costituiscono solo degli articoli del Trattato CE, ma rappresentano l'ispirazione di questa nuova società che si vuole fondare. Noi abbiamo il dovere giuridico, ma io ritengo anche il dovere morale, di insistere, di non demordere e di incoraggiare chi ha le responsabilità ad andare avanti.

Pasquale de Lise

Il ruolo del giudice amministrativo

1. Dobbiamo essere grati alla professoressa Angela Del Vecchio Capotosti per avere promosso questo incontro di studio sulle Autorità indipendenti, intorno alle quali in questi giorni si sta sviluppando un vivace dibattito sul piano politico (ed anche mediatico), sono al lavoro Commissioni varie con il compito di predisporre la riforma delle relative discipline e la istituzione di nuove (quella per i servizi e l'uso delle infrastrutture di trasporti, oltre a tante altre per le quali sono state presentate proposte di legge); io stesso presiedo una di queste Commissioni, istituita dal Ministro per le riforme istituzionali[2].

[2] A distanza di pochi giorni dal Convegno, il 2 febbraio 2007, è stato approvato dal Consiglio dei Ministri il disegno di legge recante "Disposizioni in materia di regolazione e vigilanza sui mercati e di

In realtà, questo tema afferisce ad una delle novità giuridiche più importanti e controverse degli ultimi decenni, investendo profili di diversa natura in campo economico, sociale e giuridico.

Una novità che si è sviluppata tumultuosamente in un arco di tempo sostanzialmente breve sì da originare complesse problematiche di carattere sia teorico che pratico.

Ciò spiega l'incertezza finanche sulla qualificazione di Autorità amministrative indipendenti e quindi sul numero di esse, non diversamente da quel che accade in altri ordinamenti come quello francese, nel quale, secondo un autorevole rapporto del *Conseil d'Etat* del 2001, si contano tra le 25 e le 34 Autorità a seconda della nozione restrittiva o ampia cui si ritiene di aderire[3].

La nostra dottrina, già un decennio fa, notava che le istituzioni chiamate indiscriminatamente Autorità sono vittime dell'"inesorabile fascino che esercitano sempre, e anche sui più avveduti, le semplificazioni unificanti[4]".

Ma se i problemi che concernono, a vario titolo, tali Autorità sono pressoché unanimemente riconosciuti, si è altrettanto convinti che essi non ne mettono in crisi l'esistenza, bensì ne suggeriscono, per non dire che ne impongono, un'opera di razionalizzazione a vantaggio innanzitutto dei cittadini e delle imprese che delle nuove garanzie assicurate da siffatte istituzioni sono i destinatari.

Altrettanto si avverte in altre esperienze straniere, come quella d'oltralpe, rispetto alla quale si è affermato che i problemi emersi, pur se non sono tali da rimettere in discussione l'esistenza e la qualificazione di queste Autorità, né tanto meno la pertinenza della loro formula, invitano i poteri pubblici a rimediare a certe difficoltà, a fare un uso appropriato di questa formula, al fine di inserirla armoniosamente nel contesto istituzionale[5].

Da qui la necessità di arrivare al cuore di ogni problema, di disvelare le eterogeneità di disciplina e di sostanza attraverso un'analisi operata dalle diverse prospettive dalle quali è possibile esaminare il fenomeno.

Certo – come è stato affermato da Stefano Micossi, autorevole esperto della materia – giuristi ed economisti muovono da premesse e seguono linee interpretative assai diverse; ma, secondo me, non inconciliabili.

In economia la motivazione alla base della regolamentazione di un settore produttivo – tipicamente in una situazione di monopolio o di oligopolio – è costituita dalla necessità di consentire al settore di mantenere livelli di produzione efficienti senza tuttavia lucrare dalla collettività extraprofitti derivanti dalla situazione di controllo del mercato. La regolamenta-

---

funzionamento delle autorità indipendenti preposte ai medesimi". Ad esso si farà talvolta riferimento nel testo.

3 Conseil d'Etat, *Les Autorités administratives indépendentes, Rapport annual 2001*, p. 257.

4 G. Amato, *Autorità semi-indipendenti ed autorità di garanzia*, in *Riv. trim. dir. pubbl*. 1997, p. 645.

5 Conseil d'Etat, *Les Autorités administratives indépendentes*, cit., p. 385.

Per il nostro Paese è da segnalare l'indagine conoscitiva condotta dalla Commissione Affari costituzionali della Camera dei deputati nella XIII legislatura, conclusasi il 4 aprile 2000. Cfr. F. Grassini (a cura di), *L'indipendenza delle Autorità*, Bologna 2001.

Nel corso della XIV legislatura sono state presentate diverse proposte di riassetto organico della normativa in materia di Autorità. Tra i progetti più articolati vi sono il disegno di legge AS 956 (Amato-Letta) e il disegno di legge AC 2224 (Tabacci). Entrambi fissano i princìpi e norme generali in ordine all'organizzazione e alle funzioni delle Autorità e propongono la riduzione del numero delle stesse, sia attraverso accorpamenti che attraverso la trasformazione al alcune Autorità in agenzie sottoposte ai poteri di indirizzo e vigilanza dei Ministri di riferimento.

zione rappresenta quindi un contemperamento tra interesse della collettività e interesse dell'impresa.

Nel definire l'assetto regolamentare di un settore il potere politico ed il legislatore debbono tuttavia affrontare una serie di problemi, primo fra tutti quello di come far sì che il regolatore operi sempre nell'interesse della collettività e non ceda invece alle offerte del soggetto regolato in cambio di compensazioni di varia natura; si tratta, in sostanza, di evitare che si verifichi la c.d. cattura del regolatore.

Inoltre, è indispensabile prevedere un controllo sull'operato delle Autorità nel suo complesso, di tipo politico (in particolare mediante un opportuno raccordo con il Parlamento, secondo modalità ed entro limiti da calibrarsi attentamente) e un controllo, di tipo giuridico, sui singoli atti delle Autorità, a tutela dei cittadini e delle imprese che sono i destinatari degli atti stessi.

I problemi che si prospettano, che vedono impegnati per la loro soluzione giuristi ed economisti insieme, sono tanti.

Vi è quello delle asimmetrie informative, che va risolto studiando il modo con cui evitare che informazioni non equamente accessibili alle due controparti (regolatore e regolato) che devono interagire possano indurre una di esse ad abdicare alle proprie finalità originarie in cambio di un'utilità immediata (anche qui, la cattura del regolatore).

Un altro problema affrontato dalla letteratura in materia è quello cosiddetto delle "porte girevoli" (*revolving doors*), ossia il caso di regolatori che lasciano l'*authority* per passare alle imprese regolate, ovvero entrano a far parte dello *staff* di autorità di regolazione dopo un'esperienza in settori soggetti a regolazione. Il problema, peraltro di senso comune, che si pone in questi casi è se la provenienza da un settore regolato ovvero la prospettiva di passaggio a quest'ultimo possa incentivare comportamenti distorsivi da parte del regolatore, nel primo caso a causa di una inevitabile prossimità personale e professionale agli interessi dei soggetti regolati, nell'altro allo scopo di ottenere da questi ultimi un trattamento di favore in seguito al passaggio alle loro dipendenze.

A tali inconvenienti si accompagnano tuttavia benefici derivanti dal fatto che un regolatore con una esperienza nel settore regolamentato ha maggiori competenze, così come un ex-regolatore, lavorando in una impresa regolamentata, è in grado di trasmettere a quest'ultima una maggiore sensibilità istituzionale verso i temi della regolazione e quindi facilitare il compito dell'*authority*. In sintesi, quindi, l'osmosi tra personale dell'*authority* e del settore regolamentato, da un lato, presenta rischi di commistione tra gli obiettivi delle due entità, dall'altro, consente di ridurre l'asimmetria informativa tra esse e quindi accrescere il beneficio per la collettività derivante da una maggiore aderenza alla regolamentazione.

Ho citato questi due problemi solo per introdurre il discorso sul come escludere, o almeno limitare, l'incidenza di tali inconvenienti.

In generale, nel definire l'assetto regolamentare di un settore è possibile agire sia *ex ante* sull'assetto organizzativo del soggetto regolatore, favorendone la specializzazione e riducendo la potenziale distorsione a favore del soggetto regolato, sia apprestare meccanismi di controllo *ex post*.

Nel disegno organizzativo di un assetto di regolamentazione il legislatore deve tenere conto di un *trade-off* tra concessione di autonomia al regolatore e controllo successivo da parte di terzi sul regolatore.

Un maggiore controllo garantisce maggiore sicurezza sull'attività svolta dal regolatore, ma ne inibisce gli incentivi alla specializzazione, in quanto egli sa che il proprio operato non

conduce a decisioni definitive, ma rimane *sub iudice* fino al pronunciamento dell'organo di controllo.

Un minore potere di interdizione da parte del controllo, per converso, fornisce un maggiore incentivo alla specializzazione del regolatore, e quindi assicura una maggiore capacità di supervisione da parte di quest'ultimo, ma nel contempo lo espone al rischio di cattura da parte del soggetto regolato.

2. I punti innanzi evidenziati dimostrano la problematicità di un intervento di modifica dell'assetto delle Autorità indipendenti.

Una riforma dovrebbe comunque incidere su tre aspetti: anzitutto, dovrebbe esser prevista una copertura costituzionale per le *authorities*, in modo da sganciare le soluzioni organizzative e funzionali dalle scelte del legislatore ordinario[6]; bisognerebbe poi garantire in massimo grado la funzionalità e l'autorevolezza delle Autorità, a partire dalla nomina dei componenti; occorrerebbe infine definire un sistema di raccordo con il Parlamento, che dovrebbe esercitare nei confronti delle Autorità due poteri: quello di definire il quadro giuridico del settore considerato e quello di controllarne l'operato.

3. Dal privilegiato osservatorio che riserva in materia il TAR del Lazio, si apre la prospettiva per analizzare il delicato tema dei controlli giurisdizionali sugli atti delle Autorità.

Vorrei innanzitutto dare conto di talune opinioni che oggi possono considerarsi superate ma che in passato erano state prospettate ed avevano avuto anche un certo seguito.

Mi riferisco, in particolare, alla tesi secondo la quale gli atti delle Autorità indipendenti – per la collocazione delle stesse nel sistema dei pubblici poteri, per il carattere neutrale degli organi che li emanano, per il fatto di essere a volte emanati sulla base di procedimenti contenziosi (o, addirittura, secondo alcuni, paragiurisdizionali) – non dovrebbero essere assoggettati al controllo giurisdizionale e, più precisamente, al tipo di controllo giurisdizionale proprio degli atti amministrativi.

Non intendo affrontare qui la questione della posizione delle Autorità in relazione alla pubblica amministrazione, questione cui sono state date soluzioni molteplici, alcune delle quali, affermata la estraneità delle Autorità al sistema della pubblica amministrazione, porterebbero a dubitare della legittimità costituzionale delle stesse, in relazione all'art. 95, in mancanza, al momento, di una copertura costituzionale (come si è accennato, ritenuta, se non necessaria, quanto meno opportuna).

Per ammettere la giustiziabilità degli atti delle Autorità è sufficiente, infatti, richiamare il principio in virtù del quale gli atti di qualsiasi soggetto od organo di natura, anche latamente, amministrativa (e le Autorità sicuramente lo sono, come è stato affermato in giuri-

[6] La legge di riforma costituzionale approvata dal Parlamento nel 2005 prevedeva, in linea con quanto proposto dalla Commissione bicamerale per le riforme istituzionali del 1997, una espressa menzione delle Autorità indipendenti nella Costituzione. Il nuovo art. 98 *bis* della Costituzione avrebbe sancito che "per lo svolgimento di attività di garanzia o di vigilanza in materia di diritti di libertà garantiti dalla Costituzione" e su materie di competenza legislativa esclusiva dello Stato la legge può istituire apposite Autorità indipendenti, stabilendo la durata del mandato dei componenti, i requisiti di eleggibilità e le condizioni di indipendenza. La norma richiedeva inoltre che le Autorità riferissero alle Camere sui risultati delle attività svolte. Il compito di nominare i presidenti delle Autorità era attribuito al Presidente della Repubblica, sentiti i Presidenti delle due Camere.

sprudenza con riguardo all'Autorità per la protezione dei dati personali[7]) debbono essere sottoposti al controllo giurisdizionale[8].

A dimostrazione, è sufficiente richiamare l'art. 113 e, soprattutto, l'art. 24 Cost., il quale, al primo comma, assicura a tutti la tutela giurisdizionale dei diritti e degli interessi legittimi.

Al riguardo va rimarcato che la tutela giurisdizionale, prima ancora di essere una tecnica garantistica, è configurata dalla nostra Costituzione come un diritto fondamentale della persona, che ha ad oggetto, senza possibilità di deroghe, l'integrità del patrimonio giuridico di ciascun soggetto dell'ordinamento.

La tesi della non assoggettabilità al sindacato giurisdizionale – o della limitazione dello stesso a determinati aspetti – non può essere giustificata quindi con i caratteri di indipendenza e di neutralità propri delle Autorità, per cui appare del tutto inconferente il richiamo (sovente operato) al sistema statunitense, che affida la tutela ad organi interni alle Autorità stesse.

4. Necessità del giudice, quindi, ma quale giudice?

Questo giudice – lo affermo convintamene, a prescindere da qualsiasi spirito corporativo – non può che essere il giudice amministrativo; il giudice amministrativo che – come è noto – è il giudice del potere pubblico, quale è quello attribuito alle Autorità indipendenti e da esse esercitato in settori cruciali del mondo economico, giuridico, sociale.

La giurisdizione del giudice amministrativo è prevista, in via generale, nelle materie nelle quali la fruizione di una certa posizione giuridica soggettiva è, in varia guisa, condizionata dall'esercizio di un potere di supremazia amministrativa. Ed il giudice competente a stabilire se questo potere sia stato o meno correttamente esercitato non può essere che il giudice amministrativo, che è deputato a conciliare due esigenze ugualmente rilevanti: da un lato, la salvaguardia dell'apparato amministrativo, che è andato sempre più assumendo una connotazione marcatamente democratica e quindi di diretta derivazione politica, come effettivo interprete dei bisogni della comunità; dall'altro, l'effettività della tutela giurisdizionale, che comporta il controllo da parte del giudice della legittimità dell'operato dell'amministrazione, senza peraltro travalicare nel merito dell'azione amministrativa, nel sindacato dei fini e degli obiettivi perseguiti (e qui emerge la nota distinzione tra autonomia privata e autonomia amministrativa, soggette ai differenti poteri del giudice ordinario e del giudice amministrativo), salvaguardando in tal modo l'autonomia costituzionalmente garantita del potere amministrativo e la sua funzione di interprete e di realizzatore dei bisogni collettivi.

Queste sono le ragioni teoriche dell'attribuzione della giurisdizione in questa materia al giudice amministrativo.

E per questo non è condivisibile la tesi che – anche qui ispirandosi a quanto accade in altri ordinamenti, ben diversi dal nostro – auspica che il controllo giurisdizionale sugli atti delle Autorità sia affidato alla giurisdizione ordinaria, in quanto così si avrebbe un controllo pieno, anche sul merito e non limitato alla legittimità, come è quello del giudice amministrativo.

---

7 Cass. 20 maggio 2002, n. 7341.

8 Come è avvenuto per il Consiglio Superiore della Magistratura (cfr. sentenze della Corte costituzionale dell'8 settembre 1995, n. 419 e del 15 settembre 1995, n. 435 nonché Cons. St., Sez. IV, 3 febbraio 1996, n. 111).

Invece, è proprio questa la giustificazione della giurisdizione amministrativa nel settore: a salvaguardia del principio costituzionale della separazione dei poteri, a garanzia dell'autonomia delle Autorità, al giudice deve essere attribuito un controllo di sola legittimità e non anche di merito, perché in quest'ultimo caso il giudice finirebbe per sostituirsi all'Autorità che ha provveduto.

Ma su ciò torneremo quando parleremo del tipo e dei limiti del sindacato del giudice amministrativo sugli atti delle Autorità.

Ragioni analoghe si oppongono alla previsione di un giudice speciale per le controversie in questione.

Non sembra possibile sostenere la tesi che gli atti delle *authorities* debbano essere sottoposti al vaglio di un giudice specializzato (attraverso l'istituzione di sezioni specializzate dei plessi giurisdizionali operanti in Italia) o addirittura speciale.

Se si parla di istituzione di un vero e proprio giudice speciale, ci si scontra con l'espresso divieto di istituire i giudici speciali posto dall'art. 102, 2° comma, Cost.

Se si parla di sezioni specializzate presso la giurisdizione ordinaria (come quella ipotizzata in materia societaria: magistratura economica), si incontra il medesimo inconveniente di cui si è detto sopra, con riguardo al controllo di merito che opererebbe il giudice ordinario (che non può essere ammesso).

Se si parla, infine, di sezioni a composizione particolare (integrate) presso il giudice amministrativo (schema di d.d.l. proposto dalla Commissione Mazzella), la soluzione non appare opportuna, in quanto, comunque, quando ritenuto necessario, il giudice ha sempre a disposizione lo strumento della consulenza tecnica. Non senza considerare il fatto che un giudice "generalista", oltre a conservare maggior dimestichezza con i dati di contesto, è più al sicuro dal rischio di assumere certi atteggiamenti tipici dei "tecnici" (*technicalities*); ciò che potrebbe fargli perdere di vista la sostanza dei problemi, dimentico del fatto che un giudice è pur sempre chiamato a stabilire assetti derivanti da episodi di vita concreta.

5. Nel nostro ordinamento, com'è noto, la giurisdizione sugli atti delle Autorità indipendenti è attribuita al giudice amministrativo. A prescindere dall'esistenza di previsioni *ad hoc*, questa conseguenza si fonda sul criterio di riparto della giurisdizione fondato sul c.d. *petitum* sostanziale, inteso nel senso pregnante fatto proprio dalla Corte costituzionale nelle sentenze n. 204 del 2004 e n. 191 del 2006: di fronte agli atti di esercizio di una potestà pubblica autoritativa insorge una posizione di interesse legittimo nei destinatari, onde non può dubitarsi della riconduzione delle controversie incentrate su tali atti alla giurisdizione generale di legittimità del giudice amministrativo.

Questa regola si limita ad operare sul piano della individuazione del giudice delle *authorities*, senza cioè dar vita a un sistema di tutela differenziato rispetto a quello normalmente previsto per tutti gli altri soggetti che azionino posizioni di interesse legittimo.

Negli ultimi anni, tuttavia, si è assistito a decisi interventi su questa materia perché il legislatore, intendendo offrire ai privati un grado di protezione maggiore, ha più volte stabilito che le controversie coinvolgenti le Autorità appartenessero alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo (v. in generale l'art. 33, 1° comma, d. lgs. n. 80 del 1998, come sostituito dall'art. 7 della legge n. 205 del 2000; ma così quasi tutte le norme che disciplinano i "ricorsi" nelle leggi relative alle varie *authorities*. V. ora l'art. 19 del d.d.l. governativo di riforma delle Autorità).

Sul punto occorre peraltro fare chiarezza, in relazione a quanto ho detto prima sui limiti del controllo del giudice sugli atti delle Autorità.

Giurisdizione "esclusiva" non significa giurisdizione estesa al merito, sicchè devono essere ricusati tutti i tentativi di coloro che, muovendo da una malintesa interpretazione dell'espressione "giudizio sul rapporto", ritengono di poter ottenere in sede giurisdizionale ciò che non hanno ottenuto in sede di procedimento amministrativo. Il *proprium* del giudizio amministrativo non è infatti la diretta applicazione di una norma che, ponendo il privato in posizione di vantaggio, lo abilita ad ottenere *de plano* il "bene della vita" cui aspira, ma è la volizione dell'amministrazione, che – sempre per dettato legislativo – si interpone tra la norma e quella utilità; e questo ruolo di mediazione è protetto da una riserva, poisitivizzata nella Costituzione, derivante, quanto ai fondamenti teorici, dal principio di separazione dei poteri.

Questo spiega le cautele che comunque il giudice amministrativo adotta quando è chiamato, ad esempio, a scrutinare quegli atti dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato che esprimono una vera e propria potestà conformativa del diritto di iniziativa economica, incidendo, in vista del perseguimento di interessi generali, sull'autonomia negoziale delle imprese. E spiega altresì il costante insegnamento della giurisprudenza secondo cui il giudice non può sostituire la propria valutazione dei dati di fatto rilevanti a quella dell'Autorità, perché altrimenti "assumerebbe lui la titolarità del potere".

Giurisdizione "esclusiva" vuol dire semplicemente giurisdizione "onnicomprensiva", nel senso che su quella materia è "escluso" il potere decisorio di altre autorità giurisdizionali (quale il giudice ordinario), con la conseguenza che il giudice amministrativo potrà conoscere anche di diritti soggettivi (in linea con la legge abolitiva del contenzioso amministrativo e in deroga all'art. 1 c.p.c., norma che contempla i giudici ordinari quali unici soggetti competenti a giudicare controversie su diritti). Ne segue che l'attribuzione alla giurisdizione esclusiva possiede un significato giuridicamente apprezzabile allorquando si dica che le controversie tra privati e *authorities*, nelle quali il privato azioni una posizione di diritto soggettivo (derivante dalla legge), sono demandate alla cognizione del giudice amministrativo.

Né si può ritenere che questo discorso abbia perso di significato dopo la sentenza della Corte costituzionale n. 204 del 2004, perché la materia d'elezione di questa attribuzione (il risarcimento dei danni) è stata intesa quale naturale completamento della tutela che il giudice amministrativo può assicurare, e non quale autonomo "diritto" derivante da un "fatto illecito" provvedimentale.

Infatti, non è venuta meno la necessità di previsioni che espressamente parlino di giurisdizione esclusiva, sia perché sul tema non vi è piena concordanza di opinioni (si pensi alle ordinanze delle Sezioni unite della Cassazione del giugno 2006) sia perché vi sono altri ambiti in cui il criterio di riparto tradizionale può risultare di dubbia applicazione.

Questo è il caso delle sanzioni pecuniarie irrogate dalle *authorities* nell'esercizio dell'attività di vigilanza (che con peculiare riferimento a Banca d'Italia e CONSOB ha portato qualche anno fa a un contrasto tra TAR Lazio e Corte di Appello di Roma, poi risolto in sede legislativa) o dei provvedimenti relativi agli albi di cui le *authorities* stesse sono gerenti.

Oggi la situazione è a dir poco confusa, e non è stata chiarita dall'art. 24, 5° comma, della recente legge sulla tutela del risparmio (L. n. 262 del 2005): le sanzioni pecuniarie irrogate ai promotori finanziari sono devolute alla giurisdizione del giudice ordinario, ma quelle dirette alle società di revisione e ai revisori (anch'essi iscritti in un albo) rimangono al giudice amministrativo; le sanzioni alle imprese assicurative e i provvedimenti assunti dall'ISVAP in materia di albo degli agenti (oggi intermediari) o dei periti assicurativi sono devolute al TAR del Lazio; e così via.

Sembra invece più chiaro, soprattutto dopo la sentenza delle Sezioni unite della Corte di cassazione 4 febbraio 2005, n. 2207, il rapporto tra giudice amministrativo e giudice ordina-

rio in materia *antitrust*, che "coabitano" nell'art. 33 L. n. 287 del 1990 (ai sensi di questa norma, spettano alla Corte di appello territorialmente competente le azioni di nullità e risarcitorie collegate a illeciti *antitrust*). Non vi è dubbio che sul punto occorre una rimeditazione (non avvenuta con il recente d.d.l).

6. Il giudice amministrativo va quindi considerato, oggi, come il giudice della nuova economia.

Il che, oltre che per le ragioni di carattere generale in precedenza esposte, risponde a due ordini complementari di esigenze.

Da un lato, nel sistema economico sempre più aperto e globalizzato degli ultimi anni la dimensione degli interessi, soprattutto finanziari, è divenuta così ampia che le regole dell'autonomia privata non bastano più per difendere valori come la concorrenza e il mercato. Valori antichi ma che sono concepiti e tutelati, oggi, in modo del tutto nuovo, anche in una dimensione europea.

Dall'altro, i processi di liberalizzazione e privatizzazione, nati timidamente, si sono progressivamente trasformati in una leva "forte" di politica economica (anche qui sotto la spinta dei vincoli comunitari). Fino al punto di costituire uno dei più importanti fattori del processo di trasformazione dello Stato, che trova i suoi capisaldi nel mutamento dei rapporti tra cittadini e pubblica amministrazione, nella esternalizzazione di molti servizi, nell'assoggettamento di gran parte dell'apparato pubblico alla disciplina di diritto comune, in definitiva nel venir meno del tradizionale "Stato imprenditore" e direi anche, almeno in parte, del tradizionale "Stato amministrativo".

Il nuovo assetto richiede un parallelo rafforzamento dei sistemi di regolazione e di garanzia, necessari per impedire ai poteri privati di abusare del loro potere di mercato ed al potere statale di espropriare l'investimento dei privati, per separare il ruolo tra chi gestisce le imprese e chi regola i mercati.

Il fatto che lo Stato da imprenditore sia divenuto regolatore ha configurato il ruolo del giudice amministrativo come "garante dei garanti" della concorrenza, della regolazione economica, dei settori produttivi fondamentali. Anzi, la posizione e la natura delle *Authorities*, meno legate al potere politico e agli indirizzi del Governo, esaltano, in assenza di altri parametri di riferimento, i poteri ed il ruolo stesso del giudice amministrativo.

Non è un caso, del resto, che, in un saggio recente, un giurista (G. Rossi), grande conoscitore dell'economia e del mercato, abbia richiamato l'attenzione sul fatto che il mercato e la globalizzazione possono pienamente affermarsi, a patto che l'uno e l'altra siano assoggettati non solo – e non tanto – alle regole dell'etica o dell'economia, bensì a quelle del diritto. Il giudice di queste regole è il giudice amministrativo, definito il "giudice naturale dell'interesse pubblico nell'economia".

Il Tribunale di tutto questo è il TAR del Lazio.

7. Ma perché il TAR del Lazio?

Il d.d.l., già richiamato, sulla disciplina delle Autorità indipendenti, prevede, all'art. 19, 1° comma, la competenza di primo grado, in via esclusiva, anche per l'emanazione di misure cautelari, del TAR del Lazio con sede in Roma[9].

[9] Il disegno di legge in materia di efficienza delle amministrazioni pubbliche e di riduzione degli oneri burocratici per i cittadini e per le imprese (noto come d.d.l. Nicolais), in discussione in Parlamen-

Vanno segnalati almeno due profili che fanno emergere, allo stato, l'esigenza di un "giudice naturale" unico, in primo grado, per l'intero territorio nazionale: quello giuridico, relativo all'attività di amministrazione generale e di normazione, e quello economico, relativo alle esigenze del mercato.

Il TAR del Lazio è, sin dalla legge istitutiva del 1971, competente su tutti gli atti che producono i loro effetti sull'intero territorio nazionale.

È, quindi, il giudice naturale dell'attività cd. "di regolazione" su tutto il territorio nazionale attraverso provvedimenti ad efficacia generale.

Rientrano in questa tipologia svariati atti a natura amministrativa (i cd. atti a efficacia generale) ma anche, per definizione, tutti gli atti a natura normativa.

Questo tradizionale (e ormai ultratrentennale) criterio – squisitamente "giuridico", se non "formale" – di attribuzione di competenze si è arricchito di profili nuovi negli ultimi anni, significativi dell'evoluzione del sistema, specie nel settore delle Autorità indipendenti. Ad esse, infatti, è ormai riconosciuto un potere normativo autonomo[10], superando la tradizionale impostazione negativa secondo la quale l'attribuzione di poteri normativi risulta configurabile solo a fronte di soggetti dotati di rappresentatività (Parlamento, Governo, Consigli regionali e comunali, *etc*.).

Va infatti rilevato che – ferma la necessità delle regole giuridiche, cui ho in precedenza accennato – la legge "arretra" dal mercato, affidando alle Autorità, in primo luogo, una competenza regolatoria, la quale ha per scopo la stabilità, la protezione di alcuni diritti e il "livellamento dei campi di gioco" in settori nei quali si registrava, fino a pochi anni or sono, il dominio di monopolisti ed ex-monopolisti. Il mercato non rimane, quindi, senza regole, ma la legge lascia posto a norme secondarie "speciali", spesso dettate dalle Autorità di regolazione, in un sistema di fonti del diritto in cui il principio "di competenza" prende il posto, sempre più spesso, di quello "di gerarchia".

Ma allora, in primo grado, il giudice naturale di queste regole non può che essere il TAR del Lazio.

Oltre alle descritte ragioni giuridico-formali, militano per questo ruolo del TAR del Lazio anche ragioni diverse, più "sostanziali", forse per i giudici meno familiari ma certamente più sentite dal "mondo reale", dai cittadini, dalle imprese, dagli operatori economici e sociali, dal mercato.

Con la proposta concentrazione di competenze si conferma e si completa il ruolo del TAR del Lazio quale "giudice del mercato" – come è stato chiamato –, avente una visione d'insieme su tutti i provvedimenti che riguardano la gestione dell'economia nazionale e le discipline di regolazione e di liberalizzazione.

È stato detto che il diritto pubblico dell'economia e il mercato "hanno bisogno di un unico foro".

Da un lato, si rileva che con sempre maggiore frequenza i soggetti che a vario titolo partecipano al procedimento regolatorio (*Authorities* e Governo) utilizzano lo stesso strumentario logico-giuridico (come i concetti di "mercato rilevante" e di "potere di mercato"), per cui appare necessario concentrare dinanzi allo stesso giudice le controversie relative alla legittimità di tutti gli atti i regolazione emanati da questi soggetti (organi politici o autorità

---

to, già prevedeva, di trasferire al TAR del Lazio le controversie sui provvedimenti dell'Autorità per l'Energia Elettrica ed il Gas, ora di competenza del TAR della Lombardia.

[10] Cfr. parere della Sezione consultiva per gli atti normativi del Consiglio di Stato n. 11603/04 del 14 febbraio 2005, sul codice delle assicurazioni.

indipendenti), "per assicurare una maggiore omogeneità nelle modalità di sindacato giurisdizionale".

D'altro lato, sia le imprese che i regolatori hanno bisogno di un unico punto di riferimento sin dal primo grado di giudizio, al fine di garantire la certezza del diritto nei tempi brevi imposti dal mercato. Poiché la regolazione incide sui fattori che determinano la convenienza economica degli investimenti e più in generale delle scelte d'impresa, avere un unico giudice significa: per le imprese, poter contare su precedenti giurisprudenziali coerenti, sulla base dei quali modellare la propria condotta economica; per i regolatori, uniformare i propri interventi a indirizzi interpretativi univoci.

8. In un recente passato, era stata avanzata l'idea (formalizzata nello schema di d.d.l. Mazzella) di prevedere un giudizio in unico grado dinanzi al Consiglio di Stato (in collegio integrato, come ho rilevato prima).

La proposta, motivata con ragioni di rapidità dei giudizi, non ha avuto seguito. E, a mio avviso, giustamente.

In disparte il vincolo derivante dall'art. 125 Cost., non sembra comunque opportuno privare le parti di una *revisio prioris istantiae* quale l'appello avverso la decisione di prime cure. Il giudice di primo grado gode sicuramente di maggiore libertà nell'individuazione di soluzioni originali e la sua "audacia", temperata dalla cautela nell'evitare pericolose fughe in avanti, è elemento costitutivo dell'incessante progresso della giurisprudenza.

Nondimeno, non si verifica nel nostro sistema la situazione per cui a un primo giudice tendenzialmente "progressista" si giustappone un giudice di ultima istanza "conservatore", essendo ciò smentito proprio dalla circostanza che il Consiglio di Stato, sulla base della sua lunga e prestigiosa tradizione, ha spesso compiuto passi decisivi verso un ampliamento delle ordinarie forme di tutela giurisdizionale.

Ora, è un dato acquisito in Italia che al giudice di appello perviene un numero assai esiguo di controversie (relativamente al T.a.r. del Lazio, cui è giunto nel corso dell'anno 2006 circa il 22% di tutte le cause proposte innanzi a giudici amministrativi italiani, è stato appellato circa il 10% delle sentenze) e che molte delle decisioni di prime cure sono confermate (a livello nazionale, nel 2005 il valore percentuale degli appelli è stato del 10,42%; di questa percentuale soltanto il 42% è stato accolto; le sentenze di primo grado che diventano definitive, o perché non appellate o perché confermate, sono state pertanto il 95,15% del totale).

Né può sostenersi che la previsione del doppio grado vada a scapito della "prontezza" della giustizia, che costituisce elemento essenziale della "certezza" del diritto.

A questo riguardo posso affermare che le richieste di tutela cautelare provvisoria vengono decise *ad horas* e che le istanze cautelari ordinarie sono decise praticamente in tempo reale (nella prima camera di consiglio successiva al deposito del ricorso), mentre per i provvedimenti delle Autorità la legge n. 205 del 2000 ha provvidamente istituito una "corsia preferenziale" (art. 23 *bis*), che consente la decisione delle controversie in tempi brevissimi rispetto alla loro instaurazione, tempi che non trovano riscontro neppure nei sistemi processuali di altri Paesi, notoriamente più snelli del nostro.

9. Vorrei accennare ora ad alcuni problemi particolari che emergono nel contenzioso in esame.

Le Autorità indipendenti non agiscono solo attraverso provvedimenti individuali (aventi, come tali, destinatari determinati), ma – come si è già rilevato – sono intestatarie di un potere

regolamentare (emblematico il caso della Banca d'Italia, che con le Istruzioni di vigilanza introduce, a livello di normativa secondaria, una serie di regole non sempre chiaramente riconducibili a fonti primarie). Spesso le norme prodotte dalle Autorità derogano (ancorché in forza di espressa autorizzazione di legge) a disposizioni di rango primario (come accade, tanto per fare un esempio, nell'ipotesi di fissazione dell'entità del capitale sociale minimo delle banche).

Sembra che questa cospicua delegificazione abbia posto il giudice "comune" in posizione non dissimile da quella della Corte costituzionale, atteso che gli atti regolamentari possono essere impugnati (in via diretta o anche con la tecnica dell'atto presupposto) innanzi al giudice amministrativo, spesso chiamato a decidere questioni sulla base di ragionamenti che normalmente appartengono al patrimonio del giudice delle leggi (si pensi ai profili di disparità di trattamento o alla ragionevolezza).

Quanto alla sostanza, è evidente che l'intervento su atti regolamentari (o generali) assume grande rilievo, al punto che il legislatore più avveduto ha addirittura ritenuto di disporre per legge la pubblicazione delle sentenze del giudice amministrativo (vedi, in materia di sanzioni alle imprese assicurative, l'art. 326, 8° comma, del codice delle assicurazioni, che prevede la pubblicazione delle decisioni nel Bollettino dell'ISVAP[11]).

10. Altro aspetto molto rilevante è quello delle nomine dei componenti delle Autorità indipendenti, sul quale si può solo ricordare che il TAR del Lazio ha di recente esaminato una controversia concernente la nomina di due membri dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato (pervenendo a una declaratoria di inammissibilità in relazione alla carenza di posizione legittimante del ricorrente[12]).

Il recente d.d.l. governativo di riforma delle Autorità contiene, all'art. 16, una serie di disposizioni in materia di composizione del Collegio, che prevedono il procedimento per le nomine, contemplando obblighi di trasparenza e di motivazione, particolari requisiti, casi di incompatibilità, *etc*.

In tal modo si apre la strada verso un sia pur limitato controllo giurisdizionale, almeno per le ipotesi più evidenti di cattivo uso del potere di nomina.

La prevista procedura paraconcorsuale (art. 16, 3° comma) consente poi di risolvere il problema della legittimazione, ossia dei soggetti che hanno titolo a far valere gli eventuali vizi della nomina ed ugualmente deve ritenersi superata la questione della impugnabilità degli atti di nomina (in precedenza dubbia, alla luce della natura costituzionale dei soggetti che le effettuavano: Presidenti delle Camere), e ciò in considerazione della prevista nomina governativa (art. 16, 2° comma).

11. Problema di non scarso momento è quello del regime giuridico del personale delle *authorities*.

All'inizio si evidenziavano i profili organizzativi delle Autorità, chiarendosi come una reale "indipendenza" derivasse, tra l'altro, anche dall'*idem sentire* dei loro funzionari.

Anche questo punto merita attenzione, occorrendo anzitutto chiarire una volta per tutte se il personale sia rimasto nel regime pubblico previsto dall'art. 3 d. lgs. n. 165 del 2001[13].

---

11 V. ora l'art. 18 del d.d.l. sulle Autorità indipendenti, contenente disposizioni in materia di procedimento per l'emanazione dei regolamenti e degli atti a contenuto generale adottati dalle Autorità.

12 TAR Lazio, Sez. I, 6 dicembre 2005, n. 13160.

13 L'art. 19, 2° comma, del d.d.l. governativo di riforma prevede espressamente la giurisdizione amministrativa per le controversie di impiego dei dipendenti delle Autorità.

12. Vorrei considerare, da ultimo, un delicato problema: quello della ricerca del necessario equilibrio nel sindacato giurisdizionale sugli atti delle Autorità indipendenti.

Se, come si è detto, vi sono svariate ragioni che inducono a giustificare il peculiare ruolo del T.A.R. del Lazio nel sindacato sulle Autorità indipendenti, va anche detto che tale sindacato è esso stesso peculiare.

In questa materia, l'aspetto forse più delicato per il giudice è quello di trovare un equilibrio tra due rischi opposti: esercitare quello che talvolta è stato, forse non del tutto felicemente, definito un "sindacato debole" e consentire – come è stato detto di recente – "fughe in avanti ad alcune autorità animate talvolta da un eccesso di 'ardore regolatorio'", ovvero esercitare un controllo che sconfina nel merito delle decisioni assunte dalle Autorità, rendendo di fatto inutile l'istituzione di apparati di regolazione ad elevata complessità e profonda competenza tecnica.

Comunque, prima di affrontare il tema della portata e dei limiti del sindacato del giudice amministrativo vorrei rilevare che l'assimilazione delle Autorità alla pubblica amministrazione, ai fini della impugnabilità degli atti, non ha impedito al giudice amministrativo di delineare un *corpus* organico di princìpi, processuali e sostanziali, spesso mutuati direttamente dalla normativa comunitaria, specifici alle Autorità.

Ciò è avvenuto per le ipotesi in cui il giudice è stato chiamato ad esaminare la correttezza dei procedimenti osservati dalle Autorità indipendenti: ad esempio, sulla corrispondenza tra contestazione e decisione finale; sulla trasparenza e l'accesso agli atti, con particolare riguardo alle esigenze di riservatezza dei terzi; sul princìpio del contraddittorio ("parità delle armi") nella fase istruttoria; sulla completezza della provvista probatoria; sulla separazione della funzione istruttoria e di quella decidente; sul progressivo ampliamento dei titoli legittimanti l'accesso alla giustizia amministrativa, secondo una tendenza che trova la sua fonte principale negli orientamenti affermatisi nella giurisprudenza comunitaria (si assiste infatti ad un processo di estensione della legittimazione ad agire, come è avvenuto nel caso di un'impresa concorrente avverso un provvedimento di autorizzazione in deroga rilasciata dalla Autorità antitrust[14] o, ancor più significativamente, nel caso di associazioni di consumatori che contestano in giudizio il provvedimento con il quale l'Autorità ritiene non ingannevole un determinato messaggio pubblicitario)[15].

Quanto, invece, ai limiti del sindacato, esso deve essere un sindacato "equilibrato", ancor più che in altri settori. Si pone infatti il problema di ricercare la giusta misura nel percorrere, con un esame sempre più incisivo, territori prima mai esplorati dai giudici del pubblico potere. La recente evoluzione degli orientamenti in materia di sindacato della c.d. discrezionalità tecnica consente di affermare che il giudice può conoscere dei fatti in modo pieno, sì da verificare – avvalendosi, se del caso, del conforto della consulenza tecnica – la logicità, la congruità, la ragionevolezza e l'adeguatezza del provvedimento e della sua motivazione, la regolarità del procedimento e la completezza dell'istruttoria, pur rimanendo nel solco della nostra tradizione giuspubblicistica, posto che la distinzione tra "cognizione piena del fatto" e "potere di determinazione in ordine al fatto" giammai consente all'organo giurisdizionale di esprimere proprie autonome scelte, perché in tal caso assumerebbe egli la titolarità del potere (è da sottolineare, in questa ottica, la centralità di una valutazione caso per caso, sulla base degli elementi probatori di cui dispone il giudice amministrativo, tipici

14 Cons. St., Sez. VI, 14 giugno 2004, n. 3865.

15 Cons. St., Sez. VI, 3 febbraio 2005, n. 280.

di un processo documentale, per quanto evoluto, e certo non paragonabili a quelli di cui possono disporre altri giudici, come quello penale)[16].

In sintesi, quando la determinazione amministrativa dipenda dall'applicazione di scienze c.d. esatte, il giudice può procedere all'accertamento diretto dei fatti e dunque risolvere la controversia; ma laddove i provvedimenti amministrativi sortiscano da valutazioni rientranti nel novero delle scienze c.d. inesatte (per le quali vi sia un tasso più o meno alto di opinabilità, come ragioneria, contabilità, economia aziendale, *etc*.), il giudice può sindacare soltanto la razionalità e la coerenza delle valutazioni tecniche[17].

Così argomentando, perde rilevanza lo stabilire se il controllo vada qualificato come "forte" o "debole", bensì emerge l'importanza dell'esercizio di un sindacato tendente ad un modello comune a livello comunitario, in cui il principio di effettività della tutela giurisdizionale sia coniugato con la specificità di controversie, in cui è attribuito al giudice il compito non di esercitare un potere in materia, ma di verificare – senza alcuna limitazione – se il potere a tal fine attribuito all'Autorità sia stato o meno correttamente esercitato[18].

Del resto, l'estraneità delle Autorità dal circuito dell'indirizzo politico rende certamente necessario che il sindacato del giudice sia pieno, senza però che gli sia consentito di sostituirsi alle Autorità stesse nell'esercizio dei poteri ad esse spettanti.

In definitiva, occorre che il giudice abbia coraggio di non abdicare mai al sindacato ma anche la saggezza di sapersi fermare al momento giusto, evitando qualsiasi commistione tra il proprio ruolo e quello dell'autorità di regolazione.

Questi rilievi offrono lo spunto per qualche considerazione di ordine più generale.

Sotto l'aspetto giuridico, è molto spesso impalpabile la linea di discriminazione tra diritto e tecnica, per cui i rapporti tra valutazione dell'interesse pubblico e valutazione tecnica sono sovente inscindibili: la conseguenza è che le relative questioni, che si pongono in sede giurisdizionale, non possono essere sempre risolte demandandole ad un consulente tecnico. Da un punto di vista politico il discorso investe i fondamenti dello Stato liberale ed il ruolo che lo Stato di diritto assegna al giudice nei confronti delle altre autorità pubbliche.

Il relativo dibattito è condotto – e lo è stato soprattutto negli anni 90 – con riguardo al giudice ordinario e, in particolare, per la giurisdizione penale, ma vale anche per il giudice amministrativo, al quale spetta di combinare la tutela della pretesa del ricorrente con la considerazione dei diritti e delle libertà altrui, di cui l'amministrazione si fa garante.

Io nutro molti dubbi sulla bontà del fenomeno di progressiva giurisdizionalizzazione degli ordinamenti costituzionali (che tocca la nostra come altre democrazie occidentali), che comporta la tendenza allo spostamento dei luoghi decisionali verso gli organi della giurisdizione, al di fuori della sequenza classica del liberalismo: corpo elettorale – parlamento – governo.

Mi sembra cioè che sia da respingere ogni forma di supplenza degli organi giurisdizionali rispetto ad aree non di loro competenza: non è casuale che lo Stato giurisdizionale sia stato considerato come quello nel quale il potere autoritario sta in capo al giudice, che ha l'ultima parola quando decide la controversia giuridica sostituendosi al legislatore che produce le norme ed all'amministrazione che deve attuarle[19].

---

16 TAR Lazio, Sez. I, 9 agosto 2005, n. 6157.

17 Cons. St., Sez. VI, 23 aprile 2002, n. 2199; 1° ottobre 2002, n. 5156.

18 Cons. St., Sez. VI, 2 marzo 2004, n. 926.

19 Su questi aspetti non posso che rinviare al volume, di estremo interesse, di F. Cintioli, *Giudice amministrativo, tecnica e mercato (poteri tecnici e "giurisdizionalizzazione")*, Milano, 2005.

In conclusione, io credo che il giudice amministrativo, quale giudice della "nuova economia" – nel tutelare i cittadini e le imprese dal non corretto esercizio di strumenti "forti", capaci di penetrare la sfera di liberà dei privati; nel garantire parimenti, laddove i ricorsi dei privati siano privi di fondamento, la rapida e sicura prosecuzione del perseguimento dell'interesse pubblico attraverso l'esercizio del potere; nell'assicurare al cittadino una tutela crescente e sempre più raffinata nei confronti della pubblica amministrazione, tenuta ad agire, prima, nei parametri della legittimità, della imparzialità e del buon andamento e poi anche della efficienza, della efficacia e della economicità – il giudice amministrativo, nel fare ciò, ha realizzato un fine di coesione sociale che costituisce una tra le componenti più significative del consolidamento della democrazia e della creazione di un rapporto di fiducia tra cittadini ed amministrazione.

Enzo Moavero Milanesi

Il contesto comunitario

1. Credo sia utile ricordare, a titolo di introduzione, che una tutela della libera concorrenza viene prevista sin dalle origini quale uno dei principi fondamentali del sistema dispositivo dei trattati che sono alla base del processo di integrazione europea.

La sua attuazione è disciplinata da esplicite regole. L'insieme di queste regole integra una vera e propria *politica comunitaria* che, nell'assicurare la protezione della concorrenza, accompagna e completa le altre politiche, volte alla creazione di un *mercato comune*. Il *mercato unico* è così delineato come uno spazio senza frontiere e senza barriere, di qualsiasi tipo, fra gli Stati membri dell'Unione europea, nell'ambito del quale gli operatori economici, a tutti i livelli, possano e debbano liberamente competere fra loro.

Già nel Trattato istitutivo della CECA troviamo gli articoli 65 e 66 che riguardano il divieto di accordi restrittivi e di atti determinanti un abuso di posizione dominante, nonché un meccanismo di controllo delle concentrazioni fra imprese. Vi sono anche norme sugli aiuti statali e, più in generale, disposizioni che consentono all'*Alta Autorità* – come fu chiamato l'organo esecutivo CECA – di operare incisivi interventi sul mercato (per esempio, durante la crisi della siderurgia negli anni '80). Con un certo grado di semplificazione, si può dire che il sistema della CECA inquadrava un primo importante apparato a tutela della concorrenza a livello europeo, seppure in un contesto orientato anche a favore di azioni comuni di politica industriale.

Il Trattato CEE conferma in gran parte la normativa vigente nella CECA, ma con alcune importanti differenze. Il sistema generale appare più genuinamente liberista: nel testo del 1957, gli strumenti di politica industriale sono pochi e indiretti; solo con il trattato di Maastricht, più di trent'anni dopo, compare un articolo relativo all'*industria*. Inoltre, il *titolo* del Trattato esplicitamente dedicato alla *politica di concorrenza* è diviso in due parti: la prima diretta alle imprese, con le norme *antitrust* (art. 81 TCE, divieto di accordi restrittivi e art. 82 TCE, divieto degli abusi di posizione dominante); la seconda diretta agli Stati con il divieto di aiuti pubblici alle imprese (articoli 87-89 TCE) e una norma sulle imprese pubbliche e sui servizi pubblici (art. 86 TCE). Infine, non si parla più delle concentrazioni fra imprese; una disciplina specifica di controllo sarà introdotta unicamente nel 1989, con un regolamento del Consiglio.

A questi precetti sostanziali si affiancano, nel testo del Trattato, disposizioni base in materia procedurale, poi sviluppate e meglio strutturate attraverso appositi regolamenti del Consiglio. Questi disciplinano la fase dell'esame amministrativo delle situazioni concrete che, in sede comunitaria, si svolge avanti alla Commissione e può concludersi con decisioni vincolanti. È anche prevista una competenza ad applicare le regole europee in capo alle autorità nazionali competenti in materia di concorrenza e alle giurisdizioni nazionali.

Vorrei sottolineare come il descritto assetto normativo sia rimasto sostanzialmente invariato per cinquant'anni, attraverso le molteplici modifiche del Trattato. Lo stesso trattato costituzionale, per il quale è in corso il processo di ratifica, rafforza significativamente l'accento sull'importanza della libertà di concorrenza e della sua tutela. Elemento quest'ultimo che dimostra la grande attualità dell'obiettivo e della *ratio* della disciplina per l'Unione europea.

2. Il Trattato designa la Commissione quale organismo comunitario demandato a mettere in opera la politica di concorrenza e ad assicurare l'applicazione delle sue regole. Ci si può chiedere in che misura la Commissione possa essere assimilata a un'"autorità indipendente", nel significato che si tende generalmente ad attribuire a questa nozione nell'ordinamento italiano. In particolare, i motivi dell'interrogativo possono discendere da due principali ordini di considerazioni.

La prima: la Commissione, quale "esecutivo" dell'Unione europea è incaricata di portare avanti tutte le politiche comunitarie. Quindi, anche quelle che configurano, a volte, azioni potenzialmente in frizione con una concezione, direi, purista della tutela della concorrenza. Per esempio, politiche di incentivo alle imprese, politiche industriali settoriali, politiche ambientali. Non è, dunque, meramente speculativo domandarsi se possa manifestarsi, magari in maniera latente, il rischio di un conflitto di interessi.

La seconda: la Commissione, in materia di tutela della libera concorrenza, dispone di poteri istruttori, decisionali e sanzionatori, nonché del potere di emanare atti normativi (regolamenti e direttive). Un siffatto cumulo di nodali e incisive funzioni, a parere di alcuni, sarebbe eccessivo ovvero tale da ledere diritti dei destinatari delle regole del Trattato.

Sulla base di una definizione corrente, le cosiddette "autorità indipendenti" sono organismi dello Stato che operano con uno *status* di indipendenza rispetto al Governo in campi la cui regolamentazione rende opportuna la figura di un soggetto assolutamente imparziale con riguardo agli interessi pubblici e privati in gioco. Di solito, sono loro attribuiti poteri regolamentari, di sorveglianza e sanzionatori.

In Italia, com'è noto, la normativa vigente considera "autorità indipendenti": l' Autorità garante della concorrenza e del mercato *(antitrust)*; la Commissione nazionale per le società e la borsa (CONSOB); l'Autorità per le garanzie nelle telecomunicazioni; l'Autorità per l'energia elettrica ed il gas. A queste, i più aggiungono: l'Istituto per la vigilanza sulle assicurazioni private (ISVAP); il Garante per la protezione dei dati personali e anche la Banca d'Italia. La loro indipendenza varia a seconda delle rispettive leggi istitutive. Una particolare attenzione per questo aspetto ha, non a caso, accompagnato la creazione dell'Autorità garante della concorrenza; a parte l'ovvio controllo giurisdizionale sulle sue pronunce, l'unica norma che in qualche modo consente a soggetti terzi, e segnatamente al Governo, di influire è l'art. 25 della legge istitutiva (legge del 10 ottobre 1990 n. 287)[20].

[20] Art. 25, Legge 10 ottobre 1990, n. 287.
Poteri del Governo in materia di operazioni di concentrazione

Con riferimento agli organismi ai quali, in alcuni dei principali Paesi europei, è conferito lo specifico compito di tutela *antitrust*, gli elementi che mi sembrano più utili al fine di vagliare l'indipendenza delle diverse autorità di vigilanza, riguardano essenzialmente il loro rapporto con il Governo. In particolare, il potere di nomina dei membri e la loro inamovibilità, nonché il potere di indirizzo relativamente all'azione dell'autorità ovvero di intervento sulle sue decisioni. Naturalmente, in tutti gli ordinamenti è previsto un controllo in sede giurisdizionale degli atti e delle delibere delle autorità indipendenti.

In Germania, la tutela della libera concorrenza è affidata al *Bundeskartellamt*, composto da funzionari di carriera, che gode di ampia autonomia decisionale, sia nella scelta dei casi su cui investigare, sia per l'applicazione delle norme rilevanti. Il Governo non è autorizzato a interferire con il suo operato. Tuttavia, è ammessa–sebbene poco utilizzata–la possibilità di dare istruzioni di carattere generale; é molto controverso se le istruzioni possano riguardare casi individuali. Invece, una facoltà governativa specifica è prevista rispetto al controllo delle concentrazioni: il Ministro dell'economia può autorizzare, per motivi di interesse nazionale, un'operazione precedentemente non ammessa dal *Bundeskartellamt*. Quando si avvale di tale potere, il Ministro è assistito dalla *Monopolkommission*; si tratta di un organismo distinto, formato da esperti di nomina del Governo, che operano sotto l'autorità del Presidente della Repubblica, con funzioni di sorveglianza e di studio, ma privo di poteri decisionali. Va notato, che esistono anche autorità *antitrust* nei *Länder*, che sono dipendenti dai rispettivi governi locali.

Nel Regno Unito, l'autorità a tutela della concorrenza, competente per tutte le fattispecie, salvo le concentrazioni, è l'*Office of Fair Trading.* A seguito della riforma del 2002, è un "*Non Ministerial Government Department*": ha, dunque, uno *status* di indipendenza, anche se i suoi cinque membri sono nominati dal Ministro (*DTI*) e se quest'ultimo può intervenire su casi concreti qualora sia in gioco il "*public interest*"; tuttavia è dal 1998 che ciò non è più accaduto. Il controllo delle operazioni di concentrazione fra imprese è affidato alla *Competition Commission*, nominata dal Ministro *DTI*, istituita con la riforma del 2002, quale "*Non Ministerial Government Department*"; mentre, in precedenza, soltanto il Ministro *DTI* poteva esercitare poteri decisionali in materia. Il Ministro ha la facoltà di intervenire unicamente per motivi di "*public interest*" ovvero se l'operazione riguarda il settore dei media; può anche proporre al Parlamento di estendere queste sue competenze. Quando decide di intervenire, il Ministro ha l'ultima parola.

---

1. Il Consiglio dei Ministri, su proposta del Ministro dell'industria, del commercio e dell'artigianato, determina in linea generale e preventiva i criteri sulla base dei quali l'Autorità può eccezionalmente autorizzare, per rilevanti interessi generali dell'economia nazionale nell'ambito dell'integrazione europea, operazioni di concentrazione vietate ai sensi dell'articolo 6, sempreché esse non comportino la eliminazione della concorrenza dal mercato o restrizioni alla concorrenza non strettamente giustificate dagli interessi generali predetti. In tali casi l'Autorità prescrive comunque le misure necessarie per il ristabilimento di condizioni di piena concorrenza entro un termine prefissato.
2. Nel caso delle operazioni di cui all'articolo 16 alle quali partecipano enti o imprese di Stati che non tutelano l'indipendenza degli enti o delle imprese con norme di effetto equivalente a quello dei precedenti titoli o applicano disposizioni discriminatorie o impongono clausole aventi effetti analoghi nei confronti di acquisizioni da parte di imprese o enti italiani, il Presidente del Consiglio dei Ministri, previa deliberazione del Consiglio dei Ministri, su proposta del Ministro dell'industria, del commercio e dell'artigianato, può, entro trenta giorni dalla comunicazione di cui all'articolo 16, comma 3, vietare l'operazione per ragioni essenziali di economia nazionale.

In Francia, opera il *Conseil National de la Concurrence*, i cui membri sono nominati dal Governo. È un'autorità amministrativa indipendente, con autonomi poteri decisionali e d'istruzione in materia *antitrust*. Non dispone però di poteri investigativi, che spettano a una direzione del Ministero dell'economia, la *Direction générale de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes.* Quest'ultima, essendo parte del Ministero, dipende totalmente dal Ministro, al quale spetta di decidere se aprire un'inchiesta. La direzione generale ha competenza anche per il controllo delle concentrazioni fra imprese; dal 1991, la notifica delle operazioni concentrative è obbligatoria, prima era meramente facoltativa; la decisione finale, dopo una procedura istruttoria completa, è subordinata al parere consultivo del *Conseil National de la Concurrence.*

Cercando di trarre una sintesi, alla luce delle diversificate situazioni riscontrabili in vari Paesi, non penso sia difficile constatare come il requisito dell'indipendenza sia inteso, quanto meno, in maniera dissimile o perfino considerato non indispensabile per le autorità pubbliche cui è demandata la tutela della libera concorrenza.

Ora, se torniamo a concentrarci sulla configurazione e sul ruolo della Commissione quali sono delineati dal Trattato, possiamo osservare che la nomina della Commissione (art. 214 TCE) coinvolge i Capi di Stato e di Governo dei Paesi membri, il Parlamento europeo e lo stesso presidente della Commissione. Questa pluralità di soggetti garantisce, in ampia misura, un'indipendenza dai governi nazionali, rafforzata dai precisi doveri in tal senso, fissati dall'art. 213 TCE per i suoi componenti e dal principio di collegialità di cui all'art. 217 TCE. I compiti e la missione della Commissione sono puntualmente individuati all'art. 211 TCE. I suoi atti, infine, sono sottoposti al controllo giurisdizionale della Corte di giustizia; dunque, in particolare, anche le decisioni adottate in applicazione delle regole a tutela della concorrenza.

Tuttavia, si potrebbe eccepire che, anche a cagione della natura collegiale dell'organismo, non è a priori evidente, né garantito che quando opera quale "autorità di concorrenza" sia sempre in grado di fare astrazione dal suo più ampio ruolo di "motore del sistema comunitario", responsabile di più politiche, anche di quelle potenzialmente confliggenti. La questione, peraltro, mi pare a ben vedere più di principio e un po' teorica. Nella realtà operativa, le situazioni di frizione sono pressoché inesistenti; i meccanismi amministrativi interni alla Commissione (quali il coinvolgimento di diversi dipartimenti e uffici, il parere obbligatorio del Servizio giuridico) e la consolidata tradizione in materia, costituiscono un fattore di garanzia. Ciò malgrado, l'argomento di una non completa obiettività viene di tanto in tanto sollevato, specie sotto il profilo della salvaguardia delle apparenze. Critica che, secondo i fautori, risulta rafforzata dal cumulo di poderosi poteri d'azione appannaggio della Commissione in materia di concorrenza. Va peraltro riconosciuto che la riforma delle procedure antitrust, varata nel 2003 su proposta della stessa Commissione, ha determinato una profonda condivisione di funzioni con le autorità nazionali e di conseguenza, un ridimensionamento del ruolo dell'organismo europeo.

Un ulteriore appunto attiene alla duplice competenza della Commissione, in materia antitrust e di aiuti statali alle imprese. A parere dei critici, benché si tratti di questioni collegate quanto alla ratio ultima, a esse si applicherebbero canoni analitici differenti, non sempre in armonia fra loro. Contro simili argomenti si può osservare che proprio questa completezza nella panoplia degli strumenti a disposizione consente alla Commissione, quale autorità a tutela della concorrenza, di operare ad ampio raggio e con piena possibilità di preservare il mercato da ogni tipo di possibile interferenza illegittima. Un'analoga linea di ragionamento può, del resto, condurre a considerare pienamente coerente anche la generale competenza

attribuita alla Commissione quale "guardiano" del rispetto della legalità comunitaria in altre materie, prima fra tutte la tutela del mercato interno europeo e delle sue "libertà fondamentali".

3. Qualche anno fa aveva assunto un rilievo significativo il dibattito circa l'istituzione di un organismo europeo *ad hoc* per la tutela *antitrust* della libera concorrenza. L'idea, che ha avuto illustri patrocinatori, era di accentuare l'autonomia e l'obiettività di una tale istanza sul modello appunto delle cosiddette autorità nazionali indipendenti. Non si pervenne all'individuazione di un modello univoco, ma le discussioni hanno permesso di evidenziare i motivi che inducevano ad auspicare una tale iniziativa e a delinearne le caratteristiche essenziali. Evidentemente, procedere in questa direzione avrebbe richiesto, e richiederebbe anche oggi, una tutt'altro che marginale modifica del Trattato. Dunque, la necessità di discuterla in occasione di una conferenza intergovernativa, passo che non è stato mai intrapreso. Inoltre, una siffatta modifica inciderebbe profondamente sull'attuale assetto istituzionale e presupporrebbe la scelta di un modello regolamentare diverso da quello comunitario tradizionale e attuale.

Le principali ipotesi, delineate all'epoca, possono sintetizzarsi nel modo seguente. Da una parte, l'applicazione delle regole comunitarie *antitrust* avrebbe dovuto essere conferita a un'autorità istituita *ad hoc* e indipendente dalla Commissione europea; a essa sarebbero stati attribuiti i poteri di istruttoria e decisionali oggi prerogativa della Commissione; le sue decisioni sarebbero rimaste soggette all'ordinario sistema di controllo giurisdizionale comunitario. Dall'altra, il ruolo della Commissione avrebbe dovuto essere limitato alla generale facoltà di proposta normativa in materia. Meno definite erano le opzioni circa le modalità di nomina dei componenti del nuovo organismo e relativamente all'istituzione europea che avrebbe avuto il compito di sovrintendere al suo operato (Consiglio, Parlamento o Commissione).

Un'ulteriore discussione si è sviluppata su un piano diverso, sebbene con motivazioni analoghe; vale a dire, a cagione della consueta obiezione che la Commissione non offrirebbe sufficienti garanzie di piena indipendenza. In questo ambito si è ipotizzato di circoscrivere il suo ruolo a quello di una sorta di pubblico ministero, privandola del potere di decisione finale nel merito. In buona sostanza, secondo tale linea di pensiero, anche nel campo della tutela della libera concorrenza, la Commissione dovrebbe avere le medesime prerogative istruttorie di cui gode, ai sensi del Trattato, in tutte le altre materie, quando agisce per assicurare il rispetto delle norme comunitarie. Verrebbe così soppresso quello specifico rafforzamento di poteri e funzioni che il Trattato ha espressamente previsto esclusivamente in tema di concorrenza. In questo schema, dunque, l'atto finale di un procedimento di fronte alla Commissione consisterebbe nell'inoltro di un ricorso in sede giurisdizionale comunitaria, alla quale sarebbe demandato il potere di decidere con sentenza nel merito.

A seguito di questo variegato dibattito, la risposta della Commissione è stata, nel 2003, la cosiddetta riforma di *modernizzazione*, che ha emendato le sino allora vigenti disposizioni di procedura. È stato così varato, per il tramite di un regolamento del Consiglio, un nuovo sistema per l'applicazione del diritto della concorrenza; un sistema fondato sull'effetto diretto negli ordinamenti degli Stati membri, attribuito *ex lege* anche al terzo paragrafo dell'art. 81 TCE. Questo ha posto fine alla competenza esclusiva della Commissione riguardo alle decisioni derogatorie di esenzione dal divieto di accordi restrittivi della concorrenza, consentendone quindi l'adozione anche alle autorità *antitrust* nazionali, sotto il controllo giurisdizionale delle loro rispettive istanze giudiziarie.

Ne è scaturita una sorta di rivoluzione copernicana, con un radicale decentramento di competenze amministrative. Ad ovviare agli inconvenienti operativi e alle potenzialmente perniciose divergenze, si è previsto che le autorità nazionali *antitrust* si tengano in sistemico contatto fra loro e con la Commissione, nel quadro di un apposito e strutturato sistema a "rete", detto *European Competition Network (ECN)*. Inoltre, la Commissione ha conservato intatta la sua tradizionale potestà in campo normativo, nonché una certa funzione di coordinamento.

Infine, va ricordato che viceversa nel campo del controllo delle concentrazioni fra imprese, la recente riforma della disciplina, varata nel 2004, ha confermato l'esclusiva competenza della Commissione a valutare e decidere la compatibilità comunitaria di tutte le operazioni che abbiano la cosiddetta "dimensione comunitaria", in funzione del fatturato delle imprese parti. Un principio che ha poche eccezioni, puntualmente individuate dal rilevante regolamento europeo.

4. Tutte le decisioni della Commissione sono suscettibili di ricorso in sede giurisdizionale comunitaria. Il Tribunale di primo grado è competente, ai sensi dell'art. 230 TCE, ad assicurare un controllo nel merito circa la legittimità degli atti della Commissione; è altresì competente in materia di responsabilità per il risarcimento dei danni ingiusti cagionati da tali atti.

La Corte di giustizia interviene a fronte di un'azione avverso alle pronunce del Tribunale. Il suo controllo riguarda motivi di diritto; quali, l'incompetenza, i vizi della procedura che cagionino un pregiudizio agli interessi delle parti ricorrenti, altre violazioni del diritto comunitario (art. 58 dello Statuto della Corte di giustizia).

Il Trattato di Nizza ha previsto la possibilità di istituire *camere giurisdizionali* specializzate per giudicare in prima istanza alcune materie specifiche. Sulla base di questa disposizione è stato costituito il *Tribunale per la funzione pubblica*, che ha competenza con riguardo alle vertenze attinenti ai funzionari delle istituzioni dell'Unione europea; l'appello contro le sue delibere va inoltrato al Tribunale di primo grado, che in tal caso–malgrado la sua denominazione–giudicherà in secondo grado.

Negli ambienti giuridici e imprenditoriali di alcuni Paesi europei, segnatamente in Gran Bretagna (dove è in corso di finalizzazione un'indagine conoscitiva presso la *House of Lords*), si è aperta un'animata discussione circa l'opportunità di creare una "camera" specializzata in riferimento a materie che rilevano della tutela della concorrenza.

Le opinioni in proposito sono alquanto divise. Sono in questione sia l'effettiva necessità dell'eventuale iniziativa e i suoi possibili giovamenti al sistema di controllo giurisdizionale comunitario, sia l'estensione delle competenze della nuova istanza. Sotto quest'ultimo profilo, c'è chi si esprime a favore di una generale giurisdizione sull'intera materia *antitrust* e chi, invece, considera che occorra limitarsi all'ambito del controllo delle concentrazioni fra imprese.

Con riguardo ai vantaggi che una siffatta iniziativa comporterebbe, i sostenitori sottolineano, soprattutto, i seguenti: un'accresciuta efficacia del controllo del giudice in ragione della sua maggiore specializzazione, derivante dalla natura più circoscritta della materia a lui sottoponibile; un auspicabile incremento della produttività, in termini di quantità di giudicati, dovuto alla omogeneità del contenzioso; una migliorata certezza circa la durata temporale dei giudizi; la possibilità di adattare il regolamento di procedura di una tale "camera" specializzata alle esigenze del contenzioso relativo, prevedendo accorgimenti (anche un regime linguistico diverso, fondato per esempio, su una sola lingua) che consentano di

ridurre la durata dei procedimenti; e sempre nella medesima ottica, anche la possibilità di ridurre il presente notevole carico di lavoro del Tribunale di primo grado, permettendogli altresì di ricorrere più spesso alle già previste forme di "procedura accelerata", oggi riservate nella prassi solo a cause di concorrenza e dunque non praticabili per cause di diverso oggetto.

In antitesi ai vantaggi evocati da coloro che si esprimono a favore della creazione di una tale "camera" specializzata, vengono avanzati vari argomenti. In primo luogo, si esprimono generali perplessità circa l'opportunità di isolare in una giurisdizione *ad hoc* una materia come la tutela della concorrenza che il Trattato disegna quale competenza eminentemente orizzontale, nient'affatto a se stante, ma strettamente collegata con le altre politiche comunitarie e a esse strumentale. Si paventa, inoltre, di perdere quel notevole patrimonio di conoscenze e di esperienza acquisito dal Tribunale di primo grado nel corso degli anni; non dimenticando, fra l'altro, che all'origine esso fu istituito proprio per occuparsi di cause di concorrenza. In proposito, vi è anche il timore di una frattura nella coerente continuità giurisprudenziale ovvero che, nei fatti, la quasi totalità delle sentenze della nuova "camera" approdino in appello al Tribunale per un riesame nel merito. Ancora, viene osservato che una "camera" di questo tipo potrebbe essere composta da giudici poco avvezzi al classico giudizio amministrativo di legittimità e piuttosto propensi a operare alla stregua di giudici ordinari; fatto questo che rappresenterebbe un cambiamento radicale rispetto alla prassi oggi nettamente prevalente al Tribunale. Del resto, non si manca di mettere in evidenza che non vi sono in Europa modelli in cui il contenzioso in materia *antitrust* sia devoluto a giurisdizioni speciali. Infine, si levano non poche voci contrarie all'introduzione di un'ulteriore grado di giudizio; in effetti, considerando un'ultima istanza di fronte alla Corte, ne sarebbero necessari tre per arrivare a un giudicato definitivo.

Nel complesso, comunque, il dibattito è aperto, sebbene non sembrino profilarsi all'orizzonte di breve e medio periodo iniziative legislative al riguardo. Tuttavia, non vi è dubbio che il tema sia molto importante e che le opzioni innovative trovino le loro radici anche in oggettive questioni. In particolare, quelle relative all'incremento della mole di lavoro per il Tribunale e al conseguente allungarsi dei tempi necessari per pervenire a una sentenza. È pertanto più che utile approfondire la riflessione.

A tal fine, sarà senz'altro interessante valutare i risultati concreti e l'impatto della recente creazione del Tribunale della funzione pubblica sull'attività del Tribunale di primo grado, specie quanto allo sgravio di quest'ultimo in termini di cause da trattare. Nel contempo, varrebbe anche la pena di pensare alle materie che, per la loro intrinseca omogeneità e la minore interconnessione con altre competenze e politiche comunitarie, siano più agevolmente conferibili a una giurisdizione specializzata; quali potrebbero essere, per esempio, la regolamentazione dei diritti della proprietà industriale e intellettuale o anche il già imponente contenzioso sui marchi. Infine, come da un certo tempo si sta facendo, è fondamentale che nell'ambito della Corte di giustizia e del Tribunale di primo grado si continuino a individuare le opportune riforme della metodologia di lavoro, atte a propiziare un più spedito svolgimento dei giudizi.

Recensioni

Giorgio Napolitano

Altiero Spinelli e l'Europa

Bologna, Il Mulino, 2007, pp. 1-94

Non può ritenersi solo formale l'omaggio che Giorgio Napolitano offre ad Altiero Spinelli, nel centenario della sua nascita, attraverso la pubblicazione di un avvincente volume che racchiude, dopo una introduzione, nove interventi scritti dal 1986 al 2006.

Giorgio Ruffolo, "compagno ed amico" di entrambi, nella sua bella prefazione parla non a caso di scritti "partigiani" e tali non potevano non essere quelli di chi a buona ragione può definirsi il più autorevole erede e continuatore dell'opera, sia politica che intellettuale, di Altiero Spinelli "l'uomo di una sola causa" ed il "maggior profeta dell'idea d'Europa", uno degli uomini che "fanno la storia" e non la subiscono.

Napolitano, nella sua alta veste istituzionale, celebra nel modo più degno Spinelli e non a caso la sua Presidenza si è immediatamente caratterizzata in senso fortemente "europeista", a partire dalla prima uscita pubblica a Ventotene: si tratta di un vero e proprio debito di riconoscenza non solo personale ma soprattutto politico verso una personalità cui viene riconosciuto il merito, fra l'altro, di aver contribuito in maniera significativa a portare il PCI nei solchi del processo di integrazione europea dal quale la sinistra italiana ed europea si erano erroneamente dissociate per troppo tempo.

L'autore, nel disegnare con felice sintesi processi e contraddizioni nel cammino italiano verso l'Europa, evidenzia il ruolo decisivo avuto da due uomini profondamente diversi come Spinelli e De Gasperi, il primo "profeta, animatore, combattente", il secondo "uomo di Stato" con gli strumenti della politica e della diplomazia; diversi certo, ma in grado di concepire e proporre l'art. 38 del futuro Trattato istitutivo della Comunità Europea di Difesa, mai entrato in vigore ma prima espressione di una vera e propria comunità politica. Ed un'altra sponda importante era trovata in un'altra personalità molto diversa come quella di Jean Monnet in riferimento al quale Spinelli rilevava la comune vocazione a tirare la carretta "come due somari cocciuti, lui nella speranza di ottenere dai governi una nuova iniziativa, io nella speranza di ottenere dal movimento un nuovo slancio".

Spinelli aveva infatti nella base del movimento federalista la sua forza senza avere nessuna organizzazione politica alle spalle. Dall'autore viene ricordato

opportunamente come Spinelli sottolineasse che, caduto il fascismo e partito da Ventotene, nessuna formazione politica lo attendeva né si preparava ad accoglierlo nelle sue fila: "egli non fu mai uomo di un solo partito, fu l'uomo di una sola causa". Quale diversa esperienza politica per chi, come Napolitano, ha invece svolto la sua battaglia europeista sempre all'interno di un partito contribuendo in maniera significativa a spostare "una grande forza come quella comunista sul terreno europeistico" sulla base del rifiuto di ogni dogmatismo e nella continua disponibilità al dialogo tra culture diverse. Spinelli seppe cogliere questa profonda evoluzione del partito dal quale si era drammaticamente staccato durante il fascismo, con ciò evidenziando "grande realismo politico". E d'altronde chi negli anni ha spesso accusato il nostro grande federalista di essere un utopista ed un sognatore, come se fosse una colpa, dimentica che egli, uomo "solo", rivestì importantissime funzioni istituzionali (Commissario e Parlamentare europeo) riuscendo a piegare le proprie idee, senza mai rinunciarvi, al realismo delle mediazioni. In tal senso è quindi solo l'essere "senza partito" che differenzia Spinelli da Napolitano, le cui più recenti e tenaci battaglie sulla necessità di recuperare lo spirito di "utopia" spinelliano sono a tutti note.

Certo, dalle pur brevi ma intense pagine del libro emerge con chiarezza come la "politica", nel senso più alto della parola, esiste ed è in grado di incarnarsi in persone capaci di capirne il senso ed indirizzarla verso il miglioramento della società; e capaci, come capitò frequentemente a Spinelli e come si coglie proprio negli ultimi interventi di Napolitano a fronte dell'insuccesso del c.d. Trattato costituzionale europeo, di reagire con forza ed intelligenza rispetto ad una mai assente deriva intergovernativa diretta a stravolgere il significato stesso dell'idea d'Europa. Ma la forza di quest'ultima è data, per Napolitano, dalla circostanza che l'Unione è qualcosa di assolutamente nuovo: "Bisogna capire che ci sono dei momenti in cui la storia crea qualcosa di nuovo, qualcosa che non si può ricondurre a nessun modello (e credo che sarà così anche nel futuro)". In questa chiave l'autore riesce a conciliare profili storici e stretta attualità a tutto vantaggio della gradevolezza della lettura.

Napolitano, il quale fu prescelto per la prima assegnazione ad Hannover del prestigioso premio europeo "Leibniz Ring", è sicuramente l'uomo politico italiano autorevolmente in possesso del testimone della lunga staffetta verso un'integrazione politica europea, oggi ancora più importante di ieri. Ma egli è ben consapevole che per raggiungere questo obiettivo è necessario che tale testimone venga raccolto dai cittadini europei il coinvolgimento dei quali nel "fare Europa" è ormai indispensabile, come egli stesso ripetutamente sottolinea in un precedente volumetto (*Europa politica. Il difficile approdo di un lungo percorso*, Donzelli Editore, Roma, 2003). In tal senso appare evidente l'invito per ciascuno di noi di farsi contagiare da quella stessa coraggiosa passione per l'Europa, passione per la pace e per i valori fondamentali ad essa connessi, che caratterizzò l'intera vita di Spinelli e che anima Napolitano.

Ennio Triggiani

Libri ricevuti

Luigi Daniele, *Diritto dell'Unione europea*, Milano, Giuffrè, 2007, II ed., pp. XX-365.

Giorgio Gaja, *Introduzione al diritto comunitario*, Roma-Bari, Laterza, 2007, nuova edizione riveduta ed aggiornata, pp. VI-196.

Bruno Nascimbene, *Comunità e Unione europea. Codice delle istituzioni*, Torino, Giappichelli, 2007, V ed., pp. XX-952.

Livia Salvini (a cura di), *Aiuti di Stato in materia fiscale*, Padova, CEDAM, 2007, pp. XX-586.

Isabel Trujillo, Francesco Viola (a cura di), *Identità, diritti, ragione pubblica in Europa*, Bologna, Il Mulino, 2007, pp. 434.

Elenco delle abbreviazioni

BVerfGe – Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts

Boll. CE – Bollettino dell'attività delle Comunità europee

Boll. UE – Bollettino dell'attività dell'Unione europea

Cah. CUREI – Cahiers du Centre Universitaire de Recherche Européenne et Internationale de l'Université Pierre Mendès-France de Grenoble

Cass. pen. – Cassazione penale

CDE – Cahiers de droit européen

CI – La Comunità internazionale

CML Rev. – Common Market Law Review

Columbia HRLR – Columbia Human Rights Law Review

Columbia JEL – The Columbia Journal of European Law

Com. St. – Comunicazioni e studi dell'Istituto di diritto internazionale della Università di Milano (già Comunicazioni e studi dell'Istituto di diritto internazionale e straniero della Università di Milano)

Cons. St. – Il Consiglio di Stato

Contr. imp. – Contratto e impresa

Corr. giur. – Il Corriere giuridico

DCSI – Diritto comunitario e degli scambi internazionali

Dir. giur. agr. amb. – Diritto e giurisprudenza agraria e dell'ambiente

Dir. lav. – Diritto del lavoro

Dir. pub. – Diritto pubblico

DPCE – Diritto pubblico comparato ed europeo

DUE – Il Diritto dell'Unione europea

EBLR – European Business Law Review

EdD – Enciclopedia del diritto

EDP – Europa e diritto privato

EG – Enciclopedia giuridica Treccani

EIoP – European Integration online Papers
EJML – European Journal of Migration and Law
ELJ – European Law Journal: Review of European Law in Context
ELR – European Law Review
EPIL – Encyclopedia of Public International Law
EPL – European Public Law
EuR – Europarecht
Fordham ILJ – Fordham International Law Journal
Foro it. – Il foro italiano
Giur. cost. – Giurisprudenza costituzionale
Giur. it. – Giurisprudenza italiana
Giust. amm. – Giustizia amministrativa
Giust. civ. – Giustizia civile
GUCE – Gazzetta ufficiale delle Comunità europee
GURI – Gazzetta ufficiale della Repubblica italiana
GUUE – Gazzetta ufficiale dell'Unione europea
Harvard ILJ – Harvard International Law Journal
Int. Sp. – The International Spectator
IJRL – International Journal of Refugee Law
IYIL – The Italian Yearbook of International Law
JCMS – Journal of Common Market Studies
JDI – Journal du droit international
JWT – Journal of World Trade
LIEI – Legal Issues of Economic Integration (già Legal Issues of European Integration)
N.mo DI – Novissimo digesto italiano
Nordic JIL – Nordic Journal of International Law
NYIL – Netherlands Yearbook of International Law
Pol. dir. – Politica del diritto
Q. cost. – Quaderni costituzionali
Q. reg. – Quaderni regionali
Raccolta – Raccolta della giurisprudenza della Corte di giustizia e del Tribunale di primo grado delle Comunità europee
RCADI – Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye
RDE – Rivista di diritto europeo
RDI – Rivista di diritto internazionale
RDIPP – Rivista di diritto internazionale privato e processuale

Rev. cr. DIP – Revue critique de droit international privé

Rev. trim. droit comm. – Revue trimestrielle de droit commercial et de droit economique

RIDPC – Rivista italiana di diritto pubblico comunitario

Riv. dir. agr. – Rivista di diritto agrario

Riv. dir. cost. – Rivista di diritto costituzionale

Riv. dir. sport. – Rivista di diritto sportivo

Riv. trim. dir. pubbl. – Rivista trimestrale di diritto pubblico

RMCUE – Revue du marché commun et de l'Union européenne

RTDE – Revue trimestrielle de droit européen

RTDH – Revue trimestrielle des droits de l'homme

St. I. – Studium Iuris

Texas ILJ – Texas International Law Journal

Urb. app. – Urbanistica e appalti

YEL – Yearbook of European Law

ZaöRV – Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht

Indice degli autori

Alessandro Pace
ordinario di Diritto costituzionale nell'Università degli studi "La Sapienza" di Roma

Antonio Jannarelli
ordinario di Diritto agrario nell'Università degli studi di Bari

Giovanni Cellamare
ordinario di Diritto internazionale nell'Università degli studi di Bari

Roberto Mastroianni
ordinario di Diritto dell'Unione europea nell'Università degli studi "Federico II" di Napoli

Marcello Di Filippo
associato di Diritto internazionale nell'Università degli studi di Pisa

Mariano Robles
ricercatore di Diritto privato nell'Università degli studi di Bari

Teresa Russo
ricercatore di Diritto internazionale nell'Università degli studi di Salerno

Gianpaolo Maria Ruotolo
ricercatore di Diritto internazionale nell'Università degli studi di Foggia

Giovanni Pastina
dottore di ricerca in Diritto internazionale e dell'Unione europea nell'Università degli studi di Bari

Angela Del Vecchio
ordinario di Diritto internazionale nella LUISS "Guido Carli" di Roma

Corrado Calabrò
presidente dell'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni

Lamberto Cardia
presidente della CONSOB

Antonio Catricalà
presidente dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato

Pasquale de Lise
presidente del TAR Lazio

Enzo Moavero Milanesi
giudice del Tribunale di primo grado delle Comunità europee

Indice del Volume II

ARTICOLI

Giandonato Caggiano
L'evoluzione dello Spazio di libertà, sicurezza e giustizia nella prospettiva di un'Unione basata sul diritto 335

Sergio M. Carbone
Obiettivi di diritto materiale e tendenze del diritto internazionale privato e processuale comunitario 285

Giovanni Cellamare
Osservazioni sugli accordi di riammissione tra la CE e alcuni Stati dell'area balcanica 497

Nicola Colaianni
L'influenza della "Costituzione europea" sul diritto (statale) di libertà di religione 315

Marcello Di Filippo
La fase ascendente del processo decisionale dell'Unione europea e il ruolo dei parlamenti nazionali 543

Carlo Focarelli
Il caso *Marković* dinanzi alla Corte europea dei diritti dell'uomo 43

Antonio Jannarelli
Pluralismo definitorio dell'attività e dell'impresa agricola tra diritto comunitario e diritto interno 469

Roberto Mastroianni
La libertà di prestazione dei servizi nella giurisprudenza comunitaria: i principi generali 523

Teresa Maria Moschetta
Sull'efficacia degli accordi internazionali nell'ordinamento giuridico comunitario: recenti sviluppi e prospettive evolutive 87

Alessandro Pace
La sentenza *Granital*, ventitrè anni dopo 451

Luca Paladini
The Contribution of the Security Policy to the Coherence of the European Union's External Action 111

Gianluigi Palombella
Il *rule of law*, la democrazia e il diritto internazionale.
A partire dall'esperienza degli Stati Uniti 255

Mariano Robles
Il contratto d'appalto nella disciplina italo-comunitaria 55

Mariano Robles
La responsabilità delle stazioni appaltanti per ritardato pagamento 571

Teresa Russo
Le norme "*anti-deficit*" democratico dell'Unione europea 599

Christian Tomuschat
I diritti sociali nella Convenzione europea dei diritti dell'uomo 231

Gian Luigi Tosato
Per un rilancio dell'Europa – Le ragioni della flessibilità 7

Ugo Villani
Osservazioni sulla tutela dei principi di libertà, democrazia,
rispetto dei diritti dell'uomo e stato di diritto nell'Unione europea 27

Martin Westlake
Managing Inter-institutional Conflict 305

NOTE E COMMENTI

Francesco Cherubini
La Corte di giustizia per la prima volta condanna un ex commissario,
ma la signora Cresson conserva la pensione 145

Roberto Cisotta
Principi giurisprudenziali e nuove iniziative della Commissione in materia
di *patient mobility* nell'Unione europea: un piccolo (o grande) terremoto
è in atto? 161

Laura Falcioni
La vendita dei medicinali su internet alla luce del caso C-322/01 183

Alessandro Lattarulo
Unione europea: un'identità plurale nella memoria 389

Giovanni Pastina
La "comunitarizzazione" del diritto delle obbligazioni alimentari
nella proposta di regolamento presentata dalla Commissione 663

Gianpaolo Maria Ruotolo
Gioco, diritto, diritto al gioco: libertà fondamentali dell'ordinamento comunitario e disciplina delle scommesse in Italia 633

Francesco Seatzu
La Carta dei diritti fondamentali: un nuovo parametro di legittimità degli atti comunitari? 377

CONVEGNI E DIBATTITI

La tutela della concorrenza tra poteri regolativi delle Autorità indipendenti e controlli giurisdizionali
(Università LUISS "Guido Carli", Roma, 19 gennaio 2007):

Angela Del Vecchio, Introduzione 689

Corrado Calabrò, Il ruolo dell'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni 691

Lamberto Cardia, Il ruolo della CONSOB 696

Antonio Catricalà, Il ruolo della Autorità garante della concorrenza e del mercato 704

Pasquale de Lise, Il ruolo del giudice amministrativo 706

Enzo Moavero Milanesi, Il contesto comunitario 719

RECENSIONI

A. Adinolfi, L. Daniele, B. Nascimbene, S. Amadeo (a cura di), *L'applicazione del diritto comunitario della concorrenza. Commentario al regolamento (CE) n. 1/2003 del Consiglio del 16 dicembre 2002*, Milano, Giuffrè, 2007 (G. Caggiano) 417

R. A. Brand (editor), *Private Law, Private International Law, and Judicial Cooperation in the EU-US Relationship*, Eagan (Minnesota), Thomson/West, 2005 (A. M. Romito) 203

A. Morselli, *Storia dell'Unione Monetaria Europea*, Bari, Cacucci, 2007 (F. Moliterni) 425

G. Napolitano, *Altiero Spinelli e l'Europa*, Bologna, Il Mulino, 2007 (E. Triggiani) 729

B. Nascimbene, M. Condinanzi (a cura di),
Giurisprudenza di diritto comunitario. Casi scelti,
Milano, Giuffrè, 2007 (U. Villani) 421

L. F. Pace, *Diritto europeo della concorrenza – divieti antitrust, controllo delle concentrazioni e procedimenti applicativi*,
Padova, CEDAM, 2007 (A. M. Romito) 423

N. Verola, *L'Europa legittima. Principi e processi di legittimazione nella costruzione europea*,
Firenze, Passigli, 2006 (A. Lioveri) 197

Libri ricevuti 209, 427, 731

Elenchi delle abbreviazioni 211, 429, 733

Indici degli autori 215, 431, 737

Il Consiglio Regionale della Puglia comunica

La Puglia è stata la prima Regione italiana — alcune invece ancora non lo hanno fatto — a dotarsi, dopo una lunga fase di confronto con le diverse articolazioni della società civile pugliese, del nuovo statuto regionale

Qual è la filosofia di fondo che ispira questa sorta di carta costituzionale regionale? La Regione Puglia valorizza la storia plurisecolare di cultura, religiosità e cristianità dei suoi cittadini, e intende dare forza e contenuti al ruolo di "ponte d'Europa" e di "regione di confine" verso l'Oriente e il Mediterraneo.

Terra di pace, accoglienza e solidarietà verso i più deboli, la Puglia riempie questa vocazione di contenuti e di politiche attive.

Sono questi gli assi centrali che denotano l'identità della nostra gente. Una terra che, da sempre, favorisce il dialogo tra i popoli, i confronti tra le culture e le religioni. Tutto l'opposto dei fondamentalismi che stanno insanguinando il nostro tempo.

L'altro valore fondamentale è quello dell'accoglienza. La Puglia storicamente ha aperto le proprie braccia agli immigrati e a tutti i "dannati della terra" che approdano sulle nostre coste in cerca di pace e di libertà. Accoglienza e solidarietà sono valori che vanno esaltati soprattutto in un'epoca in cui esplodono i particolarismi territoriali.

Uno statuto aperto, quindi, e non autoreferenziale, che intende definire e costruire una rete di relazioni con i Paesi del Mediterraneo. Questa aspirazione trova un altro terreno di confronto: la valorizzazione della società civile.

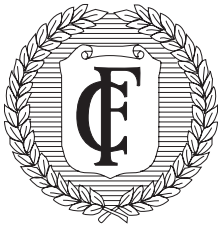
Per rafforzare la sintonia con la società, lo statuto pugliese prevede l'istituzione del Consiglio delle autonomie locali, la Conferenza regionale permanente per la programmazione economica, territoriale e sociale e il Consiglio statutario. A questi organismi si aggiungono quelli di garanzia, quali l'ufficio di difesa civica, il Consiglio generale dei pugliesi nel mondo, il comitato per l'informazione e la comunicazione.

Questo sistema articolato di rappresentanza non è finalizzato alla definizione di una sorta di "diritto di tribuna" o alla pratica del "mero ascolto". L'intendimento del legislatore regionale pugliese è, da un lato, di pervenire ad una più estesa rete di partecipazione democratica e, dall'altro, di costruire una collaborazione reale, nel rispetto dei ruoli, per definire politiche di sviluppo del territorio.

Una nuova "architettura", quindi, per definire istituzioni aperte nelle quali i cittadini siano finalmente protagonisti.

Pietro Pepe
Presidente del Consiglio Regionale della Puglia

L'Editore ringrazia la Presidenza del Consiglio Regionale per il contributo offerto alla realizzazione di questa rivista



CACUCCI EDITORE
BARI

Via Nicolai, 39 – 70122 Bari – Tel. 080/5214220
http://www.cacucci.it e-mail: info@cacucci.it

Lavoratore extracomunitario ed integrazione europea

AA.VV.

462 Pagine
prezzo: 42,00 €

Sommario:

Presentazione della collana. Autori del volume. Introduzione. Profili metodologici della ricerca, di L. Melica. Le migrazioni di ordine economico nel diritto internazionale e comunitario, di L. Garofalo. Le statut des travailleurs migrants extracommunautaires en droit franàçais, di A. Supiot. Die rolle der beschäftigung von ausländern aus drittstaaten in Deutschland, di K. J. Bieback. The role of third country nationals' work in european integration: community and comparative legal outlines. The case of the United Kingdom, di Jo Carby-Hall. Immigrazione e lavoro nell'esperienza giuridica italiana, di M. McBritton. El modelo de regulación jurídico-política de la inmigración en España, di J. L. Monereo Perez e J. Gorelli Hernandez. Distacco di lavoratori stranieri in Italia nell'ambito di una prestazione di servizi transnazionale: profili previdenziali, di A. Allamprese. Profili di diritto della sicurezza sociale dello straniero, di M. Arioti Branciforti, A. Di Stasi e L. Torsello. Il lavoro degli immigrati nella contrattazione collettiva e nella concertazione territoriale, di S. Leonardi. L'immigrazione nell'età dei diritti una proposta di riflessione in tema di eguaglianza e libertà, di A. Vimercati. Il «popolo» degli immigrati e il diritto al lavoro: una partitura incompiuta, di B. Veneziani. XV Legislatura n. 2976. Camera dei Deputati.

Elementi di diritto processuale civile Vol. III

BALENA Giampiero

366 Pagine
prezzo: 25,00 €

Sommario:

PARTE PRIMA - I PRINCIPALI PROCESSI SPECIALI A COGNIZIONE PIENA Le controversie di lavoro e previdenziali. Le controversie in materia di locazione o comodato di immobili e di affitto di aziende. Le controversie nella materia societaria e nelle altre ad essa assimilate. I processi di separazione personale e di divorzio. PARTE SECONDA - L'ESECUZIONE FORZATA I presupposti dell'esecuzione forzata. L'espropriazione forzata. L'esecuzione per consegna o rilascio. L'esecuzione degli obblighi di fare o non fare. Le opposizioni del debitore e dei terzi. La sospensione e la conclusione del processo esecutivo. PARTE TERZA - I PRINCIPALI PROCEDIMENTI SOMMARI Il procedimento per ingiunzione. Il procedimento per convalida di licenza o sfratto. I provvedimenti cautelari e il relativo processo. I procedimenti possessori. PARTE QUARTA - I PROCEDIMENTI CAMERALI Profili generali dei procedimenti in camera di consiglio. PARTE QUINTA - L'ARBITRATO L'arbitrato.

Le "libere" professioni: dal protezionismo corporativo alle liberalizzazioni

VENETO Gaetano

128 Pagine
prezzo: 15,00 €

Sommario:

Post-fazione: nuovi lavori e professioni intellettuali nel Terzo Millennio. Le professioni intellettuali tra legge e realtà sociale. Le professioni intellettuali in Italia e in Europa: libertà di esercizio, vincoli statali e ruolo dell'U.E. per una prospettiva di liberalizzazione. Prime norme di liberalizzazione. I "barbari" alle porte: professioni e libero mercato. La "provincia" (U.E.) assale l'"Impero" (Roma)? Appendice. Legislazione. Bibliografia generale.

Stampa: Ragusa Grafica Moderna – Bari

In copertina **Tiziano Vecellio** (Pieve di Cadore, verso il 1488/90–Venezia 1576)
Ratto d'Europa – Boston, Isabella Stewart Gardner Museum, olio su tela, cm 185 x 205 - firmato: TITIANVS F.

In una lettera da Venezia a Filippo II di Spagna, datata 19 giugno 1559, Tiziano afferma di avere condotto a compimento due "poesie" (cioè due dipinti di soggetto mitologico), raffiguranti rispettivamente *Diana e Atteone* e *Diana e Callisto* (oggi entrambe nella National Gallery of Scotland di Edimburgo), e di aver intenzione di concludere al più presto "l'altre due poesie già incominciate: l'una di Europa sopra il Tauro, l'altra di Atheone lacerato dai cani suoi". Del primo di questi dipinti, un *Ratto d'Europa* certamente identificabile con la tela di questo soggetto attualmente conservata a Boston, ma documentata all'inizio del Settecento nella collezione del conte di Grammont, poi in quella del duca d'Orléans e successivamente transitata nelle collezioni inglesi di lord Berwick e di lord Darnley, l'artista riparla in una lettera allo stesso Filippo II del 26 aprile 1562, nella quale dichiara di averla finalmente conclusa e di essere in procinto di inviarla in Spagna.

Domina la scena, nonostante vi sia raffigurata non al centro, bensì nell'angolo in basso a destra, una opulenta, matronale Europa semidistesa, in bilico e recalcitrante, sul dorso del toro che, al contrario della concitazione dimostrata dall'atteggiamento della giovane, sembra nuotare placidamente verso la meta. Lo sfondo è costituito da una marina racchiusa entro una sorta di conca, animata da grandi rocce e costoni. Su un piccolo lembo avanzante della costa, si nota il gruppo formato dalle compagne di gioco di Europa, che si agitano ormai impotenti a fermare la fanciulla rapita.
Il dipinto è perfetta testimonianza della svolta stilistica di Tiziano nella prima metà degli anni '60 quando, ormai anziano, abbandonata del tutto la pittura di dettaglio, condotta "con una certa finezza e diligenza incredibile" (Vasari), si orienta verso una tecnica matura e sprezzante, impregnando il colore di una nuova, straordinaria energia. La favola mitologica si trasforma quindi in dramma, in virtù della composizione quasi "fluttuante nello spazio", e della cromìa sfatta, data a rapidi colpi, dominata dalla dinamica luminista che unisce organicamente le figure in primo piano e lo sfondo.

Clara Gelao, Direttrice della Pinacoteca Provinciale di Bari "C. Giaquinto"

Condizioni di Abbonamento
La rivista ha cadenza quadrimestrale. Le condizioni per l'abbonamento, a partire dal n. 1/2007, sono le seguenti:
· Abbonamento Italia € 45,00
· Abbonamento per l'estero € 70,00
· Fascicolo € 18,00
La sottoscrizione dell'abbonamento 2007, a prescindere dal periodo in cui è sottoscritto, comporta la spedizione di tutti i numeri pubblicati e da pubblicare relativi all'annata (n. 1-2-3).
Modalità unica di abbonamento tramite bollettini di c/c postale sul c.c n. 13733704 intestato a Cacucci Editore, Via Nicolai, 39 - 70122 BARI (causale: abbonamento Studi sull'Integrazione Europea · anno 2007).

ISBN 978-88-8422-667-9

€ 18,00